

**MARCO AURÉLIO MARRAFON**

***APLICAÇÃO DO DIREITO: ENTRE O SENTIDO DA  
ESTRUTURA E A ESTRUTURA DO SENTIDO***

Dissertação apresentada pelo mestrando Marco Aurélio Marrafon sob orientação do Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade Federal do Paraná.

**CURITIBA  
2005**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARCO AURÉLIO MARRAFON**

### **APLICAÇÃO DO DIREITO: ENTRE O SENTIDO DA ESTRUTURA E A ESTRUTURA DO SENTIDO**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre,  
no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

**Orientador: Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Universidade Federal do Paraná**

**Co-orientador: Professor Dr. Celso Luiz Ludwig  
Universidade Federal do Paraná**

**3º Examinador: Professor Dr. Alexandre Morais Rosa**

**Curitiba, de 2005.**

***Esta dissertação é dedicada àqueles detentores do 'lugar cativo' em meu coração, referenciais que incentivam a seguir em frente e cujos ombros são sempre confortantes:***

***Marcos e Miriam  
(pais)***

***Isabela e Evandro  
(irmã e cunhado)***

***Letícia  
(‘esperança que arde em calor,  
tradução do que é o amor’)***

***Jacinto e Aldacy  
(‘pais curitibanos’)***

***Com amor!***

## AGRADECIMENTOS

A oportunidade de agradecer às pessoas que auxiliaram e possibilitaram a presente dissertação é extremamente prazerosa; entretanto, a chance de cometer injustiças torna esta página não menos difícil de ser redigida.

Em primeiro lugar ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, não apenas pela sábia e segura orientação para o Direito e para a vida (deste os tempos de calouro da Universidade Federal de Mato Grosso!!!) mas, principalmente, por acreditar.

À Professora Aldacy Rachid Coutinho, incansável guerreira do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pelo carinho e atenção sempre dispensadas.

Ao Professor Celso Ludwig, co-orientador, por todo o conhecimento transmitido nos créditos e na co-orientação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito: Ivan Guérios Curi, Manoel Eduardo de Camargo e Gomes, Katya Kozicki, Luiz Alberto Machado, Ricardo Marcelo da Fonseca, Marçal Justen Filho, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Eduardo Leite, pelas lições nos créditos cursados.

Aos amigos deixados no Mato Grosso: Anderson Gomes Junqueira, Bruno Sampaio Saldanha, Gilberto Matos de Araújo, Marcio Henrique Giraldelelli, Murilo Moura Mesquita e Saulo Rondon Gahyva; e aos novos amigos: Flávio Pansieri, Luciano Bernart, Iverson Schraiber, Jorge Passuelo, Guilherme Roman Borges, Luiz Felipe Callado Maciel, Francisco de Oliveira Neto, Guilherme Merolli, Tiago Ricardo dos Santos, Daltron Villas-Boas, Gustavo Kfoury e Robinson Kaminski, pelo companheirismo em todos os momentos.

Aos irmãos da República: Fernando Mariano, Fabrício Ribeiro e André Loss.

Ao Élcio, Elisabeth e Luisa Elpo, pelo carinho e acolhedora recepção em seu lar.

Aos colegas da Unibrasil, através dos Professores Clémerson Merlin Clève e Paulo Ricardo Schier, pela acolhida acadêmica.

Aos colegas do mestrado, em especial: Márcia Zollinger, Alexandre Freire, Jairo Augusto, Christian Bernal, Fernanda Marcon e Erica Hartmann, pela fraterna amizade e diálogo enriquecedor.

À Deus, pela vida!

*“Não julgues que podes sempre, a partir dos fatos, extrair as tuas palavras; que podes sempre, por meio de regras, retratá-los em palavras. Porque, mesmo assim, na aplicação da regra ao caso particular terias que ser tu só, sem guia, a fazê-la.”*

LUDWIG WITTGENSTEIN (*Investigações Filosóficas*)

## SUMÁRIO

Resumo	ix
Abstract	x
Introdução	01
<b>Capítulo I</b>	
<b>Sistema jurídico e modernidade</b>	06
I.1 – Origens da idéia de sistema e metodologia dedutiva no direito	07
I.1.1 – A contribuição de TOMAS DE AQUINO	07
I.1.2 – O sistema jusnaturalista e a transição racionalista	10
I.2 – Bases epistemológicas do paradigma do sujeito	14
I.2.1 – DESCARTES	14
I.2.2 – KANT	21
I.3 – Modernidade e juspositivismo	31
I.3.1 – O paradigma da filosofia da consciência	31
I.3.2 – Juspositivismo normativista	37
I.3.3 – A interpretação do direito no paradigma da filosofia da consciência:	40
I.4 – O sistema enquanto teoria do ordenamento jurídico	44
I.4.1 – KELSEN	44
I.4.2 – BOBBIO	50
I.4.3 – HART	55

<b>Capítulo II</b>	
<b>Críticas e reconstrução do sistema: a reformulação metodológica e estrutural</b>	59
II.1 A crítica do método: confronto entre demonstração e dialética	60
II.1.1 - Raciocínio dialético e raciocínio apodítico: traços distintivos	60
II.1.2 – Fundamentos da dialética aristotélica	65
II.1.3 – O modo operativo do raciocínio dialético	69
II.2 – VIEHWEG: Tópica e Jurisprudência	73
II.2.1 – A desconstrução do sistema axiomático dedutivo	73
II.2.2 – Elementos da tópica jurídica	76
II.2.3 – Legado e críticas	81
II.3 – CANARIS: limites da tópica e imprescindibilidade do sistema	86
II.3.1 – O sistema aberto de princípios	86
II.3.2 – A relevância prática do conceito de sistema	89
II.3.3 – Limitações do pensamento sistemático	92
II.4 – O sistema constitucional de princípios e regras	96
II.4.1 – A necessidade da noção de sistema constitucional	96
II.4.2 – A estrutura do sistema constitucional	100
II.4.3 – Notas distintivas e metodológicas sobre princípios e regras	105

<b>Capítulo III</b>	
<b>A inafastável abertura hermenêutica</b>	113
III.1- Golpes modernos no paradigma do sujeito	114
III.1.1 – MARX	114
III.1.2 – Sobre NIETZSCHE	119
III.1.3 – FREUD	123
III.2 – Transição fenomenológico-existencialista	127
III.2.1 - HUSSERL	127
III.2.2 – HEIDEGGER	132
III.3 A guinada lingüística	139
III.3.1 – ‘ <i>algo como algo</i> ’	139
III.3.2 – LACAN : a primazia do significante	145
III.3.3 – A compreensão no paradigma da linguagem	151
III.4 – Abertura hermenêutico-existencial na aplicação do direito	157
III.4.1 – A reflexão hermenêutica de GADAMER	157
III.4.2 – O círculo hermenêutico	162
III.4.3 - A unidade da <i>applicatio</i> contra o método	166
III.4.4 – Aplicação do direito: entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido	171
Conclusão	177
Referências Bibliográficas	182

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar que na aplicação do direito é imprescindível a vinculação ao sistema constitucional (estrutura do sentido), sem ignorar que, em razão da própria natureza deste ato, este processo é permeado pela abertura ao universo existencial do sujeito (sentido da estrutura), ocorrendo, por conseguinte, “entre” estes dois pólos.

A fundamentação teórica para esta posição é encontrada no existencialismo fenomenológico de HEIDEGGER e na hermenêutica filosófica de GADAMER (ambos inscritos no paradigma da linguagem), sem olvidar da relevante advertência da psicanálise de que essas teorias não resistem ao “furo” sempre iminente que pode ser promovido pelo inconsciente.

O caminho trilhado para se alcançar o resultado almejado passa pelo exame (e crítica) da base epistemológica do paradigma da filosofia da consciência, pela análise do método e da estrutura sistêmica no interior do juspositivismo, sua desconstrução pela teoria tópico-dialética e reconstrução da noção de sistema jurídico na perspectiva do pensamento pós-positivista.

## ABSTRACT

The current work has the goal to show that the process of judicial law application has to be in agreement with the Constitutional legal system (structure of meaning) without ignoring that, due to the nature of this act, this process is permeable by the wide universe of the subjective existence (meaning of structure), occurring "between" these two poles.

The theoric basis for this thesis is found in the phenomenological existentialism of HEIDEGGER and the philosophical hermeneutics of GADAMER (both enlisted in the paradigm of the language), without forgetting the important warning of the psychoanalysis that these theories do not resist the imminent gap the unconscious always can promote.

The way tracked to reach the desirable result passes for the examination (and criticism) of the epistemological basis of the modern paradigm of consciousness, by the analysis of the method and the systemic structure inside the legal positivism, through the deconstruction of this doctrine operated by the topic-dialectic theory and the reconstruction of the idea of a juridical system in the perspective of post-positivist thought.

## INTRODUÇÃO

A busca de segurança jurídica combinada com justiça do caso concreto tem sido ao longo da história da filosofia do direito um dos mais intrigantes dilemas, até hoje mal resolvido.

Isso porque, antes de tudo, aquela é tão só retórica (impossível enquanto real) e, esta, a justiça do caso concreto, não se liberta do fato de ser obra do homem e, portanto, de “sua verdade”, sempre imperfeita e parcial.

Daí a constante busca de uma explicação racional, filosófica ou jurídica para a tomada da decisão judicial, onde, se por um lado o positivismo tentou impor um método científico para a teoria jurídica, trazendo irresponsabilidade ao aplicador do direito, que passou a buscar apenas a solução dos conflitos normativos, abstratos e conceituais (vistos, pretensiosamente, como parte de um mundo próprio, material e concreto, o dito “mundo jurídico”), operando em nome de uma racionalidade formal que pudesse dar ensejo à universalidade nas decisões judiciais, por outro, diversos estudos e correntes englobados pelas teorias críticas sobre o direito, foram bastante pródigos em desconstruir o pensamento dogmático sem, contudo, apresentar uma saída satisfatória ao dilema acima citado.

Tal situação é agravada nestes tempos estranhos do ‘após’ a modernidade, pois desde que o sujeito cognoscente e o otimismo racionalista ruiu, vive-se na época em que, como diria Ernildo STEIN, “*nós somos seres do não mais e do ainda não*”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo Ernildo STEIN: “*Nós somos seres do não mais e do ainda não. Nós não suportamos, de certo modo, o vazio. A pergunta é: como nós podemos sustentar essa situação de estar entre o não mais e o ainda não. Ou o não mais continua, que é a interpretação progressista, o projeto inacabado da modernidade. Ou então este não mais já é realmente não mais e então se iniciou o ainda não. Que ainda não é este? Que tempo é este? Que característica dar a isto? Como pensarmos este novo tempo?*” Cf. STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p.31.

Com efeito, a complexidade e fragmentação são marcas do pensamento filosófico e epistemológico contemporâneos, onde não mais subsiste uma fundamentação metafísica que pretendesse dar conta do todo, gerando um vazio teórico com outra matriz “irracionalista” que leva a uma forte rejeição de teorias científicas (comprovadamente insuficientes), pois não mais se admite a crença (e é só de crença que se tratava<sup>2</sup>), circunscrita no paradigma da filosofia da consciência, de que o sujeito puro de conhecimento possa extrair uma verdade racional e universal da observação empírica dos fatos.

Esta rejeição encontra respaldo nas epistemologias críticas, onde se destacam as decisivas contribuições de Thomas KUHN e Gaston BACHELARD, fundadas na idéia da provisoriedade, temporalidade e comprometimento histórico das verdades científicas<sup>3</sup>.

Assim, em função do crescente ceticismo acerca das possibilidades de uma descoberta científica da verdade, a alternativa proposta se encontra nas festejadas tendências procedimentalistas, que elevam o método e o procedimento ao lugar da própria verdade, fazendo com que filósofos de elevada estirpe se posicionem a favor da tese de que a única razão existente e possível é a razão metodológica ou procedimental, num movimento que desloca a crença para outro lugar, quiçá, menos razoável.

Esta postura tem levado ao que Antônio CASTANHEIRA NEVES diagnosticou como ‘situação *metodológica*’, consubstanciada na idéia de que o ‘*quid*’ se tornou função do ‘*quidmodo*’, o ‘*que*’ provém do ‘*como*’, o conteúdo é constituído

---

<sup>2</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, ps. 39-76.

<sup>3</sup> Conferir: KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000 e BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*, trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

da 'forma' e, no princípio, era o 'método'<sup>4</sup>, que deixa de ser 'caminho' para se tornar 'fundamento'.

Desde aí, a perspectiva funcional (LUHMAN) ou comunicativo-formal (HABERMAS) é elevada à condição de cura para o déficit de legitimidade em todo processo de elaboração do direito (ou de direitos).

Contudo, tais pontos de vista aqui não serão trabalhados, até porque eles só teriam algum sentido se fosse possível pensar num "método fundamental", que funcionasse como significante primeiro e espelho perfeito da realidade.

No mais, se não é de hoje que "o verdadeiro sentido das regras jurídicas é traído pela análise da filosofia que as sustenta"<sup>5</sup>, compreende-se que a opção procedimentalista, ao não atingir a verdade, apenas reflete a perda de referências ou, ainda, a frustração pela ausência do lugar do Pai, como bem diagnosticado por Jean-Pierre LEBRUN<sup>6</sup>.

Nesse contexto, a presente dissertação tem por objetivo mostrar que, se num aspecto a aplicação do direito deve estar vinculada a uma estrutura normativa, entendida como sistema constitucional, para que não recaia em pura arbitrariedade, noutro a observância do sistema é sempre insuficiente em face da pluralidade de significações hermeneuticamente possíveis, donde sua inafastável imprevisibilidade.

Por isso, o título "*Aplicação do direito: entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*" traz, propositadamente, uma ambigüidade: a expressão 'entre' inicialmente denota que a compreensão do direito depende do sistema constitucional (perspectiva ôntica, estrutura do sentido) e do sujeito existencial (perspectiva ontológica, sentido da estrutura) e, numa segunda leitura, que o processo

---

<sup>4</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O sentido atual da metodologia jurídica*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – volume comemorativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 121.

<sup>5</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>6</sup> LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Editora, 2004, p. 152.

decisório/compreensivo do caso jurídico se realiza no “meio”, no termo médio dos dois pólos do círculo hermenêutico.

Desta feita, o tema central do trabalho em epígrafe se divide em duas teses centrais, em tudo articuladas: a imprescindibilidade da noção de sistema constitucional e a inescapável abertura trazida pela hermenêutica filosófica.

À primeira foram dedicados os capítulos I e II, e, já no exórdio, tornou-se necessário mostrar o nascimento do pensamento sistemático no direito na alta escolástica e os fundamentos do paradigma do sujeito, através das contribuições de René DESCARTES e Immanuel KANT, a fim de tornar compreensível todo o movimento moderno da filosofia positivista, sua construção metodológica na validação das normas e aplicação do direito para, ao final, apresentar estruturalmente o sistema de direito enquanto teoria do ordenamento jurídico a partir de três jusfilósofos escolhidos pela grandeza de suas formulações: Hans KELSEN, Norberto BOBBIO e Herbert HART.

No segundo capítulo, surge a crítica ao método e à estrutura dos sistemas jurídicos positivistas, ainda no mesmo paradigma da filosofia do sujeito, de maneira que a imprescindibilidade do sistema só pudesse ser sustentada com a necessária reconstrução estrutural e metodológica, para atender as exigências atuais do pensamento pós-positivista.

O questionamento do método foi feito com base na tópica e dialética aristotélicas, resgatadas por Theodor VIEHWEG e contrapostas ao raciocínio axiomático-dedutivo típico do positivismo.

Entretanto, com a insubsistência da tópica jurídica enquanto uma teoria do direito, optou-se pela reconstrução do sistema a partir da obra de Claus-Wilhelm CANARIS, superadora da metodologia e estrutura dos sistemas positivistas.

No final do capítulo II, na esteira de CANARIS, surge o sistema constitucional de princípios e regras como um momento de consolidação do pensamento sistemático que não ignore os argumentos tópicos, de uma aplicação do direito voltada não só ao sistema, mas também ao problema.

Fica claro, então, que duas foram as categorias centrais trabalhadas nesses capítulos: a do método<sup>7</sup> e da estrutura<sup>8</sup>. Subsidiariamente à primeira, foram apresentadas também as variantes na teoria da interpretação no positivismo e no pós-positivismo.

Por sua vez, o terceiro capítulo mostra o esgotamento do paradigma do sujeito, sua transição para o da linguagem e os fundamentos da hermenêutica filosófica, a fim de comprovar a existência da abertura hermenêutica enquanto momento prévio, ametódico, que torna o sentido da estrutura algo sempre presente, atual, em função de seu eterno reconstruir.

A trajetória escolhida passa pelo questionamento da primazia da razão e da subjetividade operada por Friedrich NIETZSCHE, Karl MARX e Sigmund FREUD, pela transição fenomenológico-existencialista de HUSSERL e HEIDEGGER até atingir os fundamentos do paradigma da linguagem e, como decorrência, os da hermenêutica filosófica, com o fito de assentar o sustentáculo teórico da segunda tese.

---

<sup>7</sup> Sobre o conceito de método, por ora satisfaz a definição lexical fornecida por André LALANDE: *“Etimologicamente, ‘demanda’ (...); e, por conseqüência, esforço para atingir um fim, investigação, estudo (...); de onde, nos modernos, duas acepções muito próximas, ainda que possíveis de distinguir: 1ª: Caminho pelo qual se chegou a determinado resultado, mesmo quando esse caminho não foi previamente fixado de uma maneira premeditada e refletida. (...) 2ª Programa que regula antecipadamente uma seqüência de operações a executar e que assinala certos erros a evitar, com vista a atingir um resultado determinado.”* Cf. LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. trad. Fátima Sá Correia et al, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 678 e ss.

<sup>8</sup> Em relação à categoria estrutura, reputa-se suficiente a acepção dada por Manoel Eduardo de CAMARGO E GOMES: *“De maneira mais simplificada, poder-se-ia definir estrutura como arranjo formal de uma totalidade, revelada a partir do equilíbrio precário dos elementos essenciais, regulares e constantes dessa totalidade.”* Cf. CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo de. *“O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras – casualidade de sentido e adequação estruturo-funcional”*. Tese (Doutorado em Direito) Florianópolis: 2000, Inédito, p. 33.

## CAPÍTULO I

### Sistema Jurídico e Modernidade

Este é um capítulo de fundamentos. Ele busca mostrar o pensamento jurídico a partir da epistemologia da modernidade, bem como delinear o sistema do direito enquanto teoria do ordenamento jurídico, explicando sua estrutura e bases epistemológicas.

Para tanto, o primeiro tópico parte da escolástica medieval a fim de mostrar as raízes da idéia de sistema de direito e sua metodologia lógico-dedutiva, com destaque para a filosofia de Tomás de Aquino.

Na seqüência e em atenção à própria transição para o racionalismo já operada dentro da escola jusnaturalista, reputou-se necessário mostrar a construção do paradigma do sujeito, cujos pilares teóricos remontam à obra de DESCARTES e KANT, e seus reflexos no direito.

Desde aí, primeiramente o método é priorizado através da explicação da racionalidade jurídica no interior do paradigma da filosofia da consciência, com destaque para a interpretação jusnormativista.

Ao final, a ênfase recai sobre a estrutura do sistema, onde, como já mencionado, foram escolhidos três autores juspositivistas: KELSEN, BOBBIO e HART.

Resta dizer, ainda, que no contexto da dissertação e dos objetivos propostos, este capítulo tem uma importância muito maior do que servir como um mero referencial histórico, principalmente porque, mesmo com as objeções a serem apontadas no capítulo II, o método e a estrutura do sistema jurídico positivista ainda exercem grande influência na *práxis* forense contemporânea, além de serem úteis como parâmetro para o estabelecimento das diferenças em relação ao sistema que será reconstruído na matriz do pensamento pós-positivista.

No que tange ao paradigma do sujeito, é justamente sua derrubada e superação pelo paradigma da linguagem a ser operada no capítulo III que permitirá compreender a abertura hermenêutico-existencial em toda aplicação do direito.

## I.1 – Origens da idéia de sistema e metodologia dedutiva no direito

### I.1.1 – A contribuição de TOMÁS DE AQUINO

A Idade Média pode ser considerada o período do início das grandes sistematizações<sup>9</sup>, não só porque na seara da filosofia (que já havia abandonado a dialética em prol da sistematização desde os estóicos<sup>10</sup>) a revalorização da cultura grega e o maior contato do mundo ocidental com as obras de Platão e Aristóteles, trazidas pelos árabes, tornava necessário sistematizar e compatibilizar as relações entre razão e fé, mas também em face do surgimento dos primeiros indicativos do pensamento jurídico sistemático em oposição ao pensamento prudencial tópico<sup>11</sup> predominante até então.

Com efeito, o estabelecimento da idéia de sistema no direito era, em boa parte, impulsionado pela necessidade de fortalecer os princípios de Direito Canônico<sup>12</sup> e, nesse contexto, Santo TOMÁS DE AQUINO desempenhou um papel

<sup>9</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia: antiguidade e Idade Média*. vol. I, 7 ed. trad. n/d. São Paulo: Paulus, 2002, ps. 530 e ss.

<sup>10</sup> Ainda que o saber filosófico ganhe contornos sistêmicos em Aristóteles, foi posteriormente, na época helenística, que a filosofia estóica se arroga como a primeira “a se dizer e a se querer sistemática”, à medida que, conforme assevera Pierre AUBENQUE: “Eles queriam dizer com isso que a Filosofia é um todo, que se pode é verdade, dividir em partes para as necessidades do ensino, mas sob a condição de perceber que cada parte é solidária das outras e que o abandono de uma só parte ou de uma parte da parte acarretaria a ruína do conjunto. Essa exigência formal se apoiava de fato sobre a intuição de um universo perfeitamente organizado, até no menor de seus detalhes, pela ação de um princípio único, de maneira que a coerência da Filosofia não faz mais do que refletir a **simpatia** – outro termo estóico – das diferentes partes do universo.” Cf. AUBENQUE, Pierre. *As filosofias helenísticas: estoicismo, epicurismo, ceticismo*. In: CHÂTELET, François. (dir). *A filosofia pagã. Do século VI a.C. ao século III d.C.* traduzido da 1ª edição francesa por Maria José de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 170.

<sup>11</sup> Tal pensamento desenvolvia através da técnica dialética, com discussões e busca de soluções semelhantes à argumentação dialética dos gregos, à medida, que para cada problema são colocadas alternativas que o solucionem a partir de pontos de apoio (*topoi*) previamente reconhecidos, encontrando nexos entre as alternativas e o caso concreto, para que seja possível abstraí-lo e, a partir do confronto dos argumentos favoráveis e desfavoráveis, buscar uma regra geral que possa servir como novo ponto de apoio para casos futuros. No capítulo seguinte, esse tema será melhor explicitado.

<sup>12</sup> Sobre a necessidade da sistematização do Direito Canônico, Hilário FRANCO JUNIOR explica que: “Formando uma sociedade à parte, com suas próprias regras, a Igreja, desde o século VI, procurara organizar e classificar as normas estabelecidas em concílios gerais, sínodos locais e bulas papais. Porém o volume de material e suas inúmeras contradições dificultavam sua consulta e aplicação. Daí a elaboração de coleções que selecionassem e sistematizassem as leis da Igreja. Para tanto, recorreu aos métodos que se desenvolviam

essencial, pois, ao partir da dicotomia aristotélica entre direito natural e direito positivo<sup>13</sup>, estabeleceu a distinção entre o direito como aquilo que é justo e a lei como espécie de efetivação da justiça divina, através do trinômio *lex aeterna, lex naturalis e lex positiva*<sup>14</sup>.

Assim, a lei eterna era o fundamento transcendental da ordem jurídica, conhecida somente pela Fé e, constituindo-se o plano racional de Deus que trata da ordem no universo inteiro<sup>15</sup>, era plenamente cognoscível apenas por um Ser Perfeito.

Por sua vez, a lei natural era caracterizada como a porção de conhecimento da lei eterna que o homem pode conhecer em sua imperfeição e finitude, revelada por Deus aos homens, por exemplo, através dos textos sagrados, que dispunham sobre um conjunto de princípios de elevada ordem moral.

Tais princípios, em razão de seu conteúdo auto-evidente de justiça, dariam ensejo a direitos imutáveis, inalienáveis, atemporais, universais, etc, os quais formaram as bases da doutrina jusnaturalista.

---

*nas escolas, e assim foi se tornando necessária a formação de especialistas e, portanto, de faculdades de Direito Canônico. Paralelamente, naquele contexto de complexização da sociedade, as regras jurídicas estabelecidas pelo costumes (direito consuetudinário de origem germânica) não mais atendiam às necessidades do momento. Ora, a revalorização da cultura antiga que então ocorria fornecia o material desejado pelas monarquias nascentes e pela população urbana: o Direito Romano, que se tornou objeto de estudo em vários locais, sobretudo em Bolonha". Vide: FRANCO JUNIOR, Hilário. A idade média: nascimento do ocidente. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 101.*

<sup>13</sup> O primeiro parágrafo do capítulo VII, Livro V, da obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, já traz explícita as diferenciações entre o direito natural e o positivo, através da divisão da justiça política em natural e legal, *verbis*: "A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas), e as prescrições dos decretos." ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 117. Para aprofundamento, conferir: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>14</sup> BERTOLIS, Ottavio de. *Il diritto in San Tommaso D'aquino: Un'indagine filosofica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 43.

<sup>15</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *Historiada filosofia...*, vol. I, op. cit., p. 567.

Já a lei humana trata das disposições particulares e depende do contexto histórico e cultural da sociedade que normatiza, todavia, sempre vinculada à lei natural, sendo que, na filosofia tomista, a razão é o instrumento hábil para transpor os preceitos da *lex naturalis* para a *lex humana*, a tal ponto que, a validade e existência desta como lei dependa da concordância com aquela.

Nas lições de REALE e ANTISERI:

Com efeito, na opinião de Tomás, a lei humana deriva da lei natural de dois modos: por dedução, isto é, '**per modum conclusionum**', ou por especificação de normais mais gerais, isto é, '**per modum determinationis**'. No primeiro caso, temos o **jus gentium**, no segundo, o **jus civile**. Assim, a proibição do homicídio é parte do **jus gentium**, mas o tipo de pena que deve ser reservada ao homicida é parte do **jus civile**, pois se trata da aplicação histórica e social de uma lei natural especificada e fixada pelo **jus gentium**. Sendo **derivados logicamente da *lex naturalis***, os preceitos do **jus gentium** podem ser conhecidos independentes de uma pesquisa histórica sobre os diversos tipos de sociedade, ao passo que, evidentemente, o mesmo não vale para os preceitos do **jus civile**. (...) Se a derivação da lei natural é essencial para a lei humana, então é evidente que, quando uma lei humana contradiz a lei natural, nesse caso **ela não existe como lei**. Essa é a razão pela qual a lei deve ser **justa**.<sup>16</sup>

Ora, se a lei injusta não existe como lei, sendo mera corrupção legal, ASCENSÃO lembra que a posição tomasiana sobre a obediência aos preceitos superiores (portanto traços de obediência a um sistema) no momento de aplicar a lei humana, depende do bem que essa lei viola, *verbis*:

Abandona-se a atitude socrática de ilimitada obediência às leis, mas não se subestimam também as graves perturbações que um desrespeito à lei, real ou pretensamente injusta, viria trazer. Por isso, embora a lei não obrigue em consciência, a atitude a tomar variará consoante essa lei: Violar um bem divino – neste caso deve ser **obedecida**. Violar um bem meramente humano – se não puder evitar o escândalo ou outro maior mal resultante da sua desobediência, deve ser acatada.<sup>17</sup>

Assim, é possível identificar traços de pensamento sistemático nas teses de TOMÁS DE AQUINO não só porque nelas existe a noção de uma ordem jurídica em que seus elementos estão encadeados de forma lógica a partir de uma norma fundamental (lei eterna), mas também porque a validade dos preceitos posteriores

<sup>16</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. vol. I, op. cit., ps. 567-568. Negritos a partir dos destaques do próprio texto transcrito.

<sup>17</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 9ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 163.

depende de sua concordância com os anteriores, tendo a razão como mediadora através de um método lógico dedutivo.

Entretanto, ainda não é possível falar numa ciência do direito ou num sistema de direito fechado, isso porque, de acordo com FERRAZ JR., nesse período o direito é aplicado através de um pensamento prudencial próprio:

A lei, vai definir Tomás de Aquino, **é uma ordenação da razão direcionada ao bem comum, promulgada por aquele a quem incumbe o cuidado da comunidade** (Summa Theologica, 1ª, 2ª., q. 90, art. 4). O direito, assim, não perde seu caráter sagrado. Adquire, porém, uma dimensão de **sacralidade transcendente**, pois de origem externa à vida humana na Terra, diferente da dos romanos, que era imanente (caráter sagrado – mítico – da fundação). Surge assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar, pois enquanto para os romanos o direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média os saberes são distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação.<sup>18</sup>

### 1.1.2 – O sistema jusnaturalista e a transição racionalista

Com a Escola de Direito Natural ou jusnaturalismo, a idéia de sistema jurídico ganha o *status* de uma ciência do direito, sendo que, conforme Norberto BOBBIO, era pretensão dessa doutrina construir um sistema dedutivo de direito, do tipo *‘geometrico more demonstratum’*<sup>19</sup>, por se basear até mesmo na geometria de Euclides<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.63. Negritos a partir de destaques do texto original.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed., trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 77.

<sup>20</sup> Agostinho Ramalho MARQUES NETO assim apresenta as características da Geometria de Euclides, *verbis*: “A **geometria euclidiana** considera o espaço e o tempo como realidades independentes e absolutas. O **espaço** se caracteriza por ser contínuo, tridimensional, homogêneo e infinito. O **tempo** se escoia linearmente: é o mesmo em toda a extensão do espaço. Por mais de dois milênio, a geometria de EUCLIDES foi considerada como contendo verdades absolutas e auto-evidentes, constituindo o pressuposto necessário de todo conhecimento e de toda experiência. ‘As proposições dessa geometria atuavam com necessidade tão premente, que se tinha a sua estrutura como uma **obrigatoriedade mental** e como o exemplo mais perfeito de uma ciência apodítica e imutável’. Apesar de constituir um sistema de pensamento puramente formal (EUCLIDES vê na geometria o estudo da forma e da extensão dos corpos, abstraindo porém os corpos que as contém), a geometria euclidiana, talvez por sua elevada coerência lógica, atravessou muitos séculos sem ser sequer posta em questão e ainda por cima constituindo a base para diversos estudos de caráter científico e filosófico.” MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: Conceito, Objeto, Método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, ps. 101-102. negritos a partir de destaques do próprio texto.

Isso significa que, nesse período, buscava-se na geometria um modelo para a construção da ciência jurídica, à medida que era forte a crença de que, a partir de poucos princípios ideais e transcendentais de ordem moral, fosse possível deduzir, lógica e racionalmente, regras jurídicas válidas, independentes da experiência e do contexto histórico<sup>21</sup>.

Assim, FERRAZ JR ensina que é na obra do jusnaturalista Christian Wolf que o conceito de sistema como um agregado de verdades aliado um nexos dedutivo que lhe atribua correção e perfeição formal, torna-se mais preciso e vulgar<sup>22</sup>.

Como consequência, Carlos María CÁRCOVA destaca que:

Este afã racionalizador tendeu a desvincular o direito, a moral e a política da autoridade das tradições e, conseqüentemente, de outorgar-lhes uma fundamentação capaz de transcender os grandes relatos para se instalar em um terreno mais firme, constituído a partir de alguns poucos princípios por si só evidentes, dos quais deveriam inferir-se o conjunto das normas ou regras da ordem. Tratava-se, pois, de pôr em prática o modelo demonstrativo que exibía, orgulhoso, seu caráter abstrato formal<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, Michel MIAILLE aponta que a Escola de Direito Natural apresenta características próprias do idealismo jurídico<sup>24</sup>, porque concebe o direito como um dado racional, transpositivo, com origem numa fonte exterior, que

---

<sup>21</sup> Conforme bem destaca Renato Janine RIBEIRO, nesse período o modelo para as ciências estava na geometria, uma vez que: *“Os teoremas da geometria não dependem em nada da observação empírica para serem verdadeiros. Quando dependemos da experiência, estamos sempre sujeitos ao engano. Mas se nos limitarmos a deduzir propriedades de figuras ideais, não há risco de erro. E isso, antes de mais nada, porque as figuras geométricas não resultam da observação (não existe, na natureza, círculo ou triângulo perfeito...), mas são criação da nossa mente. Em suma, só podemos conhecer, adequada e cientificamente, aquilo que nós mesmos engendramos.”* Cf. RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, ‘O Federalista’*. vol. 1, 13 ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 76.

<sup>22</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução...*, op. cit. p. 67.

<sup>23</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *Jusnaturalismo versus Positivismo Jurídico: um debate superado*. In: CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, Política e Magistratura*. trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996, p. 181.

<sup>24</sup> Denomina-se idealismo jurídico a doutrina comum de inúmeras correntes ou escolas do pensamento jurídico que entendem que o direito é um Ideal, abstrato, existente acima do espírito humano e exterior a ele, podendo, todavia, ser captado pela razão humana, que o concretiza, gerando axiomas jurídicos.

pode ser Deus ou a Natureza<sup>25</sup>, ainda que a partir dos séculos XVII e XVIII, a idéia de Natureza seja subordinada a uma fonte interior, a Razão<sup>26</sup>.

Contudo, o extremado idealismo e a idéia de direitos universais e imutáveis, típicas do jusnaturalismo, sofreram contundentes críticas da Escola Histórica<sup>27</sup>, que pregava que o direito era um “*produto espontâneo do espírito do povo, que se exprime pelo costume*”<sup>28</sup>, devendo ser ‘captado’ a partir das Instituições próprias de cada comunidade.

Sem penetrar no mérito das críticas do historicismo ao jusnaturalismo, por ora basta dizer que com os ataques sofridos, o jusnaturalismo enquanto uma teoria jurídica se mostrou insubsistente, todavia, seu legado não se restringe ao germe dos ideais do Estado Moderno<sup>29</sup>, do constitucionalismo escrito e dos direitos humanos, mas, sobretudo, à configuração do método que influenciou toda a elaboração sistemática do direito posterior.

Com efeito, Plauto Faraco de AZEVEDO destaca a contribuição fundamental desta escola ao fornecer as bases metodológicas de uma ciência normativista do direito:

---

<sup>25</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 249.

<sup>26</sup> Idem, p. 260.

<sup>27</sup> Escola que surgiu no século XIX, cujo expoente mais conhecido foi Savigny.

<sup>28</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 169.

<sup>29</sup> De acordo com BOBBIO: “*A história da formação do Estado moderno é, em grande parte, a história das tentativas de tornar efetiva, por meio de vários dispositivos constitucionais, a exigência das teorias jusnaturalistas, manifestada durante alguns séculos, em favor de uma limitação do poder soberano. Passou do controle do poder executivo por parte do legislativo ao controle do legislativo por parte do poder constituinte. Encontramo-nos, agora, na fase da tendência irresistível no sentido de controle de uma ordem jurídica parcial – o Estado – por uma ordem universal – a comunidade internacional. (...) Da exigência de um Estado limitado pela lei natural, nasceram 1) o constitucionalismo moderno, oposto ao maquiavelismo; e 2) as teorias do Estado e do direito divino dos reis, contrário ao absolutismo paternalista e ao hobbesiano. O Estado de direito do século contra o Estado ético significa, no presente, as teorias da garantia internacional dos direitos do homem contra o perigo perene representado pelo Estado totalitário. Ora, o que hoje renasce de uma forma prepotente sob o nome de jusnaturalismo não é uma moral determinada, nem uma teoria da moral definida, mas a eterna exigência, particularmente intensa nos períodos de guerra externa e interna, de que a vida, alguns bens e um certo grau de liberdade do indivíduo gozam de proteção jurídica contra força organizada daqueles que detêm o poder*”. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2 ed. trad. Sergio Bath. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 70.

... a ressonância do racionalismo jusnaturalista não se restringe ao aspecto político-institucional, como o princípio do Estado de Direito. Dentre seus traços sensíveis no pensamento jurídico moderno sobrepõe aquele referente ao método jurídico, isto é, ao modo de pensar, elaborar e aplicar o direito de modo sistemático perceptível tanto no ensino jurídico, quanto na elaboração dos códigos e das leis e na jurisprudência.<sup>30</sup>

Sendo assim, CÁRCOVA compartilha com BOBBIO a conclusão de que esse critério metódico é *“que permitiu considerar autores tão heterogêneos como Locke, Hume, Groccio, Puffendorf, Kant ou Rousseau, junto a Hobbes e muitos outros como integrantes de uma mesma escola”*<sup>31</sup>.

Cumprido assinalar, ainda, que o jusnaturalismo também contribuiu decisivamente para o advento do humanismo posterior, porque já reflete a supressão do paradigma teocêntrico pelo antropocêntrico, à medida que substitui uma fundamentação objetiva do direito para outra subjetiva, já típica do paradigma do sujeito, como aparece nitidamente na obra de GROCCIO.

Com efeito, GROCCIO se tornou um dos primeiros idealizadores e defensores do racionalismo jusnaturalista ao compreender que o direito natural era um conjunto de regras e princípios ditados pela reta e justa razão, devendo, portanto, ser fundado e conforme a natureza racional do homem<sup>32</sup>.

Neste sentido, leciona ASCENSÃO que:

Grócio aceita a existência de Deus, mas não funda o Direito natural em Deus: diz expressamente que o Direito natural subsistiria ainda que Deus não existisse. O Direito natural funda-se antes na razão humana, cuja autonomia é assim proclamada. O Direito natural é um produto da razão humana, fruto da capacidade criadora desta. A exaltação da razão torna como que o pano de fundo da escola.<sup>33</sup>

Em função disto, o jusnaturalismo era também chamado de jusracionalismo, propiciando a abertura teórica para o advento do humanismo posterior.

<sup>30</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 104-105.

<sup>31</sup> CÁRCOVA, Carlos María. op. cit., p. 181.

<sup>32</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução...* op. cit., p. 257.

<sup>33</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 165.

Assim, o jusracionalismo dá um passo definitivo na superação da captação do direito numa perspectiva objetiva em prol do subjetivismo individualista que, posteriormente, culminou no formalismo e no abandono dos conteúdos universais, necessários e que serviam de controle da justiça para o direito positivo.

Outrossim, com a sofisticação da dogmática jurídica e o fortalecimento das correntes juspositivistas, a idéia de sistema é identificada à de um ordenamento jurídico fechado ou completo, com o diferencial de que agora não mais se admite a fundamentação deste ordenamento em premissas metafísicas como a lei eterna ou qualquer outro princípio material, as quais eram o ponto de partida para a dedução, mas sim em axiomas emanados da razão humana, que neste momento histórico toma o lugar metafísico da verdade, principalmente após as decisivas contribuições teóricas de DESCARTES e KANT, as quais fundaram o paradigma do sujeito.

Por isto, é importante compreender as bases epistemológicas da Modernidade a partir desses dois importantes filósofos, não só para compreender sua fundamentação racional, mas também sua teoria do conhecimento, que muito influenciou a metodologia de interpretação das leis no sistema, possibilitando a crença na suficiência do modelo sistêmico axiomático-dedutivo.

## **I.2 – Bases epistemológicas do paradigma do sujeito**

### **I.2.1 – DESCARTES**

Após a alta escolástica<sup>34</sup>, época em que o incremento da noção de individualidade pavimenta o terreno para a inauguração do paradigma da filosofia da consciência, é em René DESCARTES (1596-1650) que a idéia de ‘sujeito’ enquanto ator de transformações sociais ganha impulso<sup>35</sup>, juntamente com as de ‘progresso’, ‘dominação da natureza’ e ‘objetividade da ciência’, operadas com base na crença no racionalismo científico.

---

<sup>34</sup> Período que caracteriza a transição da passagem da Idade Média para a Idade Moderna, compreendido entre os séculos XIV e XVII.

<sup>35</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p.159.

Com efeito, já numa leitura inicial se verifica que a noção cartesiana de sujeito é fundada num dualismo entre ‘corpo’ e ‘alma’, onde é dada ênfase nesta em detrimento daquele, com a pressuposição da superioridade e controle da ‘alma’ (*res cogitans*) sobre a ‘matéria’ (*res extensa*), de modo que só através da razão se poderia dominar e transformar o mundo material.

Assim, inicia-se o processo moderno de subjetivação do mundo, em que os objetos são necessariamente subordinados ao sujeito, sendo que todas as relações da vida passam a ser pensadas e diagnosticadas com base em critérios racionais e idealistas.

Desde então, a supervalorização da razão faz com que esta adquira um novo *status*, passando a se constituir uma categoria universal transcendental, superando o âmbito da individualidade e ocupando um lugar de fundamentação e legitimação discursiva de toda a possibilidade de conhecimento.

Como conseqüência, a metafísica se torna teoria do conhecimento à medida que, com a superação do paradigma do ‘ser’ em direção ao paradigma da ‘consciência’, a busca da ‘*coisa em si*’, *essência*, substância última e verdadeira presente nos entes do mundo empírico deixa de ser feita numa perspectiva ontológica objetiva e se transfere para o mundo das idéias, representações, oriundas do sujeito, daí a inauguração da chamada ‘*metafísica da subjetividade*<sup>36</sup>’, a qual não se questiona acerca do “que é Ser?” mas se preocupa com a resposta para a

---

<sup>36</sup> Neste sentido é explicação de Jürgen HABERMAS, ainda que, ao final, o autor esclareça que essa concepção não admite um pensamento metafísico em sentido estrito: “*Apesar de todas as diferenças entre Platão e Aristóteles, a totalidade do pensamento metafísico obedece a Parmênides e toma como ponto de partida a questão do ser do ente – o que o torna ontológico. O verdadeiro conhecimento tem a ver com aquilo que é puro e simplesmente geral, imutável e necessário. Pouco importa que esse pensamento seja interpretado à luz do modelo de matemática como contemplação e anamnese ou segundo o modelo da lógica, como discurso e reflexão – trata-se, em ambos os casos, de estruturas do próprio ente, que se configuram no conhecimento. É notório que o ceticismo em relação a esse primado do ser sobre o pensamento e o peso próprio da reflexão sobre questões de método, engendraram motivos importantes que pesaram na passagem do pensamento ontológico ao mentalismo. A auto-referência do sujeito cognoscente abre o acesso para uma esfera interior das representações, curiosamente certa, que nos pertence inteiramente, a qual precede o mundo dos objetos representados. A metafísica surgira como a ciência do geral imutável e necessário; a partir de agora ela só pode um equivalente na teoria da consciência, a qual fornece as condições subjetivas necessárias para a objetividade de juízos gerais, sintéticos, a priori.*” HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: Estudos filosóficos*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 22.

pergunta “O que é conhecimento?”, donde se desenvolveu a famosa teoria cartesiana do *Cogito*<sup>37</sup>.

Pela promoção da transição paradigmática aliada à grande adesão a suas teses, DESCARTES passou a ser considerado o fundador da filosofia moderna<sup>38</sup>.

Daí, o entendimento do método cartesiano é passo necessário para compreender as bases em que se assenta esta teoria e, conseqüentemente, entender o suporte epistemológico da Modernidade.

Com o intuito de eliminar critérios e preceitos desnecessários que tornavam as artes filosóficas, lógicas e matemáticas em diversos casos confusas, possibilitando vícios, DESCARTES formulou um método próprio caracterizado pelo reduzido número de regras e pela simplicidade, baseado na evidência das idéias das quais não se podia duvidar.

Primeiro, formulou vinte e uma regras que foram condensadas na obra “Regras para a orientação do Espírito”<sup>39</sup>, mas, posteriormente, em seu “Discurso do Método” ele as reduz a quatro proposições básicas: a) só aceitar como verdadeiro o que conhecesse claramente como tal; b) dividir o todo em partes; c) ordenar o pensamento a partir dos elementos mais simples para os mais compostos e d) efetuar relações metódicas completas que não omitissem nenhum dos elementos em análise<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël*. trad. Lucy Magalhães, rev. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994 p. 65.

<sup>38</sup> LUDWIG, Celso. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 1995, inédito p. 25. Também: FONSECA, Ricardo Marcelo da. *Modernidade e contrato de trabalho: Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 58. Todavia, conforme será melhor exposto no item seguinte, HABERMAS lembra que foi HEGEL, em sua “*História da filosofia*” quem introduziu a expressa modernidade pela primeira vez, autocertificando-a. Cf. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ps. 09, 24 e ss.

<sup>39</sup> DESCARTES, René. *Regras para a orientação do Espírito*. trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>40</sup> Nas palavras do próprio Descartes, tal eram as razões das quatro proposições básicas do seu método: “E, como a grande quantidade de leis fornece com freqüência justificativas aos vícios, de forma que um Estado é mais bem dirigido quando, apesar de possuir muito poucas delas, são estritamente cumpridas; portanto, em lugar desse grande número de preceitos de que se compõe a lógica, achei que me eram suficientes os quatro seguintes, uma vez que tornasse firme e inalterável a resolução de não deixar uma só vez de observá-

Ora, a regra número um propõe como mandamento primeiro do método cartesiano a instauração da dúvida a fim de que somente sejam concebidas como verdade as idéias cuja clareza e evidência não dessem margem a nenhum questionamento.

As demais formam a essência da análise ou método analítico cartesiano, cuja característica principal reside em alcançar o conhecimento pela decomposição do todo em partes, sob orientação de um procedimento racional e lógico, para que, ao final, seja compreendido esse todo com a (re)união das partes decompostas.

Por conseguinte, a dúvida se torna o ponto de partida para se chegar à teoria do *Cogito* e DESCARTES não hesita em questionar a sua própria existência:

... no que concerne aos costumes, é às vezes preciso seguir opiniões, que sabemos serem muito duvidosas, como se não admitissem dúvidas, (...); porém, por desejar então dedicar-me apenas à pesquisa da verdade, achei que deveria agir ao contrário e rejeitar como totalmente falso tudo aquilo em que pudesse supor a menor dúvida, com o intuito de ver se, depois disso, não restaria algo em meu crédito que fosse completamente incontestável. Ao considerar que nossos sentidos às vezes nos enganam, quis presumir que não existia nada que fosse tal como eles nos fazem imaginar. E, por existirem homens que se enganam ao raciocinar, mesmo no que se refere às mais simples noções de geometria, e cometem paralogismos, rejeitei como falsas, achando que estava sujeito a me enganar como qualquer outro, todas as razões que eu tomara até então por demonstrações. E, enfim, considerando que quaisquer pensamentos que nos ocorrem quando estamos acordados nos podem também ocorrer enquanto dormimos, sem que exista nenhum, nesse caso, que seja correto, decidi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais corretas do que as ilusões de meus sonhos. Porém, logo em seguida, percebi que ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: **eu penso, logo existo** era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de lhe causar abalo,

---

*los. O primeiro era o de nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente que a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele. O segundo, o de repartir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse certeza de nada omitir.”* DESCARTES, René. *Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações*. trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 49 (col. Os Pensadores).

julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o princípio da filosofia que eu procurava.<sup>41</sup>

Assim, se há *dúvida*, há *sujeito pensante*; e esta certeza primeira inaugura todo o conhecimento e toda a verdade.

No dizer de LUDWIG:

Do cogito como fundante deve-se compreender, num processo de dedução, todo o resto. O mundo, as coisas, são compreendidas essencialmente como idéias; o pensamento (fundante) pensa idéias e não coisas. O cogito é tudo, ponto de partida e de chegada.<sup>42</sup>

Com este argumento, justifica-se a teoria do *Cogito*, à medida que o 'eu penso' assume o lugar da certeza e verdade primeira, e transforma em ponto de partida para todo o conhecimento possível, assumindo o lugar ontológico do 'ser' que agora está no sujeito pensante, pois sua existência era independente até mesmo da matéria<sup>43</sup>.

Ademais, é a evidência e a irrefutabilidade desta primeira certeza que torna possível a crença no *Cogito* como ponto de partida, conforme explica Georges PASCAL:

A descoberta não é só a descoberta de uma primeira verdade; é também a descoberta – ou a confirmação – de um critério de verdade: a evidência. Descartes, realmente, não cai na cilada denunciada pelos cépticos, que consistiria em procurar primeiramente um critério de verdade, cuja verdade suporia, para ser avaliada, um outro critério. (...) Com o cogito, Descartes consegue uma primeira certeza, e é ao refletir sobre esta certeza que ele constata que a evidência é o único critério possível do verdadeiro. Não poderíamos estar certos de nada, com efeito, se pudesse acontecer que uma

---

<sup>41</sup> DESCARTES, René. *Discurso do método...* op. cit., ps. 61 e 62.

<sup>42</sup> LUDWIG, Celso. *A alternatividade...* op. cit., p. 27.

<sup>43</sup> Nas palavras de François CHATELÉT: "O *sujeito cognoscente*, diz Descartes, é o 'Eu penso'. O 'Eu penso' se concebe por si mesmo. De fato, mesmo que eu decida duvidar de tudo, não posso fazer com que eu não exista, desde o momento em que, duvidando de tudo, me dou conta, com uma evidência inegável, de que eu penso. Mesmo que eu duvidasse deste mundo que me cerca, não poderia fazer com que eu não existisse, porque para duvidar, é preciso ser. Descartes conclui que, mesmo que não houvesse matéria, haveria, pelo menos, um *sujeito pensante*." CHATELÉT, François. *Uma história da razão...* op. cit., p. 65.

proposição clara e distinta fosse falsa. A experiência do cogito permite-nos, portanto, confiarmos na evidência e tomá-la como sinal infalível do verdadeiro.”<sup>44</sup>

Para além da certeza do *Cogito*, Hannah ARENDT compreende a dúvida cartesiana num significado radical e universal, atingindo não somente o conteúdo material de evitar o engodo do pensamento e as ilusões do sentido<sup>45</sup>, mas também a própria razão e a existência do mundo.

De acordo com ARENDT, em realidade essa dúvida gerou a inversão hierárquica entre a *vita contemplativa* e a *vita activa*, e essa convicção de que somente a ação era veraz caracterizou toda a filosofia moderna, à medida que obrigou o homem a buscar um novo tipo de conhecimento, não mais baseado na contemplação, observação ou especulação, mas o inerente à atividade de fazer e de fabricar, consubstanciado na idéia de realidade enquanto interação do homem com o seu meio circundante<sup>46</sup>.

Ainda segundo a filósofa citada, tal ocorreu porque a dúvida metódica e a teoria do *Cogito*, ao promoverem o deslocamento do ponto arquimediano para dentro do homem, fez com que o espírito só pudesse conhecer aquilo que ele mesmo produzisse, de tal maneira que o mais alto conhecimento proviesse da matemática, fazendo com que a única coisa em comum entre os homens fosse a estrutura da razão, que agora estaria limitada apenas a prever conseqüências<sup>47</sup>, ou seja, “pela faculdade de deduzir e concluir a partir de um processo que o homem pode, a qualquer momento desencadear dentro de si mesmo.”<sup>48</sup>.

