

Hermenêutica e interdisciplinariedade no direito: um diálogo entre o Brasil e os Estados Unidos*

José Carlos Moreira da Silva Filho**

Sumário: Introdução; 1. Por uma teoria que supere a dicotomia entre teoria e prática; 2. A interdisciplinariedade no Direito; 3. O conhecimento retórico (*rethorical knowledge*) no Direito; Considerações finais; Referências.

Resumo: O artigo foca o pensamento do jurista estado-unidense Francis Jay Mootz, professor de Direito na Penn State University, destacando a intersecção que promove entre o Direito e a hermenêutica filosófica. Os temas descortinados concentram-se em torno do debate sobre a relação entre teoria e prática no Direito, o intercâmbio interdisciplinar e o enfoque do universo jurídico como produtor de um *conhecimento retórico*.

Palavras-chave: Hermenêutica; Interdisciplinariedade; Teoria no Direito; Conhecimento retórico; Francis Jay Mootz.

Abstract: The article focus the work of Francis Jay Mootz, a jurist from the USA who is law professor in the Penn State University. It emphasizes the intersection that this author promotes between law and philosophical hermeneutics. The discussed subjects are the relationship between theory and practice in law, the interdisciplinary exchange and the focus over the juridical field as a *rethorical knowledge* producer.

Keywords: Hermeneutics; Interdisciplinarity; Theory in Law; Rhetorical knowledge; Francis Jay Mootz.

Introdução

De um modo geral, o envolvimento no cotidiano é tão intenso que quando se considera a realidade de um outro país, imagina-se que deve ser tudo completamente diferente, não guardando relação alguma com as questões mais frequentes que diuturnamente se apresentam. Isto é verdade também em relação a países cujas manifestações culturais estão a todo o instante em volta, pois por mais familiar que muitos aspectos dessa cultura estrangeira possam parecer, evidencia-se uma grande diversidade de comportamentos e atitudes presentes na vida cotidiana.

* Este artigo é resultado parcial do projeto de pesquisa “Relações contratuais: em busca de um novo modelo jurídico a partir da ética da alteridade e da hermenêutica filosófica”, coordenado pelo Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho e financiado pela UNISINOS.

** Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, da Especialização em Direito Privado e da Graduação em Direito da UNISINOS.

Pense-se a partir do Brasil em relação a um país como os Estados Unidos, por exemplo.

Caso sejam consideradas as diferenças entre os sistemas jurídicos e as bases técnicas, científicas e teóricas que os sustentam, perceber-se-á o que acima foi registrado com ainda maior nitidez. Como se sabe, o sistema jurídico estado-unidense pertence à tradição da *common-law*, e o brasileiro à tradição romano-germânica. Apesar dessa grande diferença, contudo, é possível encontrar inúmeros pontos de contato. O objetivo deste artigo é focalizar um destes pontos: o da reflexão filosófico-jurídica. Tal tarefa será desenvolvida analisando as contribuições de um autor estado-unidense que tem escrito e se preocupado com temas muito próximos aos que tem despertado grande interesse, pesquisa e atenção na seara acadêmica do direito brasileiro.

Francis Jay Mootz III é professor de Direito na *Penn State Dickinson School of Law*, localizada na cidade de Carlisle no Estado da Pennsylvania. Além de ser professor de direito contratual, é investigador atuante na intersecção da filosofia com o direito, como, aliás, já denuncia a sua formação: *Masters of Arts* em Filosofia e *Juris Doctor* em Direito.¹ Entre os seus escritos, destacam-se vários artigos que possuem algo em comum. Todos eles, praticamente, trazem a hermenêutica filosófica de Gadamer como norte teórico e perseguem a promoção de uma análise interdisciplinar do Direito, buscando apoio especialmente na filosofia. Sem dúvida alguma, essas foram as características que de imediato despertaram o interesse pelo seu trabalho² e que o conectam diretamente aos cada vez mais numerosos estudos que, no Brasil, têm promovido a necessária intersecção entre filosofia e direito.

O intuito deste artigo, portanto, é tornar evidente a conexão temática e acadêmica com um autor pertencente a um sistema jurídico tão distante e diferente do pátrio, mostrando que a proposta de se estudar o direito e a filosofia de maneira interdisciplinar revela-se uma opção exercida e necessária não só no âmbito nacional, mas também internacional. Além disso, é importante dar destaque para o enfoque

¹ *Juris Doctor* é o primeiro grau ou título profissional que pode ser atingido por quem se forma em Direito. Trata-se de um grau indispensável para que se possa exercer a advocacia nos EUA. É algo semelhante ao Exame da Ordem dos Advogados no Brasil. Já o *Masters of Arts* equivale ao mestrado brasileiro e se volta para as áreas de Humanidades, Ciências Sociais, Artes e Teologia.

² O intercâmbio acadêmico com o autor tem rendido proveitosos frutos. Numerosos artigos foram trocados, assim como livros, tendo já sido estabelecido um contato pessoal através de visitas mútuas. Uma primeira referência à análise gadameriana do direito desenvolvida pelo autor pode ser encontrada em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 92-94.

do direito a partir da hermenêutica filosófica, deixando claro que se trata de uma linha de investigação compartilhada com outros autores no mundo, e não apenas com alguns autores brasileiros.

1 Por uma teoria que supere a dicotomia entre teoria e prática

Uma das perguntas mais cruciais lançada pelo autor em seus escritos é: qual o papel da teoria no Direito?³ Pensando sobre as possíveis respostas para tal questionamento, uma posição que costuma ser comum é a de que a teoria quando projetada para o Direito não passa simplesmente de um vão exercício intelectual realizado por aqueles que querem fugir da prática, encerrando-se em uma verdadeira torre de marfim. São dessa opinião inúmeros advogados, juízes, estudantes e até mesmo professores de Direito. Se tal constatação é verdadeira no Brasil, não deixa de assim o ser igualmente no cenário estado-unidense.

Como se não bastasse essa desconfiança de inutilidade que paira sobre a reflexão teórica no Direito, vive-se uma época na qual a suspeita sobre a teoria tornou-se um procedimento generalizado. Já é lugar comum a idéia de que a pós-modernidade trouxe um desmantelamento dos grandes modelos teóricos, que a época das grandes narrativas já encontrou o seu ocaso. A teoria passa a ser vista como uma estética provocativa ou ainda como um discurso teórico cuja melhor habilidade é a de descrever a impotência da própria teoria. O curioso disto tudo, lembra Mootz, é que a posição pós-moderna de repúdio à teoria é apresentada teoricamente, através de jargões complexos e intrincadas análises conceituais.⁴

Mootz comenta que os que se dedicam à profissão acadêmica no Direito costumam se defender da pecha de fugitivos da realidade apelando para, basicamente, dois argumentos.⁵ De um lado, coloca-se a ênfase no conhecimento superior obtido com a saída da dimensão cotidiana e o seu usual hábito não-reflexivo, de outro lado, indica-se uma utilidade técnica para a teoria, vista como um conhecimento que vem “de fora” e cujo propósito é o de aprimorar e atualizar as práticas cotidianas dos trabalhadores jurídicos.

Diante dessas opções para situar a pertinência da teoria no Direito, o autor não escolhe nenhuma delas, registrando que o tema requer uma análise mais aprofundada sobre a própria relação entre a teoria e a prática e sobre o que delas se pode esperar. Apoiando-se em Aristóteles e na leitura mais recente que dele foi

³ MOOTZ, Francis Jay. A future foretold: neo-aristotelian praise of postmodern legal theory. **Brooklyn law review**. nº 3, p. 683-719, 2003. Vol. 68.

⁴ *Ibid.*, p. 689.