Como resultado desta desconfiança sobre a verdade exterior ao sujeito, assevera ARENDT que:

...nada merecia menos fé para quem quisesse adquirir conhecimento e aproximar-se da verdade que a observação passiva ou mera contemplação. Para que tivesse certeza, o homem tinha que **verificar** e, para conhecer, tinha que agir. A certeza do conhecimento só podia ser atingida mediante dupla condição: primeiro, que o conhecimento se referisse apenas àquilo que o próprio homem havia feito – de sorte que o ideal passa a ser o conhecimento matemático, no qual se lida apenas com entidades produzidas pela própria mente – e, segundo,

---

<sup>44</sup> PASCAL, Georges. *Descartes*. trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 44. (col. Universidade hoje).

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense Universitária, 2002. p. 286 e ss.

<sup>46</sup> Idem, p. 287.

<sup>47</sup> Ibidem, ps. 295 e 296.

<sup>48</sup> Ibid, p. 296.

que o conhecimento fosse de tal natureza que só pudesse ser verificado mediante ação adicional. Desde então, a verdade científica e a verdade filosófica separaram-se de vez; a verdade científica não só não precisa ser eterna, como não precisa sequer ser compreensível ou adequada ao raciocínio.<sup>49</sup>

Enfim, de forma sumária, é possível elencar as seguintes contribuições do cartesianismo para a formação do espírito moderno:

- a) a concepção de realidade fundante implica radical dualismo entre pensamento e mundo, consciência e matéria, oriunda dos domínios separados da *res cogitans* (coisa pensante) e *res extensa* (coisa extensa, matéria)<sup>50</sup>;
- b) DESCARTES desloca o *fundamento da certeza do objeto para o sujeito*, das *coisas para a consciência*, entendendo que todas as idéias claras e distintas são verdadeiras e a verdade consiste em ter certeza<sup>51</sup>, sendo que,
- c) esta concepção epistêmica de verdade proporcionou a crença na garantia do conhecimento<sup>52</sup>, fundando um método analítico baseado numa concepção mecânica da natureza, que serviu como padrão da ciência após Descartes<sup>53</sup> e;
- d) o *Cogito* se tornou o fundamento último e ponto de partida para uma visão reducionista do mundo e da teoria do conhecimento, à medida que reduzia a complexidade da existência humana à razão.

Desde então, foram preenchidos os requisitos teóricos para que o sujeito de conhecimento acreditasse na dominação da natureza, no controle dos seres humanos, na construção de uma sociedade racional ideal, no desenvolvimento tecnológico, entre outras formas de exercício de poder científico, dando ensejo a uma forma de racionalidade conhecida como *razão instrumental*, profundamente marcada por essa crença no cientificismo e na possibilidade de uma solução racional e científica para todos os problemas da humanidade, fazendo do conhecimento científico um instrumento de dominação ideológica, conforme aduz CHÂTELET:

<sup>49</sup> ARENDT, Hannah. op. cit., p. 303.

<sup>50</sup> LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica...* op. cit., p. 27.

<sup>51</sup> Idem, p. 28.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibid, ps. 28-29, citando, em parte, Fritjof CAPRA.

Tornar o homem senhor e possuidor da natureza: Descartes pensava que esse seria um programa realizável a curto prazo. O tempo nos mostrou que o prazo era mais longo e que esse domínio da natureza não era, talvez, nem tão possível nem tão bom quanto acreditávamos. De qualquer forma, esse princípio servirá de fio condutor a vários pensadores, a todo movimento intelectual. Também estará presente na origem do desenvolvimento da ciência e da técnica nos séculos XIX e XX. Embora possamos duvidar hoje da validade desse programa, nem por isso ele deixa de ser o próprio princípio da origem das nossas sociedades<sup>54</sup>.

## I.2.2 – KANT

Posterior a DESCARTES, sem dúvida Immanuel Kant (1724-1804)<sup>55</sup> propiciou o maior contributo a uma subjetividade formal, levando a ‘metafísica da subjetividade’ ao seu ápice, à medida que, como ele próprio reconheceu, intentava realizar uma verdadeira ‘revolução copernicana’ na filosofia<sup>56</sup>, através do deslocamento da razão para o centro do debate filosófico, invertendo a relação sujeito-objeto.

Assim, KANT explica, no prefácio à segunda edição da *“Crítica da Razão Pura”*, que:

Até agora se supôs que todo nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém, todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que nosso conhecimento seria ampliado, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos mesmos que deve estabelecer algo sobre os objetos antes de serem dados<sup>57</sup>.

Daí que, segundo FONSECA, *“não é o sujeito que se orienta pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou, dito de outro modo, em vez da*

<sup>54</sup> CHÂTELET, François. *Uma história da razão...* op cit., p. 65.

<sup>55</sup> Da grandeza, completude e sistematicidade da filosofia de KANT resulta o seguinte paradoxo para quem se arrisca a escrever algo sobre suas contribuições: nem de longe é possível dar conta aqui de uma exposição completa de sua filosofia, mas sua importância exige que pelo menos sejam expostas algumas categorias essenciais de seu pensamento, notadamente devido à grande influência que exerceu no idealismo jurídico e paradigma da filosofia da consciência.

<sup>56</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moonsburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 39. (Col. Os Pensadores).

<sup>57</sup> Idem, sublinhados a partir de itálicos no texto original.

*faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é na verdade o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer*<sup>58</sup>.

Deste modo, a virada copernicana marca uma acentuação no subjetivismo moderno, pois como assinala Cabral de MONCADA:

Com esta mudança de movimentos e relações, aconteceu que ao antigo **realismo** da filosofia e da metafísica tradicionais veio substituir-se uma nova forma de **idealismo** (o epistemológico), consistindo, pelo menos, no primado de um elemento subjectivo na construção do conhecimento racional que o homem essencialmente elabora o seu saber científico da natureza. A filosofia teórica de KANT marca, portanto – pode dizer-se – uma acentuação do subjectivismo e um aprofundamento do eu e do <<conceito>>, em face da realidade<sup>59</sup>.

Assim, com o intuito de levar a cabo e explicar essa ‘revolução’, KANT elabora um plano de crítica a fim de construir um sistema de Metafísica baseado num procedimento dogmático da razão<sup>60</sup> que, seguindo o método de Wolff, “*tomasse o caminho seguro de uma ciência estabelecendo princípios legítimos, determinando claramente os conceitos, buscando rigor nas demonstrações, evitando saltos temerários em conclusão*”<sup>61</sup>.

Nesse desiderato, o filósofo de Königsberg começa fundamentando suas teses com a distinção entre conhecimento puro e empírico, entre juízos analíticos e sintéticos, para, a partir da conclusão de que a “*filosofia precisa de uma ciência que determine a possibilidade, os princípios e o âmbito de todos os conhecimentos a priori*”<sup>62</sup>, propor uma “*propedêutica ao sistema de razão pura*”<sup>63</sup> consubstanciada na filosofia transcendental<sup>64</sup>, fundada na:

<sup>58</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*...op. cit., p. 62.

<sup>59</sup> MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. Vol. I, Parte histórica. Coimbra: Armênio Amado editor, 1947, p. 250.

<sup>60</sup> Ainda no prefácio à segunda edição da “*Crítica da Razão Pura*” (op. cit), KANT explica que a crítica somente é contraposta ao *dogmatismo* e não ao *procedimento dogmático da razão pura*, isto porque ele é entendido como a “*pretensão de progredir apenas com um conhecimento puro a partir de conceitos (o filosófico) segundo princípios há tempos usados pela razão sem se indagar contudo de que modo e com que direito chegou a eles*” (p. 47) ou seja, “*Dogmatismo é, portanto, o procedimento dogmático da razão pura sem uma crítica precedente de sua própria capacidade.*” (p. 47).

<sup>61</sup> A censura kantiana àqueles que recusam esse método é bastante severa: “*Aqueles que rejeitam o seu modo de ensinar e ao mesmo tempo o procedimento da Crítica da razão pura não podem ter em mente outra coisa senão romper as cadeias da ciência e transformar o trabalho em jogo, a certeza em opinião e a filosofia em filodoxia.*”\_KANT, Immanuel, op. cit., p. 50.

<sup>62</sup> KANT, Immanuel. *Crítica*... op. cit., p. 56.

idéia de uma ciência para a qual a Crítica da razão pura deverá projetar o plano completo, arquitetonicamente, isto é, a partir de princípios, com plena garantia da completude e segurança de todas as partes que perfazem este edifício. Ela é o sistema de todos os princípios da razão pura<sup>65</sup>.

KANT não tem dúvidas de que todo conhecimento começa com a experiência, mas segundo ele, isso não quer dizer que o conhecimento somente (e, necessariamente) dela se origine<sup>66</sup>, de modo que é possível distinguir os que independem da experiência e das impressões dos sentidos, denominados *puros* ou *a priori*, daqueles cuja fonte reside justamente na experiência, denominados empíricos e, portanto, *a posteriori*<sup>67</sup>.

Deste modo, as características de necessariedade e universalidade são próprias do conhecimento puro ou *a priori*, enquanto que a contingência e a particularidade são marcas dos conhecimentos empíricos ou *a posteriori*<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> KANT, Immanuel. *Crítica...* op. cit., p. 65.

<sup>64</sup> Sobre a noção de 'transcendental', tal é a definição kantiana: "*Denomino transcendental todo conhecimento que em geral se ocupa não tanto com objetos, mas com nosso modo de conhecimento de objetos na medida em que este deve ser possível a priori. Um sistema de tais conceitos denominar-se-ia filosofia transcendental*" Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. op. cit., p. 65. (sublinhados a partir de negritos do próprio texto).

<sup>65</sup> KANT, Immanuel. op. cit., p. 66.

<sup>66</sup> Isso porque, segundo as palavras do filósofo em tela, "*poderia bem acontecer que mesmo o nosso conhecimento de experiência seja um composto daquilo que recebemos por impressões e daquilo que nossa própria capacidade de conhecimento (apenas provocada por impressões sensíveis) fornece de si mesma, cujo aditamento não distinguimos daquela matéria-prima antes que um longo exercício nos tenha tornado atento a ele e nos tenha tornado apto à sua abstração.*" Cf. KANT, Immanuel. op. cit., p. 53.

<sup>67</sup> Daí que, segundo KANT: "*No que se segue, portanto conhecimentos a priori entenderemos não os que ocorrem de modo independente desta ou daquela experiência. A eles são contrapostos ou aqueles que são possíveis apenas a posteriori, isto é, por experiência. Dos conhecimentos a priori denominam-se puros aqueles aos quais nada de empírico está mesclado. Assim, por exemplo, a proposição: cada mudança tem sua causa, é uma proposição a priori só que não pura, pois mudança é um conceito que só pode ser tirado da experiência.*" KANT, Immanuel, op. cit., p. 54.

<sup>68</sup> Mais detalhadamente, explica Marilena CHAUÍ que: "*Analisando a faculdade de conhecer, na Crítica da Razão Pura, Kant distingue duas formas de conhecimento: o empírico ou 'a posteriori' e o puro e 'a priori'. O conhecimento empírico, como diz a própria expressão, reduz-se aos dados fornecidos pelas experiências sensíveis. Quando se diz, por exemplo, a 'a porta está aberta', expressa-se em um conhecimento que não pode ser desvinculado de uma impressão de sentidos. O conhecimento puro ou 'a priori', ao contrário, não depende de nenhuma experiência sensível, distinguindo-se do empírico pela universalidade e necessidade. Tal é o caso da proposição 'a linha reta é a distância mais curta entre dois pontos' (...) A experiência sensível por si só – mostra Kant – jamais produz juízos necessários e universais, de tal forma que todas as vezes que se está diante de juízos*

Por isso, mesmo que de acordo com KANT a razão seja uma estrutura vazia, forma pura sem conteúdos, inata e *a priori* porque é anterior, não pode ser adquirida através da experiência e dela não depende<sup>69</sup>, para que se alcance o conhecimento racional dos objetos são necessários conteúdos fornecidos pela experiência (matéria) que devem preencher as formas (necessárias e universais) do entendimento<sup>70</sup>.

Destarte, o conhecimento racional se configura na “*síntese que a razão realiza entre uma forma universal inata e um conteúdo particular oferecido pela experiência*”<sup>71</sup>.

Outra distinção importante se dá entre os juízos analíticos e os juízos sintéticos.

Explica KANT que, em todo juízo em que houver uma relação entre um sujeito e seu predicado, é possível diferenciar os *analíticos*, ou seja, aqueles em que o predicado está contido no sujeito, sendo meros juízos de elucidação porque o predicado nada acrescenta ao sujeito, apenas o decompõe, dos *juízos sintéticos*, os quais são juízos de ampliação porque “*acrescentam ao conceito de sujeito um predicado que de modo algum era pensado nele nem poderia ter sido extraído dele por desmembramento algum.*”<sup>72</sup>

Nesse passo, o filósofo alemão conclui que os juízos de experiência são sempre sintéticos, os analíticos são sempre *a priori*, mas também vislumbra a possibilidade de que haja juízos sintéticos *a priori*, de modo que, um dos grandes desafios da Crítica da razão pura é o de mostrar a possibilidade de conhecimentos puros e de juízos sintéticos *a priori*<sup>73</sup>, condições para que se atingisse uma ciência metafísica pura, rigorosa, estruturada a partir de princípios transcendentais.

---

*desse tipo tem-se conhecimento puro ou ‘a priori’.* CHAUÍ, Marilena. *Vida e obra. In: KANT, Immanuel. Crítica da razão pura*. op. cit.

<sup>69</sup> CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9 ed. São Paulo: Ática, 1997 p. 78.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. op. cit., p. 58.

<sup>73</sup> Sobre a distinção entre os juízos e os objetivos da Crítica da razão pura, João Maurício ADEODATO apresenta uma síntese elucidativa: “...[uma] *proposição pode ser, quanto à*

Assim, na arquitetura da ‘*Crítica da razão pura*’, KANT inicia abordando a Estética Transcendental a qual, enquanto parte primeira da Doutrina Transcendental dos Elementos, é “*uma ciência de todos os princípios da sensibilidade a priori*”<sup>74</sup>, baseada no isolamento da *sensibilidade* e do *entendimento*, para que só reste *intuição empírica* e, dentro desta, deve ser separada a *sensação*, a fim de identificar a *intuição pura* ou as formas puras de intuição sensível, que são as formas do espaço e tempo, concebidas como princípios do conhecimento *a priori*<sup>75</sup>.

---

*relação sujeito e predicado, analítica e sintética; quanto à relação com a experiência, a priori ou a posteriori. Ao contrário dos filósofos anteriores que trataram desse problema, como Leibniz, por exemplo, Kant não aceita o postulado de que toda a proposição sintética é também a posteriori, embora concordasse que as proposições analíticas são sempre a priori. Em outras palavras, a questão gnoseológica principal é a seguinte: como são possíveis juízos sintéticos a priori? Veja o que ele quer dizer com isso.*

*Juízos analíticos são aqueles em que a conexão do predicado com o sujeito é pensada por identidade: o que diz do sujeito já é parte de sua própria conceituação. Os juízos analíticos configuram uma tautologia, isto é, o predicado está contido no sujeito, sem acréscimo de qualquer dado externo. A utilidade gnoseológica de tais juízos consiste em explicitar, em definir os conceitos a que se referem, mas nada nos revelam sobre a realidade exterior a nós mesmos. “o quadrilátero tem quatro lados e quatro ângulos” mostra-nos um exemplo de tais juízos, assim como a conclusão de que  $a=c$ , decorrentes das premissas  $a=b$  e  $b=c$ .*

*Nos juízos sintéticos, o predicado nos traz uma nova informação sobre o sujeito, ou seja, o critério de adequação do juízo não está contido nele mesmo e não pode ser averiguado sem o auxílio de elementos externos a ele, não se confirma simplesmente através do princípio da não contradição. “Os portugueses chegaram ao Brasil em 1500” é um juízo sintético.*

*O juízo a priori é definido como aquele que independe de toda percepção concreta e de qualquer experiência. Ele é o produto de uma intuição intelectual, ou intelecção, que apreende imediatamente um objeto que se apresenta. O conhecimento apriorístico é portanto claro e evidente, necessário e dotado de generalidade. Assim são classificados os juízos matemáticos e analíticos em geral.*

*Um juízo a posteriori, por seu turno, é um juízo empírico; sua confirmação depende diretamente da experiência; ele só pode ser referido com o auxílio dos órgãos dos sentidos, seja diretamente, seja através de alguém que no-lo confirma e transmite, Tais juízos expressam os resultados de observações. O juízo sintético sobre a chegada dos portugueses ao Brasil, mostrado acima, é também um juízo a posteriori.” Cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996 ps. 25-26.*

<sup>74</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. op. cit., p. 72.

<sup>75</sup> Diante da complexidade dessas categorias, cabe esclarecê-las com o próprio KANT: “*Seja de que modo e com que meio um conhecimento possa referir-se a objetos, o modo como ele se refere imediatamente aos mesmo e ao qual todo pensamento como meio tende, é a intuição.(...) A capacidade (receptividade) de obter representações mediante o modo como somos afetados por objetos denomina-se sensibilidade. Portanto, pela sensibilidade nos são dados objetos e apenas ela nos fornece intuições; pelo entendimento, em vez, os objetos são pensados e dele se originam conceitos. Todo pensamento, contudo, quer diretamente (directe), que por rodeios (indirecte), através de certas características, finalmente tem de referir-se a intuições, por conseguinte em nós a sensibilidade, pois de outro modo nenhum objeto pode ser-nos dado. O efeito de um objeto sobre a capacidade de*

A Estética Transcendental cuida, então, da primeira forma ou estrutura *a priori* da razão, que é a *forma* ou *estrutura sensibilidade*, cuja função é receber os conteúdos da experiência e dos sentidos (matéria), organizando-os segundo as formas *a priori* do espaço e tempo<sup>76</sup>, constituindo-se os modos próprios pelos quais se conhece<sup>77</sup>.

Deste modo, uma vez confirmada a idéia de que a *sensibilidade* trata da nossa capacidade de captar os objetos, ou seja, receber suas representações e impressões, surge a *estrutura entendimento* como a capacidade de pensar o objeto e formar um conceito tornando-o compreensível, sendo a reunião das duas propriedades (forma e matéria) imprescindível para a formação do conhecimento<sup>78</sup>.

Contudo, mesmo que indissociáveis na formação do conhecimento, KANT considera útil distinguir a contribuição de cada propriedade da razão, deixando para a Estética Transcendental a tarefa de tratar as “*regras da sensibilidade em geral*”<sup>79</sup> enquanto que à Lógica Transcendental, concebida como uma “*ciência relativa ao conhecimento puro do entendimento e da razão mediante a qual pensamentos objetos de modo inteiramente a priori*”<sup>80</sup>, cujo objeto de estudo são as “*regras de entendimento em geral*”<sup>81</sup>, cabia determinar a origem, o âmbito e validade desses conhecimentos *a priori*.

---

*representação, na medida em que somos afetados pelo menos, é a **sensação**. Aquela intuição que se refere ao objeto mediante sensação denomina-se **empírica**. O objeto indeterminado de uma intuição empírica denomina-se **fenômeno**. Aquilo que no fenômeno corresponde à sensação denomino sua **matéria**. Aquilo porém que faz que o múltiplo do fenômeno possa ser ordenado em certas relações denomino a **forma** do fenômeno.” Cf. KANT, Immanuel. *Crítica...* op. cit., p. 72.*

<sup>76</sup> CHAUI, Marilena. *Convite...* op. cit., p. 79.

<sup>77</sup> LUDWIG, Celso. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação...* op cit., p. 31.

<sup>78</sup> Nesse sentido é a firme convicção de KANT logo na introdução à Lógica Transcendental: “*Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas. Portanto, tanto é necessário tornar os conceitos sensíveis (isto é, acrescentar-lhes o objeto na intuição) quanto tornar as suas intuições compreensíveis (isto é, pô-las sob conceitos). Essas duas faculdades ou capacidades também não podem trocar as suas funções. O entendimento nada pode intuir e os sentidos nada podem pensar. O conhecimento só pode surgir da sua reunião.*” KANT, Immanuel. *Crítica...* op. cit., p. 92.

<sup>79</sup> KANT, Immanuel. op. cit., 92.

<sup>80</sup> Idem, p. 94.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 92.

Depois da Estética, KANT trabalha a Lógica Transcendental, dividida em Analítica e Dialética Transcendental.

A Analítica Transcendental possui a tarefa de expor os elementos do conhecimento puro do entendimento e os princípios sem os quais nenhum objeto poderia ser pensado<sup>82</sup> através da decomposição do nosso inteiro conhecimento *a priori* nos elementos do conhecimento puro do entendimento<sup>83</sup>, possuindo, segundo KANT, quatro pontos importantes:

1) que os conceitos sejam puros e não empíricos; 2) que pertençam não à intuição e à sensibilidade, mas ao pensamento e ao entendimento; 3) que sejam **conceitos** elementares e bem distinguidos dos conceitos derivados ou compostos de conceitos; 4) que a sua tábua seja completa e que preencham inteiramente o campo do entendimento puro<sup>84</sup>.

Daí que a Analítica Transcendental aborda a *estrutura ou forma de entendimento*, a qual, ao operar uma síntese da multiplicidade das representações (percepções) já organizadas nas formas espaço-tempo fornecidas pela *forma ou estrutura sensibilidade*, dão-lhe uma unidade denominada um conceito puro do entendimento ou *categoria a priori*<sup>85</sup>, sendo que o conhecimento só é possível porque o entendimento possui *a priori* essas categorias, isto é, conjunto de elementos que organizam (e dão sentido) aos conteúdos empíricos<sup>86</sup>, permitindo pensá-los<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> KANT propõe que a analítica dos princípios sirva como cânone para a nossa capacidade de julgar, “*instruindo-a a aplicar aos fenômenos os conceitos do entendimento que contém a condição para regras a priori.*” V. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. op. cit., ps. 97 e 142.

<sup>83</sup> Idem, p. 99.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibid, p. 108

<sup>86</sup> CHAÚÍ, Marilena, *Convite...* op. cit., p. 79.

<sup>87</sup> Vide: MARCONDES, Danilo. *Introdução à história da filosofia...*, op. cit., p. 211. Para exaurir as funções do entendimento na construção do conhecimento, KANT monta uma tábua de doze categorias, divididas equitativamente em quatro grupos: 1) *Da quantidade*, 2) *Da qualidade*, 3) *Da relação* e 4). *Da modalidade* (KANT, op. cit. p. 109). Danilo MARCONDES (op. cit., ps. 210-211) colaciona uma tabela de juízos e categorias bastante elucidativa para a compreensão do tema.

Ora, se só através das categorias se chega a pensar um objeto da experiência<sup>88</sup> resta completada a ‘revolução copernicana’ à medida que “as categorias contém, por parte do entendimento, os fundamentos da possibilidade de toda experiência em geral”<sup>89</sup>.

Por outro lado, em função do caráter universal e necessários das categorias é que as ciências se tornam possíveis e válidas.

Outra conseqüência desta concepção é a impossibilidade de conhecer a ‘coisa em si’ (nômeno), uma vez que, somente se concebe o real determinado pelo sujeito, donde a noção de que apenas é possível ter acesso aos fenômenos, entendidos como a realidade da experiência subjetiva, ou seja, as coisas tais quais elas aparecem ao sujeito.

Já na Dialética Transcendental KANT busca descobrir e impedir a ocorrência da quimera dos juízos transcendentais, a qual consiste na “*ilusão natural e inevitável que se funda sobre princípios subjetivos, fazendo-os passar por objetivos*”<sup>90</sup>, transformando a Metafísica em mera especulação, através da análise dos fundamentos que determinam a forma ou estrutura da razão pura.

Para tanto, KANT investiga as antinomias (conflitos e questões sem solução) e os paralogismos (raciocínios defeituosos) da razão pura, a qual fornece a unidade mais elevada dos princípios, orientada pelo seu uso lógico<sup>91</sup> de maneira independente das estruturas de sensibilidade e de entendimento e cuja função é justamente regulá-las e controlá-las<sup>92</sup>.

Assim, a Dialética Transcendental não visa produzir conhecimentos, mas antes investigar os usos de três idéias que são transcendentais porque não podem

---

<sup>88</sup> KANT explica que pensar é diferente de conhecer, uma vez que este requer um conceito e uma intuição (desnecessária para o pensar), que pode ser pura (espaço e tempo) e possibilita juízos *sintéticos a priori* ou empírica quando um objeto, “*mediante a sensação, é representado imediatamente como real nas formas do espaço e tempo.*” KANT, Immanuel. op. cit., ps.119, 128 e 137-138.

<sup>89</sup> KANT, Immanuel. op. cit., p. 138.

<sup>90</sup> Idem, p. 233.

<sup>91</sup> LUDWIG, Celso. *A alternatividade...*, op.cit., p. 32.

<sup>92</sup> CHAUI, Marilena. *Convite...* op. cit., p. 79.

ser objetos da experiência do sujeito, ultrapassando seus limites espaço-temporal<sup>93</sup>: a Idéia psicológica (alma), a Idéia cosmológica (Idéia de mundo como unidade metafísica) e a Idéia teleológica (Deus)<sup>94</sup>.

Estas Idéias, por não terem o mesmo uso constitutivo das categorias, mas sim atuarem como princípios unificadores e reguladores do funcionamento da estrutura sensibilidade e entendimento, possuem um uso normativo, consoante bem explicam REALE e ANTISERI:

As idéias têm uso 'normativo', isto é, valem como 'esquemas' para ordenar a experiência e para dar-lhe a maior unidade possível e valem como 'regras' para organizar os fenômenos de maneira orgânica a) 'como se' (als ob) todos os fenômenos relativos ao homem dependessem de princípio único ( a alma), b) 'como se' todos os fenômenos da natureza dependessem unitariamente de princípios inteligíveis e c) 'como se' a totalidade das coisas dependesse de inteligência suprema.<sup>95</sup>

Outrossim, coligem REALE e ANTISERI:

As Idéias, portanto, valem como princípios heurísticos: elas não ampliam o nosso conhecimento dos fenômenos, mas apenas unificam o conhecimento, regulando-o de modo constitutivo. Tal unidade é a unidade do sistema, uma unidade que serve para promover e fortalecer o intelecto, bem como para estimular a busca ao infinito. Esse, precisamente, é o uso positivo da razão e das suas Idéias<sup>96</sup>

No mesmo sentido é o arremate de LUDWIG:

Como se vê, há um processo no conhecer que parte das intuições sensíveis, passa pelo entendimento para atingir a razão. (...) Em síntese, pela intuição sensível, tem-se a multiplicidade reduzida à unidade pelo entendimento, através de suas regras. Estas são tomadas pela razão como ponto de partida para atingir uma unidade mais elevada, a dos princípios. A unidade dos princípios é buscada pelo uso lógico da razão, pelo raciocínio. Explica-se, assim, o uso puro da razão. 'A razão pura, com efeito, é a busca do incondicionado, considerado como condição última de todas as condições'<sup>97</sup>.

Enfim, com os três momentos constituintes da Doutrina do Elementos da Crítica da razão pura, KANT explica as possibilidades de conhecer, superando as teses empiristas (BACON) e as racionalistas (DESCARTES)<sup>98</sup>, até porque seu 'Eu

<sup>93</sup> KANT, Immanuel. op. cit., p.. 249.

<sup>94</sup> REALE, Giovane, ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. vol II, trad. n/d. 6ª ed. São Paulo: Paulus, 2003, p. 892.

<sup>95</sup> REALE, ANTISERI, *História da filosofia...* vol II, op., cit. p. 899.

<sup>96</sup> Idem, p. 900.

<sup>97</sup> LUDWIG, Celso. *A alternatividade...* op. cit., p. 32, ao final citando Georges PASCAL.

<sup>98</sup> Acerca desta questão Marilena CHAUI explica que: "O que Kant afirma é que a razão e o sujeito do conhecimento possuem essas estruturas para poder conhecer e que, por serem elas universais e necessárias, o conhecimento é racional e verdadeiro para os seres humanos. É isso que a razão pode. O que ela não pode (e nisso os inatistas e empiristas se enganam) é supor que com suas estruturas passe a conhecer a realidade tal como esta é

*penso*’ trabalha com um conhecimento que não prescinde da experiência<sup>99</sup>, mas possui uma *forma ou estrutura razão pura* que, ao determinar o funcionamento das formas entendimento e sensibilidade, em momento algum tem contato com o mundo empírico, sendo absolutamente transcendental e universal para todos os seres humanos.

Resta dizer, então, que o filósofo de Königsberg completou a trajetória de formação do pensamento moderno, iniciada por DESCARTES, mas com duas inovações fundamentais, conforme salienta CHAUI:

em primeiro lugar, transformou a própria teoria do conhecimento em metafísica, ao afirmar que esta investiga as condições gerais da objetividade, isto é, do conhecimento universal e necessário dos fenômenos e, em segundo lugar, demonstrou que o sujeito do conhecimento não é, como pensara Hume, o sujeito psicológico individual, mas uma estrutura universal, idêntica para todos os seres humanos em todos os tempos e lugares, e que é a razão, como faculdade ‘a priori’ de conhecer ou o Sujeito Transcendental<sup>100</sup>.

Destarte, o Sujeito Transcendental kantiano é ideal, racional e formal sendo que, em função de sua pretensão de universalidade se constitui um contundente instrumento teórico para o império da razão instrumental e do cientificismo da modernidade européia, donde a irretocável crítica de DUSSEL:

o ‘sujeito transcendental’ kantiano, o *Ich denke überhaupt* (eu penso em geral), dá um passo definitivo no dualismo da modernidade, perdendo em seu formalismo o critério material do conteúdo ético dos atos humanos – só lhe resta a validade vazia<sup>101</sup>.

---

*em si mesma. A razão conhece os objetos do conhecimento. O objeto do conhecimento é aquele conteúdo empírico que recebeu as formas e as categorias do sujeito do conhecimento. A razão não está nas coisas, mas em nós. A razão é sempre razão subjetiva e não pode pretender conhecer a realidade tal como ela seria em si mesma, nem pode pretender que exista uma razão objetiva governando as próprias coisas.”* Cf. CHAUI, Marilena. *Convite..* op. cit., p. 79.

<sup>99</sup> Nesse sentido Danilo MARCONDES assinala que: “‘Ao contrário de Descartes, o “eu penso” kantiano não é puro, nem anterior às experiências da consciência, mas precisamente o que lhes dá unidade e não pode ser considerado independente delas. Do mesmo modo, Kant afasta-se da questão de Hume sobre identidade pessoal, que o teria levado a afirmar que o ‘eu’ é apenas um ‘feixe de percepções’; ao contrário, para que haja experiências, estas têm de ser remetidas a um ‘eu’ de que são experiências. Se o ‘eu’ não é a substância pensante de Descartes, tampouco o é o ‘feixe de percepções’ de Hume, mas consiste na unidade originária da consciência.” MARCONDES, Danilo. op. cit., p. 212.

<sup>100</sup> CHAUI, Marilena, *Convite....* op. cit., p. 235.

<sup>101</sup> DUSSEL, Enrique. “*Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*”. trad. E. Alves, J. Clasen e L. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 521.

### I.3 – Modernidade e juspositivismo

#### I.3.1 – O paradigma da filosofia da consciência

Ao estudar a modernidade a partir da filosofia hegeliana, Jürgen HABERMAS constata que, com a superação do conceito substancial de razão da tradição metafísica em prol de uma concepção que expressa uma unidade formal em função da divisão das formas ou estruturas da razão operada na Crítica da razão pura, KANT “*expressa o mundo moderno em um edifício de pensamentos*”<sup>102</sup> à medida que, na sua filosofia, “*os traços essenciais da época se refletem como em um espelho*”<sup>103</sup>.

Isso porque a concepção do *Sujeito Transcendental* como expressão da *razão pura* transformou o princípio subjetividade num princípio unilateral<sup>104</sup>, fundante, determinante e unificador de todas as manifestações da cultura moderna, englobando a ciência<sup>105</sup>, as construções éticas e morais, a vida religiosa, a arte, o Estado e a sociedade<sup>106</sup>.

HABERMAS destaca, então, que foi HEGEL quem identificou e caracterizou o princípio subjetividade e sua liberdade como a marca determinante da modernidade, comportando ao menos quatro conotações, a saber:

a) *individualismo*: no mundo moderno, a singularidade infinitamente particular pode valer suas pretensões; b) *direito de crítica*: o princípio do mundo moderno exige que aquilo que deve ser reconhecido por todos se mostre a cada um como algo legítimo; c) *autonomia da ação*: é próprio dos tempos modernos que queiramos responder pelo que fazemos; d) por fim, a *própria filosofia idealista*: Hegel considera como obra dos tempos modernos que a filosofia apreenda a idéia que se sabe a si mesma<sup>107</sup>.

Com efeito, também na seara jurídica se verificam os reflexos da subjetividade moderna enquanto princípio reitor do conhecimento, uma vez que as

---

<sup>102</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. op. cit., p. 29.

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>105</sup> Ibid, p. 26.

<sup>106</sup> Ibid. ps. 27-28.

<sup>107</sup> Ibid. ps. 25-26.

noções de *sujeito de direito* e *direito subjetivo* passam a ocupar o centro das discussões da dogmática jurídica<sup>108</sup>.

Desde aí é possível compreender, seguindo os passos de STRECK, que toda a construção dogmática do direito moderno ocidental esteja comprometida com o paradigma liberal-individualista, traduzido pela ênfase no indivíduo, propriedade e liberdade (autonomia do sujeito) que traz em seu bojo o compromisso com a defesa dos direitos subjetivos e patrimoniais através de um conjunto de normas que orientam o modo de produção e aplicação do direito<sup>109</sup>.

De outra feita, a hipótese kantiana acerca da possibilidade de obtenção de conhecimentos racionais e objetivos dotados de universalidade e necessidade através da síntese entre forma e matéria operada pela estrutura sensibilidade e pela entendimento, a partir das determinações da razão pura, trouxe o otimismo consubstanciado na crença de que seria possível um conhecimento científico obtido pelo sujeito cognoscente a partir da observação empírica dos fenômenos, crença esta que confirma o paradigma da filosofia da consciência.

Assim, este paradigma se revela na imagem do indivíduo inteligente que, pela contemplação do seu objeto, pode extrair uma 'verdade' racional, através do uso de uma razão instrumental e monológica, sendo, portanto, *“calcado na lógica do sujeito cognoscente, em que as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo reduzido nas relações entre sujeito-objeto”*<sup>110</sup>.

Tal paradigma marcou profundamente toda a teoria moderna do conhecimento, até mesmo teses irracionalistas e dialéticas, mas é no positivismo que ele se mostra mais nítido porque, aliado à racionalidade formal e instrumental, propiciou a legitimação necessária para o mito da neutralidade e verdade da ciência, levando-a ao *status* de verdadeira ideologia e gerando o determinismo e dualismo nas relações entre conhecimento e mundo.

---

<sup>108</sup> Vide: FONSECA, Ricardo Marcelo da. *Modernidade e contrato de trabalho...*, op. cit., ps. 73 e 75.

<sup>109</sup> Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, ps. 31-45.

<sup>110</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. op. cit., p. 44.

Com efeito, a crença na ciência, a fé no progresso e evolução do homem são ícones da filosofia positivista<sup>111</sup> a qual, segundo Helmut COING, é:

... a doutrina segundo a qual o conhecimento científico somente pode ser adquirido em razão de observações de 'fatos' (portanto em razão das percepções das idéias, especialmente na experiência) bem como no campo da matemática e da lógica. Todas as questões que não podem ser resolvidas sobre este fundamento, todas as doutrinas que não podem basear-se em resultados deste método, devem ser vistas como 'metafísicas' ou 'ideológicas' e rejeitadas; elas devem ser entendidas como mera opinião subjetiva e, portanto, cientificamente irrelevantes<sup>112</sup>.

Desta formulação, é importante compreender o conceito 'fato' como o 'objeto' (existente empiricamente na realidade) do qual o 'sujeito' pode extrair (descobrir) sua 'verdade' fenomenológica, através dos métodos e técnicas científicas e de interpretação.

No mesmo caminho, Boaventura de SOUSA SANTOS elenca alguns pressupostos do positivismo filosófico:

a 'realidade' enquanto dotada de exterioridade; o conhecimento enquanto representação do real; a aversão à metafísica e o caráter parasitário da filosofia em relação à ciência; a dualidade entre fatos e valores com a implicação de que o conhecimento empírico é logicamente discrepante do prosseguimento de objetos morais ou da observação de regras éticas; a noção de 'unidade da ciência', nos termos da qual as ciências sociais e as ciências naturais partilham a mesma fundamentação lógica e até metodológica<sup>113</sup>.

Destarte, torna-se possível enumerar as seguintes características desta corrente:

- a) baseia-se no método das ciências naturais e da matemática e considera-se o único permitido;

---

<sup>111</sup> Cujo grande expoente é Auguste COMTE e sua lei dos três estágios baseada na rejeição (em função do reconhecimento da impossibilidade de se conhecer o absoluto) da metafísica e da religião enquanto produtoras de conhecimentos e relações invariáveis e semelhantes, que só poderiam ser obtidas pelo *espírito positivo* e pelo conhecimento dele advindo. Cf. REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia do romantismo até nossos dias*. Vol III. 6ª ed. Trad. n/d. São Paulo: Paulus, 2003., p. 299.

<sup>112</sup> COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. trad. da 5ª ed. alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. ps. 88/89.

<sup>113</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Introdução a uma ciência Pós-Moderna*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 52.

- b) busca a ‘verdade’ existente no objeto, que pode ser a lei (formalismo) ou algo dado na realidade (realismo);
- c) opõe-se a qualquer tipo de metafísica ou crença religiosa;
- d) seu objetivo é desenvolver métodos científicos do conhecimento até a exatidão;
- e) funda-se na união do princípio empírico com resultados de pesquisa lógica matemática;
- f) rejeita toda decisão de valor (p. ex. baseada em ideais de justiça) porque eram tidas como puramente irracional.

Outrossim, se a ideologia cientificista subjacente à doutrina positivista exige que para ser verdadeiro o conhecimento deve ser empiricamente observável e comprovável, através de uma metodologia rigorosa e formal (a fim de preencher as exigências de universalidade e necessidade, sem apego a nenhuma fundamentação metafísica ou religiosa), até mesmo nas ciências sociais e junto delas, a ciência do direito, buscava-se atingir o caráter de cientificidade e objetividade própria das ciências exatas, com o fito de atender à demanda por uma justificação racionalista que confirmasse sua legitimidade e autoridade<sup>114</sup>, baseando-se na teoria de conhecimento de KANT<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Neste sentido, Michel MIAILLE assevera que o positivismo “*pretendia demonstrar que os progressos do espírito humano estavam ao abandono de um certo número de idéias que a experiência não podia nem fundar nem provar. Assim a física (ou a química) pudera progredir no conhecimento do mundo a partir do momento em que, rejeitando as noções metafísicas herdadas da filosofia antiga ou mesmo moderna (Descartes), se fixara como objectivo a observação e a experimentação. Da mesma maneira, as ciências sociais – e a sociologia, palavra criada por A. Comte, após o de física social – deviam ceder a este estágio positivo para dar da sociedade um conhecimento científico. Para o estudo do direito, esta atitude ia ter conseqüências muito importantes. (...) A orientação positivista, tendo privado o direito do que ele podia ter de frágil – opção sobre os fundamentos do direito, que faz parte da esfera das escolhas políticas ou ditas metafísicas –, apresenta-se como uma orientação científica, isto é, neutra, sem a priori.*” Cf. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. op. cit., p. 275.

<sup>115</sup> No mesmo vetor, Karl LARENZ aduz que “*a ciência do Direito teve plena participação no pendor geral para o positivismo. Como movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha <<Escola Histórica>>, o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a <<metafísica>> do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos <<factos>> e às leis desses factos, considerados empiricamente. Para as ciências da natureza, mas não para a Ética e para a teoria do Direito, podia, o positivismo, até certo*

Aqui é preciso destacar que, ao recusar a Metafísica, o positivismo refuta também o idealismo subjetivo de KANT, sendo que, particularmente na seara jurídica, há certa rejeição à idéia da existência de *'princípios imutáveis do direito'* que lhe conferisse legitimidade, como exposto na *'Crítica da razão prática'*<sup>116</sup>, pois interessa apenas o direito positivo e sua validade em função da autoridade que lhe impõe.

Contudo, essa rejeição não invalida a influência da teoria do conhecimento da *'Crítica da razão pura'* na elaboração do pensamento positivista, uma vez que esta corrente tem como pressuposto subjacente o paradigma da filosofia da consciência e também porque sua base epistemológica reflete um empirismo lógico<sup>117</sup> que se identifica com a conclusão kantiana acerca da possibilidade de um conhecimento racional dos objetos, enquanto síntese da forma razão com a matéria empírica.

Ademais, ao menos duas outras contribuições da teoria do conhecimento kantiana na construção da teoria juspositivista são bastante perceptíveis, quais sejam:

---

*ponto, invocar a teoria do conhecimento de KANT.*" Para evitar mal-entendidos, é preciso lembrar a cisão positivista entre a Teoria do Direito (esta mais preocupada com a idéia de Justiça e de valores que orientassem a elaboração do direito, sendo a filosofia jurídica sua disciplina típica) e a Ciência Jurídica (cuja preocupação maior está na aplicação sistemática, metódica, neutra e objetiva para que o Direito alcançasse o *status* de uma verdadeira ciência objetiva, trazendo a almejada segurança jurídica), sendo esta equiparada às ciências da natureza conforme o próprio LARENZ destaca: *"A ciência do Direito será assim erigida em << verdadeira ciência >> quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis."* No positivismo jurídico, esses fatos estão no direito positivo. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. trad. Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, ps. 46-48. Acerca desta 'cisão', que se revela na forma de uma 'ideologia da separação', consultar: AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. op. cit. ps. 13-36. Em sentido equivalente a essa separação, é a distinção entre as disciplinas zetéticas e as dogmáticas, propostas por Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR (in *'Introdução ao estudo do direito'* op. cit., ps. 39-41.)

<sup>116</sup> Cf. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Trad. Ernildo Stein, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 100.

<sup>117</sup> Acerca da noção de positivismo jurídico como empirismo jurídico, Otfried HÖFFE explica que: *"Fundando em convicções gerais, o positivismo jurídico segue o ideal da ciência do positivismo lógico, respectivamente do empirismo lógico e se poderia designar, por isso, positivismo lógico-jurídico, ou então empirismo jurídico. Segundo este, somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, tem um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça são considerados não-científicos. Segundo o positivismo jurídico enquanto empirismo jurídico, as ciências do direito somente são possíveis enquanto ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas."* (HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 98.)

- a) a racionalidade sistemático-dogmática<sup>118</sup>, imprescindível para o preenchimento do dogma da unidade e completude do ordenamento jurídico e sua metodologia axiomático-dedutiva e;
- b) a incognoscibilidade do *nôumeno* (coisa em si) ocasiona a superação do jusnaturalismo da ontologia clássica, uma vez que, no dizer de ASCENSÃO, “*não permite fundar na natureza nenhuma lei de validade universal*”<sup>119</sup>, ao mesmo passo que o aproxima do jusracionalismo.

Neste prisma, tanto as escolas jurídicas formalistas<sup>120</sup> quanto as realistas<sup>121</sup> se mostram positivistas à medida que estão circunscritas ao paradigma da filosofia da consciência e se fundamentam na possibilidade de que o sujeito de conhecimento, ao realizar a síntese kantiana entre forma e conteúdo, possa extrair uma verdade científica através da observação e interpretação de um fato (que tanto pode ser um texto legal cujo sentido se busca compreender quanto um fato social presente na realidade)<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 315.

<sup>119</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução ao estudo do direito*. op. cit., p. 172.

<sup>120</sup> Nas correntes formalistas a norma jurídica é o próprio objeto dado (fato), donde cumpre ao intérprete buscar o seu conceito verdadeiro através de uma interpretação ‘pura’ que envolva meramente a lógica dos conceitos e significados da língua, sem nenhum conteúdo de valor (relativo à justiça da decisão, ética, etc...), através de um método dedutivo. São exemplos desta corrente a Escola da Exegese (França), Jurisprudência dos conceitos (Alemanha), a Teoria Pura do Direito de Kelsen, entre outras.

<sup>121</sup> Já correntes positivistas realistas surgem como uma crítica ao positivismo jurídico formalista e substituem a norma pela realidade ou algum outro dado demonstrável empiricamente, como ‘interesse social’, ‘fato social’ ou ‘espírito do povo’, uma vez que estas categorias são determinantes para a eficácia das normas jurídicas. Para estas escolas, o direito deve enfatizar a análise dessas categorias, de modo que aqui é a norma pura que é considerada abstrata, metafísica, ideal e vazia, sem conexão com o real. São exemplos a Escola Histórica (Savigny), a Jurisprudência dos Interesses (Heck), Escola da Teoria do Interesse Social (Pound), Escola de Uppsala (Ross), Escola do Positivismo Sociológico (Duguit), entre outras.

<sup>122</sup> Ciente disto, Plauto Faraco de AZEVEDO, apoiado em Legaz Y Lacambra, destaca que o positivismo tem múltiplas faces, “*embora a nota comum da contemplação positivista se limite ‘ao real, no sentido do dado e do demonstrável positivamente’*” donde a verificação de diferentes espécies de positivismo: o racionalista, o naturalista, o sociológico, o psicológico, o teleológico e o normativo. Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*, op. cit., ps. 30 e ss.).

Contudo, não se olvida que, nas correntes formalistas-normativistas, a fundamentação jurídica tem natureza axiomática, à medida que o fundamento último de validade das normas é um 'dever-ser' emanado da razão, como no sistema de KELSEN, pelo menos até o momento em que a Norma Fundamental foi considerada por ele uma ficção, conforme pontua CÁRCOVA<sup>123</sup>.

### **I.3.2 – Juspositivismo normativista**

Mesmo considerando que realismo e normativismo possuem características da filosofia positivista, não se olvida que o pensamento jurídico da Modernidade é marcado profundamente pelo segundo, de modo que cumpre agora avançar prospectivamente na compreensão do juspositivismo formal para que seja possível delinear, inicialmente, sua perspectiva metodológica e, a partir do tópico I.4, a estrutura de seu sistema de normas.

Para tanto, recorre-se à análise de Fernando José BRONZE, que decifra o normativismo jurídico na perspectiva de cinco eixos articulados, na forma de coordenadas caracterizadoras<sup>124</sup>.

A primeira delas é a **coordenada político-institucional**, à medida que o *"positivismo radicou numa certa compreensão do Estado: a do Estado moderno do contratualismo individualista, ou Estado representativo demo-liberal"*<sup>125</sup>.

Sua fundamentação axiológica é oriunda das revoluções demo-liberais-burguesas (EUA, Inglaterra, França), as quais deram origem ao Estado de Direito e da legalidade formal, o qual tentou dominar juridicamente o poder, estruturando-se em três princípios: o princípio da separação dos poderes, o da legalidade e o da independência e da função meramente aplicadora do poder judicial<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria. *Jusnaturalismo versus positivismo jurídico...* op. cit., p. 184.

<sup>124</sup> BRONZE, Fernando José. *Lições...*, op. cit., ps. 321-343.

<sup>125</sup> Idem, p. 324.

<sup>126</sup> Ibidem.

A segunda coordenada tem um viés **especificamente jurídico** e traduz a identificação do direito com a lei<sup>127</sup>, enquanto expressão da vontade geral, possuindo as seguintes características: generalidade, abstração, formalidade e permanência<sup>128</sup>.

Este autor destaca, ainda, que além da fundamentação política do liberalismo-individualista, estas características, típicas da inteligência moderno iluminista de lei, refletem uma certa:

...impostação da racionalidade: na linha da Filosofia prática de KANT, o respeito pelas exigências que com-punham uma racionalidade universal, abstracta e formal bastava para garantir a (humanamente dessorada) validade. E o que acabou-se de dizer-se em relação à prática, tem cabimento, *mutatis mutandis*, no âmbito do direito. A validade deste último também não era então referida a qualquer fundamento material (a um conjunto de valores de sentido material), mas apenas aferida por uma racionalidade formal. Pelo que – e mais especificamente –, a validade das leis que esgotantemente o objectivavam não deveria procurar-se para além delas: seriam válidas se pudessem dizer-se racionais, i. e., se fossem gerais, abstractas, formais e imutáveis<sup>129</sup>.

Já a terceira coordenada, a **axiológica**, abarca os valores defendidos pelo positivismo: o formalismo revelado na igualdade perante a lei (decorrente do entendimento de liberdade como a faculdade de cada um obedecer apenas a leis gerais, universais, objetivas, pré-determinadas e estáveis) e a certeza do direito ou segurança jurídica, vista como garantia ao exercício, em termos previsíveis, da liberdade de cada um em função da aplicação da lei como o resultado da racionalidade abstrata e universal dos juristas<sup>130</sup>.

Até aqui, as três coordenadas indicam que o juspositivismo formalista radica numa compreensão axiomática da fundamentação normativa, pois o 'DEVER-SER' surge como uma emanção inquestionável da razão, daí a crença no 'legislador racional' (MONTESQUIEU) ou que expresse a 'vontade geral' (ROUSSEAU), como expressões do imperativo categórico kantiano de realização do bem a partir da reta razão<sup>131</sup> e, por conseguinte, a axiologia que defenda a forma e a segurança.

---

<sup>127</sup> Ibid., p. 331.

<sup>128</sup> Ibid., ps. 333-334.

<sup>129</sup> BRONZE, Fernando José. op. cit., ps. 334-335.

<sup>130</sup> Idem, ps. 335-336.

<sup>131</sup> MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. op. cit. p. 252.

A quarta é a **funcional**, consubstanciada no contraste entre pensamento jurídico e pensamento político, uma vez que na teoria juspositivista, em razão do ‘dogma da onipotência do legislador’, a intenção constitutiva do direito era atribuição exclusiva do legislativo<sup>132</sup>, cabendo ao judiciário meramente a aplicação da lei, o que dá ensejo à quinta coordenada, a **epistemológica-metodológica**, à medida que, segundo BRONZE:

...o direito, era por este pensamento reduzido à mera legalidade pré-escrita, que apenas tratava de aplicar formalmente, lançando mão da única racionalidade conhecida – a lógica dedutiva. (...) [Assim] o pensamento jurídico positivista não passava, no fundo, de um método tendente a orientar o conhecimento exegético-dogmático da lei: o que importava era apurar e apreender, num primeiro momento, o significado da lei enquanto proposição textual, para depois a aplicar logicamente aos casos que com ela estivessem numa relação de gênero-espécies<sup>133</sup>.

Já as últimas duas coordenadas demonstram a metodologia lógico-dedutiva, a qual impunha a negação do ‘SER’ no momento constituinte de direitos.

De maneira complementar e convergente, Norberto Bobbio resume o positivismo jurídico em três aspectos fundamentais: como um modo de abordar o estudo do direito, como uma certa teoria do direito e como uma ideologia do direito<sup>134</sup>.

Relativo ao **modo de abordar e encarar o direito**, BOBBIO ensina que o positivismo vê o direito como uma norma (que é dada, portanto, fática), e não como um valor, cabendo ao jurista somente aplicá-la ao caso concreto, num processo silogístico-subsuntivo, preocupando-se unicamente com sua validade formal, de maneira que, para ele, o juspositivismo aborda o direito *“como uma simples técnica; [que] como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo o valor”*<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> BRONZE, Fernando José. op. cit., p. 337.

<sup>133</sup> BRONZE, Fernando José. op. cit., p. 339.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* op. cit., p. 134.

<sup>135</sup> Idem, p. 142.

Em relação ao juspositivismo formal como uma **teoria do direito**, BOBBIO assevera que essa corrente define o direito em função do elemento de coação, traço que distingue o direito da moral, sendo a lei estatal a fonte imediata e preeminente do primeiro<sup>136</sup>.

Enquanto teoria do ordenamento jurídico, o juspositivismo abrange a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico.

Por fim, a teoria positivista do direito necessita de um método, e este deve ser o mais “científico” possível e envolve o problema da interpretação.

O resultado é a *teoria da interpretação mecanicista*, que pretende que os operadores do direito fossem iguais a computadores (ou seja, sem uma concepção de mundo, sem valores de sua cultura, sem uma origem racial, sem diferentes leituras da sociedade e das pessoas), e que interpretassem o direito apenas a partir de constatações da norma aplicável ao caso concreto, cabendo ao intérprete apenas “reproduzir o direito, isto é, explicitar (...) com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas”<sup>137</sup>.

Quanto ao juspositivismo como uma certa **ideologia do direito**, Bobbio entende que algumas posições tomadas pela doutrina juspositivista são tipicamente ideológicas, à medida que ele pode ser entendido como um “conjunto de juízos de valores relativos a uma realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores relativos acolhido por aquele que a formula, e que têm o escopo de influírem sobre tal realidade”<sup>138</sup>.

### 1.3.3 – A interpretação do direito no paradigma da filosofia da consciência

A metodologia lógico-dedutiva do positivismo formalista exige que se possa extrair da norma uma verdade única, justamente porque ela é tratada como um axioma que funciona como ponto de partida para a dedução.

---

<sup>136</sup> Ibidem, ps. 147 e ss.

<sup>137</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* op. cit., p. 212.

<sup>138</sup> Idem, p. 223.

Tal concepção resulta na acima citada teoria mecanicista da interpretação do direito, a qual surge no contexto do paradigma da filosofia da consciência como uma crença na possibilidade de uma interpretação neutra, objetiva e imparcial, que pudesse extrair do texto legal seu exato e real sentido<sup>139</sup>, desobrigando o jurista de seu compromisso com a solução do conflito real existente na sociedade em prol de uma postura formalista, que visa resolver apenas o conflito jurídico-conceitual, conforme já bem diagnosticado por STRECK ao explicar a ‘astúcia da razão dogmática’<sup>140</sup>.

Nesta perspectiva, Carlos MAXIMILIANO, ícone deste modelo de hermenêutica no Brasil e amplamente aceito pelos juristas e doutrinadores pátrios, enuncia o seu pensamento nas seguintes palavras:

Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor. Consideram-na como ‘disposição mais ou menos imperativa, materializada num texto, a fim de realizar sob um ângulo determinado a harmonia social, objeto supremo do Direito’. Logo, **ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a vis ac potestas legis; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana**, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva<sup>141</sup>.

Crê o citado jurista que é possível ao intérprete se despojar de suas paixões, crenças, valores e significados de mundo através da autocrítica e da autofiscalização, evitando, assim, viciar a interpretação:

---

<sup>139</sup> Essa crença é comumente reproduzida em manuais consagrados e, principalmente, em apostilas e/ou livretos utilizados nos cursos preparatórios para concursos, impregnando os futuros profissionais do direito de ilusões científicas insustentáveis teoricamente. Veja-se o excerto do material utilizado em um famoso curso de preparação, para explicar a interpretação da norma penal: “***É a atividade que consiste em extrair da norma penal seu exato alcance e real significado***” Quanto à sua natureza, “*a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando a vontade de quem a fez. A lei terminada independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos*”. Vide: CAPEZ, Fernando. *Direito Penal. Parte geral*. 7ª edição. São Paulo: Edições Paloma, 2001, p. 22.

<sup>140</sup> Segundo STRECK, a ‘astúcia da razão dogmática’ se realiza no deslocamento do discurso do plano do mundo da vida para o das abstrações jurídicas, fazendo com que o direito se preocupe apenas com o *discurso sobre a lei*. Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* op. cit., ps. 61 e ss.

<sup>141</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980 ps. 30 e 31. Também citado por STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* op. cit., p. 81.

**Deve o intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça ou se são idéias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido.** ‘Conhece-te a ti mesmo’ – preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém completado assim: - ‘e desconfia de ti, quando for mister compreender e aplicar o Direito’. Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zelo pela justiça e **‘soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões’**<sup>142</sup>.

Esta solução não é nova nem suficiente e recai no velho dilema da neutralidade do sujeito das ciências sociais, que é o mito do Barão de Münchhausen, personagem que tenta se salvar do pântano puxando os próprios cabelos, conforme assinala Michel LÖWY<sup>143</sup>.

Daí infere-se, seguindo os passos de STRECK, que a tradicional teoria da interpretação, oriunda da hermenêutica objetivista exposta na obra de MAXIMILIANO, encara a linguagem como um terceiro elemento entre o sujeito cognoscente e o objeto, busca conceitos ensimesmados nas palavras da lei e faz com que o sujeito tenha que extrair da norma o seu sentido mais puro possível, através da utilização de diversos métodos, tais como o gramatical, histórico, teleológico, entre outros<sup>144</sup>.

Analisando a questão, Paul RICOEUR aduz que a hermenêutica vista sob esse prisma exerce uma função de distanciamento alienante que recai na seguinte contradição:

de um lado, dissemos, o distanciamento alienante é a atitude a partir da qual é possível a objetivação das ciências do espírito ou humanas; mas esse distanciamento, que condiciona o estatuto científico das ciências, é, ao mesmo

<sup>142</sup> MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica..* op. cit., p. 31.

<sup>143</sup> Ao apresentar os estudos weberianos acerca da objetividade nas ciências sociais e a influência do aspecto subjetivo na determinação do conhecimento, Michel LÖWY conclui: “O único remédio que Weber parece propor para esta enfermidade é o ‘dever elementar de controle de si próprio’ – o que nos conduz à velha problemática positivista ‘clássica’ da ‘boa vontade’ e às aventuras do Barão de Münchhausen, capaz de retirar a si mesmo do pântano apoiando-se sobre o próprio sistema capilar. Apesar de seu soberbo rigor e inteligência, a démarche de Weber chegou, em última análise, ao positivismo mais limitado” V. LÖWY, Michel. “As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento” 5ª ed. rev. trad. de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy, São Paulo: Cortez, 1994, p. 41.

<sup>144</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* op. cit., ps. 75 e ss.

tempo, a degradação que arruína a relação fundamental e primordial que nos faz pertencer e participar da realidade histórica que pretendemos erigir em objeto<sup>145</sup>.

Assim, resta caracterizado que este modelo hermenêutico é positivista (englobando seu viés lógico-empirista) por conceber a possibilidade de um sujeito cognoscente extrair do seu objeto (no caso a norma) o seu 'verdadeiro sentido' através de sua percepção.

Tal concepção pressupõe a crença que o texto legal pode ser tratado como um objeto real, dotado de sentido próprio, que pode ser representado em sua inteireza pelo conhecimento fenomenológico, bem como sendo possível uma cisão absoluta entre o fato (texto normativo) e os valores subjetivos, características que constituem pressupostos da teoria positivista.

Outrossim, ao encarar a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto e não como parte de um todo com sentido (sujeito + norma), o positivismo jurídico impõe ao direito um forte caráter de manutenção do *status quo*, à medida que exclui a responsabilidade do agente de transformar a própria realidade, pois apenas observa, contempla e busca um sentido que já exista independentemente de suas crenças e senso de justiça.

Ao contrário, tendo o sujeito consciência de que faz parte desse todo e a partir de seu interesse fornece o sentido, sua responsabilidade se cristaliza, pois o resultado da interpretação nada mais é que a soma da concepção de mundo do sujeito com as prescrições do texto normativo do objeto (compreensão), exurgindo daí um novo sujeito.

Por isto se diz que a relação ultrapassa o plano sujeito-objeto para o da relação sujeito-sujeito, descrita como verdadeira circularidade e possível graças à viragem lingüística na filosofia. Tal é a perspectiva trabalhada pela hermenêutica filosófica, que será estudada no Capítulo III desta dissertação.

---

<sup>145</sup> RICOEUR, Paul. "*Interpretação e ideologias*", 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 43.

Por ora, resta ainda explicar estruturalmente o sistema normativo, que em função do positivismo e da busca de cientificidade do direito, passou a se tornar uma exigência lógica e deontológica, conforme já apontado por Miguel REALE<sup>146</sup>.

## I.4 – O sistema enquanto teoria do ordenamento jurídico

### I.4.1 - KELSEN

Atendendo aos imperativos lógicos dedutivos, Hans KELSEN, partidário da corrente positivista formalista, destacou-se por ter contribuído significativamente para uma teoria sistemática do direito de cunho estruturalista, em que as normas jurídicas estariam organizadas na forma piramidal, numa unidade formal e hierarquizada, cuja condição de existência e validade se encontra numa Norma Fundamental e cuja superioridade hierárquica é baseada na autoridade e não no conteúdo, sendo por isto classificado como sistema dinâmico<sup>147</sup>.

Com efeito, KELSEN promove a distinção entre o sistema estático, baseado em conteúdos fixos e rígidos, cujo exemplo típico aparece nas doutrinas

---

<sup>146</sup> Sobre a necessidade da idéia de sistema para uma ciência do direito, Miguel REALE traz a seguinte lição: “Na realidade, o enquadramento de cada norma jurídica num **sistema** é, ao mesmo tempo, uma exigência lógica e deontológica: **lógica**, porque não seria possível o estudo científico da experiência jurídica, se as soluções normativas particulares não se compusessem em unidade, refletindo, na substância de suas relações preceptivas, os enlaces de solidariedade conaturais ao mundo dos valores que elas expressam, podendo-se dizer que a sistemática das normas jurídicas corresponde, no fundo, a uma exigência de unidade própria do espírito que as institui; e **deontológica**, porque a legitimidade de cada preceito jurídico promana tanto dos valores, cuja salvaguarda se visa em cada caso concreto, como também e principalmente do **valor global do ordenamento**, que, considerado no seu todo congruente, é expressão das aspirações comuns do povo, do **plexo atual das valorações coletivas**, ora referido ao ‘espírito do povo’, ou à ‘vontade da nação’, expressões todas que, não obstante as suas divergências, coincidem em assimilar a eminência transpessoal e obrigatória de certos tipos de conduta”. Cf. REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968, ps. 134 e 135 – negritos a partir dos destaques do texto.

<sup>147</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 2000, ps. 215 e ss.; também: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; 1998, ps. 161 e ss.

jusnaturalistas, onde há confusão de valores materiais com características formais, de modo que o encadeamento lógico e hierárquico das normas se dá a partir de fundamentos morais, religiosos e de justiça, tidos como conteúdos *'bons em si'*, por isso estáticos e, de outro lado, o sistema dinâmico, eminentemente formal, onde a validade das normas é obtida de acordo com a autoridade da norma imediatamente superior, independente de seu conteúdo, acentuando, destarte, seu caráter dinâmico à medida que a matéria normativa pode ser alterada caso haja consentimento e/ou mudança da autoridade primeira<sup>148</sup>.

Entre os dois sistemas, KELSEN assevera que a ordem jurídica é um sistema dinâmico à medida que, segundo ele:

As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica ou um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de uma atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformada em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico. A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso<sup>149</sup>.

Problema que surge da adoção desta concepção dinâmica diz respeito ao fundamento último da ordem normativa e KELSEN tenta resolvê-lo a partir da noção de Norma Fundamental Hipotética, entendida como a norma pressuposta que dá início ao processo de criação do direito positivo, dando autoridade à primeira norma posta ou fonte do ordenamento, no caso a Constituição em sentido jurídico-positivo<sup>150</sup>.

Portanto, a Norma Fundamental Hipotética é também uma categoria transcendental<sup>151</sup>, verdadeiro axioma a partir do qual se sustenta toda a teoria jurídica kelseniana, pois, sendo pressuposta, pensada, nela se crê assim como se crê na lei eterna de TOMÁS DE AQUINO, ambas possuindo evidente caráter mitológico.

---

<sup>148</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. op. cit. p., ps. 163-165.

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. op. cit. p., p. 166.

<sup>150</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. op. cit. p. 222.

<sup>151</sup> Conforme reconhece KELSEN quando afirma que sua natureza é de uma pressuposição lógico-transcendental. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit. p. 224.

O próprio KELSEN, freqüentemente, faz analogias do sistema jurídico com o sistema ético-teleológico, para mostrar que a primeira norma, a premissa maior, ganha validade objetiva por obedecer aos comandos de um ato de vontade subjetivo, transformando subjetividade em objetividade que vai fundamentar e validar toda a ordem jurídica positivada, através de um processo silogístico<sup>152</sup>.

Daí que, para ele:

A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer, interpretar o sentido subjetivo destes atos como sentido objetivo<sup>153</sup>.

Como conseqüência, a Norma Fundamental é tida *a priori* como objetivamente válida, não pode ser posta em questão e nem ter sua validade fundamentada num processo silogístico, mas antes em função da legitimidade do poder de quem tinha autoridade para formulá-la.

Desta feita, partindo de uma análise mais apurada das prescrições kelsenianas, notadamente nas que tratam da revolução e mudança de Norma Fundamental, verifica-se que, em realidade, a noção de Norma Fundamental é o resultado da presunção (ou pressuposição) de que os detentores dos fatores reais do poder, num dado momento, transmitem esse poder, sua legitimidade, força e autoridade, para um texto jurídico e é neste ato de transmissão do poder para o primeiro texto da ordem normativa que ela presumivelmente se realiza<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura...* op. cit, p. 226.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Senão veja-se as anotações de KELSEN acerca da mudança de uma Norma Fundamental: *“O fenômeno da revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental. Suponha-se que um grupo de indivíduos tente conquistar o poder pela força, a fim de depor o governo legítimo de um Estado até então monárquico e introduzir uma forma republicana de governo. Se forem bem sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem – de um modo geral – em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como ordem válida. Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é interpretada como sendo lícita ou ilícita. Mas isso significa que se pressupõe uma nova norma fundamental. Não é mais a norma segundo a qual a velha constituição monárquica era válida, mas uma norma segundo a qual a nova constituição republicana é válida, **uma norma que investe o poder revolucionário do poder legal** Se os revolucionários fracassarem, se a ordem que tentam estabelecer permanecer ineficaz, então, por outro lado, seu empreendimento é interpretado não como um ato criador de Direito, como ato lícito, como o estabelecimento de uma constituição, mas*

Daí por que ela pode se dar tanto num ordenamento de características autoritárias quanto democráticas, à medida que, não importa o conteúdo a ser estabelecido no primeiro texto constitucional, mas sim se quem transmitiu o poder a ela conferido realmente detinha autoridade para tanto<sup>155</sup>.

Com a formulação da Norma Fundamental, KELSEN procura resolver também o problema da unidade de seu sistema dinâmico, uma vez que, na cadeia regressiva, em *ultima ratio*, todas as normas constituintes do ordenamento obtém seu fundamento de validade a partir dela.

Por sua vez, os problemas de fechamento, coerência e completude do ordenamento são resolvidos em sua Teoria Pura do Direito a partir da tentativa de teorização de uma ciência jurídica livre de qualquer questão metafísica, ou seja, livre de elementos axiológicos, éticos, políticos, etc, sendo, portanto, uma teoria do direito positivo<sup>156</sup>.

Neste desiderato, KELSEN promove uma severa distinção entre 'ser' e 'dever-ser', 'fato' e 'norma', para, ao compreender que o significado jurídico é dado

---

*como um ato ilícito, como crime de traição, e isso segundo a velha constituição monárquica e sua norma fundamental específica.*" Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. op. cit., p. 173.

<sup>155</sup> Neste sentido, KELSEN é taxativo: "Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela [Norma Fundamental], se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito Positivo." V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 225.

<sup>156</sup> Já no prefácio de sua obra *Teoria Pura do Direito*, KELSEN alerta: "Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito."; posteriormente, logo no início do primeiro capítulo ele arremata: "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. (...) Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer isto que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental." KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit., ps. XI e 01.

sempre pela norma e não pelo fato<sup>157</sup>, chegar à conclusão que, mesmo sem norma jurídica específica para determinado caso, a ordem jurídica é sempre aplicável, ainda que negativamente, pois nestes casos deve o juiz ou o tribunal rejeitar a pretensão baseada numa suposta conduta ilícita sem o devido suporte jurídico, isto porque a conduta praticada não tem qualquer significado para o direito<sup>158</sup>.

Destarte, ele elimina o problema das lacunas, contemplando o dogma da completude e do fechamento do sistema, à medida que elas não subsistiriam em face da aplicação da norma geral de permissão de conduta, quer seja a de que se o fato não é juridicamente proibido, é permitido<sup>159</sup>.

Todavia, KELSEN admite que, mesmo sendo pura ficção, a teoria das lacunas, enquanto suposição de que o Direito vigente não pode ser aplicado devido a uma ausência da norma geral que regule o caso concreto, desempenha um papel importante porque o legislador compreende que em certos casos não previstos, a aplicação da norma geral pode proporcionar um resultado insatisfatório.

Daí a criação da ficção da lacuna através da permissão para que os tribunais criem uma norma individual através de dispositivos como, por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, que admite julgamentos de acordo com a analogia, o costume e os princípios gerais do direito, em caso de inexistência de uma prescrição normativa específica que atenda ao caso<sup>160</sup>.

Fiel a seu formalismo, KELSEN entende a importância da ficção da lacuna como um limitador ao arbítrio judicial, à medida que, se é impossível elaborar normas gerais que contemplem todas as circunstâncias, então é melhor abrir a possibilidade de aplicação das concepções ético-políticas dos juízes apenas nos casos em que não haja previsão legislativa específica, pois, sem essa ficção seria necessário recorrer a fórmulas como: *‘quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso sub judice, o*

---

<sup>157</sup> Esta concepção é baseada na idéia de que: “são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 79.

<sup>158</sup> KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 273.

<sup>159</sup> Idem, p. 273.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 275.

*tribunal pode decidir o caso segundo sua livre apreciação*<sup>161</sup>, a qual proporcionaria um poder demasiado extenso ao tribunal, situação em que prevaleceria sempre os valores ético-políticos dos juízes em detrimento aos do legislador<sup>162</sup>.

Quanto à questão da coerência, KELSEN propugna que as normas jurídicas são sempre válidas ou inválidas caso observem ou não a autoridade da norma fundamental, a qual se constitui “*a unidade na pluralidade das normas*”<sup>163</sup> justamente pelo fato de ser o fundamento último de toda a ordem normativa.

Todavia, somente as proposições jurídicas (enunciados descritivos das normas jurídicas) é que podem ser verdadeiras ou falsas e, portanto, as possíveis contradições normativas se dão apenas de modo indireto ou reflexivo.

Isto porque, mesmo nos casos em que uma norma determina uma conduta e outra impõe conduta diversa inconciliável com a primeira, não é possível que se fale em contradição lógica entre elas, mas somente se uma norma é válida ou inválida em função de estar ou não fundamentada na Norma Fundamental.

Já a proposição jurídica pode ser verdadeira ou falsa porque descreve a ordem jurídica, “*afirmando que, de harmonia com essa ordem jurídica, sob determinados pressupostos deve ser ou não deve ser posto um ato coercivo*”<sup>164</sup>, admitindo, por conseguinte, afronta aos princípios lógicos em geral e ao da não-contradição em especial<sup>165</sup>.

Assim, considerando que para esse autor uma das funções primeiras da ciência do direito é evitar contradições lógicas no seu objeto, ele formula a solução das antinomias em duas perspectivas, a saber:

A primeira se dá nos casos de normas de mesma hierarquia, onde inicialmente aplica-se a regra geral de que a norma posterior revoga a norma anterior<sup>166</sup>.

Não sendo esse critério suficiente, deve o cientista do direito buscar uma interpretação compatível entre elas, de modo a estabelecer os limites de validade de

---

<sup>161</sup> KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 275

<sup>162</sup> Idem, ps. 275-276.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>164</sup> Ibid., p. 229.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Ibid, p. 230.

cada uma, como, por exemplo, nos casos que envolvem normas gerais e especiais, situação em que, para os casos contemplados pelas normas especiais, estas prevalecem<sup>167</sup>.

Persistindo a antinomia, as prescrições devem ser consideradas como sem sentido, obrigando a conclusão que, para o caso não existe norma objetivamente válida<sup>168</sup> devendo ser aplicada a ficção legal que solucione a teoria das lacunas.

Na segunda perspectiva, KELSEN pensa o problema a partir de normas de graus hierárquicos diferentes e a solução mais óbvia transparece na idéia de que a norma inferior que contraria a superior não observou (e, portanto, não possui) seu fundamento de autoridade como norma e deve ser considerada inexistente, sendo impossível, portanto, o conflito entre normas de escalão superior e inferior<sup>169</sup>.

Assinala ainda o jusfilósofo que, caso a incompatibilidade esteja no conteúdo das proposições jurídicas, são os tribunais competentes que devem declarar se há ou não a incompatibilidade que enseja a anulação e verificar a possibilidade de uma interpretação conforme a norma superior.

Dessas anotações do sistema kelseniano, verifica-se que, estruturalmente, ele é fechado, não admite lacunas, abstrato, conceitual, dinâmico e composto por regras positivadas.

Metodologicamente, cabe assinalar que a validade das normas decorre de uma demonstração lógico-dedutiva da Norma Fundamental, por isso de caráter axiomático, e o processo de aplicação do direito também decorre de uma subsunção silogística da regra ao fato, onde não cabe ao jurista formular questionamentos de origem axiológica, nos termos da doutrina juspositivista formal já descrita.

#### **I.4.2 – BOBBIO**

Ao tratar do ordenamento jurídico como um sistema, Norberto BOBBIO se insurge contra a tese kelseniana de que o sistema jurídico é puramente dinâmico:

---

<sup>167</sup> KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 230.

<sup>168</sup> Idem, p. 231.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 232.

...se é assim, parece difícil falar apropriadamente do ordenamento jurídico como de um sistema, isto é, chamar 'sistema' ao sistema de tipo dinâmico com a mesma propriedade com que se fala em geral do sistema como totalidade ordenada (...) Ora, atendo-se à definição de sistema dinâmico como o sistema no qual o critério de enquadramento das normas é puramente formal, deve-se concluir que num sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas. E, de fato, para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo; não basta referir-se à autoridade da qual emanaram<sup>170</sup>.

Para o jusfilósofo italiano o ordenamento, enquanto sistema dinâmico, não pode ser considerado um sistema justamente porque comporta contradição entre seus entes, e, como alternativa, aponta para uma concepção do sistema jurídico a partir do princípio de que nele não podem existir *normas incompatíveis*, sendo a compatibilidade o critério de validade e a coerência um dever de justiça.

Em suas próprias palavras:

Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão de incompatibilidade. Note-se, porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. (...) confrontado com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontado com o sistema dinâmico, do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário mostrar também que ela não é incompatível com outras norma<sup>171</sup>.

Quanto à Norma Fundamental, BOBBIO entende que ela é necessária para fundar o sistema normativo, dando-lhe unidade (princípio kantiano do *reductio ad unum*) e fechamento, e, sendo ela a norma última, a ela deve ser referido como "o fundamento último de legitimidade de todo o sistema"<sup>172</sup>, tendo natureza atributiva e imperativa, a depender da perspectiva do poder que ela dá origem ou da obrigação dela proveniente<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., ps. 73 e 74.

<sup>171</sup> Idem, ps. 80 e 81.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 60

<sup>173</sup> Ibid., p. 59.

Assim, BOBBIO compreende que se o poder jurídico advém sempre de uma norma jurídica, o poder constituinte só pode ser considerado jurídico se também produzido por uma norma jurídica e essa é a Norma Fundamental.

Noutra perspectiva, BOBBIO explica que uma norma pode ser posta, mas para ser válida depende de sua compatibilidade/conformidade com o sistema ou ordenamento jurídico.

Todavia, em relação à Norma Fundamental não cabe esse tipo de questionamento, uma vez que, sendo posta, ela é válida justamente porque é produto do poder originário, fundante e coercitivo, proveniente daqueles que têm força para fazerem com que suas normas sejam respeitadas<sup>174</sup>.

Assim, BOBBIO elimina a distância entre a validade e a positividade da Norma Fundamental e a elege como critério maior de validação das demais normas do sistema, atendendo a seu imperativo de unidade:

Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o **fundamento de validade de todas as normas do sistema**. Portanto, não só a exigência de **unidade** do ordenamento mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento<sup>175</sup>.

Em relação à coerência, ela é um dever irrenunciável do sistema jurídico, pois, como visto, para ele a compatibilidade entre os elementos é característica imprescindível para a constituição do ordenamento, de modo que, as soluções apontadas seguem na mesma linha das propostas por KELSEN, com ligeira variação na forma da abordagem.

Assim, BOBBIO entende que as dicotomias podem ser solúveis e, por isso, aparentes; ou insolúveis ou reais, uma vez que há duas razões pelas quais nem todas as antinomias podem ser resolvidas: 1) aplicação de nenhuma regra pensada a solucionar e 2) há casos em são aplicáveis duas ou mais regras em conflito entre si<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 66.

<sup>175</sup> Idem, p. 62.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 92.

Outrossim, três são as regras ou critérios fundamentais para a solução das antinomias aparentes: a) critério cronológico; b) o critério hierárquico e c) o critério da especialidade<sup>177</sup>.

Ainda que a enunciação destes critérios seja autoexplicativa, cabe explicar, sinteticamente, o campo de incidência de cada um deles.

De acordo com BOBBIO:

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial<sup>178</sup>.

Portanto, como em KELSEN, a norma posterior revoga a anterior de mesma hierarquia, a superior prevalece sobre a inferior na ordem hierárquica do sistema e a especial é preferível nos casos especiais por ela regulados.

Contudo, o próprio BOBBIO lembra que a antinomia pode ocorrer entre normas gerais, contemporâneas e do mesmo nível<sup>179</sup>.

Neste caso, a solução recai nas mãos do intérprete:

...no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. (...) o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas<sup>180</sup>.

Prossegue o citado jurista lecionando que, o caso em que o intérprete opta pela eliminação de uma norma antinômica pode ocorrer através da interpretação ab-rogante, utilizando-se da prerrogativa que o juiz tem de considerar uma das normas incompatíveis para o caso concreto<sup>181</sup>.

Na segunda situação, o da dupla eliminação, ela é possível quando as normas antinômicas não são apenas contraditórias, mas contrárias ao ponto que

---

<sup>177</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 92.

<sup>178</sup> Idem, p. 97.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>180</sup> Ibid., p. 100.

<sup>181</sup> Ibid., p. 101.

uma inviabiliza e elimina a outra, de modo que nenhuma das duas permanece no sistema, sendo então, buscada uma outra solução como alternativa<sup>182</sup>.

O terceiro caso, o da conservação das duas normas incompatíveis, só é possível caso seja feita uma interpretação corretiva que obtenha êxito em eliminar a incompatibilidade, evitando, destarte, o remédio extremo da ab-rogação<sup>183</sup>.

Quanto ao requisito da completude, BOBBIO lembra que é uma condição necessária porque o juiz deve julgar, com base em uma norma pertencente ao sistema, todas as controvérsias a ele apresentadas<sup>184</sup>.

Todavia, refuta a tese kelseniana acerca das condutas juridicamente irrelevantes com base na reformulação da teoria da norma geral exclusiva, sustentada por Zitelmann na Alemanha e Donato Donati na Itália<sup>185</sup>.

Com efeito, essa teoria baseia-se na idéia de que o direito nunca falta porque em cada norma que regula um comportamento, a norma particular inclusiva, há uma norma geral exclusiva, que exclui da regulamentação todos os comportamentos nela não previstos<sup>186</sup>, sendo, por conseguinte, indiferentes ao direito.

Contudo, BOBBIO lembra que, freqüentemente, num ordenamento jurídico há também um terceiro tipo de norma: a norma geral inclusiva, correspondente ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileira, já mencionada, utilizada para regulamentar casos semelhantes ou matérias análogas de forma idêntica.

Assim, conforme explica o filósofo citado:

Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas os regula de **maneira oposta**, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, **de maneira idêntica**<sup>187</sup>.

Outrossim, tem-se que a aplicação de norma geral exclusiva ou inclusiva, cujos resultados são completamente diversos, depende do entendimento se os fatos

---

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., ps. 101-102.

<sup>183</sup> Idem, ps. 102-103.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>185</sup> Ibid., p. 133.

<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Ibid., p. 137. Destaques do próprio texto citado.

que compõem o caso concreto podem ser considerados semelhantes ou análogos e, essa opção não encontra nenhum respaldo no ordenamento jurídico, cabendo ao intérprete tal decisão.

Conseqüentemente, como o sistema não fornece um critério único para o intérprete, é possível falar que ele é incompleto se tomado em consideração um sentido diferente de lacuna:

...a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas **pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada**. Num certo sentido, vamos além da teoria da norma geral exclusiva, porque admitimos que no caso do comportamento expressamente não-regulamentado não há sempre só uma, mas duas soluções jurídicas. Num outro sentido, porém, desmentimos a teoria, na medida em que, se as soluções jurídicas possíveis são duas e falta um critério para aplicar ao caso concreto uma em vez da outra, reencontramos aqui a lacuna que a teoria havia acreditado poder eliminar: lacuna não a respeito do caso singular, mas a respeito do critério com base no qual o caso deve ser resolvido<sup>188</sup>.

Já nos casos em que o sistema não fornece uma solução satisfatória, que atenda aos anseios de justiça do aplicador, BOBBIO compreende que ocorre a chamada 'lacuna ideológica', existente porque nenhum ordenamento jurídico positivo é perfeito.

Todavia, ele entende que não é tarefa do aplicador do Direito se preocupar com as lacunas ideológicas, mas sim com as reais, no sentido acima especificado<sup>189</sup>.

### I.4.3 - HART

Outra interessante contribuição do positivismo analítico provém da obra de Herbert HART, o qual parte da constatação de que uma das maiores dificuldades encontradas para a elaboração de uma teoria jurídica é fornecer uma explicação que contemple a complexidade dos fatos e pondere sobre a diferença entre o observador interno e externo, não desconsiderando nenhum desses pontos de vista<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., ps. 137-138. Negritos a partir de destaques do texto original.

<sup>189</sup> Idem, p. 140.

<sup>190</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986, p. 100.

HART explica, então, que há uma tensão entre os dois pólos, à medida que o ponto de vista interno é compartilhado por aqueles que *“aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras,”*<sup>191</sup> enquanto que, do outro lado, estão aqueles que *“rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo, como sinal de possível castigo.”*<sup>192</sup>

Daí, HART compreende que uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários teria a atitude geral do grupo (ponto de vista interno) como único meio de controle social e seria, por conseguinte, baseada numa estrutura social composta, basicamente, por regras primárias de obrigação.<sup>193</sup>

Contudo, na compreensão do autor, essa composição societária apresentaria pelo menos três defeitos:

a) as regras não formam um sistema, constituindo apenas *“um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos”*<sup>194</sup>;

b) as regras teriam um carácter estático, à medida que:

o único modo de alteração das regras conhecido de tal sociedade será o processo lento de crescimento, através do qual os tipos de conduta primitivamente pensados como facultativos se tornaram primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios, e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos<sup>195</sup>, e

3) a pressão social pela qual se mantém as regras é ineficaz<sup>196</sup>.

O ‘remédio’ para sanar tais defeitos, segundo HART, é a complementação das regras de obrigação primárias com as secundárias, as quais subdividem-se em três espécies: as regras ‘de reconhecimento’, as ‘de alteração’ e as ‘de julgamento’, de modo que, cada uma destas espécies de regras secundárias consistiriam soluções para cada um dos três defeitos, respectivamente.

<sup>191</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. op. cit., p. 100.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>194</sup> Ibid., p. 102.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. op. cit., ps. 102-103.

Em relação às regras ‘de reconhecimento’ elas são necessárias no momento da passagem do mundo *pré-jurídico* para o jurídico, visto que são concernentes aos escritos (textos legais, códigos, etc) *reconhecidamente* dotados de autoridade, de maneira que não haja dúvidas acerca de sua existência e, numa sociedade em que o direito estivesse desenvolvido, elas são pertinentes aos âmbitos de competência, promovendo, por conseguinte, a ordenação hierárquica entre as normas, ao passo que apresentam os critérios para solucionar possíveis antinomias, o que já proporciona uma noção de sistema ou ordenamento jurídico<sup>197</sup>.

Ademais, observa-se que na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, as normas de reconhecimento desempenham papel equivalente ao da Norma Fundamental, que inaugura todo o sistema.

Já as regras ‘de alteração’ atacam o defeito estático do direito composto apenas de regras primárias de obrigação porque conferem poder a um órgão (ou um indivíduo) para introduzir novas regras que determinem a conduta dos membros da comunidade<sup>198</sup>.

As regras ‘de julgamento’ eliminam o problema da ineficácia da pressão social porque delimitam quem são os julgadores e qual o processo (e procedimentos) deverão ser seguidos na ocasião de violação, em concreto, de uma regra primária.

Tal posição permite a HART concluir que a união das regras primárias e secundárias é o “coração” de um sistema jurídico, cuja estrutura possibilita a resolução das mais diversas indagações jurídicas, envolvendo *“não só os conceitos jurídicos específicos com que o jurista se ocupa profissionalmente, tais como os de obrigação e direitos, validade e fontes do direito, legislação e jurisdição, como também sanção.”*<sup>199</sup>

Destarte, cabe pontuar que na obra de HART é admitida a possibilidade de abertura axiológica na aplicação do direito quando o intérprete faz uma escolha entre as interpretações normativas possíveis, atendendo a demanda por

---

<sup>197</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. op. cit., ps. 104-105.

<sup>198</sup> Idem, p. 105.

<sup>199</sup> Ibidem, ps. 107-108.

legitimidade do observador interno. Ao observador externo que descumpra as regras, resta a coação como meio através do qual o direito se torna efetivo.

Deste modo, apreende-se que, para HART, a eficácia do direito se assenta no binômio legitimidade – coação.

Resta dizer, ainda, que da obra de HART, foi destacado apenas o momento descritivo do sistema jurídico, sua estrutura de regras primárias e secundárias, sem considerações valorativas, correspondendo ao sistema extrínseco<sup>200</sup>.

Entretanto, não se olvida que esse autor se afasta de KELSEN e do positivismo clássico por pregar o direito como prática institucional, que nega a norma como realidade em si e exige uma perspectiva hermenêutica que recusa a demanda do rigor lógico<sup>201</sup> (há a necessidade de abertura para o ponto de vista do observador interno), que faz com que o sistema interno tenha que se adequar axiologicamente às significações de verdade e justiça da sociedade que regula, aproximando-se, como afirma Katya KOZICKI, da Teoria da Linguagem Ordinária de WITTGENSTEIN<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Acerca dos conceitos de sistema extrínseco e intrínseco, precisa é a lição de Paulo BONAVIDES: “Tradicionalmente, distinguem-se duas acepções de sistema: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco. O sistema externo refere-se ao trabalho intelectual de que resulta um conjunto ou totalidade de conhecimento logicamente classificados, segundo um princípio unificador. É aquilo que Kant, em frase lapidar, já formulara na Crítica da Razão Pura: ‘Entendo por sistema a unidade de diversos conhecimentos debaixo de uma idéia.’ (...) Depois de assinalar que os requisitos de um sistema externo são puramente **formais**, ocupando-se da ciência jurídica como sistema externo, afirma Losano que os requisitos necessários e suficientes para sua existência são três, havendo porém autores que acrescentam mais um. Escreve aquele publicista: ‘Todos os autores, com efeito, concordam em indicar como requisitos de um sistema externo a **coerência**, **perfeição** (completezza) e a **independência**; há contudo quem, além da **independência** dos axiomas, se refira por igual à sua **necessidade**.’ Mas ao lado desse conceito de sistema extrínseco, concorre também o de sistema intrínseco ou interno, que não se refere ao conhecimento do objeto, mas ao objeto mesmo. Traduz-se num conjunto de elementos materiais (coisas ou processos) ou não materiais (conceitos), ligados entre si por uma relação de mútua dependência, constituindo um todo organizado. Diz-se, por exemplo, nessa acepção intrínseca: sistema solar, sistema nervoso, sistema normativo etc.” BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, ps. 108-109, negritos a partir dos destaques do próprio texto.

<sup>201</sup> Cf. KOZICKI, Katya. *H.L.A. HART: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, Ilha de Santa Catarina, dissertação de mestrado aprovada em 1993, ps. 68, 109.

<sup>202</sup> Idem, p. 48.

## CAPÍTULO II

### Críticas e reconstrução do sistema: a reformulação metodológica e estrutural

No capítulo anterior, verificou-se que o positivismo jurídico, abeberando-se em fontes jusnaturalistas e no interior do paradigma do sujeito, buscou dar um *status* científico ao direito, acabando por reduzi-lo a um conhecimento demonstrativo, conceitual, confinado num sistema ideal e fechado, sem vinculação com os valores cambiantes de verdade e justiça do mundo do 'SER'.

Contudo, o pretense *status* científico do direito, o sistema composto de regras e sua metodologia axiomático-dedutiva passou a sofrer uma forte rejeição, notadamente a partir de meados do Séc. XX, no período pós Segunda Guerra Mundial, com a publicação da obra '*Tópica e Jurisprudência*', de Theodor Viehweg, em 1953<sup>203</sup>.

Isso porque, conforme Manuel ATIENZA, a idéia fundamental de VIEHWEG era "*reivindicar o interesse que o modo de pensar tópico ou retórico tinha para a teoria e prática do direito.*"<sup>204</sup>

Desta feita, sem ignorar que as teorias críticas foram muito importantes no questionamento do positivismo<sup>205</sup>, optou-se por uma apresentação das críticas e limites do método e do sistema juspositivista a partir das matrizes propostas pela tópica de VIEHWEG e seus seguidores, as quais fundam-se na tópica e retórica aristotélicas.

Sendo assim, tornou-se imperioso retornar ao pensamento de ARISTÓTELES, enquanto fonte primordial do confronto entre raciocínio dialético

---

<sup>203</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002, p. 59.

<sup>204</sup> Idem.

<sup>205</sup> Sobre o tema, conferir: PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luis Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica.* São Paulo: Moderna, 1996. Também: CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito.* trad. Edmilson Alkmim Cunha. São Paulo: Editora LTr, 1998.

(tópico) e raciocínio demonstrativo (apodítico), antes de avançar nos estudos da Tópica e Jurisprudência de VIEHWEG.

Na seqüência, através de VIEHWEG, a tópica se torna jurídica e opõe-se à metodologia e idéia de sistema positivista, na mesma medida em que quebra toda a estrutura desse sistema ao teorizar o raciocínio jurídico não mais a partir das normas, mas a partir dos problemas do mundo real.

Com as críticas a VIEHWEG, surge a necessidade de reconstrução do sistema, o que será feito a partir da obra de CANARIS.

Ao final, realça-se a imprescindibilidade do sistema constitucional, agora reconstruído estruturalmente e metodologicamente, a fim de atender aos anseios de certa segurança jurídica com a busca de justiça do caso concreto.

## **II.1 A crítica do método: confronto entre demonstração e dialética**

### **II.1.1 - Raciocínio dialético e raciocínio apodítico: traços distintivos**

Dentro dos objetivos acima enumerados, aqui cabe destacar os traços distintivos entre o raciocínio dialético e o demonstrativo ou apodítico (do grego *'demonstrar desde, apodeixis*) a partir da matriz aristotélica, os quais, mesmo inerentes a etapas diversas e complementares no sistema de conhecimento de ARISTÓTELES<sup>206</sup>, podem ser considerados como metodologicamente opostos.

Com efeito, já no início do tratado sobre os *Tópicos*, o estagirita estabelece a distinção entre os raciocínios, em passagem muito citada e bastante esclarecedora, *verbis*:

Ora, o raciocínio é um argumento que, estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras. (a) O raciocínio é uma 'demonstração' quando as premissas das quais parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras: e, por outro lado, (b) o raciocínio é 'dialético' quando parte de opiniões geralmente aceitas. São 'verdadeiras' e 'primeiras' aquelas coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias; pois, no tocante aos primeiros princípios da

---

<sup>206</sup> O raciocínio dialético promove a passagem da *téchne*, dominado pela *doxa*, para a *epysteme* (ciência propriamente dita), que utiliza a metodologia lógico-dedutiva.

ciência, é descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos; cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo. São, por outro lado, opiniões ‘geralmente aceitas’ aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes.

O raciocínio (c) é ‘contencioso’ ou ‘erístico’ quando parte de opiniões que parecem ser geralmente aceitas, mas não o são realmente, ou, então, se apenas parece raciocinar a partir de opiniões que são ou parecem ser geralmente aceitas. Pois nem toda opinião que parece ser geralmente aceita o é na realidade. Com efeito, em nenhuma das opiniões que chamamos geralmente aceitas a ilusão é claramente visível, como acontece com os princípios dos argumentos contenciosos, nos quais a natureza da falácia é de uma evidência imediata e, em geral até mesmo para as pessoas de pouco entendimento. Assim, pois, dos argumentos erísticos que mencionamos, os primeiros merecem realmente ser chamados ‘raciocínios’, mas aos segundos devemos reservar o nome ‘raciocínios erísticos’ ou ‘contenciosos’, e não simplesmente ‘raciocínios’, visto que parecem raciocinar, mas na realidade não o fazem.

Mais ainda (d): além de todos os raciocínios que mencionamos existem os paralogismos ou falsos raciocínios, que partem de premissas peculiares às ciências especiais, como acontece, por exemplo, na geometria e em suas ciências irmãs. Com efeito, esta forma de raciocínio parece diferir das que indicamos acima; o homem que traça uma figura falsa raciocina a partir de coisas que nem sempre são primeiras e verdadeiras, nem tampouco geralmente aceitas<sup>207</sup>.

Deste rico excerto dos *Tópicos*, são explicitadas as características próprias de cada tipo de raciocínio, à medida que é a distinção entre premissas verdadeiras e premissas éndoxas (e, entre estas, a divisão em autênticas e aparentes) que permite a diferenciação entre raciocínios demonstrativos, dialéticos e erísticos.

Já o paralogismo se distingue dos raciocínios erísticos porque enquanto este é baseado no engano de que a premissa é aceita, mas isso não ocorre efetivamente: naquele a própria premissa é errada, ou seja, o ponto de partida estava eivado pelo erro, sendo, portanto, um raciocínio incorreto e só estruturalmente silogístico<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos. Dos Argumentos Sofísticos*. trad. da versão inglesa de W. A. Pickard – Cambridge de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Livro I, 1, 25-30, 100b18-20, 25-30, 101a-5-10, ps 05-06.

<sup>208</sup> Na lição de Enrico BERTI: “Aristóteles menciona também, sempre no início dos *Tópicos*, o paralogismo: um raciocínio incorreto, portanto, não um autêntico silogismo, mas todavia baseado nos princípios próprio de uma ciência particular; por exemplo, no caso da geometria, um paralogismo pode nascer de um erro na construção de uma figura. Em tal caso, portanto, não há qualquer relação com a erística, isto é, com o engano, mas

Contudo, importa neste momento ressaltar as diferenças entre os raciocínios demonstrativos e dialéticos, começando pelo primeiro.

Na explicação de Chaïm PERELMAN:

Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas. Os raciocínios analíticos transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas: é impossível que a conclusão seja falsa, se o raciocínio foi feito corretamente, a partir de premissas corretas<sup>209</sup>.

Percebe-se, então, que o método da ciência apodítica é lógico-dedutivo, formal, com duas características principais:

- a) a relação de causa-efeito e necessidade são asseguradas pela demonstração (apódeixis) e
- b) a garantia da conclusão válida se dá pelo procedimento silogístico eminentemente formal e a garantia de conclusões verdadeiras ou corretas (no sentido de adequada à realidade) é dada pela verdade da premissa primeira ou princípio fundante.

Ademais, a verdade das premissas é condição própria da demonstração, sendo que, por isso, esse raciocínio depende de um axioma, ponto de partida de toda dedução posterior, que faz o papel de um princípio fundante, conforme ensina Oswaldo Porchat PEREIRA:

A doutrina aristotélica das ciências mostra a existência de princípios, que são 'proposições imediatas e primeiras, anteriores e mais conhecidas, necessárias e por si, proposições absolutamente indemonstráveis por que as ciências principiam e sobre as quais constroem seus silogismos, delas partindo

---

*simplesmente com o erro; por isso não é o caso de falar de contrafação ou de deformação da racionalidade.*" Cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. 2 ed. trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002, p. 27.

<sup>209</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*. trad. Vergínia J. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2000, ps. 01-02.

para demonstrar e concluir as propriedades também necessárias e **por si** dos gêneros particulares que se ocupam<sup>210</sup>.

Destarte, ainda no rastro de PEREIRA, é possível apreender as seguintes características desses princípios no pensamento aristotélico:

- a) são indemonstráveis, e deles não pode haver ciência em sentido estrito;
- b) seu conhecimento cabe à inteligência;
- c) são absolutamente anteriores e não concebem a investigação de seus porquês (por isso ‘fazem fé’);
- d) as proposições princípios, porque imediatas, são indivisíveis e unas, não admitindo termo médio entre predicado e sujeito e exprimindo causalidades imediatas;
- e) nenhuma outra ciência suprema e anterior vem legitimar ou fundamentar os princípios das diferentes ciências particulares;
- f) o conhecimento dos princípios imediatos é imprescindível para a possibilidade do conhecimento demonstrativo<sup>211</sup>.

Assim, o raciocínio apodítico é monológico, subjetivo e particular (porque parte de um princípio próprio), seu modo operacional assenta-se na coerência lógica e no extremado formalismo, nos termos do modelo da geometria de Euclides, já explicada no capítulo anterior.

Já na dialética as premissas são ‘opiniões aceitas’ (*éndoxa*), sendo esta diferença o traço distintivo fundamental, conforme realçado por Juan Antonio GARCIA AMADO:

El rasgo fundamental de la dialéctica se encuentra en la naturaleza de las premisas, que sólo son verosímiles. La ausencia de un criterio apriorístico de verdad o de una vía de acceso perfectamente segura, establecida de antemano e invariable, para alcanzar el conocimiento verdadero, hace que en determinadas

<sup>210</sup> PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: Ed. UNESP, 2001, p. 337, (col. Biblioteca de Filosofia).

<sup>211</sup> PEREIRA, Oswaldo Porchat. op. cit., ps. 337-339.

materias la única certeza posible, la única vía para la solución de los problemas sea la dialéctica, esto es, el intercambio dialógico de razones, de argumentos, la confrontación de opiniones tenidas todas ellas como admisibles, en cuanto respaldadas por alguna forma de consenso o por el sentido común, con vistas a que se imponga aquella consecuencia que con mayor coherencia se siga de las opiniones con que pretende fundarse.

Lo que diferencia el razonamiento dialéctico no es, por tanto, ningún tipo especial de lógica, distinta de la que establece las leyes formales de cualquier otro razonamiento, sino lo que podríamos llamar la condición epistemológica de las premisas que parte<sup>212</sup>.

No entanto, Enrico BERTI adverte que o conceito 'premissas *éndoxxa*' não deve ser traduzido apenas por 'premissas prováveis' no sentido estatístico, ou seja, o de que possuam algum grau de verdade<sup>213</sup>, e nem mesmo traduzidas por premissas verossímeis, como se houvesse uma oposição entre a realidade e a aparência, até porque, o próprio ARISTÓTELES, ao caracterizar o raciocínio *erístico* distingue os *éndoxxa autênticos dos aparentes*<sup>214</sup>.

Isso porque ARISTÓTELES usa o adjetivo *éndoxxa* não só para as premissas do silogismo dialéctico, mas também ao se referir aos sábios mais notáveis e eminentes<sup>215</sup>, de modo que, segundo BERTI:

Os *éndoxxa* são, portanto, premissas, ou caso se queira, também opiniões, mas autorizadas, importantes, às quais se deve, em todo caso se dar crédito e das quais não se pode afastar. Certamente Aristóteles julgava que também fossem verdadeiras, mas queria fazer notar que, nos fins da dialéctica, o que conta não é que as premissas sejam verdadeiras, mas que sejam partilhadas, reconhecidas, aceitas por todos, portanto também pelo público-árbitro e por ambos os interlocutores<sup>216</sup>.

Desta feita, não tendo um ponto de partida certo e seguro, a tarefa da dialéctica é distinguir o verdadeiro do falso presente nas premissas *éndoxxa*, ou seja, buscar o uno, universal escondido na particularidade dos múltiplos problemas, isso porque, do mesmo modo que na filosofia grega se acreditava que por detrás da *aparência* há a *essência*<sup>217</sup>, nas premissas *éndoxxa* a verdade está encoberta pelo manto da falsidade, bastando ser depurada.

---

<sup>212</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 48.

<sup>213</sup> BERTI, Enrico. op. cit., p. 24.

<sup>214</sup> Idem, ps. 24 e 25.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 25

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> CORREAS, Oscar. *Metodologia Jurídica : Una introducción filosofica I*. 2ª ed. Colônia del Carmem: Distribuciones Fontamara, 1998 op. cit., p. 27.

Cabe ao investigador dialético partir dessas premissas, de modo silogístico, em que no problema são colocadas duas alternativas contraditórias e excludentes em si, para des-cobrir o que está oculto, conforme bem observado por DUSSEL:

A dialética, para Aristóteles, é radicalmente a arte do **des-cobrimento** ou da verdade do ser; é um des-cobrir o que está encoberto. Do factum, do fato dado, a priori, da cotidianidade, a dialética vai 'em direção' ao que está oculto. Des-cobrir o oculto constituirá um movimento, um discurso através de um caminho (Weg em alemão, **hódos** em grego: **méthodos**; caminho que se percorre). O processo de descobrir o ser é um método. No pensamento moderno, esse processo será invertido, será outro **hódos**, outra direção, outro sentido<sup>218</sup>.