⁵ *Ibid.*, p. 687.

feita por Heidegger e Gadamer, Mootz aponta para a noção da teoria como uma “disposição dentro da prática”, como um “engajamento na prática portando um comportamento distinto”.⁶

Em Heidegger, assinala Mootz, é patente a crítica à ciência moderna e a redução que esta propiciou da técnica a um procedimento de cálculo e manipulação e da teoria a uma abstração filosófica a serviço da tecnologia. Com isto, ambas restaram afastadas da dimensão da *praxis*. Contrariamente a tal entendimento, Heidegger enfatiza o uso antigo da palavra *theoria* enquanto a participação em um ritual de celebração, destacando uma intensa participação nas coisas da vida cotidiana, dando a esta uma nova luz e qualidade, e não recomendando o afastamento dela. Explica-se melhor, a seguir, esta idéia na qual prática e teoria se formam a partir e dentro da dimensão do *mundo da vida*.

Segundo Heidegger, nossa experiência do mundo é uma forma de pertencimento, uma forma de *praxis*, que descortina a dimensão do *Dasein* (*ser-aí*) em seu *ser-no-mundo*, ela vem antes da separação moderna entre teoria e prática. Todo conhecimento teórico só faz sentido a partir desta dimensão inaugural, que é profundamente prática, não no sentido de um conjunto de técnicas que consciente e racionalmente manipulam a realidade, mas sim no sentido de um conjunto de significados que constituem o modo de vida de qualquer pessoa desde a formação de sua autoconsciência. Sua relação com as coisas, com as outras pessoas e consigo mesma é algo que já se encontra mediado por uma compreensão inaugural, antes mesmo que possa ser conscientemente percebida como um objeto de reflexão teórica. É irreal pensar em uma teoria que possa colocar o seu ponto de partida à margem da vida prática e contextualizada (como fez Descartes em sua busca do *cogito* como ponto arquimédico em relação ao mundo).

Como bem assinalou Bauman, na sua análise da compreensão em Heidegger, a teoria surge a partir de alguma ruptura na dimensão prática e cotidiana do homem, quando algo não faz sentido, ou seja, quando não é reconhecido como familiar, quando algo não funciona como se esperava.⁷ É neste momento que o sujeito se distancia daquele algo e começa a pensá-lo, percebendo que existem outras possibilidades para designá-lo e compreendê-lo.⁸ Em um mundo totalmente familiar, sem rupturas

⁶ *Ibid.*, p. 690.

⁷ Assim, por exemplo, se a Constituição fizesse parte de uma prática jurídica habitual e costumeira, não haveria, talvez, tantos esforços de reflexão teórica sobre sua natureza e interpretação, não haveria tanta necessidade de pensá-la.

⁸ Tal processo costuma ocorrer não só em relação a coisas e situações que nunca foram antes vistas ou sentidas, mas também e principalmente a coisas para as quais já se tinha um sentido que, até aquele momento, não tinha encontrado razão alguma para que fosse questionado. Trata-se do senso comum, algo que é, ao mesmo tempo, fonte e alvo da interrogação e da reflexão humanas.

e vazios de sentido, não haveria espaço para a teoria, pois todas as possibilidades seriam sempre iguais à realidade.⁹

Para Mootz, Heidegger teria percebido em Aristóteles uma concessão à teoria como uma forma de *praxis*, que não pode ser distinguida nitidamente em relação à *phronesis* ou a *techne*.¹⁰ Ademais, a análise aristotélica da *phronesis* também indicaria claramente a dimensão unitária e inaugural da *praxis*, na qual a nítida distinção entre teoria e prática perde o seu sentido.

Quem, contudo, efetivamente destaca o conceito de *phronesis*¹¹ em Aristóteles como um meio para restabelecer o equilíbrio entre teoria e prática, rompido com a ciência moderna, é Hans-Georg Gadamer. A *phronesis* indica de modo indubitável o pertencimento da teoria às práticas sociais. A teoria “não é o domínio apenas dos

⁹ Esta familiaridade com as coisas, que caracteriza a dimensão prática, inaugural e cotidiana da compreensão humana designa o que Heidegger chamou de *estar-à-mão* ou simplesmente o *à-mão*. Esclarece Bauman que: “‘Estar circunstanciado’ es la cualidad existencial de todo aquello que es ser-a-la-mano. Aquello está plenamente determinado dentro de mi mundo-vital, si bien raramente paro mientes en su determinación para intentar articularlo. En efecto, estoy familiarizado con su significado, sé de alguna manera que la cera está allí para sellar, que el martillo está allí para martillar y que el perro lo está para jugar con él. Sé todo aquello en que consiste mi existencia, si bien no lo conozco *teóricamente*; es decir, no tomo distancia del objeto de mi conocimiento. La diferenciación entre sujeto y objeto es una diferenciación teórica, que se percibe *después* de que la ‘diferenciación’ haya sido establecida. No se superpone a la diferenciación entre mi existencia (*Dasein*) y el mundo de mi existencia, que me es dado constantemente y siempre como una unidad [...]. [...] El proceso que conduce al conocimiento teórico se pone en marcha cuando las cosas revelan que su posibilidad de ser-a-la-mano, su aptitud para ser manipuladas, su conveniente idoneidad, no son cualidades que puedan ser dadas por garantizadas. [...] El conocimiento teórico surge de la revelación de posibilidades; del descubrimiento de que la realidad familiar no agota el campo de posibilidades; de un ‘cabezazo’ contra la falta de ajuste entre realidad y posibilidad. Comenzamos a pensar sobre la ‘esencia’ de las cosas como su propiedad, cuando descubrimos la posibilidad de las cosas de no estar o de ser diferentes.” (grifos do autor) (BAUMAN, Zygmunt. **La hermenéutica y las ciencias sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 153-155).

¹⁰ MOOTZ, **A future foretold**..., p. 693.

¹¹ Em linhas gerais, o conceito de *phronesis*, apresentado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, indica uma sabedoria ética, que só se revela na prática. Como assinalou lapidarmente Comte-Sponville, “é uma sabedoria da ação, para a ação, na ação” (COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 39). Trata-se de uma medida da ação moral, que deve ser descoberta na própria situação que pede a conduta do agente. A *phronesis* (traduzida pelos latinos por *prudencia*) é uma deliberação sobre os meios, é uma medida da virtude e sinaliza na direção de um conhecimento que é eminentemente prático, que envolve um certo teorizar a respeito do que se deve fazer, mas sempre considerando o momento específico que demanda o comportamento em questão. Uma explicação bem clara e sucinta a respeito da *phronesis*, e articulando-a com o Direito, pode ser vista em: BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de (orgs.). **Anuário do programa de pós-graduação em Direito**. Mestrado e doutorado 1998-1999. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 163-192.

cientistas ou dos especialistas da academia; ela é intimamente conectada com as práticas sociais” (tradução nossa).¹² *Aphronesis* indica algo que é simultaneamente conhecimento, experiência e ação.¹³

Gadamer recorre à ética aristotélica¹⁴ com o intuito de fundamentar a sua tese de que, quando interpretamos um texto, além de já estarmos partindo de uma necessária compreensão sobre o que ele diz, nós, ao mesmo tempo, o estamos aplicando (*applicatio*).¹⁵ Ou seja, a compreensão, a interpretação e a aplicação indicam um momento único, que não pode ser desmembrado. Interpretar verdadeiramente um texto (e, em especial, um texto normativo)¹⁶ significa considerá-lo sempre a partir da situação concreta que pede a sua leitura: a situação hermenêutica na qual se situa o intérprete, de tal maneira que o sentido do texto sempre se apresenta como algo que faz frente às interrogações e expectativas de uma dada situação interpretativa, a qual é sempre diferente, e daí porque o sentido do texto é sempre construído e não simplesmente reproduzido.