Sendo assim, é possível notar, na esteira do pensamento de Albano Marcos Bastos PÊPE, que o resgate da dialética e do caráter prático do Direito e de sua filosofia é passo importante na conquista de maior legitimidade da ordem jurídica, por que possibilita a superação da fundamentação excessivamente formal da Modernidade em prol de um controle material do conteúdo das normas jurídicas pelo 'mundo da vida'<sup>219</sup>.

A seguir, serão investigados os fundamentos e o modo de funcionamento da dialética.

### II.1.2 – Fundamentos da dialética aristotélica

Apontadas as diferenças entre os raciocínios dialéticos e demonstrativos, cumpre, nos exíguos limites da meta aqui proposta, aprofundar o estudo da natureza da dialética, seu *modus operandi* e seus instrumentos.

Para tanto, será necessário deter-se no tratado aristotélico sobre *Os Tópicos*, onde, logo em seu primeiro *parágrafo*, são anunciados os objetivos e as principais características de sua investigação:

Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre

<sup>218</sup> DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. trad. Jandir João Zanotelli. São Paulo: Edições Loyola, 1986, p.24.

<sup>219</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. *A filosofia do direito e a filosofia prática: o ethos enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade do direito*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, Tese de Doutorado aprovada em 2002, Inédito.

qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraço<sup>220</sup>.

Ora, uma leitura atenta deste excerto permite, desde agora, apresentar ao menos duas considerações acerca da Tópica: a) é um método de investigação e b) parte de opiniões aceitas acerca de um problema.

Indo além, BERTI assevera que:

Nesses poucos princípios faz-se, antes de tudo, referência a uma situação concreta de diálogo, ou de discussão, entre, ao menos, dois interlocutores, um dos quais sustenta certa tese, enquanto o outro a contesta: a dialética vem, com efeito, de *dialégesthai*, dialogar, mas não no sentido de conversar, por exemplo, para entretenimento recíproco ou para passar o tempo, mas no sentido de discutir, com intervenções de ambas as partes, contrastantes uma em relação à outra<sup>221</sup>.

Resta patente, então, que para alcançar seus objetivos, a dialética pressupõe uma argumentação com um interlocutor capaz de fazer escolhas entre as alternativas colocadas na tese em debate.

Na seqüência, ARISTÓTELES compreende que os argumentos e raciocínios partem de materiais iguais em número e do mesmo tema, à medida que tanto as 'proposições' de que partem os argumentos e os 'problemas' de que partem os 'raciocínios' indicam um 'gênero', uma 'peculiaridade', ou 'um acidente'.

Ao considerar que a peculiaridade tem uma parte 'essencial' e outra 'não essencial', ARISTÓTELES a separa em 'definição' para denotar a 'essência', englobando as demais características não essenciais em torno da expressão 'propriedade'.

Destarte, conclui que as proposições e os problemas possuem quatro elementos, a saber: definição, propriedade, gênero (classe) e acidente, sendo que, a diferença entre problema e proposição estaria apenas na forma em que fosse

---

<sup>220</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos. Dos Argumentos Sofísticos*. trad. da versão inglesa de W. A. Pickard – Cambridge de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987, Livro I, 1, 100 a 18, 20, p. 05.

<sup>221</sup> BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. op.cit., p. 19.

construída a frase, de modo que estas existem em igual número, pois basta mudar a estrutura do próprio enunciado<sup>222</sup>.

No tangente ao significado de cada um dos quatro elementos, ainda no rastro do Filósofo de Estágira, apreende-se que ‘definição’ *“é uma frase que significa a essência de uma coisa”*<sup>223</sup>, ‘propriedade’ é um *“predicado que não indica a essência de uma coisa, e todavia pertence exclusivamente a ela e dela se predica de maneira conversível”*<sup>224</sup>, ‘gênero’ é *“aquilo que se predica, na categoria de essência todas aquelas coisas que apresentam diferenças específicas”*<sup>225</sup> e, por fim, um acidente é *“(1) alguma coisa que, não sendo nada do que precede (...) pertence, no entanto, à coisa; (2) algo que pode pertencer a alguma coisa, sem que por isso a coisa deixe de ser ela mesma (...)”*<sup>226</sup>, sendo esta segunda definição mais apropriada, conforme aduz o filósofo em epígrafe.

Assim, explica PEREIRA que *“toda argumentação dialética diz, portanto, respeito à atribuição de um desses [quatro] ‘predicáveis’ a um sujeito”*<sup>227</sup>, à medida que as proposições constituem o ponto de partida da argumentação, sob os quais se busca a aquiescência, e os problemas são objetos da indagação dialética por se formarem a partir das proposições a serem provadas.

Outrossim, é importante advertir que tal análise é característica do paradigma da ontologia clássica ou objetiva, à medida que pressupõe a possibilidade do conhecimento do ‘ser’ e de seus ‘predicados’ em si, conforme confirma GARCIA AMADO ao salientar que ela é *elaborada “a partir de uma certa*

<sup>222</sup> Sem adentrar demais nesta temática, valem as explicações do próprio ARISTÓTELES: *“A diferença entre um problema e uma proposição é uma diferença na construção da frase. Porque, se nos expressarmos assim: ‘um animal que caminha com dois pés é a definição do homem, não é?’, ou ‘animal’ é o gênero do homem, não é?’ o resultado é uma proposição; mas se dissermos: ‘é animal que caminha com dois pés a definição do homem ou não é?’, ou ‘é animal o seu gênero ou não?’ o resultado é um problema. É do mesmo modo em todos os outros casos. Naturalmente, pois, os problemas e proposições são iguais em número, pois de cada proposição poderemos fazer um problema se mudarmos a estrutura da frase.”* ARISTÓTELES, *Tópicos*, op. cit., n. 35, p. 7.

<sup>223</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos*, op. cit., n. 102a, p. 07.

<sup>224</sup> Idem, n. 20, p. 8.

<sup>225</sup> Ibidem, n. 30-35, p. 8. Segundo Aristóteles: *“Devemos tratar como predicados na categoria de essência todas aquelas coisas que seria apropriado mencionar em resposta à pergunta: que é o objeto que tens diante de ti?”*. ARISTÓTELES. *Tópicos*, op. cit., p. 08.

<sup>226</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos*. op. cit., p. 08.

<sup>227</sup> PORCHAT, Oswaldo Pereira. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. op. cit., p. 363.

*visión esencialista, de una concepción del language como capaz de reflejar el verdadero ser de las cosas y de una cierta comprensión ontologista de la lógica...*<sup>228</sup>.

ARISTÓTELES deixa evidente o caráter ontológico de suas teorias ao enumerar as Categorias, entendidas como classes de predicados sob as quais é possível encontrar as quatro ordens de predicação. São elas: Substância<sup>229</sup>, Quantidade, Qualidade, Relação, Lugar, Tempo, Posição, Estado, Ação e Paixão.

Estas categorias são consideradas fatos lingüísticos donde se verifica que a primeira delas, a substância, não é precisamente um predicado, mas um sujeito e, uma vez que ao redor dele orbitam inúmeros argumentos e predicados, surge a tarefa dialética de busca desses sujeitos, isto é, de aquisição da substância individual.

Para tanto, ARISTÓTELES começa distinguindo proposição, problema e tese dialética.

Assim, enquanto a proposição *“consiste em perguntar alguma coisa que é admitida por todos os homens, pela maioria deles ou pelos filósofos (...) contanto*

---

<sup>228</sup> GARCIA AMADO. *Teorias de la tópica jurídica*. op. cit., p. 61.

<sup>229</sup> Na tradução brasileira dos Tópicos consultada, é utilizada a expressão ‘Essência’ ao invés de ‘Substância’. Todavia, no rastro de autores autorizados, estima-se que a utilização do termos ‘Substância’ se adequa melhor à doutrina aristotélica. Cf. ROSS, Sir David. *Aristóteles*. 3 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987, ps. 32 e ss. Acerca destas Categorias, Sir David ROSS explica que a substância é a categoria primeira e o pressuposto para todas as outras sendo que o primado da substância individual é um dos diferenciais da doutrina de Aristóteles em relação a Platão. Segundo esse autor, ARISTÓTELES faz a seguinte distinção no interior dessa categoria primeira: “1) *substância primeira, a qual não é ‘nem afirmada dum sujeito, nem presente num sujeito’*. Por exemplo, um homem ou um cavalo particular; e 2) *as substâncias segundas, isto é, as espécies e géneros nos quais as substâncias primeiras estão incluídas. Estas são ‘afirmadas dum sujeito mas não estão presentes num sujeito’*. ‘Afirmadas dum sujeito’ refere-se aqui à relação do universal ao particular; ‘Presentes num sujeito’ àquela dum atributo ao possuidor. Todas as categorias outras que a substância, estão ‘presentes num sujeito’; algumas das coisas nelas, por exemplo o conhecimento, são ‘afirmadas dum sujeito’; outras, tal como uma peça particular do conhecimento gramatical, não o são. Assim, a distinção de primária e de secundária (isto é, de universal e de individual) poderá ser tão bem marcada nas outras categorias como na substância. Mas Aristóteles não a marca explicitamente.” ROSS, Sir David. op. cit., ps. 34-35.

que não contrária à opinião geral<sup>230</sup>, o problema é “um tema de investigação que contribui para a escolha ou a rejeição de alguma coisa, ou ainda para a verdade e o conhecimento (...)”<sup>231</sup> e a tese “é uma suposição de algum filósofo eminente que esteja em conflito com a opinião geral”<sup>232</sup>, de modo que, se toda tese é um problema, o inverso não ocorre.

Para ARISTÓTELES, a utilidade de tal distinção é o reconhecimento da maior especificidade da tese e não a criação de uma nova terminologia.

### II.1.3 – O modo operativo do raciocínio dialético

Observadas as classes de coisas acima apresentadas, ARISTÓTELES compreende que os meios pelos quais se obtém bons raciocínios são quatro: “1) prover-nos de proposições; 2) capacidade de discernir em quantos sentidos se emprega uma expressão; 3) descobrir a diferença das coisas, e 4) investigação da semelhança”<sup>233</sup>.

Estas considerações ressaltam a importância da análise semântica da linguagem, não só porque a dialética é, por excelência, uma prática discursiva argumentativa<sup>234</sup>, mas principalmente porque, conforme o próprio ARISTÓTELES proclama, conhecer a pluralidade de significados de um termo reforça a clareza e a precisão do argumento, propicia a certificação de que os raciocínios se adequam

<sup>230</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos*, I, 10, 5 a 10. op. cit., p. 12.

<sup>231</sup> ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 11, 104b, p. 13.

<sup>232</sup> Idem, *Tópicos*, I, 11, 20, p. 13.

<sup>233</sup>, Ibidem, *Tópicos*, I, 13, 20 a 25, p. 14.

<sup>234</sup> Segundo PEREIRA a arte dialética é concebida por ARISTÓTELES “como uma arte de argumentar criticamente, de examinar, pôr à prova, isto é, como uma **peirástica (πειραδική)**. Porque todas as disciplinas e ciências utilizam elementos ‘comuns’ (κοινά), ao lado das proposições que lhe são próprias, através dos quais todas as ciências umas com as outras se comunicam, porque é da natureza desses ‘comuns’ serem tais que nada impede acompanhar-se o seu conhecimento da ausência de conhecimentos particulares e específicos (ainda que, desconhecidos os ‘comuns’, nenhum conhecimento particular seja possível), todos podem deles servir-se para examinar, criticar e refutar, mesmo na falta de conhecimentos precisos e específicos, quantos exibem a pretensão de possuir saber em tal ou qual domínio particular; em verdade, até certo ponto, todos os homens examinam e sustentam teses, defendem e acusam. Ocorre apenas que, ‘da maior parte, uns o fazem ao acaso, os outros graças a um costume que provém de uma disposição ou ‘hábito’; ora, é evidente que se podem fazer essas mesmas coisas metodicamente por meio de uma técnica, que as considera sob o prisma da causalidade...” Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat. op. cit., p. 359.

aos fatos reais e porque “descobrir as diferenças das coisas nos ajuda tanto nos raciocínios sobre a identidade e a diferença, como também a reconhecer a essência de cada coisa particular”<sup>235</sup>.

Por isto, PEREIRA infere que:

o exame das múltiplas significações dos termos introduz clareza na investigação e a garantia de que o raciocínio se construirá ‘conforme o próprio objeto e não segundo o nome’, isto é, ele visa clarificar a linguagem e convertê-la em instrumento adequado da pesquisa, corrigindo-lhe a ambigüidade natural; mas será também um antídoto contra os paralogismos que a posição adversária eventualmente nos oponha. Assegurado nosso domínio sobre a ὄνταμις dos nomes, cumpre, também investigar as diferenças e semelhanças entre as coisas: a busca das diferenças é útil, sobretudo, para a construção de silogismos sobre ‘o mesmo e o outro’ (capacita-nos, portanto, para a denúncia das falsas identidades) e para o conhecimento do que é cada coisa, ou seja, para a construção da definição ou discurso da essência de cada coisa, mediante o discernimento das diferenças apropriadas; por sua vez, a busca das semelhanças permitir-nos-á a formulação de raciocínios indutivos e silogismos hipotéticos, assim como, de modo semelhante, a construção de definições, graças à descoberta do elemento genérico comum que integra o discurso do ‘o que é’<sup>236</sup>.

Assim, enquanto prática argumentativa discursiva, a dialética se realiza numa situação concreta de diálogo<sup>237</sup>, seu instrumento é o silogismo dialético, seu objeto e ponto de partida é o problema, o qual se busca investigar e provar a veracidade.

Com efeito, o problema é colocado como “uma alternativa do tipo interrogativo entre duas proposições (concernentes, por exemplo, a uma definição), da qual uma é a negação da outra”<sup>238</sup>, formulada de modo a não admitir uma resposta intermediária, daí por que, como já asseverado supra, a diferença entre proposição ou problema é o modo de construção da frase<sup>239</sup>.

Destarte, o processo de argumentação se realiza a partir da colocação do problema, conforme ressalta BERTI:

<sup>235</sup> ARISTÓTELES. *Tópicos*, I, 18, op. cit., ps. 20 a 21.

<sup>236</sup> PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e dialética...* op. cit., ps. 364-365.

<sup>237</sup> BERTI, Enrico. *As razões...* op. cit., p. 19.

<sup>238</sup> Idem, p. 20.

<sup>239</sup> O exemplo típico de um problema encontra-se expresso no Livro I, 4, 30 a 35 dos *Tópicos* aristotélicos: “*um animal que caminha com dois pés’ é a definição de homem, não é?*” ARISTÓTELES. *Tópicos*, op.cit., p. 07.

A discussão tem início mediante a formulação de um problema (de qualquer problema, como diz o texto, por isso, a característica da dialética é a universalidade, ao contrário da particularidade das ciências apodícticas), isto é, de uma pergunta, a típica pergunta dialética, quando se discute sobre a essência de alguma coisa (no exemplo citado, o homem), e aberta à possibilidade de duas respostas entre si contraditórias. Note-se como tal pergunta não delimita minimamente o âmbito da investigação, porque não exclui nenhuma possibilidade: ela equivale à simples pergunta pela essência, por exemplo, 'o que é o homem?' e ainda mais à apresentação de uma possibilidade determinada, isto é, uma hipótese, a fim de suscitar a discussão. É claro que, caso essa possibilidade, no decorrer da discussão seja eliminada, se tomará em consideração uma outra e assim por diante. Em todo caso, a discussão será possível só a propósito de possibilidades, ou seja, de hipóteses determinadas<sup>240</sup>.

Formulada a pergunta exordial, resta ao interlocutor escolher uma alternativa, replicando com outras perguntas e buscando, nas alternativas escolhidas a cada resposta, expor as contradições quer da primeira, quer das perguntas subseqüentes, refutando-as ponto a ponto, de modo a por a tese em prova, expurgando as falsidades e penetrando em busca da verdade, a qual, mesmo inalcançável, transforma-se no princípio das ciências demonstrativas, obtidas pelo trânsito dialético entre as aporias e contradições que permitem distinguir o verdadeiro do falso<sup>241</sup>.

Sendo assim, ARISTÓTELES não mais opõe o método de dedução silogística à dialética, à medida que instaura a possibilidade de obtenção de uma verdade a partir das endoxas com a mesma característica procedimental do silogismo demonstrativo, isto é, relações de causalidade e necessidade a partir de premissas que não são tidas como verdades, mas opiniões geralmente aceitas, onde se colocam alternativas para a resolução do problema.

Por isso, segundo PEREIRA:

Os raciocínios dialéticos podem definir-se como argumentos 'silogísticos de contradição, a partir de premissas aceitas', cuja eficácia instrumental para o conhecimento e para a filosofia não se dissocia daquela capacidade, que proporcionam, de uma visão sinóptica das conseqüências que resultam das hipóteses contraditórias; após um tal exame, somente 'resta, com efeito, escolher corretamente uma delas'<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> BERTI, Enrico. op. cit., ps. 20-21.

<sup>241</sup> DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. op. cit., ps. 24-25.

<sup>242</sup> PEREIRA, Oswaldo Porchat. op. cit., p. 371.

Contudo, alguns pressupostos e regras devem ser observados para que seja possível uma discussão frutífera.

A primeira regra diz respeito ao acordo de que aquelas premissas que forem conhecidas e estiverem em concordância com a opinião geral devem ser aceitas, daí a exigência da premissa éndoxa.

Isso porque, consoante assinala BERTI<sup>243</sup>, supõe-se que a argumentação dialética se dá na presença de um público ou auditório, que faz o papel de um árbitro, decidindo qual argumento se mostrou mais eficaz ou veraz quando comparado à realidade.

A segunda regra consiste no acordo de que a contradição simboliza a falsidade de uma tese, de modo que, quem nela incidir, deve ser considerado perdedor<sup>244</sup>.

Visto isso, ARISTÓTELES termina o livro I dos Tópicos proclamando que, até ali, foram vistos os meios pelos quais se formulam os raciocínios.

Nos livros seguintes, o estagirita se preocupa com a busca de regras ou lugares cuja observância são úteis para os argumentos mencionados: são eles os tópicos ou *topoi*.

Todavia, conforme assevera PEREIRA:

Não nos explicam os Tópicos o que se deve entender por ‘lugar’, mas a consideração atenta dos exemplos inumeráveis que o tratado fornece permite-nos compreender que se trata de **regras** para a pesquisa dos “predicáveis’ extraídas da aceitação de certas ‘leis’ ou fórmulas de caráter geral, que a dialética utilizará como premissas maiores de seus silogismos (as menores, vai descobri-las, precisamente, graças àquelas regras que a assunção das maiores autoriza). Tais fórmulas gerais, assumidas como *évdōξα* como o serão, também, as premissas menores que se tiverem encontrado – parecem concretizar aqueles *κοινά* ou ‘comuns’ de que nos falamos nas Refutações Sofísticas e cujo estudo científico compete à filosofia primeira, já que seu conhecimento sabemos concernir àquele domínio universal sobre que se exerce também a dialética, mas como *πέιράστικα*<sup>245</sup>.

<sup>243</sup> BERTI, Enrico. op. cit., p. 23.

<sup>244</sup> Idem.

<sup>245</sup> PEREIRA, Oswaldo Porchat. op. cit., ps. 365-366.

Na mesma linha, Theodor VIEHWEG, após destacar que é na retórica que se encontra um conceito mais preciso de *topoi*, conclui que para ARISTÓTELES, eles são *“pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”*<sup>246</sup>.

No entanto, mesmo ciente dessas ambigüidades, VIEHWEG promove o resgate de diversas categorias da dialética aristotélica na busca de um método para a realização do direito, conforme será exposto a seguir.

## II.2 – VIEHWEG: Tópica e Jurisprudência

### II.2.1 – A desconstrução do sistema axiomático dedutivo

Ao verificar que o positivismo jurídico não mais dava respostas satisfatórias a uma comunidade jurídica perplexa com o nazismo, Theodor VIEHWEG retomou a dicotomia raciocínio aporético e raciocínio apodítico, não só a partir das bases aristotélicas, mas também das contribuições de Nicolai HARTMANN<sup>247</sup> para, ao promover um deslocamento do eixo de discussão do

<sup>246</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979, p. 27. (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 01).

<sup>247</sup> Acerca da compreensão e adoção das teses de HARTMANN por VIEHWEG, assinala GARCIA AMADO que: *“Este apoyo de VIEHWEG en HARTMANN ha dado origen a numerosas críticas. El primer problema al respecto surge debido al contexto en que se insertan estas ideas de HARTMANN, totalmente distinto de aquél en que el VIEHWEG las reproduce. El marco inmediato dentro del que el primero se mueve, en su trabajo *Diesseits von Idealismus und Realismus*, es el examen de la filosofía de KANT. Se trataría de mostrar que KANT introduce sucesivas rupturas de su propio sistema filosófico. Esto, según HARTMANN, más que merece la crítica de incoherencia, mostraría que KANT no elude la consideración de cuanto problema se plantea a su teoría y, antes que aferrarse a un sistema que permanezca coherente a costa de ser cerrado, concede relevancia prioritaria a la consideración del <<problema>>. (...) Surge la siguiente pregunta: ¿ hasta qué punto es útil o admisible una traslación de la idea de HARTMANN al campo jurídico? Y, más en concreto, ¿es correcta y justificada la lectura que VIEHWEG hace de los textos de HARTMANN relativos a las ideas de *Problemdenken* y *Sistemdenken*? Constatamos, en primer lugar, que la doctrina há dado respuestas contradictorias. Hay autores como COING e ESSER, que subscriben la corrección y acierto de la asunción de estas ideas de HARTMANN por VIEHWEG. Otros, tras de ressaltar la dificultad que dimana de la diferencia de contextos, retienen alguna posible utilidad para el derecho de la contraposición de HARTMANN entre los términos citados. Así, por ejemplo, BOEKLOH entiende que, pese a que no cabe una traducción exacta de las ideas de HARTMANN al campo jurídico, éstas pueden tener en dicho campo un significado positivo, en cuanto punto de apoyo para la crítica de los excesos de una dogmática jurídica encerrada sobre si misma a modo de un sistema enclausurado y*

método jurídico, assentar no problema, no fato, o ponto de partida de toda a aplicação do direito<sup>248</sup>.

Com essa atitude, VIEHWEG pensa o direito não mais a partir de uma perspectiva científica, mas como uma técnica de busca de decisões justas para o caso concreto, dotada de racionalidade prática, situada no âmbito da *práxis*<sup>249</sup>, aproximando-o metodologicamente à dialética aristotélica e suas categorias operacionais.

Tal se deve porque este autor conclui pela impossibilidade de uma sistematização axiomático-dedutiva do direito, uma vez que ela dependeria de vários pressupostos, *verbis*:

...uma rigorosa axiomatização de todo o direito, unida a uma estrita proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos

---

*ajeno a todo nuevo problema. (...) Por ultimo, y como tercera postura, hay que mencionar aquellos que rechazan abiertamente la lectura de HARTMANN por VIEHWEG. Para Canaris, lo que HARTMANN contrapone al Problemdenken no es el pensamiento sistemático sin más, o toda idea de sistema, sino solamente la idea de un sistema cerrado y definitivo. Por consiguiente, el Problemdenken sería compatible con toda otra visión del sistema. Definir la tópica mediante su identificación con pensamiento problematico o pensamiento aporético, tal como pretende VIEHWEG apoyandose en HARTMANN, supone, según CANARIS, deja la tópica sen una caracterización precisa. Y ello por dos razones: porque ciencias claramente no topicas, como la fisica o la quimica, procedem de modo <<aporetico>> en el sentido de HARTMANN, y porque, como ya se há indicado, el pensamiento aporetico no conduce a la topica como contrapuesta a la mera idea de sistema, sino a la consciencia del carácter necesariamente <<abierto>> de todo sistema científico. En términos semejantes se expresa HORAK: puesto que el pensamiento <<aporético>> delimitado por HARTMANN coincide con el tipo de pensamiento que la moderna teoria da ciência, y puesto que al retomar el término Systemdenken VIEHWEG no se refiere al de la metafisica, en el que HARTMANN se movería al emplear estos vocablos, no quedaría claro en qué ciência o rama del saber cristaliza el Systemdeneken, tal como VIEHWEG lo presenta.” GARCIA AMADO, Juan Antonio. Teorias de la topica jurídica. op. cit., ps. 140-142.*

<sup>248</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979, ps. 54 e ss. (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 01).

<sup>249</sup> Esta concepção pensa a racionalidade jurídica, tal como a política, voltada a uma ação concreta, situada entre a teoria abstrata e a poiese, conforme bem explica Henrique Cláudio de LIMA VAZ: “Na enunciação da teoria aristotélica da **práxis**, deve pois, ser levado em conta inicialmente uma **teoria**, entendida esta no sentido de um conhecimento intelectual específico. Por essa mesma razão, a teoria é, aqui, uma teoria **prática**: ela não está presente na **práxis** em razão de si mesma, mas em razão do próprio exercício do agir. Assim, a teoria prática obedece a um regime metodológico e goza de um tipo de certeza que atendem às suas características originais e não podem pretender o rigor da teoria no sentido estrito que têm por objeto o necessário e o universal.” LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988, p. 103.

orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico (ou cálculo jurídico); não impedir a admissibilidade das decisões non liquet; conseguir uma ininterrupta intervenção do legislador, que trabalhe com exatidão sistemática (ou calculadora) para tornar solúveis os novos casos que surgem como insolúveis, sem perturbar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo). Em seguida, poderiam desenvolver-se axiomas jurídicos fixos em uma forma perfeitamente lógica, com o que se teria o grau máximo de comprobabilidade unívoca. O procedimento *more geometrico* – para utilizar a velha forma de expressão – ter-se-ia completado em nosso tempo<sup>250</sup>.

Para VIEHWEG, esses requisitos são irrealizáveis à medida que:

- a - “os próprios axiomas, como proposições nucleares do direito, continuariam sendo, no entanto, logicamente arbitrários” e as operações intelectuais para sua obtenção manteriam resíduos da tópica<sup>251</sup>;
- b - a interpretação e aplicação do direito, bem como a compreensão do simples estado das coisas se realiza de maneira tópica<sup>252</sup>;
- c – a linguagem natural opera com uma tópica oculta no momento em que apreende sucessivamente novos significados e sentidos (pontos de vista inventivos, dirá VIEHWEG), constatáveis no ilimitado horizonte de entendimento, o que dá ensejo a interpretações variadas e põe o sistema lógico-dedutivo em xeque, pois se o ponto de partida adquire um sentido diverso, o ponto de vista sistemático se esfacela devido à sua exigência de um formalismo estrito que conduza a uma determinação prévia do sentido jurídico de cada expressão que compõe esse sistema<sup>253</sup>.

Sendo assim, VIEHWEG conclui que o Direito não é suscetível de sistematização porque não possui proposições básicas, seguras e fecundas, somente sendo-lhe possível a discussão dos problemas<sup>254</sup>, de modo que, do sistema jurídico axiomático e sua metodologia, nada, ou quase nada reste, pois “onde quer que se olhe, encontra-se presente a tópica, e a categoria do sistema

---

<sup>250</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. op. cit., p. 84.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> Ibidem, ps. 80-82.

<sup>253</sup> Ibid., p. 82.

<sup>254</sup> Ibid., p. 88.

*dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase que um impedimento para a visão*<sup>255</sup>, obstruindo a contemplação da estrutura efetiva do direito.

Outrossim, se antes a ênfase era dada no sistema normativo de 'dever ser' totalitário e que reduzia a ciência do direito ao aspecto norma, dando ensejo à existência de casos não regulados exatamente porque no pensamento sistemático positivista é a partir do todo e das respostas previamente dadas que os problemas eram selecionados, no entendimento de VIEHWEG o objeto da ciência do direito passa a ser a discussão dos problemas.

Portanto, para que o direito se realize na forma tópica, VIEHWEG estabelece três exigências fundamentais:

1. A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema.
2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele.
3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada<sup>256</sup>.

Destarte, VIEHWEG reabilita a tópica e a dialética não mais para pensar a formação de verdades gerais, mas, sobretudo, para buscar um modelo de racionalidade jurídica que gere decisões próximas da realidade, por conseguinte, com maior legitimidade e eficácia.

Com efeito, o autor defende que a tomada das decisões jurídicas deve ocorrer a partir da compreensão histórica da totalidade, sendo que é a argumentação dialética, por se preocupar em penetrar compreensivamente no contexto da realidade através de imanente tensão entre teses e antíteses, que propicia uma gama de ricas soluções a fim de contemplar a multiformidade do comportamento social.

## **II.2.2 – Elementos da tópica jurídica**

No pensamento de VIEHWEG, não só a Tópica mantém a essência aristotélica de *“techne do pensamento que se orienta para o problema”*<sup>257</sup>, mas

<sup>255</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. op. cit., p. 83.

<sup>256</sup> Idem, p. 89.

também a noção de problema em geral e problema jurídico em particular ganham contornos semelhantes às formulações do filósofo de Estágira.

Com efeito, se em ARISTÓTELES o problema se consubstancia num enunciado do tipo interrogativo que possui alternativas na forma de duas proposições excludentes e contraditórias, conforme já explicado nos itens I.2.1 e I.2.2 deste capítulo, para VIEHWEG ele é um estado de coisas ou situação concreta da vida real que suscita uma *aporia*, entendida como uma questão estimulante e iniludível, da qual não se pode fugir, nem encontrar uma saída ou caminho imediato como solução<sup>258</sup>.

Por isto, VIEHWEG a apresenta a seguinte definição de problema:

[É] toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução<sup>259</sup>.

Para GARCIA AMADO, essa definição possui três elementos centrais, quais sejam:

- a) a existência de um problema pressupõe uma pré-compreensão de seus próprios termos e de seus marcos demarcatórios, a qual condiciona todo o processo, desde a delimitação do problema até sua solução;
- b) o que faz de uma questão um problema é a existência de diferentes respostas ou vias de atuação possíveis;
- c) a necessidade de uma decisão, de uma escolha entre alternativas para a busca de apenas uma solução ou resposta<sup>260</sup>.

Neste passo, GARCIA AMADO explica que, se o primeiro elemento não teve em VIEHWEG e seus partidários um desenvolvimento ligado à Tópica Jurídica, os outros dois refletem dois modos possíveis de compreender a doutrina tópica: a) como um meio de trazer à luz, ante cada problema, alternativas para sua solução ou

---

<sup>257</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. op. cit., p. 31.

<sup>258</sup> Idem.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>260</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica...* op. cit., p. 76.

b) como teoria que se ocupa do modo de obter a necessária decisão para cada problema, respectivamente<sup>261</sup>.

GARCIA AMADO admite, também, que a tópica jurídica pode ser compreendida de outra forma, compatível com a classificação anterior: a) como uma teoria descritiva (cujo objetivo seria explicar o modo de atuação na prática jurídica, apresentando-se como uma explicação do trabalho jurídico habitual) ou b) como uma teoria prescritiva (cujo objetivo é estabelecer a maneira mais adequada de proceder na *práxis* jurídica)<sup>262</sup>.

Contudo, este autor reconhece que a imprecisão e confusão dos conceitos esposados por VIEHWEG não permitem compreender claramente qual a dimensão do campo de ação da tópica na teoria do direito<sup>263</sup>.

Outras imprecisões surgem quando VIEHWEG busca respaldo nas formulações tópicas de CÍCERO para explicar o modo de extração das premissas que solucionem o problema jurídico (entendido como o caso que, além de permitir mais de uma solução possível, deve ser decidido segundo a aporética exigência de busca da Justiça *in concreto*).

Isto ocorre porque, na obra de CÍCERO, desaparece a dicotomia entre raciocínio aporético e apodítico e surge a distinção entre invenção (*ars inveniendi*) e formação do juízo (*ars iudicandi*)<sup>264</sup>, onde a tópica é pensada como a arte de achar os argumentos (invenção), e, a partir deles, dar-se-ia a formação do juízo.

Daí um possível motivo para as imprecisões se dá em razão do fato de que, conforme ATIENZA, não era objetivo do célebre orador romano formar uma teoria tópica, como ARISTÓTELES, mas apenas elaborar um inventário de tópicos (*topoi*) que pudessem levar a conclusões<sup>265</sup>.

Com esta base, VIEHWEG apreende que a tópica jurídica, por necessitar dos *topoi* para alcançar uma conclusão, deve ser dividida em dois níveis:

A tópica de primeiro grau, momento da invenção ou busca de argumentos, onde se depara com um problema e obtém-se, “*através de tentativas, pontos de*

---

<sup>261</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica...* op. cit., p. 77.

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> Ibidem.

<sup>264</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica...*, op. cit., p. 29.

<sup>265</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. op. cit., ps. 64-65.

*vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente*<sup>266</sup>, que sirvam como premissas adequadas ao caso.

Para repelir a falta de segurança deste procedimento, VIEHWEG distingue entre *topoi* universalmente aplicáveis e os que são aplicáveis apenas a determinado ramo, servindo apenas para um determinado círculo de problemas<sup>267</sup>.

Assim, a tópica de primeiro grau tem como diretriz a busca de pontos de vista mais específicos, aplicáveis apenas à esfera do conhecimento inerente ao problema para, ao prepará-los e organizá-los de antemão, produzir os “*catálogos de topoi*”<sup>268</sup>.

Já a tópica de segundo grau é equivalente ao momento da formação do juízo, onde se parte de *topoi* previamente aceito para realizar dedução lógica e chegar a uma conclusão que solucione o problema.

VIEHWEG explica que a real dimensão da tópica jurídica é compreendida quando se conjugam os dois níveis do procedimento tópico, de tal modo que ela não se confunda com a perspectiva axiomática dedutiva, porque “*o modo de buscar as premissas influi na índole das deduções e, ao contrário, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas*”<sup>269</sup>.

Ademais, a tópica obriga o jurista a buscar a solução a partir de pontos de vista existentes e juridicamente aceitos. Entretanto, esses pontos de vista não são concebidos previamente, de maneira abstrata e geral, no sentido de que é um único sistema que vai dar a solução de antemão.

Como conseqüência, esta técnica trabalha com uma pluralidade de sistemas que podem ser selecionados para alcançar a resposta almejada, à medida que sua ordem está sempre por ser determinada<sup>270</sup> em razão de um problema específico, de modo que seus nexos dedutivos são de curto alcance.

VIEHWEG percebe, então, que não há uniformidade em todos os ‘*catálogos de topoi*’ manejados pelos estudiosos ao longo dos séculos à medida que os tópicos (enquanto argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos ou

<sup>266</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica...*, op. cit. p. 36.

<sup>267</sup> Idem., p. 37.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>269</sup> Ibid., p. 40.

<sup>270</sup> Ibid., p. 35.

cânones de interpretação), ganham sentido apenas a partir do problema e da realidade histórica em que está inserido, mesmo porque sua definição é imprecisa.

Essa imprecisão tem sido objeto de inúmeras críticas, porém, FERRAZ JR arrisca uma aproximação do que seriam os *topoi* jurídicos:

No Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Viehweg assinala que os *topois*, numa determinada cultura, constituem repertório mais ou menos organizados conforme outros *topoi*, o que permite séries de *topoi*. Assim, por exemplo, a noção de interesse permite construir uma série do tipo interesse público, privado, legítimo, protegido etc<sup>271</sup>.

Até aqui a tópica foi apresentada a partir de seu elemento central, o problema, e, também, como um meio de trazer à luz alternativas que o solucionem, vez que ele suscita respostas distintas.

Resta apenas a análise da tópica a partir do terceiro elemento do conceito de problema, qual seja, o referente à necessidade de que, entre as premissas suscitadas, apenas uma seja escolhida para a formação do juízo.

Com efeito, já foi apontado que, como desdobramento desse terceiro elemento a tópica surge como uma teoria que se propõe a explicar o modo de obter apenas uma decisão, a qual preenche os requisitos de racionalidade e justiça, de modo a mostrar como se opera com os *topoi*<sup>272</sup>.

O caminho apontado por VIEHWEG para o exame dos *topoi* é o da teoria da argumentação, de modo que o consenso indicaria a escolha do melhor ponto de vista como solução do caso.

Sendo assim, mais uma vez VIEHWEG se aproxima da dialética e retórica de ARISTÓTELES, onde o debate e confronto das premissas se realizam numa situação discursiva.

Neste ponto, a doutrina jurídica é quase unânime em afirmar que a tópica de VIEHWEG se limita a analisar superficialmente a estrutura dos argumentos, onde, conforme destaca Robert ALEXY, nada se diz sobre qual ponto de vista é prioritário ou qual aspecto é decisivo, de modo que, a crença de que a discussão

---

<sup>271</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio *In: VIEHWEG, Theodor, Tópica e Jurisprudência*. op. cit., p. 04.

<sup>272</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica jurídica*. op. cit., p. 79.

permanece como único foro de controle não pode ser tida como completamente verdadeira, uma vez que o consenso, por si, não é garantia da correção daquilo com que se concordou<sup>273</sup>.

As críticas virão oportunamente, e, por ora, resta dizer, sinteticamente, que a tópica jurídica pode ser vista sob três perspectivas diferentes:

- a) do objeto: é técnica do pensamento problemático, porque se relaciona com um problema, que no direito é um caso concreto que permite diferentes respostas jurídicas válidas;
- b) do instrumento: opera a partir da noção de topos (topoi) ou lugar comum da argumentação, cuja natureza é de uma premissa *éndoxa*;
- c) do tipo de atividade: é atividade de busca e exame de premissas colocadas em debate, na tentativa de obtenção de um consenso que forneça uma única resposta válida<sup>274</sup>.

### II.2.3 – Legado e críticas

Passando a uma análise do legado da obra de VIEHWEG, vê-se que inúmeras são as contribuições para a teoria hodierna do direito, começando pela retomada da dialética na sua aplicação, dando ensejo a uma corrente de juristas que se dedicaram a reelaboração de uma nova lógica jurídica, voltada à teoria da argumentação, seja pela via da busca do consenso e da retórica<sup>275</sup>, seja pela via da fundamentação racional<sup>276</sup>, à medida que, depois da desconstrução do sistema lógico-dedutivo pela tópica, tornou-se indefensável um modelo de sistema jurídico fechado nos moldes formalistas positivistas<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001, p. 32.

<sup>274</sup> Esta síntese é baseada nas conclusões de: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. op. cit., p. 65; GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica jurídica*. op. cit., p. 85 e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação...* op. cit., p. 31.

<sup>275</sup> Como exemplo: PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*. trad. Vergínia J. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>276</sup> A título de exemplo: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*.” op. cit.

<sup>277</sup> ALEXY afirma que uma das poucas unanimidades na discussão da metodologia jurídica contemporânea é que ninguém mais defende a tese de que a aplicação da lei é um processo lógico subsuntivo de adequação simples do fato a um conceito abstrato e superior,

Metodologicamente, a tópica exerceu forte influência nas formulações, entre outros, de Joseph ESSER<sup>278</sup>, Friedrich MÜLLER e sua metódica estruturante<sup>279</sup> e Helmut COING, o qual, sem dispensar o conceito de sistema no direito, não hesita em afirmar que:

O método do pensamento orientado no problema é primeiramente, a tópica. Ela reúne os pontos de vista (argumentos) comprovados no tratamento com os problemas do objeto da pesquisa e tenta, sobre sua busca, chegar a uma solução fundamental, compreensível. Mas, justamente este método, sempre encontramos utilizado na jurisprudência: na interpretação de pontos duvidosos da lei bem como na sua aplicação e formação. Também a explicação da disputa entre as partes no procedimento judicial na verdade, é algo diferente que um processo da argumentação de ida e vinda, no qual é apresentado ao juiz os argumentos relevantes de natureza fática e jurídica, para a decisão do caso<sup>280</sup>.

De maneira mais comedida, Karl LARENZ assevera que:

O livro de Viehweg suscitou um interesse pouco habitual. Não pode, efectivamente, negar-se que os juristas argumentam, por várias vias, <<tópicamente>>, por exemplo nas audiências de julgamento. Os argumentos ou <<tópicos>> que utilizam têm, porém, pesos distintos. Não são pura e simplesmente invocados e alinhados entre si, mas possuem um valor posicional específico e cobram significado sempre em certo e determinado contexto. Mesmo quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar <<tópicamente>>, no sentido de que determinados <<tópicos>> são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido de sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de <<tópicos>>, não se alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia, se não pudesse oferecer mais que isso<sup>281</sup>.

Com efeito, duas idéias fundamentais da tópica tiveram grande valia nas teorias jurídicas contemporâneas: a ênfase no caso concreto (problema) e o debate sobre a natureza das premissas jurídicas, não mais vistas como verdades, mas

---

por quatro motivos : “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram argumentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.” Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica...* op. cit., p. 19.

<sup>278</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...* op. cit., p. 61.

<sup>279</sup> BONAVIDES, PAULO. *Curso de direito constitucional.* op. cit., p. 498.

<sup>280</sup> COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito.* trad. da 5ª ed. Alemã, Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, ps. 366-367.

<sup>281</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3 ed. trad. Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 204.

como pontos de vista ou argumentos que, uma vez postos à prova, são fontes de sustentação da decisão judicial.

Nesta trilha, AZEVEDO conclui que o *“ponto alto da contribuição da Tópica e Jurisprudência acha-se na ênfase atribuída à interpretação e aplicação do Direito, através do pensamento aporético, conducente à invenção, centrado no problema”*<sup>282</sup>.

Como consequência, o direito passou a ser pensado de maneira atrelada à realidade social, com o dever de justiça e exigência de uma fundamentação argumentativa, e não mais de maneira axiomática, fria e distante do ‘SER’.

Ademais, no contexto do pensamento pós-positivista, onde se reconhece a normatividade plena dos princípios, a tópica jurídica se mostra como o método eficaz para orientar o processo de ponderação na concretização e escolha entre princípios aparentemente contraditórios.

Não à toa, Paulo BONAVIDES entende que a Constituição aberta representa o campo ideal da intervenção do método tópico, justamente por contemplar o aspecto material e os valores pluralistas de uma sociedade dinâmica<sup>283</sup>.

Contudo, o próprio BONAVIDES admite que a tópica de VIEHWEG deve ser compreendida nos quadros da reação ao positivismo e racionalismo jurídico e que, se levada às últimas consequências, pode ter efeitos ruinosos para a normatividade constitucional<sup>284</sup>, atingindo principalmente a Constituição formal, de modo que seu maior legado é se ter transformado em ponto de partida para inúmeras teorias que, ultrapassando o formalismo do positivismo lógico, empenham-se na renovação e aplicação material do Direito Constitucional, algumas já citadas<sup>285</sup>.

Isto porque, enquanto uma teoria para a compreensão do fenômeno jurídico e de sua aplicação, a tópica se mostra insuficiente e deveras imprecisa, notadamente quando se pensa na busca de critérios racionais de julgamento e

---

<sup>282</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 94.

<sup>283</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 495.

<sup>284</sup> Idem, p. 498.

<sup>285</sup> Ibidem, ps 497-498.

efetivação de uma certa ordem constitucional, sendo neste sentido grande parte das críticas provenientes da doutrina mais abalizada.

GARCIA AMADO afirma que VIEHWEG deixa transparecer que sua teoria tem uma pretensão omnicomprensiva, estando presente em pelo menos quatro momentos: o da interpretação que evite colisões dentro do conjunto do direito, na aplicação do direito, no necessário emprego da linguagem ordinária e na interpretação dos fatos<sup>286</sup>.

Mas que, em função da indefinição e generalidade abstrata de seu objeto, de seus objetivos e de sua terminologia, ela se apresenta como uma explicação parcial de diversas atividades jurídicas sem fornecer uma explicação convincente em nenhuma delas<sup>287</sup>.

Em sentido semelhante, ATIENZA oferta uma crítica contundente ao entender que VIEHWEG exagera na oposição entre pensamento tópico e sistemático<sup>288</sup>, além do que praticamente todas as noções básicas da tópica são imprecisas e até mesmo equívocas<sup>289</sup>.

Tal crítica se inicia com a pluralidade de concepções do conceito de tópica jurídica<sup>290</sup>, passa pela noção de problema, visto como de restrita utilidade para o direito<sup>291</sup>, mas atinge principalmente a definição de *topoi*, vez que não é possível apreender se ele é equivalente a argumento, se é ponto de referência para a obtenção de argumentos, se ele é enunciado de conteúdo ou ainda forma argumentativa<sup>292</sup>.

Na mesma trilha GARCIA AMADO, aduz que:

Aun con todas estas precisiones, el concepto de topos jurídico sigue sendo oscuro e prestándose a equívocos, especialmente si con los datos anteriores se intentan ejemplificaciones concretas de tópicos que respondan a esta caracterización. A esta cuestión, sin duda el banco de prueba decisivo para toda esta construcción teórica, la doctrina tópica ha dado respuestas muy divergentes y englobado bajo la noción de topos elementos tan heterogéneos como las normas legales, los cánones de la interpretación, las máximas o refranes

---

<sup>286</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias...*, op. cit., p. 93.

<sup>287</sup> Idem, p. 92.

<sup>288</sup> Vide nota de rodapé nº 247.

<sup>289</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* op. cit., p. 72.

<sup>290</sup> Idem, p. 70.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>292</sup> Ibid., ps. 71-72

jurídicos o, incluso, de sentido común, los principios generales del Derecho. Evidentemente, este confusionismo arranca de la propia obra de VIEHWEG, quien en muy contadas ocasiones enumera ejemplos prácticos de lo que serían los topoi sobre que los teoriza, y cuando lo hace no se ve con nitidez el hilo conductor común entre los ejemplos<sup>293</sup>.

ATIENZA aponta, ainda, que a tópica não é uma teoria autêntica e suficiente de argumentação<sup>294</sup>, propõe uma teoria ingênua de Justiça sem criar um método que permita discutir racionalmente essa questão<sup>295</sup> e que não há distinção entre sua tese prescritiva e descritiva<sup>296</sup>.

Se o resgate da índole problemática do direito, da racionalidade prática e da metodologia dialética tiveram uma boa acolhida na doutrina, a tópica enquanto teoria da argumentação e a forte rejeição à noção de sistema, em função da restrita definição que VIEHWEG trabalhava, sofreram críticas contundentes e não subsistiram.

Tal se dá porque, conforme ATIENZA, a tópica não permite ver o papel importante da lei, da dogmática jurídica e do precedente no raciocínio e nas decisões jurídicas, limitando-se a analisar a estrutura superficial dos argumentos e a sugerir um inventário de tópicos ou premissas realizáveis, sem estabelecer critérios de hierarquia entre eles<sup>297</sup>.

No mesmo sentido, ALEXY conclui que os fracassos da tópica consistem em *“subestimar a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, da análise insuficiente da estrutura profunda dos argumentos e num conceito pouco preciso da discussão.”*<sup>298</sup>

Sendo assim, desde já surgem os argumentos a favor da imprescindibilidade da idéia do sistema, à medida que noções de fontes do direito, hierarquia normativa e tentativa de manutenção de uma ordem constitucional são necessárias à realização e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Contudo, antes é preciso reconstruir estruturalmente o sistema, o que será feito a partir da obra de CANARIS.

---

<sup>293</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica juridica*. op. cit., p. 125.

<sup>294</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...* op. cit., p. 76.

<sup>295</sup> Idem, p. 74.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>297</sup> Ibid., p. 75.

<sup>298</sup> ALEXY, Robert. *Teorias da argumentação...* op. cit., p. 33.

## II.3 – CANARIS: limites da tópica e imprescindibilidade do sistema

### II.3.1 – O sistema aberto de princípios

Claus-Wilhelm CANARIS constata que, a partir da matriz kantiana, todos os conceitos de sistema trazem as idéias de ordenação e de unidade, a quais, mesmo estando em estreita conexão, são distintas.

A noção de ordenação está relacionada à de expressão de um “estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”<sup>299</sup> enquanto que a de unidade denota uma conseqüência da ordenação, à medida que visa “não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas.”<sup>300</sup>

Assim, a possibilidade da utilização do pensamento sistemático no Direito depende da verificação da presença desses dois pressupostos no próprio fenômeno jurídico, evitando, por conseguinte, uma elaboração jurídico-científica infiel ou deturpada da realidade.

Nesse intento, CANARIS vislumbra que a adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica são fundamentos do sistema primeiro porque tanto a metodologia quanto a hermenêutica jurídica não prescindem do “<<cânon da unidade>> ou da <<globalidade>>”<sup>301</sup>, pressuposto metodológico que torna possível a pesquisa aos princípios gerais do direito, a aplicação analógica e a interpretação sistemática<sup>302</sup>, entre outras formas de prevenção de contradições no interior do ordenamento jurídico.

Segundo, porque a ordem interior e unidade valorativa não são apenas postulados lógicos da metodologia jurídica ou requisitos da ciência do direito, mas também porque elas possuem valorações que se coadunam com as exigências ético-jurídicas fundamentais: a idéia de ordem resulta do reconhecimento do postulado da justiça (“tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente”<sup>303</sup>) e a de unidade vem consubstanciada no princípio da igualdade

---

<sup>299</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 12.

<sup>300</sup> Idem, ps. 12-13.

<sup>301</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid., p. 18.

(garante a ausência de contradições e de decisões opostas ou arbitrárias) bem como atende às exigências de segurança jurídica, ao pressionar em favor da determinabilidade e previsibilidade do Direito<sup>304</sup>.

Destarte, estabelecidos os pontos de contato entre sistema e direito, CANARIS compreende que o *“papel do conceito de sistema é (...) o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”*<sup>305</sup>.

Com efeito, o autor em estudo apresenta argumentos<sup>306</sup> para confirmar a hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico possa ser demonstrada de modo racional, possibilitando a sua utilização como premissa científica<sup>307</sup>, o que lhe permite concluir que a percepção da unidade interna e da adequação da ordem jurídica se dá através dos “princípios gerais do direito” enquanto elementos constitutivos do sistema jurídico<sup>308</sup>, donde a *“definição de sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais do Direito”*<sup>309</sup>.

Uma vez considerados como os elementos constitutivos unitários do sistema, o autor em estudo investiga os tipos de funções que esses “princípios gerais do Direito” desempenham na sua formação, ou seja o *“modo e forma pelo qual eles acatam a sua função sistematizadora”*<sup>310</sup>, através de quatro características que são praticamente autoexplicativas:

os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão de exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.<sup>311</sup>

Com estas quatro características, CANARIS elimina a compatibilidade de seu modelo sistêmico com o de cunho axiomático-dedutivo<sup>312</sup>, e mostra que, no

---

<sup>304</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, op. cit., p. 22.

<sup>305</sup> Idem, p. 23.