Nota-se, pois, que, a partir da perspectiva gadameriana, e de sua leitura de Aristóteles, a teoria não pode ser concebida como algo que esteja à margem ou fora da prática. É o que conclui Mootz:

A teoria nunca pode ser completamente segregada do engajamento prático com os outros porque ela é um comportamento dentro da prática. Contudo, a teoria é uma abertura para diferentes entendimentos que pode revelar a natureza improdutiva de certos preconceitos prevalentes [...]. (tradução nossa)¹⁷

Portanto, não somente a teoria está indissolúvelmente ligada à prática, já que se concebe dentro dela, como é, inclusive, o modo de se libertar de hábitos imperceptíveis e inautênticos, que, a partir de determinado momento, revelam-se inadequados para fazer frente à realidade, sempre histórica, cambiante e social.

¹² *Ibid.*, p. 697. No original: “[...] theory is not the dominion only of scientists or academic specialists; it is intimately connected with social practices.”

¹³ *Ibid.*, p. 695.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 465-482.

¹⁵ *Ibid.*, p. 459-464.

¹⁶ É digno de nota o fato de Gadamer perceber na hermenêutica jurídica o caráter exemplar da tese da *applicatio*. Ver: *Ibid.*, p. 482-490.

¹⁷ MOOTZ, **A future foretold**..., p. 694. No original: “Theory can never be completely segregated from practical engagement with others because it is a comportment within practice. Nevertheless, theory is an openness to different understandings that can reveal the unproductive nature of one’s prevailing prejudices [...].”

Por todos esses motivos é que, para Mootz, propor a teoria como uma intervenção para corrigir a prática legal “desde fora” seria reforçar a distinção moderna entre teoria e prática. Muito mais do que propor uma utopia emancipatória que possa ser colocada em um panteão conceitual, o papel da teoria no Direito deve ser o de propor uma “reflexão histórica”, que saia e se volte sobre as práticas sociais.¹⁸

2 A interdisciplinariedade no Direito

Partindo do modelo indicado no item anterior para a reflexão teórica no Direito, isto é, como uma reflexão que se desenvolve no interior da própria prática, é que se torna propícia a interdisciplinariedade. Contudo, assim como a teoria pode ser refém de mal-entendidos quanto à posição que ocupa no Direito, o mesmo pode ocorrer com a investigação interdisciplinar. Observa Mootz que, em grande parte dos encontros interdisciplinares que envolvem o Direito, o que na verdade ocorre é mais semelhante a uma “colonização intelectual mútua” do que a um verdadeiro intercâmbio disciplinar.¹⁹

¹⁸ Esta é a clara conclusão de Mootz: “Meu objetivo é despertar nos teóricos do direito a lembrança de sua finitude e historicidade, e de persuadi-los de que devem abandonar os esforços ‘teóricos’ de pisarem fora de sua situação hermenêutica.” (tradução nossa) (*Ibid.*, p. 718). No original: “My goal is to awaken in legal theorists a recollection of their finitude and historicity, and to persuade them that they should abandon ‘theoretical’ efforts to step outside their hermeneutical situation.” Para Heidegger e sua perspectiva fenomenológica, esse é o papel central da teoria: o de lembrar ao homem o seu caráter existencial, abdicando da milenar pretensão de apreender totalmente em seus limites verbais, descritivos e apofânticos o sentido último da realidade. O próprio esforço teórico de Heidegger em *Ser e Tempo* não pode ser visto como uma descrição completa das estruturas do homem, pois a verdade do Ser, a radical e profunda finitude e temporalidade humanas, não é algo que possa ser dito pela teoria, mas que só pode ser vivenciado. Eis o profundo caráter fenomenológico e existencial de seu pensamento e a explicação para o papel decisivo dos estados de ânimo e do sentimento como um existencial do *Dasein*. Um excelente aprofundamento deste argumento (útil para rebater as acusações normalmente feitas ao pensamento heideggeriano de ser tão metafísico quanto os que ele critica) e, ao mesmo tempo, uma elucidativa análise de *Ser e Tempo* podem ser conferidos em: RICHARDSON, John. **Existential epistemology**: a heideggerian critique of the cartesian project. Oxford: Clarendon Press, 1986.

¹⁹ Nesse sentido, alerta Mootz que: “O perigo primário que ameaça todo esforço interdisciplinar é que as duas disciplinas retenham seus pré-concebidos auto-entendimentos disciplinares durante o intercâmbio. Um encontro interdisciplinar vital, a mim parece, requer que ambas as disciplinas aceitem o desafio implícito de reconsiderar os preconceitos que ajudaram a formar suas fronteiras disciplinares e reconstruam seu entendimento dos meios e fins legítimos de investigação. Muito freqüentemente, porém, o que passa por uma sabedoria interdisciplinar envolvendo a teoria do direito é mais semelhante à mútua colonização intelectual, com a qual quero significar a convergência superficial de duas disciplinas distintas que possuem estratégias parecidas para subjugar a outra. O direito procura discursos externos para sustentar a legitimidade de sua estrutura disciplinar, enquanto outras disciplinas procuram relevância e importância dentro do pesado mundo da análise legal.” (tradução nossa) (MOOTZ,

Em muitos casos, o recurso do Direito aos outros campos do conhecimento costuma assumir o *padrão do perito*,²⁰ ou seja, o conhecimento da outra disciplina é respeitado como a opinião de um *expert* em algum assunto técnico que foge da alçada jurídica, mas tal opinião só é levada em conta dentro de uma moldura já preexistente e constituída no interior do universo disciplinar do Direito (no qual, inclusive, a opinião do *expert* pode ser perfeitamente descartada como irrelevante).

Além do padrão do perito, a reflexão interdisciplinar no Direito costuma também se desenvolver a partir de um certo complexo de inferioridade, segundo o qual não haveria suficiente rigor científico sustentando as práticas legais. Tal sentimento de inferioridade levaria os juristas a “saquearem as ciências humanas”²¹ em busca de legitimação científica para a sua atividade, o que, no fim das contas, seria feito sem muito rigor científico.

De outra banda, é também comum que outras áreas científicas, quando instadas a analisarem o Direito, acabem por querer projetar sobre as práticas jurídicas o crivo de sua própria disciplina, descartando ou ignorando os aspectos peculiares que perfazem a atividade e a reflexão jurídicas. Mootz comenta o exemplo de um encontro entre lingüistas e juristas ocorrido na *Northwestern University* em 1995. Pelo viés lingüístico apresentado no evento, como os atores jurídicos não agem segundo as regras objetivas da lingüística, suas práticas não são científicas, mas sim o reflexo do exercício de um poder político irrestrito.²² Já boa parte dos juristas que estavam

Francis Jay. Desperately seeking science. *Washington University Law Quarterly*. nº 3, p. 1010, 1995. Vol. 73). No original: “The primary peril threatening every interdisciplinary effort is that the two disciplines will retain their pre-conceived disciplinary self-understanding throughout the exchange. A vital interdisciplinary encounter, it seems to me, requires that both disciplines accept the implicit challenge to reconsider the prejudices that help to shape their disciplinary boundaries and to reconstruct their understanding of legitimate modes and purposes of inquiry. All too often, however, what passes for interdisciplinary scholarship involving legal theory is more akin to mutual intellectual colonization, by which I mean the superficial convergence of two distinct disciplines that have like-minded strategies for subjugating the other. Law seeks out external discourses to buttress the legitimacy of its disciplinary structure, while other disciplines seek relevance and importance within the weighty world of legal analysis.”

²⁰ *Ibid.*, p. 1012-1013.

²¹ *Ibid.*, p. 1012.