<sup>306</sup> Para aprofundamentos que extrapolem o âmbito desta monografia, conferir as páginas 66-102 da obra em análise.

<sup>307</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, op. cit., p. 73.

<sup>308</sup> Idem, p. 76.

<sup>309</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>310</sup> Ibid., p. 88

<sup>311</sup> Vide: CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., ps. 88 e ss.

<sup>312</sup> Notadamente na primeira e na quarta características é possível aferir essa incompatibilidade. Segundo o próprio autor, na obra em estudo: *“totalmente inconciliável com um sistema axiomático é a possibilidade de contradições de princípios”* (p. 101) e *“a*

momento da *'normatização'* desses princípios é necessário a sua combinação com valores autônomos, dotados de conteúdo material, compatíveis com o ramo do direito a que se refere e com a situação do caso concreto, a fim de que possa ser preenchido o requisito da adequação valorativa.

Contudo, em relação a esses sub-princípios, o autor faz o seguinte alerta:

Em regra, não se pode reconhecer a estes a categoria de elementos constitutivos do sistema, por causa de sua estreita generalidade e de seu peso ético-jurídico normalmente fraco: eles são constituintes da unidade de sentido do âmbito jurídico considerado<sup>313</sup>.

Assim, CANARIS compreende o sistema jurídico como um sistema aberto, onde se faz necessário diferenciar entre o *'sistema científico'*, em que a abertura é entendida como *"incompleteude e provisoriedade do próprio conhecimento científico"*<sup>314</sup>, uma vez que o cientista deve estar preparado para promover aperfeiçoamentos nas suas bases cognitivas, de modo que, esse sistema se constitui num projeto *"que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo"*<sup>315</sup>, não podendo ser *"fechado nem definitivo"*<sup>316</sup>, e o *'sistema objetivo'*, onde a ordem jurídica encontra assento na idéia de codificação, cujo caráter dinâmico se revela pela introdução de novos elementos e pela modificação legislativa<sup>317</sup>.

Todavia, esta dupla abertura não pode obstar a formação do significado de sistema para a Ciência do Direito, principalmente porque, conforme ele mesmo assevera:

a abertura do sistema *científico* resulta, aliás, dos condicionamentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projectos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso e, portanto, o trabalho científico fizer progresso e, portanto, o trabalho científico fizer

---

*quarta característica distingue também os princípios gerais dos axiomas; a partir destes todos os 'teoremas' se devem deixar deduzir, com a utilização exclusiva das leis da lógica formal e sem a intromissão de novos pontos de vista materiais enquanto que, como foi mostrado, para a concretização dos princípios gerais de Direito, são sempre necessárias, nos diversos graus, novas valorações parciais autônomas."* CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., ps. 101-102.

<sup>313</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit. p. 99.

<sup>314</sup> Idem, p. 106.

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> Ibid.

<sup>317</sup> Ibid., ps. 107 e ss.

sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistema de todas as outras disciplinas. Mas a abertura do sistema *objetivo* resulta da essência do objecto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História, e, como tal, mutável<sup>318</sup>.

### II.3.2 – A relevância prática do conceito de sistema

CANARIS enfrenta a temática da relevância prática da noção de sistema para o direito, e, neste desiderato, começa repudiando a argumentação dos adversários do pensamento sistemático justamente pelo fato de que seus apontamentos se dirigem ao sistema externo ou axiomático dedutivo<sup>319</sup>.

Isto porque, conforme já exposto, ele somente visualiza a importância do sistema jurídico se este for compreendido em sua perspectiva axiológica e teleológica, a tal ponto que *“o argumento sistemático é, então, apenas uma forma especial de fundamentação teleológica e, como tal, deve, desde logo, ser admissível e relevante”*<sup>320</sup>.

Portanto, a ordenação teleológica e a defesa da unidade valorativa conjugada com a adequação do direito são os dois elementos decisivos que permitem sua obtenção a partir do sistema.

Em relação ao primeiro elemento, CANARIS ressalta que a ordenação sistemática, ao solicitar os valores e princípios gerais do ordenamento, é equivalente à afirmação acerca do conteúdo teleológico<sup>321</sup> do direito, pois são as indagações sistemáticas que remetem à discussão acerca da ‘essência’ e do conteúdo valorativo do direito vigente, inaugurando, destarte, o ‘processo de determinação da essência’.

Esse ‘processo de determinação da essência’ fornece o sentido no qual o caso ou a regra especial deve ser entendida, obtido a partir da busca dos valores fundamentais do todo (geral), onde há um efeito mútuo de conhecimento do objeto em causa e sua qualificação sistemática<sup>322</sup>, o que enseja a segunda função da

---

<sup>318</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, op. cit., ps. 109-110.

<sup>319</sup> Idem, p. 151.

<sup>320</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>321</sup> Ibid., p. 154.

<sup>322</sup> Ibid., p. 156.

ordenação sistemática: o entendimento da norma não de forma isolada, mas como parte de uma totalidade ordenada por alguns princípios.

Semelhante processo ocorre quando há uma inovação normativa, pois aí se instaura uma relação dialética circular de esclarecimento entre o geral e o especial, propiciando o enriquecimento do próprio sistema.

Com isso, a interpretação sistemática ganha importância e uma nova dimensão, à medida que deixa de ser mera interpretação a partir do sistema exterior da lei (que para CANARIS é mera extensão da interpretação gramatical) e passa a incidir sobre a argumentação retirada do sistema interno, colocando-se como um prolongamento da interpretação teleológica e num grau que progride da '*ratio legis*' para a '*ratio iuris*'<sup>323</sup>.

De outra feita, CANARIS invoca os mesmos argumentos ao tratar da integração das lacunas, pois no momento da determinação dos valores fundamentais da ordem jurídica é que surgem os princípios gerais, elementos que tornam possível sua solução.

Com efeito, também na integração das lacunas opera o efeito mútuo de reconhecimento do geral e do especial, pois a partir do exemplo das teorias da criação, do contrato ou da aparência jurídica na matéria referente aos títulos de crédito, CANARIS repele a posição de HECK (para quem a opção por qualquer dessas teorias não contém juízos de valor, o que só acontece depois da integração das lacunas), pois, no seu entendimento:

Procura-se, primeiro, entender as determinações da lei com o auxílio de uma das teorias e ordená-las nos valores fundamentais do nosso Direito privado; de seguida, retiram-se da teoria, as conclusões para os casos não regulados; pondera-se a convincibilidade dos resultados assim obtidos; modifica-se, disso sendo o caso, a teoria, numa ou noutra direcção, ou renovam-se as suas conseqüências, e assim por diante. Portanto, não se integra primeiro a lacuna e, então, confecciona-se a teoria; a lacuna é antes integrada *aquando* da formação da teoria e a teoria é elaborada *aquando* da integração da lacuna<sup>324</sup>.

O segundo elemento decisivo para o significado do sistema para o direito, quer seja, o da defesa da unidade valorativa e da adequação na interpretação jurídica, reflete outra função do sistema, que é preservar o geral ainda que na

---

<sup>323</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, op. cit., p. 159.

<sup>324</sup> Idem, ps. 170-171.

especialidade, operando, destarte, no sentido inverso do primeiro elemento, cuja função é dar sentido ao especial a partir do geral.

Contudo, o próprio CANARIS adverte que, mesmo distintos, ambos os elementos se articulam dialeticamente no momento da obtenção do direito, de modo que uma função se remete permanentemente à outra<sup>325</sup>.

Essa segunda função do sistema opera a partir de duas perspectivas diversas, uma de caráter conservador, cujo objetivo é a prevenção da contradição de valores e a eliminação de soluções jurídicas consideradas contrárias teleológica e axiologicamente ao sistema, sendo útil também no direcionamento de *como* o direito deve ser aperfeiçoado, e outra, de caráter dinamizador, no qual a solução se desenvolve da maneira determinada pelo sistema, como no caso da determinação das lacunas, onde uma vez reconhecido o significado ético-jurídico de um princípio e sua hierarquia jurídico-positiva<sup>326</sup>, ele se transforma numa regra de adequação valorativa que promove um aperfeiçoamento inesperado do direito.

Destarte, a tarefa de preservação da totalidade do sistema se realiza através da conjunção do aspecto conservador de viés negativo com o dinamizador de caráter positivo, conforme se depreende das próprias palavras de CANARIS:

Assim surge junto à primeira e de algum modo negativa função do sistema, de prevenir o aparecimento de contradições de valores, a função, em certa medida positiva, de desenvolver o Direito de acordo com o peso interior dos seus princípios constitutivos ou << gerais>>; em ambos os casos trata-se da defesa da unidade valorativa, que constata, também, numa lacuna não integrada contra a regra da igualdade, numa contradição de valor, sem sentido amplo<sup>327</sup>.

Ademais, ao avançar no tema do papel do sistema na busca do direito, CANARIS retoma a crítica à escola da jurisprudência dos interesses e destaca que a própria ordenação sistemática possui valores vinculantes que são firmados pelas formulações doutrinárias e jurisprudenciais e até mesmo pelas *'construções do legislador'*, à medida que, em sua opinião, o legislador não pode prescrever

---

<sup>325</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit. p. 172.

<sup>326</sup> Idem, ps. 172 e ss.

<sup>327</sup> Ibidem, p. 178.

diretrizes dogmáticas nem “*estatuir a justeza de determinada teoria como tal, mas pode decidir-se por ela através das conseqüências jurídicas*”<sup>328</sup>.

### II.3.3 – Limitações do pensamento sistemático

Contudo, há também limites para a obtenção do direito a partir do sistema, dos quais CANARIS destaca três que lhe são imanentes:

- a) a necessidade de controle teleológico, uma vez que o valor só ganha significado adequado quando se comunica plenamente com o princípio ordenador de todo o sistema (conceito mais vasto) e com a finalidade do todo;
- b) a possibilidade de aperfeiçoamento do sistema, enquanto resultado da própria abertura, o que implica na sua adequação evolutiva e no imperativo de se evitar uma rigidez na concepção sistemática que impeça a constante reconstrução característica da relação mútua dialética entre o sistema e a obtenção do direito, evitando, desta maneira, a idéia de que o sistema está sempre pronto de antemão e;
- c) o confronto entre a justiça sistemática e a justiça material, limite no qual CANARIS entende que só em poucos casos especiais pode prevalecer a segunda. Isso porque a justiça material e os valores fundamentais expressos na ordem jurídica positiva, baseados no princípio da igualdade e na legitimidade do princípio da justiça, já estão admitidos no sistema.

Destarte, na colisão entre justiça sistemática e justiça material, CANARIS assim sintetiza sua posição:

a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, de *lege lata* e é, fundamentalmente de reconhecer como justa, no domínio de uma determinada ordem positiva; pontos de vista de justiça material contrários ao sistema só podem aspirar à primazia perante argumentos do sistema quando existam as especiais pressuposições nas quais é admissível uma complementação do Direito legislado com base em critérios extra jurídico-positivos<sup>329</sup>.

Ademais, para além desses limites imanentes, segundo CANARIS é preciso considerar também as verdadeiras falhas do sistema, as quais, além de

<sup>328</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, op. cit., p. 179, nota nº 53.

<sup>329</sup> Idem, p. 196.

impedir a obtenção do direito a partir dele, constituem-se, fundamentalmente, falhas na sua própria formação.

São elas: as quebras, as normas estranhas e as lacunas do sistema.

CANARIS caracteriza as quebras como uma “*contradição de valores e princípios*”<sup>330</sup> resultando numa inconseqüência valorativa que não pode ser superada pela interpretação criativa e sistemática (que se dá em conformidade com a unidade do sistema e com a utilização dos princípios da *lex specialis, lex posterior e a lex superior*), pela complementação sistemática das lacunas (que se realiza através dos instrumentos da analogia, *argumentum a fortiori* e redução teleológica) e nem mesmo com o auxílio de qualquer outro método legítimo de interpretação.

Também, é preciso distinguir as ‘quebras’ verdadeiras com as aparentes ou não autênticas, as quais se manifestam nos seguintes casos: quando há meras diferenciações de valores; nos limites imanentes de um princípio (que não são contradição, mas antes delimitam o significado de cada princípio); na combinação de princípios (caso em que não há contradição, pois na conjunção entre os dois princípios se verifica que falta o pressuposto de um deles) e nas meras oposições de princípios (situação em que a contradição não se apresenta porque é possível fazer um ajuste com uma solução intermédia entre os dois princípios)<sup>331</sup>.

Assim, na esteira deste autor, tem-se que, ao excluir as falsas ‘quebras do sistema’, as ‘autênticas’ somente ocorrem nos casos de ‘erro jurídico-político’ ou no caso de uma lacuna cuja integração seja proibida ou impossível<sup>332</sup>, o que dá ensejo à problemática de qual a solução adequada no caso de um quebra real do sistema.

A primeira solução é buscada com o auxílio da figura chamada ‘*lacunas de colisão*’, fenômeno que acontece quando duas normas se contradizem (de forma lógica) e ambas são consideradas nulas, ocorrendo do mesmo modo na contradição de valores (que é axiológica ou teleológica), o que dá ensejo às lacunas de colisão, as quais devem ser integradas pelo aplicador do direito.

---

<sup>330</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 201.

<sup>331</sup> Para aprofundamento, inclusive com exemplos, conferir CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., ps. 200-217.

<sup>332</sup> Idem, p. 216.

Para CANARIS, solução semelhante também é alcançada com o auxílio do princípio constitucional da igualdade, à medida que, conforme ele mesmo assinala: *“as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nelas incluída, atentar contra o princípio constitucional da igualdade e, por isso, serem nulas”*<sup>333</sup>, quando não há um fundamento razoável para a violação material do sistema.

Neste sentido existe manifestação do Tribunal Constitucional alemão, demonstrando que o próprio legislador deve observar alguns limites da ordenação sistemática durante o processo normogenético.

Já a problemática das normas estranhas ao sistema, ainda que próxima da das ‘quebras no sistema’, desta se diferenciam porque nela não se viola a adequação valorativa, mas sim a unidade sistemática interior, sendo que, nas palavras de CANARIS:

trata-se de proposições jurídicas que não estão numa contradição de valor com outras determinações ou com os princípios fundamentais da ordem jurídica, mas que, por outro lado, também não se deixam reconduzir aos princípios jurídicos gerais, permanecendo, por isso, valorativamente isoladas dentro da ordem jurídica global<sup>334</sup>.

Destarte, face à impossibilidade da interpretação e de complementação sistemática de lacunas perante uma norma estranha ao sistema, o autor em estudo aponta que a atitude a ser tomada é a restrição do campo de aplicação dessas normas na ordem jurídica, com a adoção de regras de interpretação restritiva ou das que proíbem interpretações extensivas<sup>335</sup>.

Por sua vez, as lacunas no sistema são admitidas enquanto lacunas de valores, de modo que seu tratamento metodológico não encontra respaldo no pensar sistemático, até porque sua tarefa não é a formação de valores novos, mas sim esgotar a compreensão unitária dos já existentes, o que dá ensejo a uma forma de pensamento não sistematizada, como no caso da tópica.

---

<sup>333</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 225.

<sup>334</sup> Idem, p. 236.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 238.

Ao final, ao analisar a tópica, CANARIS opõe os seguintes argumentos contra as críticas ao pensamento sistemático, provenientes de VIEHWEG e seus seguidores:

- a) esse método não responde satisfatoriamente às exigências de ordem interior e de unidade, as quais fazem parte da essência do direito<sup>336</sup>;
- b) ele é inconciliável com a doutrina das fontes e da validade do Direito, uma vez que uma característica de suas premissas é a fundamentação na 'opinião dos sábios'<sup>337</sup> e;
- c) a fraqueza dessa crítica reside em atacar um modelo de sistema axiomático-dedutivo, que há muito não é defendido por ninguém<sup>338</sup>, não atingindo, portanto, a formulação de cunho axiológico-teleológica.

Todavia, o autor reconhece que, como no caso das verdadeiras lacunas, a tópica desempenha uma função importante nas situações em que as valorações legais não sejam suficientes para o pensamento sistemático<sup>339</sup>, constituindo um primeiro passo para a própria determinação do sistema, donde a seguinte conclusão exposta em sua tese 23:

a oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as forças de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte<sup>340</sup>.

Juarez FREITAS se insurge contra esta última tese e, mesmo reconhecendo as inúmeras contribuições da formulação de CANARIS<sup>341</sup>, assinala

<sup>336</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., p. 18.

<sup>337</sup> Idem, p. 287.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 07.

<sup>339</sup> Ibid., p. 288.

<sup>340</sup> Ibid., p. 289.

<sup>341</sup> Com efeito, Juarez FREITAS aduz que: *“Tal formulação, que vê o sistema como uma ordem axiológica ou teleológica, a partir das idéias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já possui as seguintes vantagens: (a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal; (b) evita a crença exacerbada na completude fechada e auto-suficiente do sistema, permitindo pensar a completude e coerência como processos abertos; (c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna; (d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de*

que, no caso das antinomias jurídicas, as formulações da hermenêutica jurídica recomendam a adição dos tópicos como elementos constitutivos do sistema de direito, juntamente com os princípios gerais de ordem axiológica ou teleológica, possibilitando uma *“identidade essencial entre o pensamento tópico e o sistemático”*<sup>342</sup>, de modo que a hierarquização de cunho principiológico e axiológico se torne fonte da unidade interior do direito e metacritério para a distinção entre princípios, normas e valores<sup>343</sup>, donde este autor faz a seguinte proposta:

entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como *uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*<sup>344</sup>.

Esta definição apresenta imperfeições, mas levanta a questão de como e com quais elementos pode ser formado o sistema jurídico que possa contribuir para a efetividade das normas constitucionais, tendo em vista, sempre, a necessidade de sua estruturação hierárquica e as possibilidades hermenêuticas a partir do horizonte da interpretação sistemática da ordem jurídica constitucional em sua totalidade, o que será feito na seção seguinte.

## **II.4 – O sistema constitucional de princípios e regras**

### **II.4.1 – A necessidade da noção de sistema constitucional**

Até aqui a noção de sistema jurídico se revela na precisa síntese de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO :

...tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina<sup>345</sup>.

---

*princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade.”* FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, ps. 39-40.

<sup>342</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., p. 40.

<sup>343</sup> Idem.

<sup>344</sup> Ibidem.

<sup>345</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coord). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001, p. 16.

Ademais, postula-se que a idéia de supremacia constitucional não pode prescindir da noção de um sistema estruturado hierarquicamente, de modo que, por ora, cabe delimitar qual o lugar e a função da Constituição na ordem jurídica.

Para tanto, julga-se necessário ressaltar que, pensando a partir do contexto brasileiro e considerando o momento de intensa movimentação na doutrina pátria pela luta de efetividade do texto constitucional, ainda se compreende a Constituição de 1988 como sendo Dirigente, dotada de “força normativa” e com imperatividade das normas programáticas<sup>346</sup> (mesmo observando a reserva do possível e as diferentes medidas dessa efetividade a partir dos graus de abstração e possibilidade de determinação dos direitos subjetivos por ela tutelados<sup>347</sup>).

Tal posicionamento se justifica pela convicção de que, em países como o Brasil, periféricos e que possuem uma Constituição democrática e ordenadora de políticas públicas de caráter humanitário e social, onde as promessas da Modernidade ainda não foram cumpridas, o dirigismo constitucional desempenha irrenunciáveis funções na coordenação de toda a prática jurídica com vistas a uma ação emancipatória e realizadora dos direitos fundamentais do homem, no direcionamento da prática política e na vinculação da administração pública à implementação dos objetivos constitucionalmente idealizados, além da própria atividade legislativa.

---

<sup>346</sup> Acerca das características que definem o conceito de normas programáticas, socorre a síntese de Luís Roberto BARROSO: *“Também singulariza o documento constitucional a presença de normas programáticas. Contém elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objetivo é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação”*. BARROSO, Luís Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 103.

<sup>347</sup> Nesse sentido é a lição de Regina Maria Macedo Nery FERRARI: *“O que não pode ser esquecido é que, a supremacia imperativa das normas constitucionais não abre espaço para que, em nome da reserva do possível, sejam desrespeitadas, violadas ou até caracterizadas como letras mortas. (...) Portanto, quando for possível a identificação e individualização do titular do direito e o correspondente dever em prestá-lo, saber-se-á que o titular encontra-se no poder jurídico de exigir prontamente, via Poder Judiciário, uma prestação, e que o sujeito passivo, uma vez determinado judicialmente, não poderá deixar de satisfazê-la. Não obstante, é preciso acrescentar, ainda, que se a norma cuidar de um simples programa, de uma ação futura, só haverá a possibilidade do exercício de um direito subjetivo público negativo, no sentido de exigir que órgãos dos Poderes Públicos não atuem de forma discordante com o determinado”*. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas – normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo, Revista do Tribunais, 2001, p. 240.

Daí a lapidar lição de Clèmerson Merlin CLÈVE acerca do papel desempenhado pela Constituição:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou omissão do legislador<sup>348</sup>.

Ademais, valendo-se das preleções de CLÈVE acerca dos pressupostos da fiscalização da constitucionalidade<sup>349</sup> e rememorando os apontamentos de HART acerca do observador externo (o qual faz com que o direito necessite de normas secundárias para se tornar eficaz), é possível concluir que também a efetividade das normas constitucionais pressupõe:

- a) uma Constituição formal;
- b) a compreensão da Constituição como lei fundamental e
- c) a existência de um órgão competente, criado pelas regras secundárias de julgamento, a fim de salvaguardar o texto constitucional das eventuais violações por parte daqueles que se não enxergam “dentro” do ordenamento constitucional.

Conseqüência imediata desta concepção é a noção de supremacia das normas constitucionais perante qualquer outra, o que traz a idéia de hierarquia, conforme explica Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

...um preceito normativo, para ter validade dentro do sistema, precisa ser produzido em concordância com a norma superior, que representa seu fundamento de validade, de modo que a norma inferior não pode contrariar a superior, sob pena de não ter validade face a tal ordem normativa. (...) A norma que propicia a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, por isso, seu fundamento de validade. (...) A superioridade constitucional representa

<sup>348</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.. 22.

<sup>349</sup> Idem, ps. 28 a 35.

a mais eficaz garantia da liberdade da dignidade do indivíduo, obrigando a enquadrar todos os atos normativos nas normas nela previstas<sup>350</sup>.

Desta feita, seguindo os passos de Konrad HESSE, incumbe compreender que o texto constitucional é dotado de força normativa, ainda que sua potencialidade e o seu limite sejam condicionados pela relação dinâmica com o contexto histórico em que esteja inserida<sup>351</sup>.

Assim, de acordo com HESSE:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostra-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)<sup>352</sup>.

Por sua vez, para além do aspecto formal, não se olvida a advertência de Ferdinand LASSALE acerca do papel desempenhado pelos "*fatores reais e efetivos do poder*"<sup>353</sup> os quais formariam a "*constituição real*"<sup>354</sup> e subordinam a constituição escrita, de modo que a noção de sistema constitucional intenta, justamente, ultrapassar o aparente conflito entre a Constituição formal (HESSE) e a Constituição Material (LASSALE).

Neste sentido é a explanação de Paulo Ricardo SCHIER, que, ao promover o diálogo entre HESSE e LASSALE, conclui pela "*necessidade de substituir-se as noções de Constituição em sentido formal e material, ambas*

---

<sup>350</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de constitucionalidade das leis municipais*. 3ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 18. Conferir também: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>351</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>352</sup> Idem, p. 24.

<sup>353</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed., pref. e adap. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 10.

<sup>354</sup> Idem, p. 33.

*parciais, pela idéia de sistema constitucional*<sup>355</sup>, tendência que vem sendo acolhida pela doutrina constitucional mais autorizada, conforme lembra esse autor.

Por conseguinte, prossegue SCHIER, “*a compreensão do fenômeno constitucional, hoje, está a exigir a leitura da Constituição enquanto norma e, ainda, enquanto sistema possibilitador de diálogos entre a sua realidade jurídica e material (real e histórica)*”<sup>356</sup>.

#### **II.4.2 – A estrutura do sistema constitucional**

Com o destaque da relevância prática do sistema em CANARIS, somado aos argumentos levantados pela doutrina de Direito Constitucional em prol da cogência da noção de sistema constitucional, resta reestruturá-lo, atendendo às demandas levantadas e confirmando a tese aqui defendida.

Desta feita, concebe-se esse sistema constitucional abstrato não como existente ‘em si’, ontologicamente, mas como uma imagem de sistema cujo sentido e significado são obtidos a partir de aspectos objetivos (elementos constituintes, regras de relacionamento entre eles e princípio fundante), que se não restrinja à noção de sistema extrínseco e englobe o sistema intrínseco, numa relação dialética, de modo a possibilitar um controle de natureza axiológico-teleológica das decisões judiciais, sem se fechar para os valores existentes no seio da vida social.

Tal sistema deve apresentar as seguintes características:

a) Autonomia operativa: expressa a idéia de logicidade interna sem recair numa clausura total, qualidade que o diferencia dos demais subsistemas sociais sem cortar sua comunicação com eles. Exprime também a idéia de uma estrutura que possui unidade, ordem e hierarquização entre seus elementos;

b) Abertura axiológica: ocorre quando, ao determinar a norma aplicável ao caso concreto, o aplicador busca compatibilizar dialeticamente as normas em abstrato (dever ser) com os valores ideológicos da sociedade em relação ao fato (ser). Possui alguns traços de objetividade porque esses valores não dependem unicamente de um sujeito e são construídos intersubjetivamente;

---

<sup>355</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 85.

<sup>356</sup> Idem, p. 87.

- c) Abertura hermenêutica: aspecto prévio e subjetivo, que condiciona a compreensão do sistema, a ser estudado no próximo capítulo.

Em relação à tópica, reputa-se que ela auxilia na eliminação das lacunas técnicas e na solução de antinomias aparentes, além de contribuir decisivamente para uma aplicação dialética do direito, não permitindo a desvinculação ao problema e atuando de maneira incisiva na concretização de princípios e de regras (notadamente as de maior horizonte interpretativo), sem prejuízo do legado já apresentado no item II.2.3.

Quanto aos elementos constitutivos, seguindo os passos de CANARIS e, observando a crítica de Eros GRAU acerca da distinção entre normas, valores e regras, a qual atinge diretamente o modelo sistemático proposto por FREITAS<sup>357</sup>,

---

<sup>357</sup> No prefácio à obra de Juarez FREITAS citada, GRAU faz a seguinte observação: “*recuso a alusão a ‘valores, princípios e normas’*. De uma parte porque os **valores**, penso, estão contidos nos **princípios** – o que me dá força para afirmar que a racionalidade material do direito há de ser encontrada em seu interior [do direito] e não fora dele.” (p. 11). Neste sentido, ele compreende que são normas apenas os princípios e as regras, sendo que os valores não possuem qualidade. Tal posição se embasa nas teses habermasianas acerca da distinção entre princípios e valores, conforme explica o próprio GRAU: “*Os princípios são dotados de **sentido deontológico**; já os valores são dotados de **significado teleológico**. Por isso os princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os **valores**, por outro lado, devem ser entendidos como **preferências intersubjetivamente compartilhadas**; expressam a ‘preferenciabilidade’ (Vorzugswürdigkeit) – o caráter preferencial – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Daí dizemos que valores são bens atrativos – não são normas (...). A prestação jurisdicional orientada por princípios (=normas) anota Habermas (1992/316) – deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, e não co-equilibrar bens ou relacionar valores. A validade jurídica do juízo tem o **sentido deontológico** de um comando, e não o **sentido teleológico** do que podemos alcançar sob as dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos; o que é melhor para nós em um determinado ponto não coincide e o ipso com o que é igualmente bom para todos. Isso não significa, evidentemente, adesão à tese da irrelevância dos fins, à exclusão da **teleologia** no direito. Diz o próprio Habermas (1992/312) que o **conteúdo teleológico** também encontra um meio de ingressar no direito; mas o direito definido por um sistema de normas – prossegue – domestica as finalidades ou metas (Zielsetzungen) e os **juízos de valor** do legislador através da estrita prioridade do **ponto de vista normativo**. Dizendo-o de outro modo, sustento que o **conteúdo teleológico** já se encontra no interior do direito, incorporado aos **princípios**. Assim, da mesma forma se encontram nele, nos seus **princípios** deontologicamente afirmados, as possibilidades de produção de normas jurídicas adequadas à realidade social e à realização de justiça não apenas e, exclusivamente, formal”.* GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, ps. 78 e 79. Negritos a partir de destaques do texto original.

adota-se as matrizes preconizadas por Ronald DWORKIN<sup>358</sup>, Robert ALEX<sup>359</sup>, J.J. Gomes CANOTILHO<sup>360</sup> e, no Brasil, Eros GRAU<sup>361</sup>, Paulo BONAVIDES<sup>362</sup>, entre outros ilustres, no sentido de que esse sistema é aberto, composto por princípios e regras, espécies do *superconceito norma*<sup>363</sup>, excluindo-se, por conseguinte, os valores.

Visto isso, do ponto de vista ôntico, é possível compreender e concordar com a abrangente definição de sistema constitucional adotada por CANOTILHO:

(1) é um **sistema jurídico** porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um **sistema aberto** porque tem um **estrutura dialógica** (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um **sistema normativo**, porque a estruturação das diferentes expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de **normas**; (4) é um **sistema de regras e princípios**, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de **princípios** como sob a forma de **regras**<sup>364</sup>.

Com efeito, o professor de Coimbra explica que, se por um lado um sistema constituído apenas por regras exigiria uma “*disciplina exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida*”, com limitada racionalidade prática, engessado (porque não deixa espaço livre para seu desenvolvimento e complementação) e fechado para a captação de novos conflitos, valores e interesses concordantes

<sup>358</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>359</sup> ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimp. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>360</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>361</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>362</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. op. cit.

<sup>363</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p., 1160. Cabe destacar que, aqui, o gênero ‘*norma jurídica*’ é tratado como um ente e, conseqüentemente, também as distinções entre princípios e regras foram traçadas na perspectiva ôntica. Contudo, cumpre assinalar que a noção de norma só se perfaz após o processo hermenêutico-compreensivo, quando o sujeito a cria baseado numa regra ou princípio, entendidos como elementos de decisão constituintes da estrutura do sistema jurídico. Neste sentido, Marco Antonio Lima BERBERI explica que: “*A norma, (...), é produto mental, sendo portanto derivada da interpretação que se faz do texto. (...). Destarte, resta claro que norma e regra são distintas, sendo que tanto as regras quanto os princípios servem de base para a criação de normas, as quais são produtos mentais do intérprete.*” BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 207.

<sup>364</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op cit., p. 1159.

provenientes de uma sociedade plural e aberta<sup>365</sup>, por outro, um sistema composto exclusivamente por princípios também não é satisfatório, uma vez que “a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência dos ‘possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema’<sup>366</sup>, situação também diagnosticada por CANARIS, que acentuava a necessidade de unidades normativas mais específicas que atuassem como instrumentos para a concretização dos princípios gerais.

No mesmo sentido, GRAU parte da idéia de que a existência/positividade de determinados princípios no ordenamento jurídico desempenha papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito, ainda que não enunciados em texto de direito positivo.

Para sustentar tal argumento, o autor traz à baila o exemplo relatado por PERELMAN, em que o Rei da Bélgica, encontrando-se em Havre e face à impossibilidade de reunir a Câmara e o Senado, legislou durante a primeira guerra mundial, contrariando o art. 26 da Constituição belga, o qual dispunha que o poder de legislar deveria ser exercitado em conjunto pelo Rei, pela Câmara e pelo Senado<sup>367</sup>.

Posteriormente, com base neste artigo 26 e nos artigos 25 e 130 da Constituição belga<sup>368</sup>, a legalidade dos decretos-lei promulgados durante a guerra foi atacada.

Contudo a Corte de Cassação convalidou a disposição do Rei, mesmo contra literal disposição constitucional, ao entender que: a) a lei, ao ser aplicada a situações concretas, possui um limite que é a própria situação prevista pelo legislador; b) o direito deve ser aplicado tendo em conta a necessidade imposta

---

<sup>365</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op cit., ps. 1162-1163.

<sup>366</sup> Idem.

<sup>367</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição*. op. cit., ps. 81-83. O relato original do exemplo se encontra em PERELMAN, Chãim. *Lógica jurídica...*, op. cit., p. 104 e ss.

<sup>368</sup> Acerca desses dispositivos, PERELMAN explica que: “O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que a ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem na parte.’” PERELMAN, Chãim. op. cit., p. 105.

pelos acontecimentos e sua finalidade social e c) em situações limites podem prevalecer certos princípios do direito<sup>369</sup>.

Destarte, PERELMAN assim comenta a solução dada ao caso e a posição do procurador-geral que a defendia:

Em semelhante situação, mais do que a letra da Constituição, prevalecem certos princípios que o procurador geral Terlinden considerava 'axiomas de direito público':

I – A soberania da Bélgica jamais foi suspensa.

II – Uma nação não pode dispensar um governo.

III – Não há governo sem lei, isto é, sem poder legislativo.

Vê-se imediatamente que desses axiomas vai decorrer a necessidade inelutável de que o Rei legisse sozinho, quando os dois outros ramos do poder legislativo estão impedidos de desempenhar sua função.'

Impunha-se a solução da Corte de Cassação, se consideramos que todo sistema de direito não constitui um conjunto de regras jurídicas, cujo sentido e cujo alcance são independentes do contexto político e social – como afirmava a teoria pura do direito de Hans Kelsen –, mas são subordinados a finalidades, em função das quais devem ser interpretados<sup>370</sup>.

Daí a conclusão de GRAU que um ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras, pois nele se compõem, também, princípios jurídicos. Entre estes, o autor diferencia os princípios positivados e os princípios gerais do direito, passíveis de positivação<sup>371</sup>.

<sup>369</sup> PERELMAN, Chäim, op. cit., ps. 106-107; GRAU, Eros. *A ordem econômica...* op. cit., ps. 81-83.

<sup>370</sup> PERELMAN, Chäim, op. cit., p. 107.

<sup>371</sup> Acerca dos princípios gerais do direito tal é a lição de GRAU: *“Em cada ordenamento jurídico subjazem determinados princípios. Cuida-se de princípios – princípios gerais do direito (isto é, desse direito) – que, embora não enunciados em texto escrito, em cada ordenamento estão contemplados, em estado de latência. (...) Tais princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem. Por certo há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida contudo a verificação de que mesmo esses princípios históricos se manifestam – ou não se manifestam – nos direitos pressupostos que a cada direito positivo (direito posto) correspondam.”* GRAU, Eros. *A ordem econômica...* op. cit., p. 110.

Posteriormente, reconhecendo que a expressão princípios gerais do direito é polissêmica, o autor aponta dois sentidos: “ – primeiro sentido – a totalidade dos princípios gerais do direito, entendidos esses como proposições descritivas; - segundo sentido – a parcela de princípios gerais do direito (expressão tomadas no primeiro sentido) que, em razão de sua contemplação em determinado ordenamento, assume caráter de proposição normativa.”

Outra conclusão é que não há aplicação de um princípio ou regra jurídica, mas sim do direito como um todo, o que confirma a importância da aplicação sistemática.

### II.4.3 – Notas distintivas e metodológicas sobre princípios e regras

Se os entes constituintes de um ordenamento são os princípios e regras, cumpre pontuar algumas diferenças e, desde já deve ser dito que os princípios possuem maior grau de abstração e generalidade em função de sua textura aberta, contendo maior carga axiológica; e atuam como fonte geradora de regras.

Contudo, não sendo esta distinção ponto fundamental desta dissertação, a análise aqui se restringirá a alguns aspectos destacáveis da obra de DWORKIN e ALEXY, as quais se tornaram referência obrigatória, ainda que já existam consistentes (e promissoras) construções doutrinárias no Brasil acerca deste tema<sup>372</sup>.

DWORKIN explica que, com frequência, nos casos mais difíceis e polêmicos, os julgamentos são baseados e fundamentados a partir de padrões que não são propriamente regras de direito, mas sim princípios que, a partir de seu sentido genérico, podem ser divididos em princípios propriamente ditos e políticas<sup>373</sup>.

---

(GRAU, Eros. Idem. p. 114.). Partindo da premissa que os princípios gerais do direito em “estado de latência”, Grau conclui que eles são descobertos no interior de cada ordenamento jurídico.

<sup>372</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional – anotações nucleares*. Curitiba: Juruá editora, 2001; MELO, Carlos Antonio de Almeida. *Temas constitucionais*. Cuiabá: Edições FESMP, 2000, p. 72 (série Positividade e Sociedade, n° 01 ); BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>373</sup> Entre os dois, DWORKIN apresenta a seguinte distinção: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado. Em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. op. cit., p. 36.). Na seqüência, este autor destaca que argumentos de política refletem decisões que fomentam ou protegem objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto que os argumentos

Passo seguinte, o autor ensina que a primeira diferença entre regras e princípios é de natureza lógica: as regras são aplicáveis na maneira do tudo ou nada, pois dado um caso, ou ela é válida e deve ser aceita ou não é válida e, por conseguinte, não aplicável<sup>374</sup>.

Além do mais, as regras, devido à sua própria natureza, comportam exceções, as quais devem ser apresentadas em sua totalidade, sob pena de imprecisão e incompletude.

Já os princípios “*não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*”<sup>375</sup>, não comportam exceções (e sua enunciação [das exceções] não os torna mais completos) e não estabelecem condições acerca da necessidade de sua aplicação, mas antes enunciam razões que conduzem o argumento em determinada direção, necessitando, destarte, de uma decisão particular<sup>376</sup>.

Como conseqüência desta primeira diferença, DWORKIN assinala uma segunda, que é justamente a dimensão de peso e importância que os princípios possuem, a qual exige do juiz que leve em conta a força relativa de cada princípio em relação ao caso concreto quando ocorre um cruzamento de princípios, o que impossibilita sua mensuração de forma exata.

Ele assevera que as regras não possuem esta dimensão de peso e importância, sendo “*funcionalmente importantes ou desimportantes*”<sup>377</sup> à medida que desempenhem um papel de maior relevo na regulação de um comportamento, de modo que, no caso de conflito entre duas regras, apenas uma deve ser considerada válida.

A solução para resolver a aparente antinomia pode ser dada por outras regras do próprio sistema jurídico ou então o aplicador deve privilegiar a aplicação da regra assentada num princípio considerado mais importante para o ordenamento jurídico em questão.

---

de princípios fundamentam decisões que respeitam ou garantem um direito de indivíduo ou grupo. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 129.

<sup>374</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 39.

<sup>375</sup> Idem, p. 40.

<sup>376</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>377</sup> Ibid., p. 43.

Ainda sobre as regras, duas outras observações de DWORKIN se mostram particularmente importantes: a primeira delas versa sobre alguns casos em que a diferença entre as regras e princípios se reduz à mera questão formal, pois ambos podem desempenhar papéis semelhantes, o que ocorre quando a regra possui em seu texto palavras como 'razoável', 'negligente', 'injusto', 'significativo' etc<sup>378</sup>, as quais fazem com que sua aplicação se torne dependente de uma complementação através dos princípios, em sentido genérico.

A segunda observação é que, uma vez reconhecida a diferença entre regras e princípios, verifica-se que a argumentação e fundamentação baseada em princípios se mostra mais forte nos casos difíceis, nos quais os tribunais necessitam justificar a adoção de uma nova regra, a qual ilustrará uma regra particular, proveniente da nova interpretação da lei<sup>379</sup>.

Na seqüência, ao replicar a crítica de Joseph RAZ acerca da possibilidade de conflito entre regras e princípios, DWORKIN recusa o recurso à noção de conflito para tratar esse tipo de relação à medida que, se as regras refletem os princípios, ambos não podem ser comparados em peso e importância.

Por conseguinte, explica DWORKIN, quando o Tribunal decide revogar ou recusar a aplicação de uma regra e, para tanto, invoca um conjunto diferenciado de princípios, isso significa que, naquele momento, houve atribuição de maior peso e importância ao conjunto de princípios invocados do que àqueles que embasavam a regra revogada ou não aplicada.

Na mesma linha argumentativa, Robert ALEXY também acentua a diferença entre as regras e princípios não apenas pelo critério da generalidade/especificidade, mas também pela sua natureza lógica e qualitativa e, ao reconhecer a semelhança de suas teorizações com as de DWORKIN, assinala que talvez seja possível encontrar uma única diferença essencial: a concepção dos princípios como mandados de otimização<sup>380</sup>, entendidos em sentido amplo, seja de permissão ou proibição<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 45.

<sup>379</sup> Idem, p. 46.

<sup>380</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 87, nota de rodapé nº 27.

<sup>381</sup> Idem, p. 86, nota de rodapé nº 23.

Em suas palavras:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos<sup>382</sup>.

Destarte, ALEXY argumenta que a distinção entre regras e princípios se mostra clara quando se estudam os conflitos de regras ou de princípios entre si.

No primeiro caso, a solução é praticamente idêntica à de DWORKIN, com a ressalva de que, primeiro deve ser afastada a ocorrência de uma cláusula de exceção que venha a eliminar o conflito.

Não a havendo, ALEXY também concorda que uma das regras deve ser considerada inválida e o problema é solucionado através das conhecidas fórmulas da '*lex posterior derogat legi priori*' e '*lex speciali derogati legi generali*', ou então optar pela validade da regra mais importante<sup>383</sup>.

Quanto à colisão de princípios, ALEXY segue a mesma linha de CANARIS e DWORKIN ao afirmar que, se um princípio permite e outro proíbe, um deve ceder, o que não implica na invalidez de nenhum deles<sup>384</sup>.

Nas lições do autor, a solução da colisão de princípios não é resolvida em termos de validade, como nas regras, mas na dimensão que dá conta do aspecto peso, o que exige uma solução através da ponderação dos interesses opostos<sup>385</sup>, na busca da melhor solução para o caso concreto.

Daí, ALEXY aponta a seguinte saída:

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una **relación de precedencia condicionada**. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las

---

<sup>382</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 86.

<sup>383</sup> Idem, p. 88.

<sup>384</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>385</sup> Ibid., p. 90.

**condiciones** bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente<sup>386</sup>.

Mais a fundo, em elucidativo comentário à obra de ALEXY, Manuel ATIENZA, depois de admitir que não é possível construir uma teoria de princípios que os coloque numa hierarquia estrita, afirma que:

pode-se estabelecer uma ordem frouxa entre eles, que permita a sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam como fundamento para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário (como ocorreria se eles não passassem de um inventário de topoi)<sup>387</sup>.

Assim, na leitura de ATIENZA, essa ‘ordem frouxa’ se compõe de três elementos:

- a) um sistema de condições de prioridade (faz com que a resolução das colisões entre princípios, num caso concreto tenha importância para novos casos);
- b) um sistema de estruturas de ponderação que derivam da consideração dos princípios como mandado de otimização, com relação às possibilidades fáctico-jurídicas (possibilidades fácticas: otimalidade de Pareto, possibilidades jurídicas: princípio da proporcionalidade) e;
- c) um sistema de prioridade *prima facie* (prioridade de um princípio sobre o outro pode ceder no futuro, mas quem pretende essa modificação tem o ônus da prova)<sup>388</sup>.

No entanto, após a leitura do pensamento de DWORKIN e ALEXY, impossível não perceber seu caráter predominantemente retórico, com utilidade restrita à perspectiva ôntica dos princípios e regras, vez que, se considerada a norma como o resultado da compreensão do caso e do direito pelo intérprete nada resta, pois, em *ultima ratio*, prevalece sempre a discricionariedade subjetiva na atribuição de maior peso ou importância, na ordem de precedência condicionada, na

---

<sup>386</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 92.

<sup>387</sup> ATIENZA, Manuel. “*As razões do direito...*”, op. cit., p. 267.

<sup>388</sup> Idem, p. 268 e ss.

força relativa de um princípio, na escolha de qual regra deve prevalecer em caso de antinomias, etc...<sup>389</sup>

Ainda assim, entende-se que subsiste sua importância no trato da construção ôntica da estrutura do sistema constitucional (estrutura do sentido) por que esse pensamento forma a base de superação do positivismo jurídico, abrindo as portas para a possibilidade de força normativa dos princípios jurídicos e tornando viável a abertura do sistema jurídico, agora vinculado, de maneira dialógica, à realidade.

Ademais, o reconhecimento por constitucionalistas do porte de Konrad HESSE, de que a Constituição é o estatuto jurídico do político<sup>390</sup>, demonstra o evidente acoplamento entre a instância jurídica e seu contexto sócio-político e ideológico (daí a necessária dimensão aberta do sistema), em muito influenciado pela *base* de natureza econômica, situando, desta feita, o jurídico no âmbito da *superestrutura*, detalhe que não pode ser olvidado, sob pena de envolver o direito pela manta da neutralidade que não lhe pertence.

Desta feita, cumpre compreender estruturalmente a ordem jurídico-constitucional abstrata como formada por princípios e regras constitucionais (entendidos como espécies do gênero norma, se esta for pensada estritamente do ponto de vista ôntico), detentoras de superioridade hierárquica em relação aos outros preceitos legislativos, cuja validade depende fundamentalmente de sua consonância com aqueles, formando um sistema que exprime certo fechamento traduzido na autonomia do âmbito intra-sistemático, justamente pela imprescindibilidade de validar preceitos inferiores com base nos superiores (aspecto formal), mas que, é aberto porque se relaciona dialeticamente com o seu meio ambiente sócio-econômico-político (aspecto material) e também porque o próprio processo de determinação de uma norma válida para o caso concreto (perspectiva ontológica, onde a norma agora é o resultado do processo em que o sujeito

---

<sup>389</sup> Neste sentido: BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. op. cit., ps. 97 a 162. No contexto desta dissertação, esta tese ganha corpo no próximo capítulo, onde a abertura hermenêutica e a unidade da *applicatio* formam as bases do sentido da estrutura, que fornece um sentido ontológico à norma jurídica.

<sup>390</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. (da 20ª ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ps. 29 e ss.

'compreende' o ente – princípios ou regras + caso concreto) traz, em si, a abertura hermenêutica, sentido da estrutura, conforme será detalhado no capítulo seguinte.

Restando configurada a nova estrutura, em relação ao método cabe dizer que agora ele depende do tipo de norma (enquanto ente) que servirá de fundamento para a decisão na formação da hipótese normativa, uma vez que, conforme Aldacy RACHID COUTINHO:

O fenômeno jurídico, em toda a sua complexidade, envolve diversos aspectos, interdependentes e não necessariamente sucessivos, quais sejam, a previsão normativa da hipótese fática – hipótese normativa – a ocorrência de um acontecimento no mundo dos fatos que corresponde à hipótese normativa – suporte fático – e a conseqüente incidência infalível da norma – adjetivando o fato<sup>391</sup>.

Por isto, se a previsão normativa se dá na forma de princípios, surge a metodologia tópica como necessária à sua concretização ou ao estabelecimento de ordem de prioridade em caso de colisão, uma vez que eles são aplicados através da técnica da ponderação, a qual exige uma forte vinculação ao caso concreto e uma metodologia dialética, para escolher um entre inúmeros argumentos plausíveis de serem utilizados (*topoi*).

Se na forma de regras, em função de sua menor carga axiológica, maior especificidade e imediatismo, a aplicação é feita por enquadramento, ou seja, através da promoção do *acertamento* da regra em relação ao fato, num processo semelhante ao subsuntivo, especialmente quando ela tem curto horizonte de sentido e não possibilita um grande arco de interpretações válidas.

Contudo, em razão dos resquícios de lógica formal, rejeita-se a expressão subsunção para a aplicação das regras, até porque toda decisão de um caso concreto deve ser mediada pelos valores e finalidades que o direito visa proteger, de modo que não mais se admite procedimentos formais.

No que importa às regras de textura aberta, portadoras de expressões vagas ou ambíguas, valem as observações de DWORKIN de que elas apenas formalmente se diferenciam dos princípios e, sendo assim, sua metodologia de aplicação também é semelhante a deles, ou seja, concretização mediada pela ponderação.

---

<sup>391</sup> RACHID COUTINHO, Aldacy. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18 (col. Biblioteca de Teses).

Como decorrência nas mudanças do método, no campo da interpretação do direito se acaba com a tese positivista de busca de um sentido único, em prol da chamada hermenêutica constitucional principiológica, a qual reconhece a possibilidade de vários sentidos da norma (ente), a influência de aspectos subjetivos na escolha de um desses sentidos e a discricionariedade do juiz no momento da ponderação, até porque concorda que o método axiomático dedutivo não funciona com normas que permitem vários sentidos, pois nesse caso o silogismo lógico-formal não se realiza<sup>392</sup>.

Entretanto, mesmo aberto às variantes axiológicas da realidade e do sujeito, esse novo sistema constitucional, sua metodologia e a própria hermenêutica principiológica se enquadram, ainda que criticamente, no 'paradigma da filosofia da consciência'.

Em face disso, não priorizam devidamente a abertura prévia, determinante de todo o processo de constituição ontológica da norma jurídica: a compreensão no interior do paradigma da linguagem, na perspectiva da hermenêutica filosófica.

---

<sup>392</sup> Conferir: AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. Entre os constitucionalistas: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003, ps. 283-329.

## CAPÍTULO III

### A inafastável abertura hermenêutica

A abertura hermenêutica é visualizável no seio do paradigma da linguagem, de modo que, para entendê-la é necessário desconstruir a base epistemológica da modernidade, substituindo-a pela fenomenologia-existencialista de HUSSERL e HEIDEGGER.

Daí, falar sobre ela na aplicação sistemática do direito implica dizer que é impossível não só a exatidão e neutralidade, mas também qualquer previsão infalível acerca do resultado de uma decisão judicial.

Isso por que, nesta mirada, surge a estrutura prévia de compreensão que antecipa o sentido da norma e promove uma contaminação existencial no processo cognitivo de constituição da decisão, tornando-a sempre individual, imperfeita, histórica e temporal.

No entanto, vislumbra-se que não é possível falar seriamente de ‘paradigma da linguagem’ sem passar pela psicanálise à medida que, com a descoberta freudiana do inconsciente e sua leitura por LACAN, não há pré-compreensão possível onde nada se sabe, conforme será fundamentado nos itens III.1.3 e III.3.2.

Apesar desta “válvula de escape” sempre iminente, não se olvida que a hermenêutica filosófica é de grande valia no âmbito do consciente racionalizável, donde, esteado em GADAMER, serão delineados seus fundamentos.

Desde então é possível a defesa de que a *applicatio* se realiza de maneira unitária e a compreensão se dá no termo médio do círculo hermenêutico, isto é, entre o sentido da estrutura e a estrutura de sentido.

### III. 1 – Golpes modernos no paradigma do sujeito

Com o crescente questionamento das possibilidades e limites do conhecimento científico e de suas verdades, o sujeito puro de conhecimento, pilar central da modernidade, também se vê envolto em contundentes críticas de modo que, não só o positivismo científico cai em crescente descrédito, mas também o paradigma da filosofia da consciência rui quando o racionalismo subjetivo é colocado em xeque.