²² Assim expressa Mootz a conclusão de boa parte dos estudiosos da lingüística que estiveram presentes no referido encontro: “Se os atores legais não se conformam pelo sentido ordinário determinado cientificamente dos textos legais de autoridade, então o que passa por um discurso especializado entre juízes começa a se parecer muito com o arbítrio ilimitado de uma elite político-profissional.” (tradução nossa) (*Ibid.*, p. 1015). No original: “If legal actors do not abide by the scientifically determined ordinary meaning of authoritative legal texts, then what passes for a ‘specialized’ discourse among judges begins to look a lot like unconstrained discretion by members of a political-professional elite”. Não se percebeu aqui, assinala Mootz, que a prática jurídica vai além desses limites lingüístico-objetivos, visto que está associada a questões pragmáticas de moralidade e justiça: “A prática da interpretação legal é completamente infundida com uma pragmática que é

no encontro via na lingüística uma fonte de conhecimento sobre o sentido científico das proposições ordinárias, e que poderia ser útil na arena jurídico-argumentativa.

O que se observa em ambos os casos é que nenhuma das duas áreas estava disposta a rever as próprias estruturas a partir dos questionamentos propiciados pela outra. Uma situação em que ambas as disciplinas poderiam de fato realizar uma aproximação interdisciplinar, afirma Mootz, ocorreria a partir da ênfase na dimensão pragmática. Aqui se observaria uma tendência comum em ambas de fugirem do terreno eminentemente formal e conceitual e buscarem a concretude fática.²³

Em um mundo no qual se reconhece cada vez mais a inadequação dos enfoques isolados e compartimentalizados, e no qual se percebe a necessidade de repensar as próprias fronteiras do conhecimento, é importante um certo desarme das defesas epistemológicas, um desarme que não equivale à abdicação das estruturas cognitivas de cada ciência, mas sim à abertura do diálogo. Algo parecido com o modelo da conversação apresentado por Gadamer, segundo o qual ambos os conversantes apoiam-se e assumem seus preconceitos, mas, ao mesmo tempo, abrem-se para a possibilidade de alterá-los a partir das informações e argumentos trazidos pelo outro.²⁴

nimada por questões profundamente controvertidas de moralidade e justiça; conseqüentemente, a prática pode ser complementada pela ciência lingüística, mas certamente, até mesmo as mais discretas disputas legais, não serão nunca inteiramente determinadas por ela.” (tradução nossa) (*Ibid.*, p. 1017). No original: “The practice of legal interpretation is thoroughly infused with a pragmatics that is animated by deeply contested issues of morality and justice; consequently, the practice might be supplemented by linguistic science, but certainly even discrete legal disputes will never be wholly determined by it.”

²³ *Ibid.*, p. 1020-1021.

²⁴ O modelo da conversação em Gadamer ilustra exatamente o que o filósofo mais reteve de Platão: a estrutura do diálogo. No fundo, tratam-se das próprias bases filosóficas do Ocidente, já visíveis seja na maiêutica socrática ou na retórica sofística. Em Gadamer, o tema da conversação traz à tona o processo da “fusão de horizontes”, entendido como a descrição do que ocorre no entendimento hermenêutico. Este modelo, como se verá a seguir, é fortemente considerado por Mootz como a necessária base de uma concepção do direito por ele designada de *conhecimento retórico*. “Os conceitos centrais da filosofia de Gadamer podem ser explicitados a partir da afirmação de que a conversação é um modelo do encontro dialógico do entendimento hermenêutico. [...] Cada participante na conversação vem para o encontro com uma história que molda o que mais tarde será envolvido na discussão. Ser um debatedor sem preconceitos seria existir fora da história, e neste caso não poderia haver bases comuns para engajar outra pessoa na conversação. Preconceitos não são limitações rígidas, mas sim formam um horizonte que continuamente está em fluxo ao mesmo tempo em que a pessoa vive. O entendimento envolve a fusão de hoizontes na qual um assunto em comum é tomado por dois participantes em uma maneira que permite o seu desdobramento. Assim, uma conversação produz entendimento quando duas pessoas, trabalhando a partir de seus próprios preconceitos iniciais, encontram solo comum suficiente para desenvolver um tópico que informa ambos os participantes.” (tradução nossa) (MOOTZ, Francis Jay. *Rhetorical Knowledge in legal practice and theory. Southern California Interdisciplinary Law Journal*. nº 3, 1998, p. 502-503. Vol. 6). No original: “The central concepts

Entende-se, do mesmo modo, que o estudo interdisciplinar do direito obterá seus melhores frutos na medida em que busque repensar os próprios fundamentos do sistema jurídico que ora se apresenta, buscando construir uma compreensão mais rica e completa do fenômeno jurídico que possa fazer frente aos reclames cada vez mais intensos e diferentes do mundo da vida. Partindo, portanto, de tal entendimento quanto à investigação interdisciplinar, Mootz propõe um modelo oriundo da confluência com a filosofia no intuito de decodificar e transformar a prática jurídica, e que batizou de *conhecimento retórico*.

3 O conhecimento retórico (*rethorical knowledge*) no Direito

O impacto da *linguistic turn*²⁵ na teoria do Direito, em sua ampla gama de vertentes e tendências,²⁶ deixou patente a indeterminação e o caráter político da prática jurídica. Mas também abriu espaço para o nihilismo radical pós-moderno que acusa a prática jurídica de não ter qualquer racionalidade. Mootz contesta esta posição e propõe que a justiça deixe de ser buscada em esforços teórico-descritivos e seja vista como um produto do *conhecimento retórico*.²⁷ Este aponta para um conhecimento que se reconhece sempre como fruto de uma prática social, de uma interminável discussão a respeito dos temas que descortina. Entendido desse modo, o conhecimento retórico apresenta uma dinâmica que foge dos lugares absolutos e descritivos das tradicionais teorias da justiça, mas que, nem por isso, abre pleno campo ao arbítrio e ao irracionalismo.

No intuito de fundamentar o conhecimento retórico como um modelo teórico mais adequado ao Direito, Mootz recorre à hermenêutica filosófica de Gadamer e à

of Gadamer's philosophy can be explicated by working from the claim that conversation is a model of the dialogic encounter of hermeneutical understanding. [...] Each participant in the conversation comes to the encounter with a history that shapes what later evolves in the discussion. To be a discussant without prejudices would be to exist outside of history, in which case there could be no shared basis from which to engage another person in conversation. Prejudices are not rigid limitations, but rather they form a horizon that continually is in flux as the person moves through life. Understanding involves the fusion of horizons in which a common subject is taken up by two participants in a manner which allows the subject matter to unfold. Thus, a conversation yields understanding when two people, working from their own prejudiced starting points, find common ground sufficient to develop a topic that informs both participants.²⁷

²⁵ O assim denominado *giro* ou *virada lingüística* indica um novo solo filosófico: o da linguagem. Trata-se de uma nova concepção sobre a linguagem, não mais vista como algo que brota da consciência individual, mas sim como algo que, a partir de um solo que é sempre intersubjetivo, histórico e social forma a própria consciência, colocando-se em uma certa anterioridade em relação a ela. O solo da reflexão filosófica desloca-se, assim, do sujeito ou da consciência para a linguagem.

²⁶ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

²⁷ MOOTZ, *Rhetorical Knowledge*..., p. 496.

nova retórica de Perelmann. Com Gadamer, Mootz pretende trazer à tona o “fundamento sem fundo” que sustenta filosoficamente o entendimento da justiça como conhecimento retórico. E com Perelmann, Mootz pretende sinalizar mais diretamente para o caráter retórico da justiça, chamando atenção nem tanto para o seu fundamento filosófico, mas sim para a própria atividade retórica e seus recursos argumentativos.

Mootz preocupa-se em evidenciar a importância da retórica em várias passagens da obra de Gadamer, a começar pela referência que este faz, logo no início de *Verdade e método*, ao *sensus communis* de Vico.²⁸ Destaca, ainda, a atenção que Gadamer dedicou à figura do *diálogo* em Platão e a da *phronésis* em Aristóteles, já comentadas anteriormente.

O ponto central a ser aqui percebido em Gadamer é que a verdade científica e a própria investigação filosófica necessitam reconhecer o solo hermenêutico sobre o qual se formam e se sustentam. Este solo hermenêutico, por sua vez, aponta para uma tradição histórica que é formada e alterada mediante o dialógico processo da fusão de horizontes,²⁹ obedecendo, assim, a uma dinâmica que se aproxima do modelo retórico, já indicado na Grécia antiga.³⁰

Para Gadamer, a retórica não seria apenas uma mera técnica argumentativa de caráter manipulador, ela indica o caráter razoável associado a todo o entendimento. É a partir desse ponto que se pode situar o papel do pensamento crítico em Gadamer, acusado de estimular um viés conservador ao firmar o caráter universal do entendimento hermenêutico.³¹ Toda crítica só é possível a partir do reconhecimento de um solo comum entre os que participam do seu debate e da sua compreensão. É o que esclarece Mootz, concluindo que a principal tese de Gadamer em resposta às acusações de ausência de crítica em seu pensamento hermenêutico é que

²⁸ Esclarece Gadamer que “*sensus communis* significa aqui, certamente, não somente aquela capacidade universal que existe em todos os homens, mas, ao mesmo tempo, o senso que institui comunidade. O que dá à vontade humana sua diretriz, acredita Vico, não é a universalidade abstrata da razão, mas a universalidade concreta, que representa a comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana. [...] que não é um saber que se baseia em fundamentações, mas que permite encontrar o que é plausível” (GADAMER, op.cit., p. 63).

²⁹ A fusão de horizontes é uma das mais conhecidas categorias de Gadamer e quer indicar o processo que ocorre quando o intérprete, diante de um texto, o interpreta de maneira a não ignorar os seus próprios preconceitos. É como se, consciente da sua situação hermenêutica, o intérprete se abrisse ao horizonte significativo que o texto traz, mas sempre indicando uma confluência ou diálogo entre ambos. O horizonte do texto é recuperado a partir e em relação ao horizonte do intérprete. (*Ibid.*, p. 451-458).

³⁰ MOOTZ, *Rhetorical Knowledge...*, p. 507.

³¹ É famosa a crítica de Habermas de que ao colocar acento na autoridade da tradição, Gadamer estaria assumindo a proeminência das visões ideológicas e das relações de dominação construídas por esta mesma tradição, impedindo o desenvolvimento de um pensamento crítico e emancipatório. Cf. HABERMAS, Jürgen. A pretensão de universalidade da hermenêutica. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 26-72.

uma crítica emancipatória da sociedade é sempre derivada de nossas significativas participações na sociedade, e assim a crítica é sempre um comportamento particular de pertencimento. Gadamer sublinha que a dimensão retórica do conhecimento provê a motivação e os recursos para a crítica social, e, portanto, ele rejeita o impulso de desenvolver constructos filosóficos que pretendem exercer influência crítica desde fora da arena retórica. (tradução nossa).³²

Citando o livro de Georgia Warnke, *Justice and interpretation*, Mootz esboça o que seria uma concepção gadameriana da justiça. Em tal modelo, a justiça não seria o fruto de uma teoria descritiva que se projete como ponto arquimédico sobre as práticas jurídicas. Não seria, tampouco, o fruto de um consenso anônimo, mas sim o produto de um confronto argumentativo entre concepções diversas, que não necessariamente se apresenta como uma nova síntese dos entendimentos anteriores. A justiça estaria mais próxima de uma conversação hermenêutica que se reafirma a cada instante do que de uma cessação da conversação em prol do obrigatório consenso racional.³³

Ao contrário de Gadamer, cujo tema de investigação dizia respeito à universalidade hermenêutica e seus efeitos sobre as ciências do espírito e sobre a interpretação de textos, Perelman busca diretamente princípios de justiça e conclui que estes estão muito mais associados a um raciocínio argumentativo e retórico do que a uma demonstração lógico-formal.³⁴ Trata-se em Perelman de realçar o *razoável* em lugar do *racional*. “Perelman afirma que a prática da argumentação a respeito de assuntos de justiça possui um status epistemológico entre a dedução racional e a adesão fanática e irracional.” (tradução nossa).³⁵ A justiça é chamada por Perelman de *idéia confusa*, pois não pode ser esclarecida a partir do teste da

³² MOOTZ, *Rhetorical Knowledge*..., p. 511. No original: “an emancipatory critique of society is always derivative of our meaningful participation in society, and so critique is always a particular comportment of belonging. Gadamer stresses that the rhetorical dimension of knowledge provides the motivation and resources for social critique, and so he rejects the urge to develop philosophical constructs that purport to exert critical leverage from outside the rhetorical arena.”

³³ *Ibid.*, p. 512-514.

³⁴ Perelman se questiona: “Por que o jurista deve recorrer a raciocínios alheios à demonstração matemática?” E assim responde: “É, acima de tudo, porque deve tratar de questões de fato, que não podem resultar de raciocínios puramente formais. Mas, mesmo quando se trata de raciocinar em direito, as técnicas do raciocínio demonstrativo não podem ser suficientes. Basta refletir, um instante, no papel da controvérsia em direito, no modo como é organizado o procedimento que permite conhecer o pró e o contra, e se admitirá que estamos diante de técnicas de raciocínio alheias a matemática. É que, em direito, a pessoa não se contenta em deduzir, mas *argumenta*, e todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descurasse dessa situação ignoraria o que constitui a especificidade da lógica jurídica.” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins-Fontes, 1996. p. 472).

³⁵ (Tradução nossa) MOOTZ, *Rhetorical Knowledge*..., p. 515. No original: “Perelman contends that the practice of reasoning about matters of justice has an epistemological status between rational deduction and fanatical, irrational adherence.”

verdade absoluta e sim a partir do razoável. A tradição cartesiana se apóia no objetivo de “apagar” a confusão e não de sustentá-la ou de visualizar escolhas que possam ser igualmente sustentáveis.³⁶

Para Mootz, a *nova retórica* de Perelman é uma exortação a se pensar como se argumenta e não simplesmente um inventário ou conjunto de técnicas e métodos aplicáveis ao debate público. Quando Perelman traz a figura da *audiência universal*³⁷ ele não está querendo identificar os tipos de platéia para, a partir daí, propor as técnicas de persuasão e convencimento mais adequadas. O que ele pretende é realçar um modo de saber que se forme na expectativa de aceitação por todas as pessoas que sejam razoáveis. Tal aceitação ou convencimento, por sua vez, só acontecerá a partir e em diálogo com um horizonte histórico que, segundo Mootz, lembra o *sensus communis* de Vico ou a tradição da qual trata Gadamer.

Mootz preocupa-se em identificar na obra de Perelman uma constante preocupação filosófica, que não se deixa levar pela tentação de simplesmente oferecer um catálogo de técnicas e procedimentos de persuasão e convencimento, que evidencie uma dimensão ontológica (ainda que o desenvolvimento desta deixe, de fato, a desejar nos escritos de Perelman).