Não sem razão, a história da filosofia registra que, dentro da Modernidade e ainda no paradigma da filosofia da consciência, o otimismo racionalista sofreu impiedosos golpes de Karl MARX (1818-1883), Friedrich NIETZSCHE (1844-1900) e Sigmund FREUD (1856-1939), os quais atacam duramente a pureza racional do sujeito de conhecimento, detonando a crise da subjetividade moderna.

Cumpra, então, ainda que respeitando os objetivos propostos nesta dissertação, pontuar alguns argumentos desses três pensadores na medida em que atingem a subjetividade moderna.

#### III.1.1 – MARX

A tarefa de desconstruir o paradigma da filosofia da consciência deve começar com a crítica de Karl MARX, uma vez que, conforme assevera Michel LÖWY:

o marxismo foi a primeira corrente a colocar o problema do condicionamento histórico e social do pensamento e a ‘desmascarar’ as ideologias de classe por detrás do discurso pretensamente neutro e objetivo dos economistas e outros cientistas sociais<sup>393</sup>.

Isto porque, as chaves marxistas que abriam as portas da pureza racional do sujeito moderno à crítica se encontram no irracionalismo do materialismo histórico, enquanto teoria fortemente contestadora das doutrinas idealistas de bases hegelianas à época predominantes.

---

<sup>393</sup> LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen...* op. cit., p. 99.

Essa contestação tem início, segundo Leandro KONDER, logo no primeiro escrito em que MARX se insurgiu contra o formalismo hegeliano ao tratar da relação entre o Estado e a sociedade civil<sup>394</sup>, o qual já mostrava uma imbricação entre ideologia e alienação, à medida que, nas palavras de KONDER:

A idéia de uma construção teórica distorcida, porém ligada a uma situação histórica ensejadora de distorção, é, no pensamento de Marx, desde o seu primeiro momento da sua articulação original, uma idéia que vincula a ideologia à alienação (ou ao estranhamento, se preferirem)<sup>395</sup>.

De acordo com o filósofo brasileiro, MARX percebeu que HEGEL constatou as contradições e visualizou as tensões existentes entre a sociedade civil (burguesa) e o Estado, mas sua visão permanecia obtusa em relação à propriedade privada.

Assim, ao tratar do Estado a partir de sua própria ótica, HEGEL não percebeu o quanto esse ente, mesmo que pretensamente universal, estava comprometido e envolvido com a propriedade privada, fazendo com que o poder político se tornasse a expressão oficial do poder dessa instituição, a qual, não sendo percebida, propiciava uma ilusão ideológica que, ao pregar a universalidade e neutralidade do Estado, ocultava sua real natureza, confundindo os interesses universais com os particulares<sup>396</sup>.

Daí a desconfiança, expressa já no prefácio da obra *“A ideologia alemã”*<sup>397</sup> de que os homens não pensam com suas próprias idéias, mas sim

<sup>394</sup> O que ocorreu na obra *“Crítica do direito público hegeliano”*, escrita em 1843. Conferir: KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das letras, 2002, p. 30.

<sup>395</sup> KONDER, Leandro. op. cit., p. 31.

<sup>396</sup> Idem, p. 32.

<sup>397</sup> Tais são as palavras de MARX e ENGELS: *“Até agora, os homens sempre tiveram idéias falsas a respeito de si mesmos, daquilo que são ou deveriam ser. Organizaram suas relações em função das representações que faziam de Deus, do homem normal etc. Esses produtos de seu cérebro cresceram a ponto de dominá-los completamente. Criadores, inclinaram-se diante de suas próprias criações. Livremo-los, pois, das quimeras, das idéias, dos dogmas, dos seres imaginários, sob o jugo dos quais eles se estiolam. Revoltemo-nos contra o domínio dessas idéias. Ensinemos os homens a trocar essas ilusões por pensamentos correspondentes à essência do homem, diz alguém; a ter para com elas uma atitude crítica, diz outro; a tirá-las da cabeça, diz o terceiro e – a realidade atual desmoronará.”* MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. trad. Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 03.

através de representações que lhes não pertencem, extraídas da base material de produção da sociedade em que pertencem.

Com efeito, MARX e ENGELS constataam, através da investigação histórica de diferentes formas de organização humana e seu modo de produção (tribunal, comunal, feudal, etc.<sup>398</sup>), que os indivíduos refletem o seu 'ser' em sua atividade produtiva. 'Ser' que não está presente na imagem que eles fazem de si mesmos, mas antes na existência *real*, ou seja, no modo como trabalham e produzem materialmente, observando condições e limites já estabelecidos e independentes de sua vontade<sup>399</sup>.

Verifica-se, então, que essa atividade produtiva é determinada pelas relações sociais e políticas de cada sociedade, que são condicionantes da consciência humana e dela desvinculadas.

Por isto, MARX e ENGELS apreendem que:

A produção das idéias, das representações e da consciência está, a princípio, direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanção direta de seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual tal como se apresenta na linguagem da política, na das leis, da moral, da religião, da metafísica etc. de todo um povo. São os homens que produzem suas representações, suas idéias etc., mas os homens reais, atuantes, tais como são condicionados por um determinado desenvolvimento de suas forças produtivas e das relações que a elas correspondem, inclusive as mais amplas formas que estas podem tomar. **A consciência nunca pode ser mais que o ser consciente; e o ser dos homens é seu processo de vida real.** E, se, em toda a ideologia, os homens e suas relações nos aparecem de cabeça para baixo como em uma câmara escura, esse fenômeno decorre de seu processo de vida

---

<sup>398</sup> Posteriormente, MARX caracteriza como épocas progressivas da formação econômica da sociedade, os modos de produção: asiático, antigo, feudal e burguês moderno, o qual constitui " *a última forma antagônica do processo social de produção, antagônicas não em um sentido individual, mas de um antagonismo nascente das condições sociais da vida dos indivíduos; contudo, as forças produtivas que se encontram em desenvolvimento no seio da sociedade burguesa criam ao mesmo tempo as condições sociais para esse antagonismo. Daí que com essa formação social se encerra a pré-história da sociedade humana*" MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 52. (col. Os Pensadores)

<sup>399</sup> MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. op. cit., p. 18.

histórico, exatamente como a inversão dos objetos na retina decorre de seu processo de vida diretamente físico<sup>400</sup>.

Essa mudança, além de ser uma crítica voraz ao idealismo alemão, impõe a conclusão de que:

são os homens que, desenvolvendo sua produção material e suas relações materiais, transformam, com a realidade que lhe é própria, seu pensamento e também os produtos do seu pensamento. Não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência<sup>401</sup>.

Segundo CÁRCOVA, a chamada “metáfora da câmara escura” define a ideologia *“como um processo de inversão da realidade que responde a fatores sócio-históricos do mesmo modo que a inversão dos objetos na retina responde a processos físicos.”*<sup>402</sup>

Com efeito, esta tese constitui o principal pilar teórico para a compreensão do materialismo histórico e da ideologia marxista.

Assim, MARX parte da idéia de que o homem só faz história se primeiro satisfizer suas necessidades de ser vivente (sendo que, essa produção de meios materiais necessários para a vida se constitui o primeiro fato histórico<sup>403</sup>), para reforçar sua teoria de que são as relações de produção inerentes à estrutura social e política que determinam a consciência, de modo que seja possível alcançar a sintética formulação, definidora do materialismo histórico, presente no Prefácio à obra *‘Para uma crítica da economia política’*, *verbis*:

...na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura política e jurídica, e à qual correspondem formas determinadas de consciência. O modo de produção material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> MARX, ENGELS. *A ideologia alemã*. op. cit., ps. 18-19. Negritos nossos.

<sup>401</sup> Idem, ps. 19-20.

<sup>402</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. op. cit., p. 132.

<sup>403</sup> MARX, ENGELS. *A ideologia alemã*. op. cit., p. 21.

<sup>404</sup> MARX, Karl. *Para uma crítica...*, op. cit., p. 52.

Na seqüência, MARX colige que foi a divisão do trabalho (por diferenciar a atividade intelectual da material, destinando gozo e trabalho, produção e consumo a indivíduos diferentes<sup>405</sup> e implicar na contradição entre o interesse individual e o coletivo<sup>406</sup>), junto ao aparecimento de classes sociais conflitantes, que ocasionaram a dilaceração do tecido social, possibilitando que a consciência se iludisse acerca de sua própria natureza<sup>407</sup>, em prol das idéias da classe dominante, que ganham autonomia e passam a dominar o pensamento de toda uma época, com pretensão de universalidade<sup>408</sup>.

Outrossim, na sumária definição de LÖWY:

Para MARX, a ideologia é uma forma de *falsa consciência*, correspondente aos interesses de classe: mais precisamente, ela designa o conjunto das idéias especulativas e ilusórias (socialmente determinadas) que os homens formam sobre a realidade, através da moral, da religião, da metafísica, dos sistemas filosóficos, das doutrinas políticas e econômicas etc<sup>409</sup>.

Portanto, mesmo eleito para a primeira categoria dos pensadores modernos, Alain TOURAINE entende que MARX pode ser considerado o primeiro pensador pós-moderno por ter como adversário principal a idéia de Sujeito<sup>410</sup>, à medida que o materialismo histórico primeiro rompe com o subjetivismo ao

<sup>405</sup> MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. op. cit., p. 27.

<sup>406</sup> Idem, p. 28

<sup>407</sup> KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. op. cit., ps. 41-42.

<sup>408</sup> A seguinte passagem ilustra bem essa situação: “Admitamos que, no modo de conceber a marcha da história, as idéias da classe dominante sejam desvinculadas dessa mesma classe e ganhem autonomia. Suponhamos que fiquemos apenas no fato de terem estas ou aquelas idéias dominado em tal época, sem nos preocuparmos com as condições da produção nem com os produtores dessas mesmas idéias, abstraindo-nos portanto dos indivíduos e das circunstâncias mundiais que estão na bases dessas idéias. Então poderemos dizer, por exemplo, que no tempo em que imperava a aristocracia imperavam os conceitos de honra, fidelidade etc. É o que imagina a própria classe dominante em sua totalidade. Essa concepção da história, comum a todos os historiadores, especialmente a partir do século XVIII, colidirá necessariamente com o fenômeno de que os pensamentos dominantes serão cada vez mais abstratos, ou seja, assumirão cada vez mais a forma de universalidade. Com efeito, cada nova classe que toma o lugar daquela que dominava antes dela é obrigada, mesmo que seja apenas para atingir seus fins, a representar o seu interesse como sendo o interesse comum de todos os membros da sociedade ou, para exprimir as coisas no plano das idéias: essa classe é obrigada a dar aos seus pensamentos a forma de universalidade e representá-los como sendo os únicos razoáveis, os únicos universalmente válidos.” MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. op. cit., p. 50.

<sup>409</sup> LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx...*, op. cit., p. 10.

<sup>410</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 6ª ed. ,trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 113.

denunciar que a evolução histórica não é triunfo de uma subjetividade racional, seja ele o Espírito absoluto hegeliano ou qualquer outra construção metafísica, mas sim o resultado das determinações das relações de poder atreladas ao modo de produção e à divisão de classes, de modo que, o verdadeiro progresso só seria alcançado com a *“libertação de uma energia e de necessidades naturais às quais se opõem as construções institucionais e ideológicas”*<sup>411</sup>.

Ademais, ao conceber a *ideologia* como o poder invisível que determina a ação e o pensamento dos indivíduos, MARX compromete o cânone moderno da autonomia da vontade e esvazia qualquer possibilidade de neutralidade e objetividade do conhecimento científico.

### III.1.2 – Sobre NIETZSCHE

Ao analisar a obra *“O nascimento da tragédia”*, REALE e ANTISERI descrevem como Friedrich NIETZSCHE procurava mostrar o vigor dos valores vitais na Grécia pré-socrática, cujo segredo estava na exaltação do espírito de Dionísio, o qual é a *“imagem da força instintiva e da saúde, é embriaguez criativa e paixão sensual, é o símbolo de uma humanidade em plena harmonia com a natureza”*<sup>412</sup>.

Contudo, para NIETZSCHE, essa sociedade apresenta ‘sintomas de decadência’ com a filosofia de Sócrates e Platão<sup>413</sup> uma vez que esses filósofos operam um corte em prol de uma racionalização que vai privilegiar e fortalecer o espírito de Apolo (Deus que representa a racionalidade, medida, ordem e equilíbrio), quebrando a horizontalidade existente entre as duas forças durante o período pré-socrático.

Por isto, segundo HABERMAS, NIETZSCHE via Sócrates (por fundar o pensamento filosófico) e Cristo (por pregar o monoteísmo eclesiástico) como os artífices desse corte original que vai contaminar a história posterior do mundo

---

<sup>411</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. op. cit., p. 113.

<sup>412</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. vol III. 6ª ed. trad. n/d, São Paulo: Paulus, 2003, p. 426.

<sup>413</sup> Idem, p. 427.

ocidental, de modo que a modernidade é um mero desdobramento desse movimento.

Sendo assim, nas palavras de HABERMAS:

Nietzsche empreende um nivelamento surpreendente. A modernidade perde sua posição privilegiada; constitui apenas a última época de uma longínqua história da racionalização, iniciada com a dissolução da vida arcaica e a destruição do mito<sup>414</sup>.

Por conseguinte, infere-se que a supremacia do espírito apolíneo gerou a alienação e escravidão do homem, que tem de submeter seu desejo à moral ou à razão, sendo que a ideologia cientificista moderna, sua crença na racionalidade do sujeito, a busca da verdade positivista e seus efeitos negativos sobre a humanidade são conseqüências desse desequilíbrio originário.

Para NIETZSCHE, importava o enfraquecimento do 'espírito apolíneo', de modo que dois objetivos principais permeiam toda a sua construção filosófica, quais sejam: a denúncia do processo de submissão do desejo e da vida pela razão e a busca da restauração dos valores primitivos perdidos, possibilitando a libertação do homem de seus mitos metafísicos.

No intuito de alcançar estes objetivos, TOURAINE constata que NIETZSCHE denuncia a ilusão modernista, a idéia de correspondência entre o desenvolvimento pessoal e a integração social e desencadeia um movimento antimodernista que concentra seus ataques no Sujeito<sup>415</sup>, até porque, como já exposto, este conceito carregava em si o lugar discursivo de toda a fundamentação metafísica moderna.

Segundo TOURAINE, é na obra "*Genealogia da moral*" que NIETZSCHE apresenta o argumento principal contra a concepção de sujeito, que se vê reduzido a uma interpretação irracional de uma conduta espontânea oriunda das relações materiais as quais, *a priori*, não possuem valor algum, mas que são tidas como

---

<sup>414</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico...*, op. cit., p. 126.

<sup>415</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica...*, op. cit., ps. 115 e ss.

'más' pelos fracos, que lhe atribuem uma consciência ou vontade geral, com características essenciais, portanto, metafísicas<sup>416</sup>.

Como conseqüência, HABERMAS entende que na perspectiva nietzschiana, *"a dominação niilista da razão centrada no sujeito é concebida como resultado e expressão de uma perversão da vontade de poder"*<sup>417</sup>.

Portanto, esse sujeito, enquanto consciência ou vontade geral, propicia a alienação dos fracos, que vêem sua energia esvaziada em função de sua projeção no plano metafísico<sup>418</sup>, o qual, para os racionalistas, estava na razão do sujeito e, para os cristãos, aparecia ligado à idéia de Deus.

Desta feita, era imprescindível a negação a qualquer fundamentação metafísica, de modo que *"só a renúncia ao ideal, a Deus, só o triunfo da vontade de vida sobre a vontade de morte permitem a libertação"*<sup>419</sup>.

Para tanto, NIETZSCHE anuncia a morte de Deus e, ao fazê-lo, engloba também o Sujeito, dando fim na crença acerca da existência de um fundamento último de todas as coisas, entendido como uma verdade primeira.

---

<sup>416</sup> A argumentação de NIETZSCHE é sintetizada por TOURAINE nas seguintes palavras: *"Existem os fortes e os fracos, os dominadores e os dominados, as aves de rapina e os cordeiros. Entre eles há relações materiais das quais todo elemento moral está ausente e que são as da própria vida e das relações entre espécies e indivíduos. Mas o fraco, para fugir dessas relações de força que lhe são desfavoráveis, interpreta a força de seu adversário como má. Ele introduz, por trás de seus atos, uma vontade, uma essência. Assim nasce a noção de Sujeito, tão irracional e artificial como a do raio que os ignorantes introduzem para explicar a descarga elétrica, que se torna também Sujeito e toma mesmo a figura de Júpiter. Tudo aquilo que introduz uma intenção geral e uma consciência como explicação das condutas é um instrumento de defesa dos fracos, e por conseqüência destrói a ordem da natureza e cria essências, esses princípios dos quais Augusto Comte fazia o essencial do pensamento jurídico e metafísico."* TOURAINE, Alain. *Crítica...*, op. cit. p. 117.

<sup>417</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. op. cit., p. 139.

<sup>418</sup> Diz TOURAINE: *"Até aqui, a modernidade foi, Nietzsche pensa no triunfo da consciência, a alienação da energia humana que se desprende dela mesma e se volta contra si própria identificando-se com um deus, com uma força humana à qual o homem se deve submeter. A modernidade conduziu ao nihilismo, ao esvaziamento do homem cuja potência total foi projetada no universo divino pelo cristianismo e que não possui nada além de sua fraqueza, o que acarreta a sua decadência e o seu desaparecimento inevitável. A volta dos valores leva à rejeição dessa alienação e à recuperação pelo homem de seu ser natural, de sua energia vital, de sua vontade de poder"*. TOURAINE, Alain. *Crítica...* op. cit., ps.118-119.

<sup>419</sup> Idem, p. 119.

Assim, conforme Gianni VATTIMO:

Em Nietzsche, como se sabe, Deus morre precisamente na medida em que o saber não precisa mais chegar às causas últimas, o homem não precisa mais crer-se na alma imortal, etc. Mesmo se Deus morre porque deve ser negado em nome do mesmo imperativo de verdade que sempre nos foi apresentado como uma lei sua, com ele também perde sentido o imperativo da verdade – e isso, afinal de contas, porque as condições de existência são hoje menos violentas, mas, portanto, também e antes de tudo, menos patéticas. Encontra-se aqui, nessa acentuação da superfluidade dos valores últimos, a raiz do niilismo consumado<sup>420</sup>.

A partir daí, compreende-se que NIETZSCHE vai fundo na crítica das instituições ao denunciar o caráter alienador do partido, do Estado, do progresso e, sobretudo, da ciência, que se transformaram em ídolos, mostrando como ela toma o lugar da religião e como as instituições científicas tomam o lugar da Igreja.

Para ele, a fé na ciência não deixa de ser fé, verdadeira idolatria que é sempre uma alienação: o homem se investe numa realidade que a ele se torna estranha e, em seu desconhecimento, submete-se a ela<sup>421</sup>.

Além do mais, o filósofo alemão desmitifica a idéia de verdade, considerada noção pobre, derivada, onde tudo pode ser bom ou mal, dependendo das circunstâncias.

Tal se dá pelo câmbio entre a idéia de verdadeiro-falso pela de avaliação afirmativa, que faz triunfar a vida, ou de avaliação reativa, que diminui e traz mediocridade<sup>422</sup>.

Por conseguinte, com a morte de Deus, não há mais essência, nem valor moral ou verdade, sendo este niilismo<sup>423</sup> uma característica importante do

---

<sup>420</sup> VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 10.

<sup>421</sup> JAPIASSU, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras & Letras, 1996, p.161.

<sup>422</sup> CHÂTELET, François. *Uma história da razão...*, op. cit., p. 142.

<sup>423</sup> Para entender a dimensão de sentido dessa expressão, nunca é demais iniciar pela busca lexical. Assim, segundo André LALANDE, 'niilismo' é a "doutrina segundo a qual não existe qualquer verdade moral ou hierarquia de valores. Estado de espírito, ao qual falta a representação dessa hierarquia que se põe a questão 'Para quê' e não se pode responder." LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia*. trad. Fátima Sá Correia et all. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.732. Por sua vez, VATTIMO afirma que para

pensamento de NIETZSCHE que vai orientar sua filosofia numa perspectiva ativa e não meramente especulativa, pois, conforme explica Denis HUISMAN, “se a filosofia não pode deixar de buscar o conhecimento, este último deve servir à ação”<sup>424</sup>.

Desta feita, NIETZSCHE também coloca em xeque o pilar central da modernidade, gerando uma crise inafastável do humanismo, como bem sintetiza VATTIMO:

‘Deus morreu, mas o homem não vai muito bem’. É um *boutade*, mas também algo mais, já que, no fundo capta e assinala a diferença que opõe o ateísmo contemporâneo ao classicamente expresso por Feuerbach. Essa diferença consiste precisamente no fato macroscópico de que a negação de Deus, ou o registro de sua morte, não pode dar lugar hoje a nenhuma ‘reapropriação’ pelo homem de uma sua essência alienada no fetiche divino. (...) é inevitável que subsiste uma conexão entre crise do humanismo e morte de Deus. Em primeiro lugar, ela caracteriza de modo peculiar o ateísmo contemporâneo, que não pode mais ser um ateísmo ‘reapropriativo’. Mas, em segundo lugar e mais profundamente, assinala de maneira determinante o mesmo humanismo em crise, o qual se encontra nessa condição inclusive por não poder mais resolver-se num apelo a um fundamento transcendente. Desse último ponto de vista, também se pode aceitar a tese de que o humanismo está em crise **porque** Deus está morto; isto é, a verdadeira substância da crise do humanismo é a morte de Deus, anunciada não por acaso em Nietzsche, que é também o primeiro pensador radical não-humanista da nossa época<sup>425</sup>.

### III.1.3 – FREUD

Sigmund FREUD, ao criar e desenvolver a psicanálise<sup>426</sup>, desferiu o golpe mortal na pureza racional do sujeito de conhecimento à medida que sua doutrina busca a compreensão do agir humano a partir da descoberta de que repressões

---

NIETZSCHE, nihilismo significa “a situação em que o homem rola do centro para X” acepção que é idêntica à definida por HEIDEGGER, ou seja, “o processo em que, no fim, do ser como tal ‘nada mais há’” VATTIMO, Gianni. op. cit., p. 04.

<sup>424</sup> HUISMAN, Denis. *História do existencialismo*. trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001, p. 30.

<sup>425</sup> VATTIMO, Gianni. op. cit., ps. 17-18.

<sup>426</sup> FREUD reconhece, entretanto, que suas conclusões tiveram origem a partir das pesquisas para alcançar um método de tratamento da histeria pelo médico Joseph BREUER, a tal ponto que, na primeira conferência nos Estados Unidos sobre a psicanálise, FREUD, humildemente, afirma que o mérito pela vida da psicanálise deva ser dado ao Dr. BREUER Conferir: FREUD, Sigmund. *As cinco lições de psicanálise. Contribuições à psicologia do amor*. trad. Durval Marcondes et all. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

patogênicas são manifestações da permanente tensão entre o sistema inconsciente e o sistema pré-consciente/consciente, na qual o psiquismo humano se desenvolve<sup>427</sup>.

Esse conflito se forma porque, segundo J-D NASIO, o sistema inconsciente é composto por representantes pulsionais ou representações de coisas, formadas por imagens (acústicas, visuais, tácteis), e sua missão é a busca do prazer absoluto, sempre inatingível, através do escoamento da tensão (= desprazer)<sup>428</sup>.

Já o sistema pré-consciente/consciente é constituído por representações pré-conscientes (representações da palavra e suas diferentes imagens – acústica, gráfica e gestual escrita) e conscientes (representação da coisa agregada à da palavra) e busca igualmente o prazer, mas agora de maneira adequada ao Princípio Realidade, que o lembra das exigências do real e o incita à moderação<sup>429</sup>.

Assim, o “Princípio Prazer” e o “Princípio Realidade” regem o acontecer psíquico<sup>430</sup>, sendo que, entre eles, há o recalçamento (*recalque*), o qual “*é um espessamento de energia, uma capa de energia que impede a passagem dos conteúdos inconscientes para o pré-consciente*”<sup>431</sup>, funcionando como um filtro ou censor.

Aliás, para Márcio Peter de SOUZA LEITE, o que caracteriza o inconsciente é justamente o fato de que suas representações são ‘barradas’ pelo recalque:

Como o próprio nome mostra, o ‘in-consciente’ é definido por sua negatividade, ‘não-consciente’. Esse é o consciente filosófico. Mas apenas o fato de uma representação não estar na consciência não caracteriza o inconsciente freudiano.

<sup>427</sup> NASIO, J-D. *Introdução à obra de Freud*. In: NASIO, J-D (org.) *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. trad. Vera Ribeiro, rev. Marcos Comaru. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1995, ps. 17 e ss.

<sup>428</sup> Idem, p. 21.

<sup>429</sup> NASIO, J-D. *Introdução à obra de Freud*. op. cit., p. 21.

<sup>430</sup> FREUD, Sigmund. *Formulações sobre os dois princípios do acontecer psíquico*. In: FREUD, Sigmund. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. coord. geral da tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago ed., 2004, ps. 65-77, (col. obras psicológicas de Sigmund Freud, vol. 1).

<sup>431</sup> NASIO, J-D. *Introdução à obra de Freud*. op. cit., p. 22.

Para Freud, o que caracteriza o ‘sistema’ inconsciente são as representações que não estão na consciência e não podem se tornar conscientes, porque existe uma força atuando constantemente sobre a representação. Essa força é o recalque<sup>432</sup>.

Desta feita, como o recalque não é perfeito, mas ‘falível’, o acesso ao inconsciente se dá por meio de suas ‘falhas’.

FREUD as chamou de ‘*formações do inconsciente*’, que são: os atos falhos, os sonhos, as formações encobridoras e os sintomas<sup>433</sup>, interpretados por LACAN como manifestações de fala do inconsciente, grande descoberta de FREUD e primeiro passo para o pensar como linguagem:

Se Freud tomou a responsabilidade – contra Hesíodo, segundo o qual as doenças enviadas por Zeus avançam em direção dos homens, em silêncio – de nos mostrar que existem doenças que falam, e de nos fazer ouvir a verdade do que elas dizem – parece-nos que essa verdade, na medida em que sua relação com um momento da história e com uma crise das instituições nos aparece mais claramente, inspira um temor crescente aos praticantes que perpetuam sua técnica<sup>434</sup>.

Tal tema será pormenorizado em um momento próprio, sendo que, por ora, cabe apenas afirmar, na medida em que atingem o sujeito de conhecimento, alguns desdobramentos da doutrina psicanalítica, que não são poucos, pois de acordo com REALE e ANTISERI:

Não há ‘fato humano’ que não tenha sido tocado e ‘abalado’ pela doutrina psicanalítica: a criança torna-se uma ‘perversa polimorfa’; o ‘pecaminoso’ sexo da tradição é alçado a primeiro plano para explicar a vida normal e, sobretudo, as doenças mentais; o Eu e o seu desenvolvimento são enquadrados em nova teoria; as doenças mentais são enfrentadas com técnicas terapêuticas antes impensadas; os fatos como os sonhos, os lapsos, os esquecimentos etc. – geralmente vistos como fatos estranhos, mas irrelevantes para a compreensão do homem –, tornam-se brechas para se olhar nas profundezas do homem; fenômenos como a arte, a moral, a religião e a própria educação são iluminados pela luz que muitos ainda hoje consideram ‘abaladora’<sup>435</sup>.

Isto porque, ao reduzir a consciência ao resultado de adequação (nem sempre pacífica) do inconsciente, pulsional, instintivo e que vive permanentemente em busca do prazer, a uma realidade exterior, repleta de imposições normativas,

---

<sup>432</sup> SOUZA LEITE, Márcio Peter de. *A negação da falta: cinco seminários sobre Lacan para analistas kleinianos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 45.

<sup>433</sup> Idem, p. 46.

<sup>434</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. 4ª ed. trad. Inês Oseki-Depré. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 89.

<sup>435</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia...*, vol. III, op. cit., p. 918.

sejam de ordem moral, legal, religiosa, etc<sup>436</sup>, FREUD desloca para o inconsciente o lugar da verdade, sendo que dela nada se sabe (a não ser pelas suas manifestações nos atos falhos, sonhos, sintomas, chistes, etc).

Como conseqüência, o sujeito decide e age também a partir das possibilidades de seu próprio inconsciente, sendo necessário nele buscar a origem da essência da vida psíquica, do agir e, conseqüentemente, da verdade subjetiva, ainda que, de antemão, é sabido que ele é inalcançável justamente porque constituído por idéias não racionalizáveis (não conscientes) que fazem com que o sujeito aja de uma determinada maneira e tome decisões sem perceber o porquê<sup>437</sup>.

Portanto, a derrocada do absolutismo da verdade consciente, promovida pela psicanálise, propicia o fim do domínio do Ego enquanto força motriz exclusiva da ação humana, o que acaba, pela terceira vez, com a ilusão da autonomia da vontade, tornando impossível sustentar teoricamente a pureza racional do sujeito cognoscente.

Daí que, como bem assinala CHAUI:

...os seres humanos têm a ilusão de que tudo quanto fazem, sentem e desejam, tudo quanto dizem ou calam estaria sob controle da consciência, porque desconhecem a força invisível de um poder – psíquico e social – que atua sobre a consciência sem que ela saiba<sup>438</sup>.

Enfim, se o Sujeito é um ídolo, com toda sua carga alienadora e dominadora, mera interpretação negativa por parte dos fracos que lhe atribuem uma consciência ou vontade; os indivíduos são crentes, influenciados por idéias provenientes dos vencedores das relações de poder na sociedade, idéias que não são suas, mas que fingem ser; e ainda sofrem pressões que extrapolam o âmbito da consciência, conclui-se que não há mais espaço para o racionalismo moderno.

---

<sup>436</sup> Com efeito, FREUD não hesita em afirmar que “o superego atormenta o ego pecador com o mesmo sentimento de ansiedade e fica à espera de oportunidades para fazê-lo ser punido pelo mundo externo” uma vez que a civilização impõe uma renúncia ao instinto, primeiro “devido ao medo de agressão por parte da autoridade externa. (...) Depois vem a organização de uma autoridade interna e a renúncia ao instinto devido ao medo dela, ou seja, devido ao medo da consciência.” FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2002, ps. 86 e 89.

<sup>437</sup> FREUD, Sigmund. *Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise*. In: FREUD, Sigmund. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. op. cit., ps. 84-89.

<sup>438</sup> CHAUI, Marilena, *Convite....*, op. cit., p. 52.

Todavia, não se olvida que no agir humano há algo de racional assentado na capacidade lógica de estabelecer conexões coerentes entre idéias e argumentos, evitando contradições e dando ao conhecimento certa sistematicidade, para que seja possível dizer “verdades” sobre o mundo.

### III.2 – Transição fenomenológico-existencialista

#### III.2.1 - HUSSERL

Ainda preso à tradição moderna e cartesiana, alheio ao tríplice ataque ao sujeito cujos efeitos só foram sentidos mais fortemente no século seguinte, Edmund HUSSERL (1859-1938) inicia um movimento de forte reação ao positivismo<sup>439</sup> e constrói sua teoria a partir do retorno radical no ponto de partida do pensar filosófico, justamente porque ele vislumbra que a filosofia de seu tempo não possuía unidade e organicidade, sendo caracterizada pelo primado da especulação e pela negligência das questões acerca da *essência* das coisas, sendo essa situação análoga à que DESCARTES encontrou em sua juventude<sup>440</sup>.

---

<sup>439</sup> Neste sentido, Denis HUISMAN ensina que: “...num período em que reina um positivismo que só se fia nos dados científicos,[Husserl] esforça-se por voltar a dar um valor existencial à filosofia...[e] tenta dar de novo à filosofia seu papel – muito tempo negligenciado – de fonte originária de todas as coisas, conduzindo de volta a ciência para o próprio espírito, e não mais para objetos exteriores a este último” isso porque, “tendo dissimulado as questões filosóficas tradicionais – tais como o conhecimento, os valores, a moral, Deus e a História -, um positivismo abusivo tratou as ciências como se estas se impusessem a nós como dados absolutos, independentes de todo sujeito.” HUISMAN, Denis. *História do existencialismo*. op. cit., ps. 47 e 49.

<sup>440</sup> HUSSERL chega a essa conclusão já na introdução da obra “*Meditações Cartesianas*”, *verbis*: “O estado de divisão no qual se encontra atualmente a filosofia, a atividade desordenada que ela empreende nos levam a pensar. Do ponto de vista da unidade científica, a filosofia encontra-se, desde meados do século passado, num visível estado de decadência em relação às épocas precedentes. Por toda a parte desapareceu a unidade: tanto na determinação do objetivo quanto na colocação dos problemas e do método. (...) Não existem quase tantas filosofias quanto filósofos? Existem ainda Congressos Filosóficos; neles os filósofos encontram-se, mas não as filosofias. O que falta a elas é um ‘lugar’ espiritual comum em que possam tocar-se e fecundar-se mutuamente. A unidade é, talvez, mais bem preservada no interior de certas ‘escolas’ ou ‘tendências’, mas esse mesmo particularismo permite manter nossa característica de estado geral da filosofia, ao menos em seus pontos essenciais. Essa situação tão funesta não é análoga à que Descartes encontrou em sua juventude? Não é o momento de fazer reviver seu radicalismo filosófico?” HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. trad. Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001, ps. 22-23.

Por isso, o caminho que o levou à fenomenologia foi o de ressuscitar as *'Meditações cartesianas'*, “*não, é claro, para adotá-las integralmente, mas para desvelar já de início o significado profundo de um retorno radical ao ego cogito puro, e fazer reviver os valores eternos que dele decorreram*”<sup>441</sup>.

Nesse passo, mesmo privilegiando a consciência reflexiva e o sujeito de conhecimento, HUSSERL amplia e renova a noção de fenômeno, inaugura a fenomenologia<sup>442</sup> e pavimenta o terreno para a passagem da filosofia da consciência para a hermenêutica filosófica à medida que já trabalha com a idéia do conhecimento como uma cadeia de significações (que são essências) produzidas pela própria razão, até porque, conforme assinala André DARTIGUES, na fenomenologia husserliana, o “*sentido do ser e o do fenômeno não podem ser dissociados*”<sup>443</sup>.

Com efeito, o objetivo de HUSSERL é, ao retornar às próprias coisas, à essência, reconstituir o vínculo interno entre os fenômenos, fazendo com que a filosofia reencontre seu *status* de fonte originária de todo o saber<sup>444</sup>.

Para alcançar tal objetivo, HUSSERL elabora o método da *redução eidética*, o qual visa “*recuperar o sentido de uma unidade*”<sup>445</sup>, através das essências<sup>446</sup>, sendo que, o princípio dos princípios é que, toda a intuição que

---

<sup>441</sup> HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. op. cit., ps. 23-24.

<sup>442</sup> Aqui entendida como conhecimento do que aparece ou se manifesta à consciência, em conformidade com a própria estrutura da consciência (CHAUÍ, Marilena, *Convite....*, op. cit., p. 82).

<sup>443</sup> DARTIGUES, André. *O que é fenomenologia?* 7ª ed. trad. Maria José J. G. de Almeida. São Paulo: Centauro, n/d, p. 03.

<sup>444</sup> No dizer de HUISMAN, trata-se de, ao estudar os fenômenos, “*trazer à luz as relações internas das coisas entre si em lugar das interpretações que fazemos a partir delas mesmas. Dito de outro modo, é preciso desprender-se de uma certa cultura, mais um hábito de pensamento, para aceder a uma verdadeira cultura no sentido autêntico do termo*” HUISMAN, Denis. op. cit., p. 51.

<sup>445</sup> HUISMAN, Denis. op. cit., p. 47.

<sup>446</sup> Na explicação do próprio HUSSERL: “*A análise é, em cada passo, análise de essências e exploração dos estados de coisas genéricos que se podem constituir na intuição imediata. Toda a inquirição é, pois, apriorística; naturalmente, não é apriorística no sentido das deduções matemáticas. O que a diferencia das ciências apriorísticas objetivantes é o seu método e o seu objectivo. A fenomenologia procede elucidando visualmente, determinando e distinguindo o sentido. Compara, distingue, enlaça, põe em relação, separa em partes ou segrega momentos. Mas tudo no puro ver. Não teoriza nem matematiza; não leva a cabo*

representa originalmente alguma coisa é fonte de conhecimento, justamente porque todo fenômeno contém uma essência<sup>447</sup>.

Isso é possível porque a experiência vivida revela essências, 'idéias', que fornecem o sentido verdadeiro a um objeto e são vistas e utilizadas por todos nas operações do pensamento, daí que, nas palavras de HUISMAN, a *“redução eidética é o meio pelo qual Husserl intui uma essência ao termo de um processo de eliminação das propriedades sensíveis imediatas de um objeto, para dele extrair o resíduo”*<sup>448</sup>.

Nesse sentido, HUSSERL compreende que a *“toda vivência psíquica corresponde, pois, por via da redução fenomenológica, um fenômeno puro, que exhibe a sua essência imanente (singularmente tomada) como dado absoluto”*<sup>449</sup>.

Assim, de acordo com CHAUI, a fenomenologia husserliana é semelhante às proposições kantianas, à medida que considera a razão como uma estrutura da consciência, mas diverge do kantismo ao pregar que os conteúdos são criados pela própria consciência e não meramente captados dos fenômenos<sup>450</sup>.

Segundo assevera a filósofa brasileira, para HUSSERL:

o 'mundo' ou 'realidade' é um conjunto de significações ou de sentidos que são produzidos pela consciência ou pela razão, que é a 'doadora de sentido' e 'constitui a realidade' enquanto sistemas de significações que dependem da estrutura da própria consciência<sup>451</sup>.

Ademais, de acordo com CHAUI:

Essas significações são 'essências', aqui entendidas como sentido impessoal, universal, intemporal e necessário de toda a realidade, que só existe

---

*explicações algumas no sentido da teoria dedutiva. Ao elucidar os conceitos, as proposições fundamentais que, como princípios, dominam a possibilidade da ciência objectivante (...) termina onde começa a ciência objectivantes. (...) A sua particularidade exclusiva é o procedimento intuitivo e ideador dentro da mais estreita redução fenomenológica, é o método especificamente filosófico, na medida em que tal método pertence essencialmente ao sentido da crítica do conhecimento e, por conseguinte, ao de toda a crítica da razão em geral (portanto, também ao da razão valorativa e da razão prática)”* HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, p. 87.

<sup>447</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *Historia da filosofia...*, vol. III, op. cit. p. 563.

<sup>448</sup> HUISMAN, Denis. op. cit., p. 52.

<sup>449</sup> HUSSERL, Edmund. *A idéia de fenomenologia*. op. cit., p. 71.

<sup>450</sup> CHAUI, Marilena, *Convite...*, op. cit. p. 82.

<sup>451</sup> Idem.

para e pela consciência. A razão é razão subjetiva que cria o mundo e dá a ele sentido objetivo<sup>452</sup>.

Contudo, para chegar à redução eidética, HUSSERL enxerga a necessidade do resgate da noção de *époché*, num sentido diverso do preconizado pelos céticos e consubstanciada na idéia de suspensão dos juízos particulares, pondo entre parênteses o mundo empírico dos fenômenos.

A *époché* consiste, então, em '*suspende todo o julgamento sobre o que nos rodeia a fim de não reter disso senão o resíduo, como um saber mais confiável e sem preconceito*'<sup>453</sup>.

Destarte, realizada a *époché*, a consciência se torna a atividade de construir 'essências' (significações) que fornecem sentido ao mundo e, por isso, é compreendida como Consciência Transcendental ou Sujeito Transcendental.

Portanto, de acordo com CHAUI:

A consciência não é uma coisa entre as coisas, não é fato observável, nem é, como imaginava a metafísica, uma substância pensante, uma entidade espiritual. A consciência é uma pura atividade, o ato de constituir essências ou significações, dando sentido ao mundo das coisas. Estas – ou o mundo como significação – são o correlato da consciência, aquilo que é visado por ela e dela recebe sentido. Não sendo uma coisa nem uma substância, mas puro ato, a consciência é uma **forma**: é sempre **consciência de**. O ser ou essência da consciência é o de ser sempre **consciência de**, a que Husserl dá o nome de intencionalidade<sup>454</sup>.

Com efeito, uma das mais importantes contribuições de HUSSERL foi esta noção de intencionalidade, cuja origem remonta às teorias de Franz BRENTANO, o qual, segundo DARTIGUES, promoveu a distinção entre o fenômeno psíquico e o fenômeno físico, à medida que o primeiro visa sempre um objeto e é dotado de intencionalidade<sup>455</sup>.

Para HUISMAN a tese da intencionalidade da consciência tem ricas conseqüências, não só por se tornar um dos fundamentos essenciais do

<sup>452</sup> CHAUI, Marilena, *Convite...*, op. cit., p. 82.

<sup>453</sup> HUISMANN, Denis. op. cit., p. 56.

<sup>454</sup> CHAUI, Marilena. *Convite...*, op. cit., p. 237. Negritos do texto original.

<sup>455</sup> DARTIGUES, André. op. cit., p. 10.

existencialismo<sup>456</sup>, mas principalmente por promover a superação da dicotomia entre sujeito e objeto, tão cara ao paradigma da filosofia da consciência.

No dizer deste filósofo:

A consciência como tensão em direção ao mundo ou como perspectiva, ou dito de outro modo, como relação, torna caduca a questão da anterioridade do sujeito sobre o objeto ou o contrário. Husserl, muito antes dos existencialistas – que se reportarão a ele –, supera o eterno conflito entre o idealismo (primazia do sujeito sobre o objeto) e o materialismo (primazia do objeto sobre o sujeito.) Ele desenha aqui a via de uma **transcendência da consciência** que muitos filósofos existencialistas – cristãos e ateus – retomarão por sua conta. A transcendência da consciência provém de que tudo faz sentido a partir desta consciência (...) E importa notar aqui a **capacidade** que a consciência tem de **unificar a diversidade das representações e dos objetos percebidos**, assim como a **faculdade de produzir sentido**.<sup>457</sup>

Como resultado desta concepção, de acordo com LUDWIG, tem-se que:

A redução fenomenológica conduz à evidência do primado da consciência como termo absoluto. Tal consciência não se enclausura em si mesma, tampouco é concebida como a unidade estática de onde tudo emana dedutivamente. A consciência, sendo consciência de algo, manifesta sua intencionalidade ou vivência intencional, e portanto, movimento fenomenal permanente. A consciência transcendental desempenha o papel de fundamento da realidade<sup>458</sup>.

Este papel é possível porque HUSSERL reabilita noção de ‘mundo da vida’<sup>459</sup> enquanto agente determinante do conhecimento e mola propulsora para que

---

<sup>456</sup> Isso porque, de acordo com HUISMAN, “*Se toda consciência é ‘consciência de alguma coisa’, esta não deve mais ser pensada como um contentor ou um recipiente que pré-existe ao que é instruído. A consciência não é mais uma essência, ou uma entidade, independente e abstrata; mas é seu próprio ‘conteúdo’ que a funda. Ela é agente, e não mais o receptáculo de impressões que lhe seriam exteriores antes de se tornarem interiores; a consciência é tensão, abertura ao mundo. Husserl sublinhava a propósito, em suas **Recherches logiques**, que ‘na percepção algo é percebido, na imaginação, algo é imaginado, na enunciação, algo é enunciado, no ódio algo é odiado, no desejo algo é desejado, etc.’ A afirmação de que a consciência não percebe no vazio, mas sempre a partir de alguma coisa corresponde a uma definição mais precisa desta como **perspectiva. Perceber é ter uma intenção.**” HUISMAN, Denis. *História...*, op. cit., p. 54.*

<sup>457</sup> HUISMAN, Denis. *História...*, op. cit., ps. 54-55.

<sup>458</sup> LUDWIG, Celso Luiz. *Formas da razão – racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, Tese de Doutorado aprovada em 1997, Inédito, p. 178.

<sup>459</sup> Definido por REALE e ANTISERI nos seguintes termos: “*o mundo a vida é o âmbito de nossas originárias ‘formações de sentido’, é o conjunto das superações realizadas antes do nascimento da ciência, âmbito e conjunto que as ciências adotam sem maior discussão e*

a filosofia se abra a novos horizontes, à medida que põe fim ao estranhamento entre o Ideal racionalista e a Realidade, até então tidos como mundos opostos e por vezes, contraditórios, o que impõe um conhecimento científico não mais universalmente puro, mas histórico e temporal.

### III.2.2 – HEIDEGGER

Apesar da relevância das teses de HUSSERL, foi Martin HEIDEGGER (1889-1976), seu discípulo, que lançou os suportes teóricos definitivos para a superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma hermenêutico, quando rompeu com o idealismo e passou a trabalhar a fenomenologia husserliana como um método (via de acesso) para a construção de uma ontologia fundamental a partir da analítica do *Dasein* (ser-aí, pré-sença)<sup>460</sup>.

Sendo assim, é necessário compreender algumas categorias elementares da *ontologia fundamental* heideggeriana a fim de assentar as bases epistemológicas da hermenêutica filosófica.

Ao afirmar que é o 'ser' "*o que determina o ente como ente, como o ente já é compreendido, em qualquer discussão que seja*"<sup>461</sup> isto é, o 'ser' é que dá sentido ao 'ente' sendo dele diferenciado, HEIDEGGER promove a concepção existencialista de que o mundo e seus objetos existem (em sentido tradicional, enquanto *simplesmente dados*<sup>462</sup>) independentes do homem, mas só ganham

---

*sem atentar para o fato de que estão acima delas.*" REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia...*, vol. III, op. cit., p. 566.

<sup>460</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002, parte I, p. 40, § 4.

<sup>461</sup> Idem, p. 32, § 2º.

<sup>462</sup> Na tradução consultada da obra "Ser e Tempo" (op. cit., p. 312), a tradutora explica, na nota explicativa nº 8, a definição heideggeriana de *ser simplesmente dado*, *verbis*: "*(N8) Ser simplesmente dado = Vorhandenheit. Vorhandenheit é um substantivo formado do substantivo 'Han' (=mão) e da preposição 'vord' (=diante de, no sentido espacial e antes de, no sentido temporal). Designa o modo de ser da coisa enquanto o que se dá simplesmente antes e diante de qualquer especificação.*" Em outra passagem, HEIDEGGER deixa claro a ausência de consciência dos entes simplesmente dados: "*...para os entes simplesmente dados, o seu 'ser' é indiferente ou, mais precisamente, eles são de tal maneira que o seu ser não lhes pode tornar nem indiferente nem não indiferente.*" HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 89, § 9.

sentido e existência (enquanto determinação ontológica exclusiva do *Dasein*, *pre-sença*<sup>463</sup>) quando o sujeito deles toma consciência.

Desta maneira, segundo CHAUI, a corrente existencialista funda uma nova ontologia ao pregar que:

Sem consciência não há mundo porque as coisas só existem na medida em que são percebidas e compreendidas por ela e, sem as coisas, sem o mundo, também não sobra nada, já que dessa maneira a consciência ou o sujeito, não sobrevivem. A nova ontologia parte da afirmação de que **estamos no mundo** e de que **o mundo é mais velho do que nós** (isto é, não esperou o sujeito de conhecimento para existir), mas, simultaneamente, de que somos capazes de dar sentido ao mundo, conhecê-lo, transformá-lo. Não somos consciência reflexiva pura, mas consciência encarnada num corpo<sup>464</sup>.

Daí a analítica do 'ser-aí' vem confirmar a idéia de que o mundo que existe é o que pode ser compreendido, e esta compreensão só é possível a partir do *Dasein* (ser-aí, pre-sença), entendido como o "*ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar*"<sup>465</sup>, sendo caracterizado pelo seu primado ôntico<sup>466</sup>, ontológico<sup>467</sup> e também ôntico-ontológico, conforme explica HEIDEGGER:

a pre-sença possui um primado múltiplo frente a todos outros entes: o primeiro é um primado ôntico: a pre-sença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a pre-sença é em si mesma 'ontológica'. Pertence à pre-sença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da pre-sença. A pre-sença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as

<sup>463</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 77, § 9.

<sup>464</sup> CHAUI, Marilena. *Convite...*, op. cit., p.241.

<sup>465</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 33, § 2.

<sup>466</sup> De acordo com HEIDEGGER: "*a pre-sença [Dasein] não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da pre-sença a característica de, em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser. Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença. O privilégio ôntico que distingue a pre-sença está em ela ser ontológica.*" HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 38, § 4.. Negritos a partir dos destaques do próprio texto.

<sup>467</sup> Consubstanciado na idéia de que a questão do ser "*visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas*" (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 37, § 3), sendo a origem do sentido.

ontologias. Desse modo, a pre-sença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro<sup>468</sup>.

Nesse passo, HEIDEGGER esboça duas características principais da presença, quais sejam, “o primado da ‘existência’ frente à ‘essência’ e o ser sempre minha”<sup>469</sup>, das quais decorrem outras, como ser sempre possibilidade<sup>470</sup> e ser constituída fundamentalmente pelo ‘ser-no mundo’<sup>471</sup>, sem ter, todavia, o modo de ser dos entes dados no mundo. Daí a negação, pela ontologia heideggeriana, dos modos e métodos clássicos da metafísica até então praticada, que busca o ser como se este fosse um ente simplesmente dado<sup>472</sup>.

Ademais, a relação entre a presença e o mundo não é de justaposição, até porque o ‘ser-no-mundo’ é visualizado em três aspectos: o ‘em-um-mundo’, o ‘ente’ e o ‘ser-em’, este não comportando a concepção de que é uma coisa (corpo humano) dentro de um ente simplesmente dado (mundo), mas sim um existencial por significar uma constituição ontológica da presença<sup>473</sup>.

Aqui jaz uma primeira preocupação com o conteúdo material da existência, o que contraria o idealismo e formalismo até então preponderante em

<sup>468</sup> HEIDEGGER, Martin, *Ser e tempo*. op. cit., p. 40 § 4.

<sup>469</sup> Idem, p. 78, § 9.

<sup>470</sup> Aduz HEIDEGGER: “A presença é sempre sua possibilidade. Ela não ‘tem’ a possibilidade apenas como uma propriedade simplesmente dada.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 78, § 9.

<sup>471</sup> “A presença é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta. Com isso, indica-se o conceito formal de existência. A presença existe. Ademais, a presença é o ente que sempre eu mesmo sou. (...) O ser-no-mundo é, sem dúvida, uma constituição necessária e a priori da presença, mas de forma alguma suficiente para determinar por completo o seu ser.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., ps. 90-91, § 12.