Eis o porquê Mootz recorre a Gadamer para propor o seu modelo, procurando compensar essa ausência ontológica da nova retórica de Perelman. Por outro lado, o recurso a Perelman se justificaria pelo fato de ele aproximar mais o discurso jurídico de uma racionalidade prática, indicando procedimentos e técnicas que reforçariam o reclame de racionalidade para a atividade jurídica entendida desse modo. Eis como Mootz justifica o “casamento” dos enfoques de Gadamer e Perelman para constituir o conhecimento retórico:

Gadamer e Perelman contam explicitamente com Aristóteles para desenvolver o seu comum esforço de deslocar a tradição cartesiana, mas eles não enfatizam o quanto a hermenêutica filosófica e a nova retórica reforçam-se mutuamente nessa tarefa. De uma perspectiva retórica, a hermenêutica filosófica provê orientação diante da “ansiedade cartesiana”: ao mover-se da epistemologia para a hermenêutica, os estudiosos podem desenvolver um viés ontológico da natureza social do entendimento e, assim, evitar as implicações relativísticas de simplesmente abandonar o modelo cartesiano de conhecimento sem oferecer um viés radicalmente novo. De uma perspectiva hermenêutica, a nova retórica provê orientação diante do idealismo hermenêutico: ao mover-se da ontologia para a política, os estudiosos podem promover uma investigação crítica orientada para aperfeiçoar nossas variadas práticas retóricas e, assim, evitar as implicações

³⁶ *Ibid.*, p. 517.

³⁷ PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34-39.

conservadoras de substituir o modelo cartesiano por um modelo postulado em noções abstratas de historicidade e finitude. (tradução nossa)³⁸

Sobre tal aproximação, o próprio Mootz pondera que, aparentemente, a ênfase de Gadamer no aspecto ontológico desautoriza qualquer tese metodológica, o que tornaria dificultosa a aproximação com a nova retórica de Perelman, visto que a perspectiva deste coloca maior acento justamente no aspecto metodológico. Para que o modelo de Mootz possa ser sustentado, portanto, é preciso evidenciar que a metodologia de Perelman pode ser pensada como uma metodologia crítica que seja consistente com os *insights* ontológicos de Gadamer.

Nesse sentido, Mootz assinala que a própria crítica de Perelman à filosofia cartesiana já estabelece um ponto de contato ontológico que vai na mesma linha da hermenêutica filosófica de Gadamer, e que sua obra aponta para além de um mero catálogo de argumentos e técnicas de persuasão. Por outro lado, a perspectiva gadameriana também não desautoriza um *approach* metodológico (patente nas várias menções que faz à tradição retórica), desde que as devidas consequências ontológicas sejam levadas em conta. Mais adiante se farão algumas ressalvas sobre este ponto. Antes, contudo, expor-se-ão algumas conclusões de Mootz ao projetar o conhecimento retórico sobre o Direito.

Assim, na prática jurídica, o realce sobre a atividade retórica e argumentativa não diz respeito apenas ao debate entre advogados e juízes no tribunal, refere-se também, por exemplo, ao diálogo entre os advogados e seus clientes, às atividades de negociação e assessoramento (inclusive com outros profissionais), e várias outras esferas onde as questões jurídicas são apresentadas e discutidas.³⁹ O julgamento, em verdade, apenas cristaliza um processo que é retórico desde a sua origem. Tal estagnação promovida pela decisão judicial exerce um grande fascínio nos teóricos

³⁸ (Tradução nossa) *Ibid.*, p. 530. No original: “Gadamer and Perelman both rely explicitly on Aristotle to develop their shared effort to displace the Cartesian tradition, but they underemphasize the extent to which philosophical hermeneutics and the new rhetoric reinforce each other in this task. From a rhetorical perspective, philosophical hermeneutics provides guidance in the face of the ‘Cartesian anxiety’: by moving from epistemology to hermeneutics, scholars can develop an ontological account of the social nature of understanding and thereby avoid the relativistic implications of simply abandoning the Cartesian model of knowledge without offering a radically new account. From a hermeneutical perspective, the new rhetoric provides guidance in the face of the hermeneutical idealism: by moving from ontology to politics, scholars can foster a critical inquiry oriented toward improving our various rhetorical practices and thereby avoid the conservative implications of replacing the Cartesian model with a model premised on abstract notions of historicity and finitude.”

³⁹ *Ibid.*, p. 569. Mootz chama atenção, no contexto do Direito estado-unidense, para a importância do debate entre advogados e clientes na construção da causa, aduzindo que o “melhor interesse do cliente” é uma noção altamente contextualizada e histórica, fruto de uma construção retórica e que perfaz o principal objetivo dos advogados.

preocupados com um enfoque descritivo que promova um conhecimento de caráter contemplativo e demonstrativo.⁴⁰

O recurso à fusão de horizontes de Gadamer e à audiência universal de Perelman são úteis para demarcar o aspecto intersubjetivo da prática legal, mantendo aberto o espaço, ademais, para uma certa inventividade, na qual reside o potencial crítico da prática legal, visto que esta sempre é um convite para a crítica dos lugares comuns admitidos⁴¹ (ainda que, pode-se acrescentar, tal convite não seja aceito com frequência).

Mas não apenas a prática jurídica, pondera Mootz, revela-se um fenômeno constituído no seio de um conhecimento retórico. A reflexão teórica no Direito também deve ser concebida do mesmo modo. Conectando-se com as idéias apresentadas anteriormente quanto ao papel da teoria no Direito, Mootz reafirma que esta não deve se apresentar como um esforço realizado “desde fora” da prática legal, mas sim como “prática retórica procurando conhecimento retórico”.⁴²

A teoria no Direito, todavia, costuma apresentar-se em três nichos que não se comunicam e que não se reconhecem nesse *medium* constituído pelo conhecimento retórico. São eles: a *teoria doutrinal*, a qual se pode simplesmente chamar de *doutrina*, a *teoria crítica* e a *teoria filosófica*.⁴³ A *doutrina* normalmente apresenta um conjunto de regras e categorias que se aproximam da prática jurídica cotidiana, mas não se inserem em sua dinâmica, permanecendo apartada como uma espécie de livro ou manual de regras que é eventualmente revisto de tempos em tempos. Já a *teoria crítica* vai além do nível dogmático e se apóia na dimensão social e institucional. Não pretende esclarecer a doutrina, mas situá-la em um quadro de práticas sociais mais amplo. E, finalmente, a *teoria filosófica* se debruça mais sobre a investigação conceitual do sistema jurídico como um todo e desenvolve características gerais do sistema legal.⁴⁴ Ela só se conecta de modo tangencial ao

⁴⁰ Conclui Mootz que: “Juizes e advogados enfrentam igualmente o desafio retórico de ‘dizer o que a lei é’, o que é muito mais uma atividade retórica do que um exercício contemplativo, uma questão de argumentação do que uma demonstração dialética.” (tradução nossa) (*Ibid.*, p. 571). No original: “Judges and lawyers alike face the rhetorical activity rather than a contemplative exercise, a question of argumentation rather than dialectical demonstration.” Nessa altura, importa levar em conta que o caráter argumentativo da prática jurídica é mais cristalino no caso estado-unidense. Na tradição jurídica continental, os doutrinadores e trabalhadores do Direito resistem a tal entendimento, amparando-se no mote da defesa à segurança jurídica, visto que ainda persiste o imaginário de que o texto legal, principal fonte de Direito neste sistema, traz consigo um sentido prévio que equivale à norma jurídica, logo, para tal prisma, a tarefa da prática jurídica seria muito mais descritiva e conceitual do que argumentativa.

⁴¹ *Ibid.*, p. 576-577.

⁴² *Ibid.*, p. 586.

⁴³ *Ibid.*, p. 595-603.

⁴⁴ Um típico exemplo desse tipo de teoria, informa Mootz, é a desenvolvida por Hart em seu *O conceito de direito*. Aliás, o próprio artigo de Mootz, aqui em comento, é por ele apresentado como uma reflexão teórica desta espécie.

dia-a-dia da prática legal e, geralmente, quando esta é referida em textos teórico-filosóficos, é apresentada como um exemplo inserido no curso de uma reconstrução teórica.

Todos esses níveis teóricos podem se conectar entre si. Uma teoria crítica, por exemplo, pode justificar e suscitar uma reforma doutrinária. Uma teoria filosófica pode conectar-se com aspectos da teoria crítica no sentido de contestar certas práticas jurídicas comumente aceitas. Mas o decisivo para o autor é que todos esses níveis de teoria no Direito explorem sua dimensão retórica, isto é, percebam sua própria natureza contextual e histórica e a necessária abertura para o diálogo com outros níveis, perspectivas teóricas do mesmo nível e com a própria prática jurídica, permitindo, assim, a abertura desta para outras práticas e discursos.

Indicando o que seria uma adequada interação e auto-reconhecimento dos três níveis teóricos no Direito anteriormente mencionados, propõe Mootz:

A teoria jurídico-filosófica tomaria conta das características retórica, hermenêutica, desconstrutiva e lingüística das trocas comunicativas que abrangem a prática legal, desenvolvendo assim uma concepção das capacidades que habilitam a prática a ir adiante. A teoria crítica do direito desalojaria a doutrina do seu reino conceitual etéreo e a resituaria no cenário institucional e cultural que serve de fórum para as possibilidades comunicativas identificadas na teoria filosófica, expondo assim como as capacidades retóricas são facilitadas e obstruídas na prática e localizando os efeitos das influências institucionais nas ações dos atores legais. A teoria jurídico-doutrinária se movimentaria dentro das ambigüidades e contradições doutrinárias para criar oportunidades para novos desenvolvimentos dos lugares comuns [no sentido de Perelman] em resposta a mudanças e concepções cambiantes. (tradução nossa)⁴⁵

Na avaliação de Mootz, o resultado de tal interação no Direito, bem como de sua facilitação pelas instituições jurídicas, traria uma interação mútua na qual cada membro da atividade jurídica reivindicaria maior atenção para o seu argumento, cabendo aos teóricos a análise da capacidade de cada instituição de situar seus argumentos de maneira bem-sucedida. O grande mérito de tal esquema seria o de

⁴⁵ *Ibid.*, p. 603. No original: “Philosophical legal theory would take account of the rhetorical, hermeneutical, deconstructive, and linguistic features of the communicative exchanges comprising legal practice, thereby developing an account of the capabilities that enable legal practice to move forward. Critical legal theory would dislodge doctrine from its ethereal conceptual realm and resituate it in the institutional and cultural settings that serve as the forum for the communicative possibilities identified in philosophical theory, thereby exposing how rhetorical capabilities are facilitated and hindered in practice and tracing the effects of institutional influences on the actions of legal actors. Doctrinal legal theory would move within doctrinal ambiguities and contradictions to create opportunities for new deployments of commonplaces in response to changing needs and conceptions.”

propiciar o desmascaramento dos preconceitos improdutivos, na medida em que os pressupostos ou *standards* jurídicos sempre sofreriam o teste de tal apreciação, tornando, assim, a prática jurídica mais transparente.

Exposta deste modo a proposta de Mootz acerca de um conhecimento retórico no Direito, é preciso, antes de mais nada, constatar que ela, na verdade, insere-se dentro do debate mais amplo sobre a intersecção entre a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação. Em outro artigo, já se ponderou a respeito do risco que um enfoque demasiadamente metodológico pode apresentar⁴⁶ (o que autoriza a repisar algumas das justificativas ali apresentadas). E nesse mesmo sentido é que se pode olhar com certas ressalvas para a articulação com a nova retórica de Perelman.

Não é raro que se apresente a tendência em se considerar a esfera argumentativa e suas regras de razoabilidade como o último fundamento necessário para sustentar um enfoque pragmático do Direito, obscurecendo a dimensão ontológica para a qual a hermenêutica filosófica chama atenção. Na verdade, os argumentos constituem uma via de iluminação dos preconceitos e pré-entendimentos que já se encontram alojados na base de todo o raciocínio jurídico. É nesta dimensão que se encontra a justificativa e o critério de utilização dos argumentos e não em regras gerais relativas a uma estrutura lógico-argumentativa.

Os argumentos devem ser vistos como possíveis caminhos pelos quais a pré-compreensão, que já se encontra em operação desde o início, pode ser esclarecida e colocada em confronto com a situação interpretativa, desde que se tenha tomado as devidas precauções contra as tentações auto-suficientes do discurso metódico. Os argumentos e suas regras não carregam consigo o fundamento sobre o qual a atividade interpretativa efetivamente se dá, eis por que não devem servir de véu para encobrir o nível anterior e fundante⁴⁷ (normalmente descartado pelos enfoques

⁴⁶ Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, ALMEIDA, Lara Oleques de, ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 67-92.

⁴⁷ Recorrendo a Hilary Putnam, Ernildo Stein trata de dois níveis de racionalidade. A racionalidade II diz respeito ao discurso próprio das ciências, enquanto a racionalidade I é a base sobre a qual a II se desenvolve. Ela é “um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe, mas não necessariamente explícita” (STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 158). Esse nível I, que está aquém da lógica formal, equivaleria à dimensão *transcendental*, mas, como Stein logo se apressa em dizer, não um *transcendental* que se amarra à subjetividade (aos moldes kantianos), mas sim um *transcendental não-clássico*, que indica um *standard* de racionalidade a partir da filosofia heideggeriana: a questão do ser ligada à compreensão do ser pelo *dasein*. Não se trata, assim, de considerar o nível I de racionalidade como um novo fundamento para o conhecimento. Mais apropriado seria designá-lo como um *fundamento sem fundo*. Esse ponto é bem explicado por Stein: “A novidade que constitui o ‘*standard* de racionalidade’ da fenomenologia

argumentativos), já que este constitui sinal de uma verdadeira transcendência:⁴⁸ a que parte da historicidade e temporalidade humanas. Já é tempo de se reconhecer isso. Durante muito tempo o pensamento jurídico procurou em vão essa autonomia metódica, não logrando encontrar uma solução satisfatória. Afirma-se aqui que o problema não é a errada escolha do método, mas a crença em que a solução seja encontrar um método, o qual traga em si o seu próprio fundamento. O fundamento estruturante, em verdade, nunca se coloca totalmente à disposição, como se fosse um ente, pois possui ele a natureza do ser (diferença ontológica). Antes que se possa explicitar um método como parâmetro de um processo hermenêutico, a compreensão já ocorreu. Assim, os procedimentos lógicos que são trazidos pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica devem auxiliar no esclarecimento das condições de interpretação em uma dada situação interpretativa. Tais condições não podem ser impostas por um método lógico, pois elas se antecipam a qualquer tentativa de empregá-lo conscientemente, logo o importante é que seja fornecido um instrumental discursivo que ilumine e explicita essas condições, pois assim o novo em relação ao texto pode emergir e a interpretação adequada ocorrer.

hermenêutica é que com ela se supera toda a questão extrínseca de fundamentação de um discurso e também qualquer veleidade de autofundamentação de qualquer discurso científico. Em todos eles dá-se uma pré-compreensão com que sempre operamos quando lidamos com os discursos do conhecimento especializado das ciências. Essa dimensão hermenêutica, porém, não permite uma fundamentação última, o estabelecimento definitivo de um sistema, pois a pré-compreensão participa apenas, como modo de ser do ser-aí, da condição humana de ser-no-mundo. Isso quer dizer que quando aí falamos em fundamento, falamos num fundamento sem fundo. Nada há exterior que dê legitimidade a essa dimensão transcendental e compreensiva pela qual a fenomenologia hermenêutica estabelece a racionalidade estruturante, processual e organizadora de qualquer discurso.” (STEIN, *op. cit.*, p. 167) Assumir este *fundamento sem fundo* para o Direito “significa descobrir, no Direito, um discurso que subjaz, como dimensão hermenêutica profunda, ao processo lógico-discursivo do sistema jurídico. Em geral, verificaremos que o Direito carrega consigo uma espécie de *standard* de racionalidade ingênuo. Isso quer dizer que a dogmática jurídica tende a reproduzir, pelo positivismo, uma forma objetivadora, incapaz de produzir a diferença entre a racionalidade I e a racionalidade II, ou entre a racionalidade de caráter entificador quando busca a validação do discurso jurídico.” (STEIN, *op. cit.*, p. 161).