<sup>472</sup> Idem, p. 79, § 9. Tal entendimento se torna patente no texto “O Retorno ao fundamento da metafísica”, de 1949, onde HEIDEGGER deixa expresso que: “O ser não é pensado em sua essência desveladora, isto é, em sua verdade. Entretanto, a metafísica fala da inadvertida revelação do ser quando responde a sua pergunta pelo ente enquanto tal. A verdade do ser pode chamar-se, por isso, o chão no qual a metafísica, como raiz da árvore da filosofia, se apóia e do qual retira seu alimento. Pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece junto a ela e não se volta para o ser enquanto ser. (...) Na medida em que, constantemente, apenas representa o ente enquanto ente, a metafísica não pensa no próprio ser. A filosofia não se recolhe em seu fundamento [o chão]. Ela o abandona continuamente e o faz pela metafísica. (...) a metafísica não responde, em nenhum lugar à verdade do ser porque nem a suscita como questão.” HEIDEGGER, Martin. *O retorno ao fundamento da metafísica*. In: Conferências e Escritos filosóficos. trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997, ps. 77-78, 80. (col. Os pensadores).

<sup>473</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 92, § 12.

todo o paradigma da subjetividade, pois o ser, o sujeito, se torna '*ser-no-mundo*', dotado de razão e corporalidade.

Neste sentido é a lição de DUSSEL:

Em *Ser e tempo* (sic) Heidegger mostra clara e definitivamente que a subjetividade da consciência ou o eu cognoscente já está sempre a priori pressupondo o horizonte fundamental de uma posição axiológica do Dasein (o ser humano como 'ser aí') no mundo. Trata-se de uma crítica à subjetividade do sujeito moderno como cogito (pré-história ambígua do pós-modernismo), que abre a facticidade fundante do mundo cotidiano para todo agir humano posterior<sup>474</sup>.

DUSSEL verifica, também, que, com a categoria do *ser-no-mundo*, HEIDEGGER indicou também o tema da intersubjetividade, quando compreende que "*o mundo do ser aí é um mundo-do-com (Mit). O ser-em é ser-com outros. O ser em si intramundano destes é ser-aí-com*"<sup>475</sup>.

Ora, se o mundo só existe enquanto consciência de mundo, o *Dasein* (ser-aí, pre-sença), entendido como *ser* humano que existe e 'está aí (ou seja, limitado, finito e temporal), é condição imprescindível para que os entes ganhem sentido, pois as coisas só comportam significado quando se inserem numa totalidade de significados que o *Dasein* já dispõe.

Isso ocorre porque, em HEIDEGGER, para que o homem compreenda e tenha consciência do mundo, é necessário que antes ele tenha um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos de sua condição de '*estar-no-mundo*' e determinante do sentido existencial.

Todavia, o *Dasein*, sendo vinculado ao tempo, está em permanente construção, à medida que o universo pré-compreensivo individual (*Dasein* enquanto condição para a compreensão do 'ser') sofre sempre mutações e ampliações de acordo com a evolução temporal, pois ao viver, o homem acumula novas experiências e conhecimentos que vão alargar seu horizonte da consciência de

---

<sup>474</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op. cit. p. 522.

<sup>475</sup> Idem.

mundo, promovendo uma constante alteração nas próprias condições de compreensão do 'ser' e dos 'entes'<sup>476</sup>.

Revela-se, destarte, o *Dasein* enquanto constante abertura para o mundo, vez que sua essência consiste na sua existência<sup>477</sup>, termo que, na concepção heideggeriana “*designa um modo de ser e, sem dúvida, do ser daquele ente que está aberto para a abertura do ser, na qual se situa, enquanto a sustenta*”<sup>478</sup>.

Portanto, há uma determinação recíproca entre o 'ser' e o 'tempo'<sup>479</sup>, operando em permanente construção, ao ponto de HEIDEGGER permitir-se concluir que 'ser' é 'tempo', justificando o título de sua obra fundamental<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> De maneira um tanto simplificada, pode-se imaginar o seguinte exemplo a fim de mostrar a historicidade e mutabilidade do *ser-á*: antes de entrar na sala de aula, o aluno é uma pessoa que compreende o mundo e sua essência a partir de todas as experiências que viveu, bem como de todos os conhecimentos que acumulou sobre o mundo em que vive (que é sempre condicionado pela ideologia, psicologia, valores, cultura, história, geografia, etc.). Após a aula, de alguma maneira houve uma alteração na pré-compreensão determinante do sentido do mundo porque, enquanto ser vivente, no período em que esteve em sala-de-aula, o aluno acumulou novas experiências e/ou conhecimentos que promoveram mutações no seu modo de compreender o mundo, ou seja, sua condição de *pre-sença* que *está-no-mundo* restou ampliada e desde então ele pode compreender as coisas a partir destas novas condicionantes. Tal situação pode ser expressa na seguinte equação:

*Dasein inicial* (ente somado com a pré-compreensão acumulada por tudo o que foi vivido, experienciado, conhecido) + aula = *novo Dasein*, que se constitui a condição ou lugar a partir do qual o aluno obterá uma nova consciência de mundo, portanto, uma nova concepção de existência.

<sup>477</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 77, § 9..

<sup>478</sup> HEIDEGGER, Martin. *O retorno ao fundamento da metafísica*. op. cit., p. 82 .

<sup>479</sup> Nesse sentido, HEIDEGGER explana que: “*Ser não é coisa, por conseguinte, nada de temporal. Não obstante, é determinado como pre-sença através do tempo. Tempo não é coisa, por conseguinte, nada de entitativo; mas permanece constante em seu passar, sem mesmo ser nada de temporal como o é o ente no tempo. Ser e tempo determinam-se mutuamente; de tal maneira, contudo, que aquele – o ser- não pode ser abordado como temporal, nem este – o tempo – como entitativo.*” HEIDEGGER, Martin. *Tempo e Ser*. In: Conferências e escritos filosóficos. op. cit., p. 235.

<sup>480</sup> O próprio HEIDEGGER, ao esclarecer o título da obra em epígrafe, muito ensina sobre o ser enquanto tempo, *verbis*: “*o tratado Ser e Tempo, que tenta o retorno ao fundamento da metafísica, não traz como título Existência e Tempo, também não Consciência e Tempo, mas Ser e Tempo. Este título, porém, também não pode ser pensado como se correspondesse a estes outros títulos de uso corrente: Ser e vir-a-ser, ser e aparecer, ser e pensar, ser e dever. Pois em tudo o ser é ainda aqui representado de maneira limitada, como se ‘vir-a-ser’, ‘aparecer’, ‘pensar’, ‘dever’, não pertecessem ao ser; pois, evidentemente não são nada e por isso devem pertencer ao ser. Em ‘Ser e Tempo’ ‘ser’ não é outra coisa que ‘tempo’, na medida em que ‘tempo’ é designado como pré-nome*

Desde então, infere-se que o Dasein é o ente (indivíduo vivo) somado com sua 'consciência de' existência (ser do ente), a qual é sempre histórica e temporal e, a partir dessa condição fornece sentido aos entes (mundo, coisas, objeto) sempre num processo reconstutivo dependente do sujeito, o que proporciona uma superação irresistível das dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum.

Assim, na síntese de STRECK;

...o mundo não lhe é dado primeiramente como um conjunto de 'objetos' com os quais, num segundo momento, [o homem] se relacionaria, ao atribuir-lhe seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se-lhe como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o Dasein já dispõe. *O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele 'sujeito' do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um 'objeto' entendido como simples presença (...)* O Dasein é sempre relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto<sup>481</sup>.

Resta patente, então, que a rejeição da justaposição entre 'ser' e 'mundo' em favor da categoria 'ser-no-mundo' enquanto constituição fundamental da presença, aniquila o paradigma da filosofia da consciência ao recusar a busca do conhecimento na relação sujeito-objeto, justamente devido à impossibilidade de o sujeito fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo, até porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece<sup>482</sup>.

Daí o filósofo alemão explica que:

...conhecer é *um* modo de ser da pre-sença enquanto ser-no-mundo, isto é, que o conhecer tem seu fundamento ôntico nesta constituição ontológica. (...) A maneira perceptiva de uma proposição sobre...já é, em si mesma, um modo de ser-no-mundo e não pode ser interpretada como um 'processo', através do qual um sujeito cria para si representações, assim apropriadas, se conservem 'dentro' para, somente então, ser possível, por vezes, a pergunta de como elas haverão de 'concordar' com a realidade<sup>483</sup>.

---

***para a verdade do ser, pré-nome cuja verdade é o acontecimento (Wesende) do ser e assim o próprio ser.***" HEIDEGGER, Martin. *O retorno...*, op. cit., p. 83. (negritos nossos).

<sup>481</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. op. cit., ps. 171-172.

<sup>482</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., ps. 98-99, § 13.

<sup>483</sup> Idem, ps. 100-101, § 13.

Desta feita, HEIDEGGER aponta que a abertura da pre-sença, em função de sua condição de 'ser-no-mundo', se dá na forma de compreensão que, por seu turno, possui um caráter projetivo e alcança toda a constituição ontológica do próprio 'ser-no-mundo'<sup>484</sup>.

Por isto, *“compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da presença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser”*<sup>485</sup>.

Como conseqüência, Ernildo STEIN aponta que, ao ser situada como existencial, a categoria da compreensão se torna uma marca ineliminável da existência humana<sup>486</sup>, de modo que, na ontologia fundamental os entes só ganham sentido e podem ser conhecidos a partir do paradigma da *'totalidade previamente dada'*, e não no paradigma da *'consciência e da representação'*<sup>487</sup>.

No mesmo sentido LUDWIG assinala que:

a onipotência da reflexão, marca registrada da filosofia da consciência moderna, é golpeada duramente pela estrutura objetiva de uma realidade que não permite a cisão completa com um sujeito originária e epistemologicamente concebido como consciência reflexiva. Por isso, a reflexão se realiza sempre a partir de uma pré-compreensão, ineliminável, porque condição de possibilidade de toda compreensão<sup>488</sup>.

---

<sup>484</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, ps. 200-201, § 31.

<sup>485</sup> Idem, p. 200, § 31.

<sup>486</sup> Diz STEIN: *“antes de nos darmos conta, nós já compreendemos. O mundo já está compreendido, não há como chegar antes dele e compreendê-lo”*. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988, p. 31.

<sup>487</sup> Segundo STEIN; *“Há um universo dos paradigmas filosóficos que trabalham com a consciência e a representação e há os paradigmas filosóficos que trabalham com a totalidade previamente dada (Heidegger); e existe uma ponte falsa, que é a travessia hegeliana, em que a racionalidade da história é dada ainda pela ontologia da coisa. (...) É importante separar bem os dois universos paradigmáticos: uns, que tentam esmiuçar os órgãos do ser humano, tentando penetrar no real mediante os seus órgãos, e o outro, que diz que a realidade já é sempre constituída (transcendente), nós não podemos sair da realidade do sentido. **É uma casca que nos envolve, é uma cúpula que nos sufoca, que nos mata e ninguém sai dela. Ninguém põe a cabeça para fora. Não há como. Mas a ilusão de toda a tradição kantiana é de produzir esta passagem.**”* STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência...* op. cit., p. 32.

<sup>488</sup> LUDWIG, Celso Luiz. *“Formas da razão – racionalidade jurídica e fundamentação do direito”* op. cit., ps. 97-98.

### III.3 – A guinada lingüística

#### III.3.1 – ‘algo como algo’

Ao inferir que conhecer é um modo-de-ser da pre-sença que projeta o seu ser para a possibilidade (abertura) de se elaborar em formas, isto é, interpretação<sup>489</sup>, HEIDEGGER identifica que, se é a partir da significância aberta na compreensão do mundo que se dá o compreender, a interpretação também se realiza a partir da circunvisão de mundo já compreendido (âmbito do consciente) e possui a estrutura de ‘algo como algo’<sup>490</sup>.

Tal conclusão, além de sinalizar a viragem lingüística, permite a HEIDEGGER identificar uma estrutura prévia de compreensão, vez que o ‘como’ faz parte da sua constituição existencial<sup>491</sup>.

Deste modo, segundo o filósofo citado:

A interpretação de algo como algo funda-se essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete<sup>492</sup>.

<sup>489</sup> HEIDEGGER afirma que *interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.* (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 204, § 32.)

<sup>490</sup> Para explicar como isso é possível, HEIDEGGER diz o seguinte: “O que se abre na compreensão, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode explicitar-se em si mesmo ‘como isto ou aquilo’. O ‘como’ constitui a estrutura de explicitação do compreendido; ele constitui a interpretação. O modo de lidar da circunvisão e interpretação com o manual intramundano, que o ‘vê’ como mesa, porta, carro, ponte, não precisa necessariamente expor o que foi interpretado na circunvisão numa proposição determinante. Toda visão pré-predicativa do que está à mão já é em si mesma uma compreensão e interpretação.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 205, § 32. No mais, conforme ensina STEIN, conhecer ‘algo como algo’ decorre do fato de que o ser humano não tem pleno acesso ao objeto, mas antes ao seu sentido/significado, que é fornecido pela condição existencial de cada indivíduo. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, ps. 16 e ss. (coleção Filosofia – 40).

<sup>491</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 206, § 32.

<sup>492</sup> Idem, p. 207, § 32.

Isto porque, na perspectiva heideggeriana, sentido é aquilo que sustenta a compreensibilidade de alguma coisa, à medida que ele não se constitui uma propriedade colada sobre a coisa, mas antes é um existencial da pre-sença. Por isso, o que pode ser compreendido não é sentido, mas ente e ser<sup>493</sup>.

Ademais, a investigação sobre o sentido do ser não se dá sobre algo que está na base do ser, pois, de acordo com HEIDEGGER, “o sentido de ser jamais pode ser contraposto ao ente ou ao ser enquanto ‘fundamento’ de sustentação de um ente, porque o ‘fundamento’ só é acessível como sentido mesmo que, em si mesmo, seja o abismo de uma falta de sentido”<sup>494</sup>.

Sendo assim, HEIDEGGER, ao deslocar a questão do ‘ser’ do fundamento para o ‘como’, leva a filosofia a um beco sem saída pela via Metafísica, em razão da ausência de espaço para um pensamento objetificador, que não tenha a percepção da diferença entre objeto e significado<sup>495</sup>.

Por outro lado, ele preconiza a superação da Metafísica através da tese da *diferença ontológica*, a qual promove o deslocamento na direção da estrutura da compreensão, do acontecer do sentido<sup>496</sup>, que depende da linguagem, vista como condição de possibilidade de todo compreender.

Paralelamente, as denominadas filosofias analíticas, de matrizes estruturalistas e originadas do pensamento de WITTGENSTEIN<sup>497</sup>, ao utilizarem a categoria do ‘*algo como algo*’, como possibilidade do conhecer, atingiram resultado

---

<sup>493</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 208, § 32.

<sup>494</sup> Idem, p. 209, § 32.

<sup>495</sup> STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EdiPCURS, 1997, p. 88.

<sup>496</sup> STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EdicPUCRS, 2000, p. 266, (coleção Filosofia – 114).

<sup>497</sup> Ainda que, com bastante variações, sob esse rótulo se procura englobar as teorias que já trabalham na perspectiva da viragem lingüística de uma maneira proposicional, lógico dedutiva com uma metodologia analítica, tais como o positivismo lógico de CARNAP, a semiótica-pragmática de PEIRCE, a semântica de TUGENDHAT, entre outras.

semelhante, obtendo êxito na desconstrução da Metafísica, trabalhando, todavia, com uma orientação metódica diversa à da analítica existencial<sup>498</sup>.

Como exemplo, STEIN ensina que a *'semântica formal'* de Ernst TUGENDHAT representa um papel equivalente ao da *'diferença ontológica'* de HEIDEGGER, pois ambos atribuem à filosofia o papel de tratar do *'como'*<sup>499</sup>..

No entanto, a semântica de TUGENDHAT o faz através da análise lógico-estrutural das proposições lingüísticas e o sentido que elas fornecem na constituição da compreensão<sup>500</sup>.

Isso acontece porque, segundo STEIN, a *'semântica formal'* é o procedimento pelo qual se chega ao *como* do método analítico, que não trata dos objetos, mas sim de como eles se dão no processo de compreensão<sup>501</sup>, quer seja, via mediação do significado (*algo como algo*).

Já o compreender pode ser explicitado através de expressões lingüísticas onde ele se articula<sup>502</sup> e, por isso, o *'como'* do método analítico *"consiste em nos voltarmos para o modo de uso das expressões lingüísticas que sustentam a totalidade do nosso compreender."*<sup>503</sup>

---

<sup>498</sup> Karl-Otto APEL nota que, mesmo tendo dois alemães (HEIDEGGER e WITTGENSTEIN) como expoentes, os dois universos distintos do pensamento do século XX ilustram opções que podem ser traçadas numa cartografia cultural. Em suas palavras: "... é próprio às características da filosofia mais recente que os conceitos que a denominam (por um lado, 'filosofia existencialista', 'fenomenologia', 'ontologia fundamental'; e, por outro, 'filosofia analítica', 'positivismo lógico', 'semântica') não apenas expressem as oposições de orientação objetiva e metódica do pensamento, mas também oposições relacionadas à mentalidade humana – por exemplo, a mentalidade nacional. É possível ilustrar a oposição espiritual entre as denominações mencionadas por meio da geografia cultural: pode-se distinguir com clareza de um lado um território de predominância anglo-saxã, com irradiações na Escandinávia, e de outro um território de predominância teuto-francesa, com irradiações na Europa meridional e na América Latina." APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000, p. 266 (col. Leituras filosóficas).

<sup>499</sup> STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação...* op. cit., p. 88.

<sup>500</sup> Idem.

<sup>501</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>502</sup> Ibid., p. 80.

<sup>503</sup> Ibid, p. 84.

Desde aí, considerando-se que o *'como se chega a algo'* é vinculado à noção de método (caminho)<sup>504</sup>, ele passa a estar, no lugar do fundamento metafísico, ligado às questões do 'ser', que deve ser explicitado através de expressões lingüísticas, frases ou, mais precisamente, na teoria de TUGENDHAT, por meio de enunciados assertóricos predicativos, os quais sempre trazem a idéia de *ser*, a idéia do *é*<sup>505</sup>.

Agora, o *'como'* é o método analítico das expressões lingüísticas que constituem os enunciados e o *'algo como algo'* é a própria estrutura proposicional a ser analisada<sup>506</sup>.

De acordo com STEIN:

No *como* do método analítico, está contido um tipo de discussão que quer impedir que confundamos objetos com significados, que efetivamente ao dizermos que compreendemos um enunciado, tenhamos compreendido o uso dos termos do enunciado feito pelo falante e que, portanto, possamos justificar aquele enunciado através de uma análise explicitadora das expressões lingüísticas que nele estão contidas<sup>507</sup>.

Visto isso, apreende-se que o *'como'* enquanto método tem acepções distintas na obra de HEIDEGGER e TUGENDHAT, exprimindo dois tipos de racionalidade diferentes: a primeira de viés hermenêutica e a segunda, lógico-formal.

Esta distinção é percebida pelo próprio HEIDEGGER quando ele distingue o *'como'* hermenêutico, *"originário da interpretação que compreende numa circunvisão"*<sup>508</sup> e o *'como'* apofântico da proposição, que trata da estrutura enquanto ente simplesmente dado<sup>509</sup>.

Entretanto, a perspectiva heideggeriana se opõe à da filosofia analítica porque nela, o *'como'* apofântico tem um caráter meramente secundário, derivado, pois ele é o resultado do nivelamento do *'como'* hermenêutico com o ser simplesmente dado, o que ocorre na proposição.

---

<sup>504</sup> STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação...*, op. cit., p. 81.

<sup>505</sup> Idem, p. 84.

<sup>506</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>507</sup> Ibid., p. 88.

<sup>508</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 216, § 33.

<sup>509</sup> Idem.

Para HEIDEGGER, esse nivelamento gerador do ‘*como*’ de uma determinação do que é simplesmente dado, faz com que a proposição adquira a possibilidade de pura visualização demonstrativa<sup>510</sup>.

Seguindo a síntese de STEIN, o ‘*como*’ apofântico é o ‘*como*’ do discurso, enquanto que o ‘*como*’ hermenêutico é o ‘*como*’ do mundo prático, “*no qual já sempre compreendemos as coisas e, por isso, podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos*”<sup>511</sup>.

Desta feita, fica consignado que a categoria do ‘*algo como algo*’, aparece como um elemento central para o entendimento do paradigma da linguagem, mas ainda resta dizer que, quase contemporaneamente à semântica da proposição e à analítica existencial, a semiologia estruturalista de Ferdinand de SAUSSURE contribui decisivamente para a consolidação da viragem lingüística<sup>512</sup>.

A justificativa para tal ponderação baseia-se no fato que SAUSSURE formulou a semiologia como uma ciência que estuda a vida dos signos no quadro da vida social, cujo objetivo é o de esclarecer em que eles consistem e quais leis os regulam<sup>513</sup>.

Nessa semiologia os sinais lingüísticos não são mais trabalhados numa perspectiva ontológica clássica (o conceito adequado à coisa), mas sim enquanto uma entidade de duas faces que une um nome à sua imagem acústica, sendo o significado o conceito e o significante a imagem acústica<sup>514</sup>.

<sup>510</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 216, § 33.

<sup>511</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit. p. 20.

<sup>512</sup> Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 57. (col. Biblioteca Tempo Universitário). Contudo, após reconhecer que a guinada lingüística se completa com a semiótica, HABERMAS observa, criticamente, que o estruturalismo de SAUSSURE também cai na armadilha das falácias abstrativas, de modo que, somente a *guinada pragmática* oferece uma saída para a abstração estruturalista.

<sup>513</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. vol. III, op. cit., ps. 884-885.

<sup>514</sup> Idem, p. 885. Apesar de ter sido acolhido pelos lingüistas como uma novidade, Roman JAKOBSON adverte que a idéia de signo como uma união indissolúvel entre significante e significado remonta à doutrina dos estóicos e aparece também nos escritos de Santo Agostinho. JAKOBSON, Roman. *A procura da essência da linguagem*. In: JAKOBSON,

Com efeito, impossível não notar que a idéia de inacessibilidade plena ao objeto que só é compreendido com a mediação lingüística do significado, inscrita no modo de conhecer *'algo como algo'*, surge traduzida no conceito de signo, pois agora o conceito não está mais *'colado'* no objeto, mas sim atrelado a um sentido, sob o rótulo de imagem acústica.

Assim, segundo STRECK:

A imagem acústica não é som material, coisa puramente física, mas a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, isto é, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos; tal imagem é sensorial e, se chegamos a chamá-la *'material'*, é somente neste sentido, e por oposição ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato<sup>515</sup>.

Destarte, quatro são as características primordiais do sinal lingüístico:

- a) arbitrariedade: o laço entre o significante e o significado é convenção, não havendo qualquer relação ontológico essencialista de cunho metafísico entre eles, nem caráter de necessariedade<sup>516</sup>;
- b) a linearidade: o significante desenvolve-se no tempo e retém suas características. Por isso, ele representa uma extensão que é mensurável em uma única dimensão: uma linha<sup>517</sup>;
- c) imutabilidade: para não cair num relativismo absoluto, uma vez estabelecida a convenção que associa arbitrariamente uma imagem a um conceito, surge a imutabilidade como um meio de fixar a escolha<sup>518</sup>;
- d) mutabilidade temporal: baseia-se no princípio da alteração e da continuidade do signo, pois, mesmo fixado ele pode sofrer alterações em razão do tempo.

Ao final deste tópico, verifica-se que foram destacadas três teorias que contribuíram para a construção da noção de que o conhecimento apenas se dá na

---

Roman. *Lingüística e comunicação*. 19 ed. trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2003, ps. 98-99.

<sup>515</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. op. cit., p. 126.

<sup>516</sup> Idem.

<sup>517</sup> REALE, Giovane. ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. vol. III. op. cit., p.885.

<sup>518</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica...*, op. cit., p. 127.

forma de *'algo como algo'*, necessária para que se tenha a correta dimensão da virada lingüística e de seus fundamentos.

No entanto, não se olvida a relevante advertência de STEIN, de que é preciso muito cuidado ao tratar deste tema, pois uma abordagem completa deveria conhecer todos os autores, seus sistemas filosóficos, suas concepções e o contexto de cada teoria<sup>519</sup>.

Não sendo este o objetivo desta dissertação, cabe consignar que o trajeto traçado serve apenas como uma orientação inicial para que se compreenda o paradigma da linguagem e, conseqüentemente, a abertura hermenêutica.

Destarte, na seqüência, optou-se por destacar a contribuição de LACAN, que, ao propor a primazia do significante, também indicou, à maneira psicanalítica, as possibilidades plurais e subjetivas de constituição do sentido de uma estrutura.

### **III.3.2 – LACAN : a primazia do significante**

Ao investigar a constatação freudiana de que as pessoas só entendem dentro das possibilidades de seu próprio inconsciente<sup>520</sup>, LACAN resgata a descoberta de FREUD, dando-lhe uma leitura a partir do fato de que as manifestações do inconsciente são manifestações de fala, ou seja, linguagem (daí a utilização do método da 'livre associação') e, ligando-a a contribuições da semiologia de SAUSSURE e da lingüística de JAKOBSON<sup>521</sup>, concluiu que é o sujeito quem atribui sentido a uma materialidade ao formular a tese de que o significante se sobrepõe ao significado<sup>522</sup>.

Ao fazê-lo, LACAN inverteu o termos dessa relação e promoveu a primazia do significante, rompendo com o paralelismo entre significante e significado

<sup>519</sup> STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. op. cit., p. 270.

<sup>520</sup> SOUZA LEITE ensina que: *"Freud observava em suas palestras que algumas pessoas entendiam algumas coisas, outras entendiam outras coisas, mas nunca alguém entendia tudo o que ele queria transmitir. As pessoas não entendem tudo o que se quer ensinar, elas entendem o que podem entender, o que faz um sentido para elas dentro das possibilidades de seu próprio inconsciente, pois ninguém escapa ao próprio desejo."* V. SOUZA LEITE, Marcio Peter de. op. cit., p. 38.

<sup>521</sup> JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. 19 ed. trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2003.

<sup>522</sup> SOUZA LEITE, Márcio Peter. op. cit., p. 47.

com a formulação do seguinte algoritmo, que, segundo ele, deve ser lido como “*significante sobre significado, o sobre correspondendo à barra que separa as duas etapas*”<sup>523</sup>:

$$\begin{array}{c} S \\ \hline s \end{array}$$

LACAN conclui, a partir de ilustrações envolvendo temas do cotidiano que o significante antecipa sempre o sentido e, na intenção de exemplificar ilustrativamente, primeiro traz a imagem de uma árvore e acima dela, o conceito<sup>524</sup>.

Depois colaciona a imagem de duas portas, sendo que, no alto da primeira consta a inscrição ‘HOMENS’ e na outra ‘MULHERES’<sup>525</sup>.

Certamente, o leitor atento já (res)significou, mesmo sem visualizar a segunda imagem, mas apenas imaginando, que pode se tratar de toaletes públicos, o que demonstra que antes do conceito, é o traço psíquico que determina o sentido que esse conceito adquire para quem o constituiu.

Não satisfeito, e ainda baseando-se na ilustração das portas descritas acima, LACAN narra a seguinte situação proveniente da recordação de um interlocutor:

Um trem chega à estação. Um menino e uma menina, irmão e irmã, em um compartimento estão sentados um em frente ao outro do lado onde a janela, dando para o exterior, deixa desenrolar-se a vista dos edifícios da plataforma ao longo da qual o trem estaciona: ‘Olha, diz o irmão, chegamos em Senhoras! – Imbecil! Responde a irmã, não vê que chegamos em Homens!’<sup>526</sup>

Aqui, a mesma imagem (e, conseqüentemente a verdade acerca dela) ganha um significado completamente diferente, porque a antecipação de sentido (primazia do significante) ocorreu numa perspectiva diversa da que usualmente as

<sup>523</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. op. cit., p., 227.

<sup>524</sup> *Idem*, p. 229.

<sup>525</sup> *Ibidem*.

<sup>526</sup> *Ibid*, 231.

duas portas são vistas, o que pode ser traduzido pela ‘seleção’ de um significante inaugural que determinou a conclusão totalmente díspar.

Isso é possível porque, nas palavras de LACAN:

O que essa estrutura de significante descobre, é a possibilidade que eu tenho – justamente na medida em que sua língua é comum a mim e a outros sujeitos, isto é, na medida em que essa língua existe – de me servir dela para significar *algo totalmente diferente* do que ela diz <sup>527</sup>.

Daí o psicanalista francês apreende da obra de JAKOBSON que duas são as principais vertentes que levam aos diferentes sentidos constituídos pelo significante: a metonímia e a metáfora <sup>528</sup>.

Com efeito, JAKOBSON verifica que a linguagem possui uma estrutura bipolar onde, no desenvolvimento de um discurso, um tema pode levar a outro por similaridade ou por contigüidade <sup>529</sup>.

As relações de contigüidade são marcas do processo metonímico, de modo que, no dizer deste lingüista:

(...) metonímias podem ser caracterizadas como projeções da linha de um contexto habitual sobre a linha de substituição e seleção; um signo (*garfo*, por exemplo), que aparece ordinariamente ao mesmo tempo que outro signo (*faca*, por exemplo) pode ser utilizado no lugar desse signo <sup>530</sup>.

Transposta para a psicanálise, essa figura de linguagem se transforma na incorporação discursiva do conceito freudiano de deslocamento, assim explicitado por Michel ROSENFELD:

Para FREUD, o deslocamento torna possível a expressão dos pensamentos reprimidos ao redirecionar toda a intensidade de sua carga emotiva para um alvo que guarda uma relação de contigüidade com aquele que seria mesmo o alvo se o recalçamento não o houvesse tornado inacessível. Assim, por exemplo, se o ódio inconsciente de um tio que usa bengala é recalçado por

---

<sup>527</sup> LACAN, Jacques. Escritos. op. cit., p. 235.

<sup>528</sup> SOUZA LEITE, Márcio Peter. op. cit., p. 49.

<sup>529</sup> JAKOBSON, Roman. *Dois aspectos da linguagem e dois tipos de afasia*. In: JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. op. cit., p. 55 e ss.

<sup>530</sup> Idem, p. 49.

identidade e não pode encontrar expressão, ele poderá ser deslocado para as bengalas, resultando em uma aversão consciente a bengalas<sup>531</sup>.

Como o conceito de recalque ganha em LACAN uma nova dimensão, pois foi equiparado à barra entre significante e o significado, ele se tornou o que, “*dentro de todas as possibilidades de sentidos das combinações da materialidade do significante, só permite produzir ‘um’ sentido*”<sup>532</sup>, tornando possível a compreensão de que, a metonímia, ao edificar relações contíguas e contextuais, é o mecanismo que doa o sentido permitido pelo recalque, ou seja, o sentido que conseguiu ‘burlar’ esse filtro de significação.

Tal inferência se mostra clara nas palavras de LACAN:

A Verschiebung ou deslocamento, é mais perto do termo alemão, essa virada de significação que a metonímia demonstra e que, desde seu aparecimento em Freud, é apresentada como o meio mais eficaz de que dispõe o inconsciente a fim de burlar a censura<sup>533</sup>.

Por sua vez, a metáfora é caracterizada pelas relações de similaridade, nas quais um termo metafórico é substituído por outro<sup>534</sup>.

Neste passo, LACAN a explica da seguinte maneira:

A centelha criadora da metáfora não jorra da apresentação de duas imagens, isto é, de dois significantes igualmente atualizados. Ela jorra entre dois significantes dos quais um substitui o outro tomando o lugar na cadeia significante, o significante oculto permanecendo presente pela sua conexão (metonímica) com o resto da cadeia. **Uma palavra pela outra**, eis a fórmula da metáfora, e se sois poeta, produzireis, se fizerdes disso um jogo, um jato contínuo e até mesmo um tecido brilhante de metáforas<sup>535</sup>.

A substituição de significantes na metáfora é possível porque LACAN atribui a ela a incorporação do conceito freudiano de condensação, o qual, na sintética explicação de ROSENFELD, “*é o processo psíquico mediante o qual as similaridades são reunidas e enfatizadas, às custas das diferenças.*”<sup>536</sup>

<sup>531</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 68.

<sup>532</sup> SOUZA LEITE, Márcio Peter. *A identidade...*, op. cit., p. 48.

<sup>533</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. op. cit., p. 242.

<sup>534</sup> JAKOBSON, Roman. *Dois aspectos da linguagem e dois tipos de afasia*. op. cit., p. 61.

<sup>535</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. op. cit., p. 237.

<sup>536</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade...*, op. cit., p. 61.

Destarte, o agrupamento de elementos complexos em torno de suas similaridades, torna admissível a troca de significantes visando produzir sentidos similares, à medida que vincula os signos segundo um eixo paradigmático<sup>537</sup>, recurso muito usado na literatura e poesia, a ponto de LACAN enxergar nela a função poética tradicional:

A Verdichtung, condensação, é a estrutura de sobreposição dos significantes onde a **metáfora** se origina, e cujo nome, por condensar em si mesmo a Dichtung indica a conaturalidade do mecanismo com a poesia, até ao ponto de envolver a função propriamente tradicional desta última<sup>538</sup>.

Com efeito, os processos interativos entre a metáfora e a metonímia na cadeia de significações constituem argumentos contundentes para compreensão da primazia do significante na produção do sentido e, por tabela, na formação de um sentido ou compreensão com pretensões de verdade.

Contudo, é preciso um lugar que seja a gênese das significações possíveis, lugar onde a verdade seja produzida.

Este espaço LACAN chama de 'grande Outro', conforme atenta observação de SOUZA LEITE:

pensar o inconsciente como 'linguagem' faz supor um código. (...) Quando se usa palavras, supõe-se um lugar onde elas tenham um sentido, um espaço onde se organizam. Esse lugar será chamado por Lacan de 'grande Outro', ou 'A'. No ensino de Lacan, o 'Outro' é o lugar do tesouro dos significantes, o lugar de todas as significações possíveis. O 'A' é a linguagem, é o que já estava aí antes de o sujeito nascer, é o discurso universal, o Outro que sabe, o Outro da verdade. É o lugar de garantia da verdade<sup>539</sup>.

Assim, resta confirmada a noção de que a verdade, sendo uma palavra gerida de um lugar que se não conhece, é um princípio que deve ser entendido como motivo conceitual, o qual, mesmo não possuindo referencial semântico perceptível aos sentidos<sup>540</sup>, projeta-se como significante primeiro e dá significado

<sup>537</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade...*, op. cit., p. 63.

<sup>538</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. op. cit., p. 242.

<sup>539</sup> SOUZA LEITE, Marcio Peter de. *A negação da falta*. op. cit., p. 49.

<sup>540</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, ano 30 n. 30, 1998, p. 163.

aos elementos subseqüentes na cadeia lingüística, sobre a qual se assenta o raciocínio.

Destarte, ela assume um evidente caráter mitológico, conforme explica Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes, um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. (...) O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no principium está um mito; sempre!<sup>541</sup>.

Outrossim, ocupando um lugar do qual nada se sabe, o significante só existe enquanto falta radical, a qual, segundo Agostinho Ramalho MARQUES NETO, jamais pode ser suprida e torna impossível ao direito, ou a qualquer outro discurso com pretensões de cientificidade, conhecer absolutamente seu objeto<sup>542</sup>.

Nas palavras do citado professor:

A causa disso, como ensina LACAN, reside na natureza mesma do significante. LACAN desatrela o significante do significado, invertendo a relação entre ambos, que, desde SAUSSURE lançara as bases da Lingüística moderna lançara primazia ao significado. Para LACAN, a primazia é do significante. Mas como ele próprio esclarece, o significante, em si mesmo, não significa absolutamente nada. O significante só significa na referência a outro significante. O significante. Daí ter dito LACAN que o mínimo do significante é dois. E na verdade, três, porque no intervalo entre dois significantes, como efeito de significação, é que se presentifica aquilo que ele nomeia como sujeito, segundo sua conhecida fórmula que define o significante como aquilo que representa o sujeito para outro significante. Ora, se significante algum tem um sentido que lhe seja próprio, se qualquer possibilidade de sentido, aí, só pode ocorrer à medida que o significante se articula em cadeia com outros significantes, disso resulta que é intrínseca e ineliminável, em qualquer prática languageira, inclusive no discurso científico por mais purificado de ambigüidades que se pretenda, a

<sup>541</sup> COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. op. cit., p. 164.

<sup>542</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Subsídios para se pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise*. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 26.

incidência de deslizamentos de sentido, que se dão conforme modalidades de que a metáfora e a metonímia são expressões por excelência. *Por mais que se tente amarrar um significante a um significado que tenha a pretensão de esgotar-lhe toda a potencialidade de significância, a inconsistência da ordem simbólica e o caráter de ser vazio de conteúdo, que é inerente a todo significante, fazem incidir ali sentidos novos, inesperados, às vezes desconcertantes, indicando que a verdade, por mais que se procure demarcá-la e enclausurá-la no interior de uma articulação fechada de significantes, sempre pode estar em outro lugar...* No contexto desta articulação teórica, pode ser instrutivo invocar o seguinte ensinamento de LACAN, que é um dos pilares de sustentação de sua tese segundo a qual não existe metalinguagem: ‘nenhuma linguagem poderia dizer o verdadeiro sobre o verdadeiro’<sup>543</sup>.

Desta feita, compreende-se que esse significante primeiro, colocado no lugar da verdade, constitui um mito ou motivo conceitual porque dele, verdadeiramente, nada se sabe<sup>544</sup>.

Daí, não há pré-compreensão possível quando uma ação ou decisão é determinada por idéias inconscientes.

### III.3.3 – A compreensão no paradigma da linguagem

Com o até agora investigado, é possível apreender que a categoria do ‘*algo como algo*’ é o elemento chave para a consolidação da guinada lingüística pelas seguintes razões:

- a) possibilita a superação da Metafísica ao deslocar a questão do ser do fundamento para o método, na forma de ‘*como*’ do mundo, seja pela via existencial (HEIDEGGER) ou pela analítico-lingüística (TUGENDHAT);
- b) confirma que os objetos somente são acessíveis pela mediação do sentido, isto é, pela linguagem e não ontologicamente em si;
- c) permite o entendimento de que o signo é constituído pelo conceito somado à sua imagem (SAUSSURE), a qual é sempre prévia e formada concorrentemente pelo sentido existencial racional (HEIDEGGER) e significante psicanalítico irracional (LACAN).

<sup>543</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Subsídios para se pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise*. op. cit., ps. 26/27.

<sup>544</sup> Esta concepção justifica a passagem bíblica, confirmadora da guinada lingüística, presente no evangelho de São João e lembrada por LACAN: “*No princípio era verbo*” (SOUZA LEITE, Márcio Peter. *A negação...*, op. cit., 87.).

- d) autoriza a conclusão de que a antecipação de sentido é subjetiva e particular, fundada na estrutura prévia de compreensão (HEIDEGGER) se no âmbito do consciente o qual, por não compreender tudo, sofre irrupções inconscientes do Grande Outro (LACAN), enquanto lugar da gênese de significações possíveis.

Assim, dando seguimento ao já indicado no item III.3.1 e como conseqüência das ponderações *supra*, verifica-se que, no consciente racional, a formação da noção de compreensão ocorre em duas matrizes diversas: o compreender como modo de ser do ser aí e, portanto, condição de possibilidade da verdade (HEIDEGGER) e como validação do sentido (filosofias analítico-lingüísticas, TUGENDHAT)<sup>545</sup>.

Segundo APEL, esta dicotomia se revela na oposição entre o 'compreender' como concorrente ao 'elucidar' causal-analítico, dados como resposta científica a perguntas do tipo 'por quê?'<sup>546</sup>.

Em suas palavras:

Enquanto a lógica científica neopositivista partia da idéia do 'Compreender' como 'método' (nem mesmo Dilthey a representou dessa maneira), e enquanto lhe contrapunha a tese da função psicológico-heurística meramente auxiliar do compreender, no contexto da descoberta da 'Elucidação' de comportamentos, a 'nova hermenêutica' pôde demonstrar que o "Compreender", como maneira do ser-no-mundo peculiar ao homem, já é pressuposta, na epistemologia, na constituição dos dados da experiência, assim como na resposta a perguntas do tipo 'o quê?'<sup>547</sup>.

Para a maioria, essas diferentes matrizes geraram caminhos opostos e inconciliáveis no pensar filosófico contemporâneo, como, p. ex., a alternativa colocada por GADAMER entre a Verdade e o Método na sua obra mais famosa<sup>548</sup>, a qual, pode ser lida como Verdade contra Método<sup>549</sup>.

Já APEL entende que a própria radicalização existencial-ontológica da hermenêutica heideggeriana propicia a superação dessa oposição, desde que a pré-

<sup>545</sup> Apel, Karl-Otto. *Transformação da filosofia...* op. cit., ps. 46-48.

<sup>546</sup> Idem, p. 30.

<sup>547</sup> Ibidem.

<sup>548</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

<sup>549</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit., p. 44.

estrutura de compreensão seja pensada como um *a priori* lingüístico transcendental atuante na constituição do sentido, mas carente de validação científica<sup>550</sup>.

De acordo com esta tese, a validação, sempre permeada pelo *a priori* da compreensão, reflete a exigência de um acordo intersubjetivo que dê respaldo científico ao sentido existencialmente obtido, necessitando, por isso, do auxílio da analítica lógico-lingüística para que se determinem as regras metódicas que o possibilitem<sup>551</sup>.

Esta teoria pressupõe a distinção entre compreensão e justificação e, de maneira ambiciosa, objetiva desvendar as condições de possibilidade e validade das questões fáticas e normativas do conhecimento filosófico.

Tal formulação ganha uma relevância ainda maior na seara jurídica, onde o caráter prático-normativo do Direito (tal qual apresentado no capítulo II), exige a validação e fundamentação de suas decisões.

Entretanto, mesmo reconhecendo a ambigüidade e, quiçá, a complementariedade, entre esses dois modos de 'compreender', a tese da abertura hermenêutica se encontra na perspectiva da analítica existencial, fonte da hermenêutica filosófica, não da estrutural, de modo que, a partir de agora, somente ela será focalizada.

Ademais, a própria falha da analítica existencial em não considerar o inconsciente diagnosticado pela psicanálise como lugar do qual emerge a verdade inconsciente<sup>552</sup>, sendo que dele nada se sabe, não impede que, dentro dos limites

---

<sup>550</sup> APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. op. cit., p. 46.

<sup>551</sup> Idem, p. 34 e ss.

<sup>552</sup> Senão, veja-se as contundentes afirmações de STEIN: "*Se a economia política não tem lugar em Ser e Tempo e nele não foi incorporada a ferida narcísica dos determinismos histórico-sociais, o estar-aí é um constructo também livre de surpresas do inconsciente. O desejo, a economia libidinal, são os grandes ausentes da analítica existencial. O modelo a partir do qual são construídos os existenciais do estar-aí é ainda o mundo da vontade e o mundo da <<consciência>>, esta enquanto um relacionar-se-consigo mesmo no contexto da finitude. Não mais a consciência metafísica, mas uma consciência sem o inconsciente. ( ) A hermenêutica desconhece a economia libidinal. As pulsões, os desejos não parecem como existenciais e por isso o sonho também não existe. É certamente uma das grandes <<falhas>> da analítica existencial: O estar-aí não sonha. Ele não incorporou a ferida do ego que a psicanálise trouxe para o narcisismo. É por isso que reina uma grande assepsia no*

propostos nesta dissertação, através dela [analítica existencial] se comprove a abertura hermenêutica.

Por outro lado, reputa-se que a adoção desta postura não obsta que se reconheça a necessidade do controle sistemático na aplicação do Direito, conforme já defendido no capítulo II.

Destarte, é no horizonte da hermenêutica filosófica que a guinada lingüística deve ser analisada de maneira mais profunda.

Com efeito, se com o *'algo como algo'*, o paradigma da linguagem se perfaz, GADAMER encontra suas raízes já no clássico debate aristotélico sobre a essência do homem<sup>553</sup>.

Esse debate baseia-se na idéia de que somente o ser humano foi contemplado com o *logos* para poder pensar e se comunicar com os outros, revelando o útil e o prejudicial, o justo e o injusto, etc...

Em face disto, afirmar que o ser humano possui *logos*, significa dizer que ele é um ser vivo dotado de linguagem, que através dela ele pode raciocinar e se comunicar, até mesmo tornando visível algo ausente<sup>554</sup>. Portanto, falar e pensar são indissociáveis.

---

*reino do ser-no-mundo. O operar com os utensílios, o interpretar, os significantes, o lutar com a fuga de si mesmo, a tendência para o encobrimento, não são ligados ao sentido que se esconde, que se oculta. O latente e o manifesto só aparecem como o velamento e o desvelamento. O <<como hermenêutico>> possui uma duplicidade que Heidegger não percebeu. (...) Sentido e pulsão, os dois elementos inconciliáveis, mas absolutamente necessários para pensar a existência, trariam com seus conflitos a necessária desordem para o orgulhoso mundo do estar-aí."* STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre 'SER E TEMPO' (Martin Heidegger)*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990, ps. 129-130.

<sup>553</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, ps. 117-118 (col. Filosofia, n. 117). Também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002, ps. 173-174. (col. Pensamento humano).

<sup>554</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: Hans-Georg. *Verdade e método II*. op. cit., p. 174.

GADAMER afiança que somente essa reflexão de ARISTÓTELES bastaria para garantir um lugar privilegiado para o fenômeno da linguagem na discussão acerca da essência do homem. Mas, isso não ocorreu, nem mesmo após a fundação da filosofia lingüística por HUMBOLDT, que ainda trabalhava na ótica da linguagem como faculdade que demandava um esclarecimento estrutural<sup>555</sup>.

Tal análise implica a ocultação da essência da própria linguagem, que é a sua inconsciência abissal, de modo que a formulação do conceito de linguagem desde já pressupõe a sua consciência, configurando um enigma insuperável porque ela nunca é alcançada plenamente, mas também dela não se escapa quando se raciocina<sup>556</sup>.

Desde aí, em importante passagem, GADAMER conclui que:

A linguagem não é um dos meios pelos quais a consciência se comunica com o mundo. Não representa um terceiro instrumento, ao lado do signo e da ferramenta – embora esses dois certamente façam parte da caracterização essencial do homem. A linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre fomos tomados pela nossa própria linguagem. É aprendendo a falar que crescemos, conhecemos o mundo, conhecemos as pessoas e por fim conhecemos a nós próprios. Aprender a falar não significa ser introduzido na arte de designar o mundo que nos é familiar e conhecido pelo uso de um instrumental já dado, mas conquistar a familiaridade e o conhecimento do próprio mundo, assim como ele se nos apresenta<sup>557</sup>.

Sendo assim, STEIN explica que os seres racionais são os que, fazendo uso de assertóricos predicativos, pronunciam sentenças afirmativas ou negativas

---

<sup>555</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem* In: Hans-Georg. *Verdade e método II*. op. cit., p. 175.

<sup>556</sup> Idem, p. 176.

<sup>557</sup> Ibidem.

sobre o mundo e, por isto, a filosofia trata a linguagem “*enquanto ela é o mundo sobre o qual falamos*”<sup>558</sup>.

Daí a confirmação de que só temos acesso ao mundo na fórmula do ‘*algo como algo*’ ou seja, através do significado fornecido no processo compreensivo. Como conseqüência, a lógica formal nunca dará conta do todo, à medida que o conteúdo significativo das coisas e objetos é sempre fornecido pela linguagem através da hermenêutica, que, por sua vez, é compreensão ontológica.

Desta maneira, fica claro que todo o processo lógico-formal nunca é exclusivo porque sempre se desenrola permeado pelo processo prévio de interpretação, o que leva à conclusão de que ele é dependente, anteriormente, do processo hermenêutico e, por conseguinte, “*todo discurso que se pretende basear na lógica, pressupõe o universo da compreensão e o universo da interpretação*”<sup>559</sup>.

Portanto, o paradigma da linguagem se configura quando esta ocupa o lugar central dos debates acerca da ‘essência’ na filosofia e, sendo assim, ela deixa de ser uma terceira coisa interposta como um instrumento para que o sujeito cognoscente descubra a verdade no objeto, como prega a doutrina juspositivista.

Na síntese de STRECK:

A linguagem então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade*. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo, enquanto mundo [conhecer algo como algo]. Não há coisa alguma [para o homem] onde falta a palavra. A palavra, diz Heidegger, *nomeia* o âmbito aberto onde vive o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se demora-se e conserva em sua proximidade; *a morada do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua essência. Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas*<sup>560</sup>.

<sup>558</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit., p. 14.

<sup>559</sup> Idem, p. 19.

<sup>560</sup> STRECK, Lênio Luiz. “*Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*”. op. cit., p. 175. Esta citação, bastante apropriada quando se trata do universo da compreensão fenomenológica, peca por ignorar as advertências da psicanálise, pois a idéia de inconsciente deixa claro que ‘há’ onde falta a palavra.

### III.4 – Abertura hermenêutico-existencial na aplicação do direito

#### III.4.1 – A reflexão hermenêutica de GADAMER

Em oposição às motivações objetivas e formais predominantes na hermenêutica da modernidade, GADAMER localiza na fragmentária obra de SCHLEIERMACHER a formulação de uma teoria universal da compreensão livre de aspectos dogmáticos e ocasionais que a reduzem a mera consciência metodológica<sup>561</sup>.

Ele explica que o ponto de partida metodológico da hermenêutica de SCHLEIERMACHER é a experiência humana originária fundada na capacidade para a amizade e o diálogo, para a relação epistolar e para a comunicação em geral, ou seja, para o compreender e ser compreendido<sup>562</sup>.

Este ponto de partida teve como resultado uma concepção de linguagem que superasse a limitação erudita do texto, através de uma fundamentação feita sobre a base do diálogo e do entendimento inter-humano que, além de significar um aprofundamento nos estudos da hermenêutica, possibilitou a construção de um sistema científico com base hermenêutica<sup>563</sup>, de modo que, com a obra de SCHLEIERMACHER:

a hermenêutica tornou-se a base de todas as ciências históricas do espírito e não só da teologia. Desaparece então o pressuposto dogmático do caráter 'paradigmático' do texto, sob a qual a atividade hermenêutica, tanto a do teólogo como a do filólogo humanista (para não falar do jurista), tinha a função originária da mediação<sup>564</sup>.

---

<sup>561</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op. cit., p. 120

<sup>562</sup> Idem, p. 119.

<sup>563</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>564</sup> Ibid., p. 118.

Contudo, após reconhecer que a hermenêutica teológica originada da fundamentação geral de SCHLEIERMACHER foi enredada em suas próprias aporias dogmáticas<sup>565</sup>, GADAMER vislumbra na ontologia fundamental de HEIDEGGER o novo impulso para a hermenêutica filosófica.