⁴⁸ O *transcendental* significa a superação do nível empírico mediante um mergulho na própria estrutura cognitiva do homem, que possibilita toda experiência. Esse mergulho, porém, não deve levar a uma objetivação da experiência, mas sim à aceitação do modo de ser histórico e temporal do homem. “A fenomenologia hermenêutica aceita a impossibilidade de afirmações apodícticas no mundo da experiência e interpreta o ir para além dos limites da experiência como um explicitar o aquém da dimensão hermenêutica. Se percebermos as coisas assim, compreenderemos que o fundamento no Direito, ainda que represente procedimentos expostos em forma lógica discursiva, deve ser entendido como um modo de ser. [...] Todo o trabalho do Direito, uma vez que fomos atingidos pela fenomenologia hermenêutica, passa a ser realizado sob os cuidados de uma dupla interpretação. E quando fazemos Filosofia do Direito estamos basicamente chamando a atenção para a dimensão hermenêutica. Como ela nunca se dá separada do discurso apofântico, explicitador do Direito, todo o exercício deste como hermenêutica jurídica opera com a hermenêutica como pré-compreensão.” (STEIN, *op.cit.*, p. 170).

Assim, não parece acertado situar a finitude e a historicidade como entidades ideais e abstratas que seriam salvas pela concretude da esfera argumentativa, tal qual Mootz afirmou em citação feita acima. Tal concretude, se considerada por si, pode perfeitamente obscurecer o patamar no qual a consciência histórica se assume, e tal patamar nunca é apenas uma noção abstrata, pois ele deve ser sempre concretizado a cada situação hermenêutica. O que se admite, e aqui concordando de certa forma com Mootz, é que o ponto central da hermenêutica filosófica não é analisar os processos argumentativos nos quais os pré-juízos se expressam, e que uma boa atenção a este patamar pode ser útil para a autocompreensão do Direito como prática e ciência.

Além disso, é preciso admitir que o envolvimento dos atores jurídicos no processo argumentativo pode ter o condão de transformar os preconceitos que sustentaram o início do debate jurídico,⁴⁹ o que dá um realce especial para a dimensão crítica, não favorecida explicitamente no reconhecimento da universalidade hermenêutica.⁵⁰

De qualquer sorte, o que importa reter aqui é a pertinência do recurso à hermenêutica filosófica na teoria do Direito contemporâneo, evidenciando a adoção

⁴⁹ Nessa direção, Mootz critica a mais que comum afirmação de que o juiz utiliza os argumentos apenas para justificar a decisão que foi tomada desde o início: “A mesma concepção estreita da dimensão retórica da prática legal é evidente quando os teóricos reduzem o julgamento à formulação de uma justificação retórica aceitável para uma decisão. [...] A construção tardia de uma justificação silogística é só a ponta do iceberg retórico que resultou na decisão, e a inadequada atenção a esta fase tardia do julgamento nubla o processo retórico em julgamento.” (tradução nossa) (MOOTZ, **Rhetorical knowledge...**, p. 574). No original: “The same narrow conception of the rhetorical dimension of legal practice is evident when theorists reduce judging to formulating an acceptable rhetorical justification for a decision. [...] Later construction of a syllogistic justification is only the tip of the rhetorical iceberg that has resulted in the decision, and undue attention to this latter phase of judging clouds the nature of the rhetorical process in adjudication.”

⁵⁰ O realce da dimensão crítica da hermenêutica filosófica é um dos pontos centrais nos trabalhos de Mootz. Em outro artigo, que aqui não pode ser comentado, o autor aproxima a perspectiva crítica de Nietzsche da filosofia antimetáffica de Gadamer, assumindo explicitamente que não compactua com a pecha de conservador para Gadamer e de niilista pós-moderno para Nietzsche. O seu intento aqui é mostrar uma aproximação entre o perspectivismo nietzscheano e a fusão de horizontes gadameriana, evidenciando uma força destrutivo-criativa que não ignora a tradição na qual se apresenta, haja vista a própria ênfase de Nietzsche na genealogia, uma espécie de reconstrução constante do passado. Da aproximação entre Nietzsche e Gadamer, Mootz pretende reforçar a perspectiva crítica da hermenêutica filosófica e projetá-la como um modelo adequado para iluminar as práticas jurídicas, concentrando-se, no artigo em questão, no exemplo de três casos jurídicos acerca do *status* legal dos homossexuais nos Estados Unidos. Cf. MOOTZ, Francis Jay. Nietzschean critique and philosophical hermeneutics. **Cardozo Law Review**. nº 3, p. 967-1042, mar 2003. Vol. 24.

dessa direção por pesquisadores e juristas de um outro país, tão próximo e ao mesmo tempo tão distante como os Estados Unidos da América.

Considerações finais

As questões centrais que ocupam o labor acadêmico de Francis Jay Mootz, o jurista estado-unidense que foi alvo de atenção neste artigo, são de extrema importância no cenário da discussão teórica contemporânea do Direito.

Os temas do papel da teoria no Direito, da investigação interdisciplinar, do caráter pragmático e hermenêutico das práticas e reflexões jurídicas, da pertinência e da re colocação da crítica na dinâmica do Direito, evidenciam a proximidade das reflexões teóricas desenvolvidas pelo autor estado-unidense com as que aqui se apresentam.

No Brasil é visível a atenção crescente que esses assuntos vêm obtendo nos programas de pós-graduação e em outros cenários nos quais a reflexão teórica no Direito se desenvolve. Em todas as áreas do Direito percebe-se a crescente pressão que o apelo à efetividade dos princípios (especialmente os constitucionais), direitos fundamentais, cláusulas gerais e demais conceitos vagos e indeterminados vem experimentando. Aos poucos, os doutrinadores e trabalhadores do Direito vêm incorporando em suas produções a substituição da representação do Direito como um saber teórico certo, preciso, conceitual e absoluto, por um saber que se forma no cotejo com o seu desenvolvimento prático, contextual e concreto, revelando uma ineliminável instabilidade e movimento, a demandar uma racionalidade prática.

A auto-suficiência dos modelos teórico-conceituais, de fato, encontra-se defasada diante de um mundo que se revela cada vez mais interdependente, inclusive com relação à sua própria compreensão. A ênfase na inadequação da clivagem entre teoria e prática parece ser o tema fundamental a ser hoje considerado e desenvolvido no universo jurídico, tanto nas instituições acadêmicas quanto nas instituições jurídico-políticas da sociedade. E revela-se promissora a perspectiva de que tal enfoque encontre eco em diferentes quadrantes do mundo.

Referências

BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de (orgs.). **Anuário do programa de pós-graduação em Direito**. Mestrado e doutorado 1998-1999. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 163-192.

- BAUMAN, Zygmunt. **La hermenéutica y las ciencias sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. A pretensão de universalidade da hermenêutica. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 26-72.
- MOOTZ, Francis Jay. A future foretold: neo-aristotelian praise of postmodern legal theory. **Brooklyn law review**. nº 3, 2003. p. 683-719. Vol. 68.
- _____. Desperately seeking science. **Washington University Law Quarterly**. nº 3, p. 1009-1023, 1995. Vol. 73
- _____. Rhetorical Knowledge in legal practice and theory. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**. nº 3, p. 491-610, 1998. Vol. 6
- _____. Nietzschean critique and philosophical hermeneutics. **Cardozo Law Review**. nº 3, p. 967-1042, mar 2003. Vol. 24.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RICHARDSON, John. **Existential epistemology**: a heideggerian critique of the cartesian project. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- _____; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 67-92.
- STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