Por conseguinte, se HEIDEGGER contribuiu para um novo fundamento ontológico para a hermenêutica, GADAMER deu-lhe nova perspectiva, promovendo uma *ontologização da hermenêutica*<sup>566</sup>.

Essa nova perspectiva manteve a hermenêutica da faticidade heideggeriana (isto é, a interpretação do mundo é a interpretação fática do ser humano), adicionando um novo sentido, ao se referir a ela também como a soma de todos os elementos históricos e culturais nos quais os sujeitos estão enraizados historicamente<sup>567</sup>.

Destarte, a hermenêutica filosófica de GADAMER, situada no paradigma da linguagem e fundada na analítica existencial do *Dasein*, parte de um problema humano afrontado não somente na dimensão lingüística da pré-compreensão do sujeito (que, em última análise não deixa de ser 'autocompreensão'), mas também na historicidade em que está situado.

Hans-Georg FLICKINGER assinala que, já na expressão 'hermenêutica filosófica' se apresentam diversos fundamentos que sustentam a reflexão hermenêutica de GADAMER<sup>568</sup>.

O primeiro deles, revela-se na anterioridade da experiência hermenêutica, que se torna o sujeito seguido pelo adjetivo filosófica, em referência à experiência

---

<sup>565</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op. cit., p. 123.

<sup>566</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit., p. 70

<sup>567</sup> Idem.

<sup>568</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. *Da experiência da arte à hermenêutica filosófica*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. op. cit., p. 27 e ss.

ontológica que se dá antes da atividade reflexionante e, por conseguinte, concede um fundamento pré-reflexivo ao saber objetivo<sup>569</sup>.

Outro fundamento se revela através de seu intuito em descobrir o processo mesmo de instauração do sentido, considerando a inserção do sujeito no mundo, sem se reduzir à análise lógica, mas contendo-a<sup>570</sup>.

Como decorrência do anterior, o terceiro aspecto é que a hermenêutica não se arroga à exclusividade da verdade da fala ou de um texto, nem tampouco crê ser possível um sentido autêntico legitimado em termos lógicos, de maneira que *“cada linguagem expressiva precisa ser exposta à interpretação e, com isso, a um processo de configuração de um sentido possível, com pretensão de verdade própria”*<sup>571</sup>.

A quarta observação reside, no dizer de FLICKINGER, que a hermenêutica gadameriana deve ser compreendida enquanto ‘arte da interpretação’, em função da figura de Hermes, mensageiro divino cuja tarefa era a de traduzir a linguagem dos deuses para os homens, salvaguardando o sentido e as intenções implícitas na fala originária, pois se trata de saber o que não foi dito quando algo é dito<sup>572</sup>.

Tanto é, que, para explicar essa dificuldade de preservar as intenções e o momento pré-compreensivo do autor de um texto, GADAMER recorre diversas vezes ao exemplo da atividade de um tradutor<sup>573</sup>.

---

<sup>569</sup> FLICKINGER destaca que *“ao invés de utilizar-se do termo ‘Filosofia hermenêutica’ – como seria de se esperar na continuidade do pensamento de Martin Heidegger – o filósofo fala-nos de uma ‘hermenêutica filosófica’*. E marca, assim, o contraponto à expectativa da época, já que adscrive à hermenêutica o ser sujeito da expressão, juntando-lhe, na predicação, o adjetivo ‘filosófica’. Além de assim distanciar-se da corrente principal do século XX, que segue argumentando nos trilhos da idéia iluminista da racionalidade instrumental, Gadamer expressa aí uma suspeita em relação a toda fundamentação teórica do saber que negligencia a experiência ontológica primordial, em que mergulhamos no nosso relacionamento imediato com o mundo.” FLICKINGER, Hans-Georg. op. cit., ps. 27-28.

<sup>570</sup> Idem, p. 29.

<sup>571</sup> Ibidem.

<sup>572</sup> Ibid.

<sup>573</sup> Em uma dessas passagens, GADAMER deixa consignado que todo dito se encontra num espaço entre a palavra posta e a contra-posta, o que se torna claro na experiência da tradução e leitura de línguas estrangeiras. Diz GADAMER: *“O que o tradutor encontra à frente é um texto falado, isto é, algo dito de modo oral ou escrito que ele deve traduzir na*

Percebe-se, então, que essas dificuldades existem porque há verdades encobertas, sentidos ocultados, que não são produzidos em nível lógico-semântico<sup>574</sup>.

Em sua obra principal, *Verdade e Método*, GADAMER objetiva comprovar a existência dessas verdades, situadas no âmbito da arte, da história e da linguagem, e, para tanto, busca sua origem na noção de *experiência*, conceito central da hermenêutica gadameriana, que, segundo STEIN, sugere a possibilidade inerente ao ser humano de representação ou descrição da totalidade da experiência de mundo<sup>575</sup>.

Desde aí, GADAMER lança um olhar para o horizonte do questionamento hermenêutico a partir da experiência da arte e, observando os pressupostos epistemológicos da ontologia fundamental, coloca a historicidade como princípio básico da sua teoria hermenêutica.

Sobre a importância da experiência da arte na teoria de GADAMER, FLICKINGER pontua que:

De fato, a experiência da arte representa o grande impulso que teria levado Gadamer a detectar e valorizar a base ontológica do pensamento. Base esta que não se assemelha, de modo algum, à lógica da reflexão, mas que, a esta subjacente, a provoca. O pensamento hermenêutico vê-se marcado, assim, pela experiência dessa 'presença misteriosa que a obra de arte possui'<sup>576</sup>.

---

*própria língua. Ele encontra-se amarrado ao que aí está e não pode, ainda assim, transformar simplesmente o dito a partir do tecido da língua estrangeira no tecido da própria língua, sem que ele mesmo, por sua vez, torne-se aquele que fala. Mas isto significa que ele precisa ganhar, em si mesmo, o espaço infinito do dizer que corresponde ao dito na língua estrangeira. Todos sabem o quanto isto é difícil. Todos sabem como a tradução faz parecer como que raso o dito na língua estrangeira. Este se configura em uma superfície plana, tal que o sentido da palavra e a forma da frase da tradução copiam o original, embora a tradução fique como que sem lugar algum. A ela falta aquela terceira dimensão, a partir da qual o originário, isto é, o dito original constrói-se no seu próprio domínio de sentido."*

GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. op. cit., p. 126.

<sup>574</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. op. cit.

<sup>575</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit., p. 70.

<sup>576</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. *Da experiência da arte à hermenêutica filosófica*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. op. cit., p. 30.

Ao lado da idéia de experiência, outro conceito precioso a GADAMER é o de *acontecer da verdade*, expressão que contém o elemento da faticidade e denota a obtenção da verdade num processo incompatível com o método lógico-analítico.

Segundo STEIN, essa elocução choca os lógicos, tornando-se uma questão delicada porque na filosofia analítica *“a definição de verdade é feita metodicamente através da análise das proposições, da estrutura das proposições, para ver se possuem a propriedade de verdade ou falsidade”*<sup>577</sup>.

Entretanto, impossível não perceber a centralidade da noção de acontecer da verdade na filosofia gadameriana, uma vez que ela bem exprime (e liga) as duas emancipações contabilizadas pela hermenêutica filosófica, destacadas por APEL: *“de um lado a emancipação da experiência da metafísica dogmática e da filosofia das visões de mundo e, de outro, a emancipação das restrições científicas”*<sup>578</sup>.

Com o estudado até agora, já é possível constatar que o caminho para a compreensão da hermenêutica filosófica se inicia na superação da dicotomia sujeito – objeto, cuja origem remonta à fenomenologia husserliana e sua concepção de ‘consciência de’ a partir do ‘mundo da vida’.

Por sua vez, a inseparabilidade do sujeito e do objeto na idéia de ‘consciência de’ algo, serve de base para a construção heideggeriana de que o *Dasein* (pre-sença), enquanto existencial que permite a compreensão do ‘ser’ sendo, é determinante na busca do sentido de mundo do próprio ‘ser’.

Já o *Dasein*, ao se projetar, transforma-se em pré-estrutura de compreensão, à qual GADAMER soma o elemento da historicidade para, através da noção de experiência revelar o acontecer da verdade por meio da enunciação do círculo hermenêutico-ontológico, com a linguagem como mediadora de todo esse processo (*algo como algo*).

Com exceção do círculo da compreensão, todos os demais fundamentos já foram explicitados e é exatamente sobre ele que se pretende tratar agora.

---

<sup>577</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações...* op. cit., p. 72.

<sup>578</sup> APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia...* op. cit., p. 26.

### III.4.2 – O círculo hermenêutico

Enquanto traço fundamental da teoria hermenêutica gadameriana, a historicidade da compreensão é elevada à condição de princípio hermenêutico que se realiza em quatro elementos: o círculo hermenêutico; os preconceitos como condição da compreensão, a distância temporal e a história efetual<sup>579</sup>.

GADAMER busca amparo na configuração heideggeriana do círculo hermenêutico aberto em seu pro-jetar a partir da pre-sença. Nesse círculo a pré-estrutura de compreensão aponta que a abertura da pre-sença, em função de sua condição de 'ser-no-mundo', que se dá na forma de compreensão a qual, por seu turno, possui um caráter projetivo e alcança toda a constituição ontológica do próprio 'ser-no-mundo', perfazendo um movimento circular<sup>580</sup>.

Assim, nos caminho já indicado no final do item III.2.2, verifica-se que a idéia de círculo hermenêutico advém do círculo da ontologia fundamental e sua analítica existencial do *Dasein*, à medida que, conforme STEIN:

não se compreende o ser sem que haja uma pré-compreensão do homem. O homem se compreende quando compreende o ser, para compreender o ser. mas logo em seguida Heidegger vai dizer: 'Não se compreende o homem sem se compreender o ser'. Então, a ontologia fundamental é caracterizada por esse círculo: estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo<sup>581</sup>.

Daí as relações de conhecimento são sempre do tipo '*algo como algo*', realizam-se na perspectiva sujeito-sujeito a partir do sentido contido na estrutura de pré-compreensão, o que traz sua inextricável dependência da linguagem.

Esse movimento circular propicia a reabilitação, frente ao racionalismo iluminista, dos preconceitos, sem, entretanto, deixar que esses hábitos lingüísticos e opiniões prévias arbitrarias impregnem despercebidamente a interpretação e a

<sup>579</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p. 400 e ss.

<sup>580</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., ps. 200-201, § 31.

<sup>581</sup> STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência*. op. cit., p. 79.

busca do sentido, pois aqui se trata de “alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor”<sup>582</sup>.

GADAMER entende que isso é possível se for cumprida a exigência de uma nova abertura, desta vez à opinião do outro, que desde sempre está em relação com o conjunto de opiniões próprias<sup>583</sup> de modo que, como padrão, “a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este”<sup>584</sup>.

Portanto, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele diga algo. Nas palavras de GADAMER:

... uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias<sup>585</sup>.

Na seqüência, GADAMER trabalha a idéia de que, com o reconhecimento do outro (que pode ser alcançado através da pergunta), o círculo hermenêutico ganha a possibilidade de reconhecer a coisa mesma, sendo que a objetividade é garantida pela distância e o resultado do processo interpretativo é o ponto médio, constantemente reconstruído<sup>586</sup>.

Aqui ganha significado o elemento da distância temporal como um argumento de superação da concepção, já trabalhada por SCHLEIERMACHER e adotada pela ciência do século XIX, de que o círculo hermenêutico se realiza num movimento incessante do todo para a parte, da parte para o todo, permeada por

---

<sup>582</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p. 403.

<sup>583</sup> Idem, p. 404.

<sup>584</sup> Ibidem, p. 405.

<sup>585</sup> Ibid.

<sup>586</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão*. op. cit., p. 141. e ss.

elementos subjetivos e objetivos, de modo que a compreensão acontece a partir de ambos aspectos<sup>587</sup>.

Segundo GADAMER, essa estrutura circular de compreensão fornece uma explicação individual a partir de sua inserção na moldura da relação formal entre o individual e o todo, suspendendo a compreensão quando ela se completa<sup>588</sup>.

Todavia, ele recusa esse ponto de vista ao entender que na descrição de HEIDEGGER o círculo é de tal forma que é a concepção prévia da pré-compreensão que sempre determina, continuamente, a compreensão, não se anulando com ela, mas antes alcançando sua mais autêntica realização<sup>589</sup>.

Por isso, ele infere que:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação do sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.

No entanto, há sempre uma distância entre a tradição e a pertença à tradição, distância que reflete a tensão entre a estranheza e a familiaridade que a própria tradição ocupa junto às pessoas, chamada distância temporal.

A hermenêutica, então, ocupando uma posição intermediária nesse entremeio, tem por tarefa encontrar o ponto médio que constitua a própria compreensão.

Já o princípio da história efetual traz a exigência de renovação do questionamento toda vez que se busca o claro e aberto significado de uma obra ou tradição, fazendo com que o horizonte do presente esteja num processo de constante formação<sup>590</sup>.

Esta exigência se realiza a partir da reflexão da consciência histórica, a qual é, em primeiro lugar, consciência da situação hermenêutica que, não estando

---

<sup>587</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. op. cit., p. 437.

<sup>588</sup> Idem, p. 439.

<sup>589</sup> Ibidem.

<sup>590</sup> Ibid., p. 449 e ss.

plenamente disponível e sendo determinada pelos preconceitos, nunca proporciona um saber objetivo<sup>591</sup>.

Destarte, GADAMER apreende que “*compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos*”<sup>592</sup>.

Tal lição, transposta à seara jurídica, é bem percebida por STRECK, quando, apoiado em argumentos de Konrad HESSE, arremata:

O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma idéia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação à coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada<sup>593</sup>.

Ademais, considerando que a compreensão do mundo traz, em si, e simultaneamente, a compreensão da existência e vice-versa, até porque “*toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar*”<sup>594</sup>, HEIDEGGER enxerga que esse movimento deve ocorrer de forma circular, mas não num círculo vicioso, fechado-se em si<sup>595</sup>.

Com efeito, o círculo hermenêutico de HEIDEGGER não se configura um círculo vicioso porque há nele uma possibilidade positiva para o conhecimento mais originário, só acessível se for compreendido o objetivo primordial da interpretação, qual seja, o de evitar as antecipações subjetivas pela estrutura prévia de compreensão através da busca das ‘coisas mesmas’ em cada movimento.

Para GADAMER, isso significa que a cada volta do todo para a parte e da parte para o todo, as expectativas devem ser ajustadas na medida em que o texto requeira, a fim de confluir o texto na unidade de um pensamento, sendo que a tarefa

---

<sup>591</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. op. cit., p. 451.

<sup>592</sup> Idem, p. 457.

<sup>593</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* op. cit. p. 189.

<sup>594</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. op. cit., p. 209, § 32.

<sup>595</sup> Idem., p. 210, § 32.

desse círculo hermenêutico é “*ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido*”<sup>596</sup>.

Assim, o sujeito, ao interpretar, atua sobre o texto, recriando-o a cada volta, num movimento espiralforme, até porque, como já dito, a pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se a cada nova experiência.

A adoção dessa nova postura no Direito traz, como efeitos imediatos, a recusa a qualquer procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, uma vez que a interpretação ocorre sempre no ponto médio, “*no entremeio do círculo hermenêutico*” confirmará STRECK<sup>597</sup>, e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado, o que levará ao problema hermenêutico fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade da *applicatio*.

### III.4.3 - A unidade da *applicatio* contra o método

Os quatro elementos que possibilitam a elevação da historicidade da compreensão à condição de princípio hermenêutico, propiciam a GADAMER o entendimento de que compreensão e aplicação são coincidentes<sup>598</sup>.

Esta equivalência faz com que a hermenêutica, ao se tornar determinante do próprio ser, seja incompatível com qualquer procedimento, uma vez que, conforme GADAMER:

“Compreender” não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana<sup>599</sup>.

---

<sup>596</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. op. cit., p. 141. Também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op. cit., p. 72.

<sup>597</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.

<sup>598</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. trad. Benno Dischinger. São Paulo: Unisinos, 1999, p. 193 (coleção Focus).

<sup>599</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. op. cit., p. 125.

Com esta concepção, a existência como compreensão e como 'projetar-se' para possibilidades de si próprio, faz com que o caráter instrumentalista do método tenha de reverter-ser à dimensão ontológica<sup>600</sup>, de modo que a própria noção de aplicação seja com ele, método, incompatível.

Por isto, GADAMER afirma que o sentido das suas investigações não é a formulação de uma teoria geral e normativa da interpretação, nem doutrina de seus métodos, mas sim:

procurar o comum de todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um 'objeto' dado, mas frente à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido<sup>601</sup>.

Sendo assim, a hermenêutica filosófica recusa a antiga divisão do problema hermenêutico em três, *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas aplicandi* (aplicação), buscando amparo, inicialmente, no reconhecimento, já presente no romantismo, da ligação interna entre o *intelligere* e o *explicare*<sup>602</sup>.

Do romantismo, GADAMER esquadriha o seguinte argumento:

A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar a compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso, está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão, com o que até mesmo o problema da linguagem passa de uma posição ocasional e marginal, para o centro da filosofia<sup>603</sup>.

Passo seguinte, ao vislumbrar que a indissociabilidade entre compreender e interpretar deixava o aplicar desconexo, GADAMER se vê forçado a ir além da hermenêutica romântica e conceber a compreensão, interpretação e aplicação como um processo unitário, em que todos os elementos são essenciais e complementares.

---

<sup>600</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. op. cit., p. 125.

<sup>601</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. op. cit., p. 19.

<sup>602</sup> Idem, p. 459.

<sup>603</sup> Ibidem.

Outrossim, “na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete”<sup>604</sup>.

Por conseguinte, se a própria compreensão é um acontecer ametódico, um ‘projetar-se’, também a interpretação e aplicação se realizam desta maneira, o que impõe a negação do método também nos outros dois momentos.

A tese do ato unitário, ao não permitir a distinção entre função cognitiva e normativa na interpretação, derruba postulados clássicos da hermenêutica jurídica, vez que, agora não subsiste a separação entre a cognição do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto<sup>605</sup>.

Mais além, ao construir a Nova Crítica do Direito fundada na ontologia da compreensão, STRECK não só subscreve a tese da unidade da *applicatio*, como também defende que não há cisão entre decisão e fundamentação do Direito, *verbis*:

...é possível (e necessário) desmi(s)tificar a tese corrente no senso comum teórico dos juristas (*habitus*), de que o juiz primeiro decide e depois justifica/fundamenta sua decisão. Hermeneuticamente, é razoável afirmar, a partir da Nova Crítica do Direito cujas raízes são aqui fincadas, que o *jugador não decide para depois buscar a fundamentação*; ao contrário, *ele só decide porque já encontrou o fundamento*. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Há um sentido que lhe é antecipado, onde a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil. É evidente que, em um segundo momento, o julgador vai buscar o aprimoramento do fundamento, a partir de uma racionalidade discursiva...*O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico*<sup>606</sup>.

Em outras palavras, para o autor não se separa a decisão da fundamentação à medida que, com o círculo hermenêutico, só se decide porque antes já se encontrou fundamento<sup>607</sup>.

<sup>604</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. op. cit., p. 460.

<sup>605</sup> Idem. ps. 462-463.

<sup>606</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. op. cit., p. 211.

<sup>607</sup> Idem, ps. 230 e ss.

No entanto, esta postura é discutível, seguramente mais complexa e necessita de considerações pormenorizadas, que escapam aos objetivos desta dissertação. Por enquanto, basta dizer que, com GADAMER, a hermenêutica não tem mais como tarefa o desenvolvimento de um procedimento da compreensão, mas apenas esclarecer sob quais condições ela é alcançada.

Saliente-se que essas condições são previamente dadas, não são controláveis pelo intérprete e, em razão disso, também não se consubstanciam num modo de ser do procedimento ou método<sup>608</sup>.

Ora, se a hermenêutica não possui método, seus resultados não atingem o mínimo de exatidão e universalidade exigidos para a caracterização de um conhecimento científico, resta a GADAMER se socorrer em ARISTÓTELES e a conceber como um saber prático, de natureza semelhante à ética aristotélica<sup>609</sup>.

Com efeito, o conceito nuclear da *praxis* é o de *phronesis*, sabedoria prática, a qual, segundo ARISTÓTELES, não é ciência nem arte, mas antes “*uma capacidade verdadeira e raciocinada de agir no tocante às coisas que são boas ou más para o homem*”<sup>610</sup>, não só individualmente, mas para os homens em geral e os bens humanos.

Essa *sabedoria prática* se constitui estrutura dianoética fundamental do agir ético, porque, segundo LIMA VAZ, “*Aristóteles nela recolhe de um lado a intenção original da doutrina socrática da virtude-ciência e, de outro, situa num novo e específico campo de racionalidade a transposição platônica da areté grega tradicional*”<sup>611</sup>.

Assim, mesmo considerando que no âmbito do agir individual o silogismo prático seja a unidade prevista na *Ética a Nicômaco*<sup>612</sup>, no âmbito do agir intersubjetivo, a *phronesis* funciona como regente para a integração das razões históricas do *ethos* e as razões teóricas da *Ética*, traduzidas pela distinção entre

<sup>608</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. op. cit., p. 442.

<sup>609</sup> Idem, p. 465.

<sup>610</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Livro VI, 5. 1140b-5, op. cit., p. 132.

<sup>611</sup> LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos...* op. cit., p. 104.

<sup>612</sup> Idem, p. 125.

virtudes éticas e dianoéticas, na busca da *práxis* virtuosa<sup>613</sup>, a qual deve levar à ação moral perfeita.

Através dessa ligação, a hermenêutica fica situada no âmbito da arte (téchne), momento anterior à teoria/ciência (*episteme*)<sup>614</sup> no sistema de conhecimento de ARISTÓTELES e atua no universo da compreensão existencial, onde a busca do justo e da verdade ocorre a partir de opiniões plausíveis (êndoxa) e não pela demonstração axiomática<sup>615</sup>.

Desta feita, mesmo com a pertinência de alguns questionamentos acerca de possíveis contradições na assunção gadameriana da filosofia prática como fundamento real da hermenêutica<sup>616</sup>, certifica-se que a grande contribuição dessa postura se revela na recusa do caráter científico da interpretação impregnado por conhecimentos meramente teóricos, em prol de uma concepção prudencial, voltada para a realidade, onde a noção de sabedoria escape dos ideais cientificistas e contemple os conhecimentos presentes no mundo do vida<sup>617</sup>.

Sendo assim, as verdades da hermenêutica filosófica não são metafísicas nem comprováveis empiricamente, mas antes verdades cujo sentido é dado pela existência doadora de sentido aos entes, cuja atividade deve ser mediada pela prudência no momento da compreensão, dotada de uma racionalidade que lhe é peculiar, conforme as oportunas palavras de STEIN:

A hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira,

---

<sup>613</sup> LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos...* op. cit., p. 132.

<sup>614</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 80.

<sup>615</sup> O mesmo aconteceu com o direito, após o resgate da tópica por Viehweg, conforme já estudado no item II.2.1.

<sup>616</sup> Lenio STRECK, após ressaltar que o modelo de filosofia prática de ARISTÓTELES exige um silogismo prático, pergunta se nesse neo-aristotelismo não haveria uma certa contradição, uma vez que mesmo um silogismo prático pressupõe um fundamento entendido como objeto, o que não é compatível com os postulados da analítica existencial. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional...* op. cit., ps. 264-265.

<sup>617</sup> Sobre a interpretação como prudência e não ciência, conferir: GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

a consagração da finitude. E esse é um ponto importante. Em geral, diz-se que é racional a verdade que se pode provar empiricamente e que é racional a verdade que se pode provar através de um fundamento último, absoluto. Basta se dizer que o empírico é racional, porque concorda com os objetos e que o absoluto é racional, então as proposições são racionais.

Estabelecer a unidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica<sup>618</sup>.

#### **III.4.4 – Aplicação do direito: entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**

O objetivo proposto nesta dissertação não é esgotar a explicação do funcionamento do processo hermenêutico, mas sim, destacar a abertura hermenêutica e a imperatividade da aplicação sistemática, razão por que já se encontram presentes as bases suficientes para sustentar tal posição.

A abertura hermenêutica ocorre porque a eliminação do caráter instrumental da linguagem, em prol de sua historicidade e centralidade operada com a guinada lingüística, demonstra que a lógica-formal não fornece um acesso pleno ao sentido do ente (entendido como a própria estrutura do sistema jurídico), de modo que sua compreensão, ao não se completar somente pela metodologia analítica, nunca é unívoca e, portanto, sempre depende de aspectos subjetivos da existência.

Tal tese fica patente não só pelo processo de aquisições de verdade descritas pela cadeia psicanalítica de significações, onde se intentou mostrar a natureza do princípio enquanto motivo conceitual e a primazia do significante determinado pelo grande Outro, apresentada no tópico III.3.2 deste capítulo, mas também pela própria impossibilidade, na esteira analítica existencial do *Dasein*, de o sujeito se livrar de sua pré-estrutura de compreensão ao se deparar com o texto.

Os postulados da hermenêutica filosófica, a unidade da *applicatio* e o constante reconstruir do sentido em função da projeção do *Dasein*, desenhado na figura do círculo hermenêutico, que não pode ser vicioso e nem se fechar em si, permitem a conclusão de que em toda a interpretação jurídica há uma inescapável

---

<sup>618</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op. cit., p. 45.

determinação de aspectos individuais e subjetivos, pois foi visto que, na perspectiva da ontologia fundamental, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades, que é abertura, a partir de sua condição de ser-no-mundo, e a compreensão se realiza a partir da totalidade de significados já presentes na pré-compreensão, de modo que o 'ser' compreende se compreendendo e buscando compreender o 'outro' (ente), sempre através do conhecimento de *'algo como algo'*.

Assim, uma vez acatado que o sistema constitucional não é um elemento fora da circularidade, seu sentido é sempre determinado antecipadamente pela pré-estrutura de compreensão do intérprete, quando, por óbvio, se trata do agir consciente, racional, dominado pelo princípio Realidade.

Já a tese da imprescindibilidade tem por base a reconstrução do sistema, realizada no capítulo II, e a aferição de que os cânones de hierarquia, ordem e unidade, sempre a partir da matriz constitucional, são necessários para o atendimento das exigências mínimas de previsibilidade das decisões jurídicas, formando um espectro de possibilidades que estivessem adequadas axiológico e teleologicamente com a racionalidade interna do próprio sistema, possibilitando uma leitura garantista de *"sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais"*, conforme propõe Alexandre Morais da ROSA<sup>619</sup>.

Postula-se que essa posição não é incompatível com a unidade da *applicatio*, vez que o próprio GADAMER confirma tal imperatividade ao determinar que a receptividade do 'outro' – texto e sua alteridade provocadora de sentido – no círculo hermenêutico é etapa indeclinável para que se tente evitar o domínio das opiniões prévias e se pretenda alcançar uma objetividade, nunca pura nem neutra, mas enquanto ponto médio em incessante reconstrução em razão do ilimitado projetar-se da pre-sença no processo compreensivo.

Essa receptividade, quando operada no agir consciente, permite compreender a assertiva heideggeriana de que a linguagem é a morada do ser, à

---

<sup>619</sup> ROSA, Alexandre Morais da . *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20. Sobre o tema, ver também: ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002; OLIVEIRA NETO. Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.

medida que faz com que o ente, ao ser internalizado e receber o sentido dado pela linguagem, provoca sensações que geram mutações na pre-sença, alterando o seu lugar de significação e fazendo com que a compreensão não tenha um caráter meramente reprodutivo, mas também produtivo<sup>620</sup>.

Transpondo tal lição para a seara jurídica, tem-se que a diferença entre texto e norma é ontológica, onde texto é ente, norma expressa o 'ser', e "*ente não existe como ente*"<sup>621</sup>, pois só ganha existência quando internalizada. No entanto, quando isso ocorre, o texto (ente) expressa sua capacidade de promover a reorganização do universo compreensivo e, conseqüentemente, gerar novos sentidos.

Nessa perspectiva, a especificidade do objetivo do Direito, que nunca pode deixar de permitir uma decisão em concreto, traz a exigência da busca do sentido fornecido pela dogmática (o outro) ainda que esse sentido já venha deformado pela prévia antecipação de sentido do sujeito no reinado da consciência.

Mesmo GADAMER reconhece a dimensão prática e produtiva da hermenêutica jurídica<sup>622</sup>, mas adverte que a cisão entre interpretação e dogmática jurídica dever ser evitada, à medida que:

Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção<sup>623</sup>.

Desde aí, vislumbram-se algumas conseqüências práticas para o direito. O controle de constitucionalidade, por exemplo, ganha novas dimensões, de maneira que, agora, é o sentido que o sujeito consciente tem de Constituição que vai determinar a validade das normas infra-constitucionais, conforme sustenta STRECK:

...sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da)

<sup>620</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. op. cit., p. 193.

<sup>621</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição...* op. cit., p. 246.

<sup>622</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. op. cit., ps. 126-127.

<sup>623</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. op. cit., p. 490.

Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença entre 'faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional'*. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc) *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por parte, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar<sup>624</sup>.

Porém, a concordância com esta posição não impede enxergar que, antes, no processo de formação do *sentido* que se tem de Constituição, o ente (texto constitucional) exerce uma função necessária e determinante, ocorrendo o mesmo quando se trata de um caso concreto, de modo que, se o sentido prévio que se tem do caso concreto é o lugar do qual ele é compreendido/decidido, a formação desse sentido sofre determinações ônticas, seja do texto legal, seja da carga axiológica entificada que a ele é atribuído.

Sendo assim, vislumbra-se que a tarefa do jus-hermeneuta (no mundo da consciência) está vinculada, inicialmente e preponderantemente, ao modo de compreender ontológico dependente do contexto em que a frase se dá, ou seja, “*o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo*”<sup>625</sup>, o qual fornece o sentido da verdade das proposições e por isso é chamado ‘*sentido da estrutura*’.

Em segundo plano, não se pode olvidar do compreender ôntico, oriundo da forma da intelecção de um enunciado, ou seja, sua racionalidade estrutural, o qual fornece a verdade enquanto propriedade da proposição em si e, portanto, abrange a ‘*estrutura do sentido*’<sup>626</sup>.

Com efeito, a *estrutura do sentido* é explicada pelo “*logos da compreensão da linguagem, que comunica*”<sup>627</sup>, denominado *logos* apofântico, inerente à tarefa da racionalidade lógico-semântica de explicar como a estrutura do enunciado determina o sentido.

<sup>624</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição...* op. cit., p. 209.

<sup>625</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica.* op. cit., 27

<sup>626</sup> Idem, ps. 27 e ss.

<sup>627</sup> Ibidem, p. 27.

Esse *logos* atua na esfera ôntica e, por isso, só compreensível na ontológica, até porque, não sendo possível operar exclusivamente no 'como' hermenêutico ou no apofântico, o círculo hermenêutico mostra que, a pré-compreensão determina o sentido da estrutura e esta, por sua vez, tem o condão de provocar analiticamente a produção de novos sentidos, isto é, uma nova compreensão, quando internalizada.

Grosso modo, pode-se dizer que a estrutura empresta o sentido do *Dasein* e, ao fazê-lo, promove uma nova associação de sentidos/significados nele, em razão da capacidade humana de raciocínio lógico e contextualização dos enunciados no momento histórico-cultural em que é internalizado. Logo, o ente provoca (não doa!) novos sentidos para a compreensão do 'ser'.

Resta claro, então, que a compreensão racional também é vinculada à estrutura, mesmo que sempre dependente do sentido prévio fornecido pelo *logos* hermenêutico, de modo que a internalização do ente e de sua estrutura ensejam a ampliação do universo cognoscível do próprio *Dasein*.

As filosofias analíticas promoveram, com sua metodologia, critérios úteis para explicar o sentido ôntico dependente da estrutura da norma jurídica, não só através da investigação do encadeamento lógico das palavras no corpo do enunciado, mas também na dinâmica da dogmática analítica que estuda a validade normativa a partir da posição da norma no sistema jurídico.

Neste campo, as contribuições da semiótica jurídica, ao se dividir em três perspectivas, quais sejam, a sintática, a semântica e a pragmática jurídicas se mostram bastante convincentes<sup>628</sup>.

Daí, a análise estrutural do enunciado realizada pelo *logos apofântico* é necessária, mas sempre insuficiente, vez que só atinge o ente e não alcança o 'sentido da estrutura', fornecido pelo *logos hermenêutico*, através da leitura

---

<sup>628</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

hermenêutica<sup>629</sup>, que se realiza seguindo os parâmetros da analítica existencial do Dasein.

Ademais, nunca é demais advertir que toda a teoria esboçada na esfera do consciente racional, como a analítica existencial e a hermenêutica filosófica, está sujeita a incursões incontrolláveis e irracionais provenientes do inconsciente, como já mostrou a psicanálise.

O preço a se pagar por esse reconhecimento pode ser o relativismo. No entanto, tal é necessário para não recair em um argumento de autoridade.

Após estas observações, conclui-se que, no âmbito do agir consciente e na vertente do pensamento pós-positivista, a interpretação jurídica deve ser realizada numa perspectiva bi-vetorial, uma para dar conta da *'estrutura do sentido'*, exigência da racionalidade lógica, *logos apofântico*, correspondente à tarefa do sistema de direito e seu imperativo de adequação axiológica e teleológica a partir dos princípios contemplados na ordem jurídica e por isso, a análise sistemática estrutural é imprescindível.

Já o segundo vetor, o do *'sentido da estrutura'*, é revelado pela hermenêutica filosófica através de seu *logos hermenêutico* e propicia uma abertura de sentido dada sempre *a priori*, vinculando todo o processo interpretativo, inclusive a análise lógica do ente na estrutura.

Enfim, fica demonstrado que no processo de decisão/aplicação de uma norma ao caso concreto, o ato de dar um sentido jurídico deve ser atrelado à idéia de sistema constitucional para que arbitrariedades sejam evitadas, sem ignorar que a formação do juízo e da consciência do aplicador traz, em si, uma abertura inafastável, porque sempre dependente da racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de *'ser-no-mundo'* do intérprete, formador de sua pré-estrutura de compreensão.

---

<sup>629</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, op. cit., p. 29.

## CONCLUSÃO

*“A história ensina que nada é irreversível. O cotidiano nos dá provas de que apenas os que já não pensam são proprietários de certezas”<sup>630</sup>.*

Com esta sábia lição de Eros GRAU, chega-se à conclusão.

Desta feita, se aqui não é o lugar para a retomada de todas as conclusões lançadas no curso do trabalho, resta apenas indicar alguns pontos importantes da trajetória percorrida e, ao final, estabelecer algumas provocações para futuras reflexões.

Assim, no primeiro capítulo procurou-se evidenciar as contribuições da filosofia de TOMAS DE AQUINO e do jusnaturalismo para a configuração do sistema jurídico de matriz axiomático-dedutiva, bem como apresentar os pilares teóricos que sustentam o paradigma do sujeito a partir do pensamento de DESCARTES e KANT.

Configurado o paradigma do sujeito, o foco do trabalho voltou-se para influência deste paradigma e de sua teoria do conhecimento em toda a formação do positivismo jurídico, na sua metodologia de fundamentação da validade normativa e de interpretação do direito.

Não o bastante, a ênfase na exposição do paradigma do sujeito se justifica em razão de suas profundas ingerências em toda esfera do conhecimento humano desde a ‘inauguração’ da Modernidade europeia por DESCARTES, com marcas ainda muito presentes no pensamento contemporâneo, de modo que, entendê-lo, é passo necessário para a devida percepção dos fundamentos na base de todo conhecimento jurídico produzido desde então.

---

<sup>630</sup> GRAU, Eros. *“O discurso neoliberal e a teoria da regulação”*. In: *“Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Em seguida, buscou-se assentar estruturalmente o sistema juspositivista a partir dos pontos de vista de KELSEN, BOBBIO e HART, os quais, apesar de atrelados ao paradigma da filosofia da consciência (em especial os dois primeiros), foram pródigos em deixar, como legado ao Direito, teorias que ainda são úteis à dogmática jurídica, como, por exemplo, as fórmulas de solução de antinomias entre regras.

Posto isso, a crítica ao método é a tônica do início do segundo capítulo, onde, uma vez feita a opção pela desconstrução do pensamento positivista a partir da tópica jurídica, tornou-se necessário retornar a ARISTÓTELES, buscar nele as raízes da contraposição entre raciocínio apodítico (lógico-dedutivo) e aporético (dialético), com certa prioridade para este último, a fim de identificar suas possibilidades de utilização no Direito, como fez VIEHWEG em sua tópica jurídica.

Adentrando nas estranhas da tópica jurídica, foi possível verificar sua importância na quebra do pensamento científico-sistemático no Direito, na sua re colocação no âmbito da *práxis*, enquanto uma técnica de raciocinar por e a partir de problemas, na recuperação da natureza prudencial-argumentativa da fundamentação das decisões jurídicas e também na chamada de atenção dos juristas para o fato de que o julgamento deve estar sempre atrelado ao compromisso de justiça do caso concreto.

No entanto, a denunciada ambigüidade e imprecisão de seus conceitos, a insuficiência de sua teoria da argumentação aliada à ausência de prescrições acerca do papel da dogmática jurídica, das fontes do direito, da hierarquia normativa, dos cânones de ordem e unidade na tomada de decisões, foram pontos cruciais levantados por grande parte da doutrina que não permitiram que a tópica subsistisse enquanto uma teoria para o direito, sem prejuízo da manutenção de suas contribuições na solução de lacunas, antinomias, na concretização e ponderação de princípios e regras de largo horizonte interpretativo.

Desde aí, tornou-se necessário recuperar a noção de sistema, o que foi feito a partir da obra de CANARIS, que assentou em novas bases epistemológicas a possibilidade do pensamento sistemático no Direito.

Com efeito, o sistema aberto de princípios, de natureza axiológico-teleológica, proposto por CANARIS, preenche os requisitos de ordem e unidade sem

recair no hermetismo dogmático que não permitiria a inserção de valores do caso concreto no momento da tomada da decisão judicial.

Na seqüência, uma vez delimitado o papel e função da Constituição na ordem jurídica, adotou-se o sistema constitucional composto por princípios e regras, caracterizado pela sua autonomia operativa e abertura axiológica, como uma opção satisfatória para a preservação da especificidade do Direito aliado ao atendimento das exigências epistemológicas atuais, de modo que, com ele se firmou a tese da imprescindibilidade da vinculação sistemática na aplicação do direito.

Restava, ainda, mostrar a abertura hermenêutica e o lugar de realização da compreensão entre o sistema constitucional e o sujeito, tarefa que impôs, primeiramente, a necessidade de operar o desmonte do paradigma do sujeito.

Tal empreitada foi possível com a derrubada do racionalismo e da subjetividade moderna a partir das críticas da ideologia (MARX), da psicanálise (FREUD) e da denúncia do caráter alienador das 'verdades' preconizadas nas instituições da modernidade (NIETZSCHE), as quais desferiram golpes fatais na autonomia do sujeito e propiciaram sua derrocada final.

Ademais, a devida fundamentação da saída do paradigma da subjetividade em prol da linguagem, foi realizada na perspectiva fenomenológico-existencialista, com destaque para as contribuições de HUSSERL e HEIDEGGER.

Ainda presa ao racionalismo metafísico, a fenomenologia husserliana foi pródiga em pavimentar o terreno para o existencialismo, especialmente com a categoria da 'consciência de', que mostrava a inseparabilidade entre o sujeito e o objeto e a formação do conhecimento a partir do 'mundo da vida', tornando-o contextualizado histórico-culturalmente.

Já HEIDEGGER opera a derrubada do pensar metafísico a partir de sua 'ontologia fundamental', onde a existência expressa uma pre-sença em permanente construção, aberta em seu 'projetar-se', de modo que, o ser fornece o sentido existencial ao ente, num movimento circular onde os significados são compreendidos apenas no seio da linguagem.

Assim, em HEIDEGGER, as indagações sobre o sentido do 'ser' não mais se voltam ao fundamento, mas ao '*como*', fazendo com que todo o conhecimento apenas se realize na fórmula do '*algo como algo*'.

Com essa categoria, a guinada lingüística se perfaz, não apenas pela compreensão do 'ser' dada sempre via mediação do significado, mas também porque ela indica a existência da estrutura prévia da compreensão, a inacessibilidade ao objeto e sua cognição apenas no universo interpretativo fundado na circunvisão de mundo do *Dasein*.

O '*algo como algo*' também é a fórmula trabalhada pelas filosofias analíticas, as quais obtiveram êxito na superação da metafísica pela via da análise lógico-estrutural dos enunciados lingüísticos.

No mais, cabe ressaltar, ainda, que a semiologia de SAUSSURE em muito colaborou para a consolidação da guinada lingüística, especialmente por intermédio de seu conceito de signo.

Na seqüência, o destaque para a psicanálise é justificado pela importante inversão na relação entre significante e significado operada por LACAN, indicativa da sempre presente antecipação de sentido subjetivo.

Além do primado do significante, cabe realçar, ainda, duas outras contribuições da psicanálise. A primeira delas aponta no sentido de que a verdade não é linguagem, mas está estruturada *como* linguagem, nos termos consignados nos tópicos III.1.3 e III.3.2.

Já a segunda consiste na inatingibilidade da verdade por que ela está sempre no lugar onde nada se sabe, a partir do qual o Grande Outro estabelece o sentido primevo, determinante de toda a cadeia de significações.

Por conseguinte, verdades são sempre parciais e alcançáveis, no máximo, através da análise das manifestações lingüísticas do inconsciente, o qual nunca se explica conscientemente.

Daí entende-se a constante ambigüidade de nossa relação com os entes<sup>631</sup> e, conseqüentemente, a imprevisibilidade e irracionalidade sempre latente em toda decisão judicial.

Sendo assim, resta patente que a possibilidade de irrupção de uma idéia inconsciente é um 'furo' que atinge toda teoria racional, inclusive a analítica existencial, uma vez que, como assinalado no item III.3.3, HEIDEGGER construiu

---

<sup>631</sup> STEIN, Ernildo. *Culpa e melancolia: um novo regime de objetos*. In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000 (coleção Filosofia nº 114).

seus existenciais no mundo da consciência sem levar em consideração o inconsciente (afinal, quando dele se trata, não há pré-compreensão que resista).

No entanto, mesmo considerando que a analítica existencial negligencia o aspecto psicanalítico na constituição dos sentidos pelo *Dasein*, não tendo ciência de seus limites, reputa-se que o existencialismo heideggeriano, combinado com a hermenêutica filosófica gadameriana, é base teórica confiável e suficiente para a comprovação da abertura subjetiva inerente a toda *applicatio* jurídica no horizonte do consciente, até por que são teorias que se apresentam afastadas da onipotência da razão moderna.

Partindo da analítica existencial, os momentos finais da dissertação foram dedicados à hermenêutica filosófica de GADAMER, onde as categorias do círculo hermenêutico, da distância temporal e história efetual permitem a elevação da historicidade da compreensão a princípio hermenêutico.

Desde aí, tornou-se defensável a tese da unidade da *applicatio*, sua ausência de método e que esse processo unitário (interpretação/compreensão/aplicação) se realiza sempre no termo médio, no entremeio do círculo hermenêutico.

Tudo isso, adicionado ao entendimento de que, especialmente no Direito, a racionalidade hermenêutica é uma aliada da apofântica, de modo que, se o texto empresta o sentido inicial do *Dasein*, este, por possuir capacidade lógica de raciocínio, depara-se com a estrutura, abre-se a ela e 'aceita' sua provocação estrutural ao permitir que ela auxilie na promoção de novos sentidos (estrutura do sentido, estrutura que provoca sentido...) em seu universo lingüístico, leva à conclusão que a aplicação do Direito se realiza entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimp. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000, p. 266 (col. Leituras filosóficas).
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tópicos. Dos Argumentos Sofísticos*. trad. da versão inglesa de W. A. Pickard – Cambridge de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 9ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002.
- AUBENQUE, Pierre. *As filosofias helenísticas: estoicismo, epicurismo, ceticismo*. In: CHÂTELET, François (dir). *A filosofia pagã. Do século VI a.C. ao século III d.C.* Traduzido da 1ª edição francesa por Maria José de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*, trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003.

BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. 2ª ed. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.

BERTOLIS, Ottavio de. *Il diritto in San Tommaso D'aquino: Un'indagine filosofica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2 ed. trad. Sergio Bath. Brasília: Editora UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed., trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo de. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras – casualidade de sentido e adequação estruturo-funcional*. Tese (Doutorado em Direito) Florianópolis: 2000, Inédito.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

\_\_\_\_\_. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. trad. Daniela Brückner y José Luis de Castro. Madri: Editorial Civitas, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal. Parte geral*. 7ª edição. São Paulo: Edições Paloma, 2001.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. trad. Edmilson Alkmim Cunha. São Paulo: Editora LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito, Política e Magistratura*. trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O sentido atual da metodologia jurídica*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – volume comemorativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël*. trad. Lucy Magalhães, rev. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 1997 p. 78.

\_\_\_\_\_. *Vida e obra*. In KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura* (Col. Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. trad. da 5ª ed. Alemã, Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica: Una introducción filosofica I*. 2ª ed. Colônia del Carmem: Distribuciones Fontamara, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coord). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, et all. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, ano 30 n. 30, 1998.

\_\_\_\_\_. *Prefácio*. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DARTIGUES, André. *O que é fenomenologia?* 7ª ed. trad. Maria José J. G. de Almeida. São Paulo: Centauro, n/d.

DESCARTES, René. *Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 49 (col. Os Pensadores).

DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. trad. E. Alves, J. Clasen e L. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Método para uma filosofia da libertação*. trad. Jandir João Zanotelli. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de constitucionalidade das leis municipais*. 3ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

\_\_\_\_\_. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *Normas constitucionais programáticas – normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Prefácio*. In: VIEHWEG, Theodor, *Topica e Jurisprudência*. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979, (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 01).

FLICKINGER, Hans-Georg. *Da experiência da arte à hermenêutica filosófica*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (col. Filosofia n. 117).

FONSECA, Ricardo Marcelo da. *Modernidade e contrato de trabalho: Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FRANCO JUNIOR, Hilário. *A idade média: nascimento do ocidente*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREUD, Sigmund. *Formulações sobre os dois princípios do acontecer psíquico*. In: FREUD, Sigmund. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. coord. geral da tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago ed., 2004 (col. obras psicológicas de Sigmund Fred, vol. 1).

FREUD, Sigmund. *Alguns comentários sobre o conceito de inconsciente na psicanálise*. In: FREUD, Sigmund. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente*. coord. geral da tradução Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: Imago ed., 2004 (col. obras psicológicas de Sigmund Fred, vol. 1).

\_\_\_\_\_. *O mal estar na civilização*. trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

\_\_\_\_\_. *As cinco lições de psicanálise. Contribuições à psicologia do amor*. trad. Durval Marcondes et all. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Homem e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (col. Filosofia n. 117).

\_\_\_\_\_. *Sobre o círculo da compreensão*. In, ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luís. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, (coleção Filosofia – 117).

\_\_\_\_\_. *Verdade e Método II: Complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano).

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros. *O discurso neoliberal e a teoria da regulação*. In: *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. trad. Benno Dischinger. São Paulo: Unisinos, 1999, (coleção Focus).

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *O retorno ao fundamento da metafísica*. In: *Conferências e Escritos filosóficos*. trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (col. Os pensadores).

\_\_\_\_\_. *Ser e Tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tempo e Ser*. In: *Conferências e escritos filosóficos*. trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (col. Os pensadores).

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. (da 20ª ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. trad. Ernildo Stein, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUISMAN, Denis. *História do existencialismo*. trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001.

HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70.

\_\_\_\_\_. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 19 ed. trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2003.

JAPIASSU, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, (Col. Os Pensadores).
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3 ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6 ed. trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das letras, 2002.
- KOZICKI, Katya. *H.L.A. HART: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito*. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, Ilha de Santa Catarina, dissertação de mestrado aprovada em 1993, Inédito.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LACAN, Jacques. *Escritos*. 4ª ed. trad. Inês Oseki-Depré. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. trad. Fátima Sá Correia et all. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. trad. Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed., pref. e adap. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite: Ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Editora, 2004.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988, p. 103.
- LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 5ª ed. rev. trad. de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy, São Paulo: Cortez, 1994.
- LUDWIG, Celso Luiz. *Formas da razão – racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, Tese de Doutorado aprovada em 1997, Inédito.
- \_\_\_\_\_. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 1995, Inédito.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: Conceito, Objeto, Método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Subsídios para se pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise*. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, et all. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich *A ideologia Alemã*. trad. Luis Cláudio de Castro e costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, (col. Os Pensadores).

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. *Temas constitucionais*. Cuiabá: Edições FESMP, 2000, (série Positividade e Sociedade, n° 01).

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2ª ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. Vol. I, Parte histórica. Coimbra: Armênio Amado editor, 1947, p. 250.

NASIO, J-D. *Introdução à obra de Freud*. In: NASIO, J-D (org.) *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. trad. Vera Riberiro, rev. Marcos Comaru. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1995.

OLIVEIRA NETO. Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.

PASCAL, Georges. *Descartes*. trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 44. (col. Universidade hoje).

\_\_\_\_\_. *O pensamento de Kant*. 8 ed. trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2003.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. *A filosofia do direito e a filosofia prática: o ethos enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade do direito*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, Tese de Doutorado aprovada em 2002, Inédito.

PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luis Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: Ed. UNESP, 2001, (col. Biblioteca de Filosofia).

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*. Trad. Vergínia J. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RACHID COUTINHO, Aldacy. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 (col. Biblioteca de Teses).

REALE, Giovane, ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. Vol. II, 6ª ed. trad. n/d. São Paulo: Paulus, 2003.

\_\_\_\_\_. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. Vol. I. 7 ed. trad. n/d. São Paulo: Paulus, 2002.

\_\_\_\_\_. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. Vol III. 6ª ed. Trad. n/d. São Paulo: Paulus, 2003.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'O Federalista'*. 1º vol. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2004.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

\_\_\_\_\_. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Sir David. *Aristóteles*. 3ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional – anotações nucleares*. Curitiba: Juruá editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

SOUZA LEITE, Márcio Peter de. *A negação da falta: cinco seminários sobre Lacan para analistas kleinianos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

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

\_\_\_\_\_. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, ps. 16 e ss. (coleção Filosofia – 40).

\_\_\_\_\_. *Culpa e melancolia: um novo regime de objetos*. In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000 (coleção Filosofia nº 114).

\_\_\_\_\_. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EdicPUCRS, 2000, p. 266, (coleção Filosofia – 114).

\_\_\_\_\_. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988.

\_\_\_\_\_. *Seis estudos sobre 'SER E TEMPO' (Martin Heidegger)*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 6ª ed. ,trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979, (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 01).