

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIANA PIMENTEL FISCHER PACHECO

**DIÁLOGOS SOBRE DIREITO E DIFERENÇA: O RETORNO À PERGUNTA PELO
SENTIDO HUMANO DO DIREITO QUE ACONTECE NA ERA DA TÉCNICA**

Tese de Doutorado

Recife
Março de 2009

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIANA PIMENTEL FISCHER PACHECO

**DIÁLOGOS SOBRE DIREITO E DIFERENÇA: O RETORNO À PERGUNTA PELO
SENTIDO HUMANO DO DIREITO QUE ACONTECE NA ERA DA TÉCNICA**

Tese de Doutorado

Recife
Março de 2009

MARIANA PIMENTEL FISCHER PACHECO

**DIÁLOGOS SOBRE DIREITO E DIFERENÇA: O RETORNO À PERGUNTA
PELO SENTIDO HUMANO DO DIREITO QUE ACONTECE NA “ERA DA TÉCNICA”.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Filosofia, Sociologia e Teoria Geral do Direito

Linha de pesquisa: Filosofia do Direito

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia

Co-orientador: Eduardo C. B. Bittar

Recife
Março de 2009

Pacheco, Mariana Pimentel Fischer

Diálogos sobre direito e diferença: o retorno a pergunta pelo sentido humano do direito que acontece na “era da técnica” / Mariana Pimentel Fischer Pacheco. – Recife : O Autor, 2009.
284 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Diferença. 2. Hermenêutica - Questão do ser - Alteridade. 3. Técnica e estética - Dissonâncias. 4. Ética e diferença. 5. Direito - Enraizamento - Falta. 6. Direito - Modernidade - Procedimentalismo. [7http://catalogos.bn.br/scripts/odwp032k.dll?t=bs&pr=livros_access_pr&db=livros&use=sh&disp=list&sort=off&ss=NEW&arg=direito|do|trabalho](http://catalogos.bn.br/scripts/odwp032k.dll?t=bs&pr=livros_access_pr&db=livros&use=sh&disp=list&sort=off&ss=NEW&arg=direito|do|trabalho). Diferença - Liberdade - Democracia. 8. Hermenêutica - Heidegger - Gadamer. 9. Hermenêutica - Política - Orientação. [10. Educação jurídica - Phrónesis](http://catalogos.bn.br/scripts/odwp032k.dll?t=bs&pr=livros_access_pr&db=livros&use=sh&disp=list&sort=off&ss=NEW&arg=contratos)http://catalogos.bn.br/scripts/odwp032k.dll?t=bs&pr=livros_access_pr&db=livros&use=sh&disp=list&sort=off&ss=NEW&arg=revisao|judicial. Título.

340.12

CDU (2.ed.)

UFPE

340.1

CDD (22.ed.)

BSCCJ2010-042

(Mariana Pimentel Fischer Pacheco)

(DIÁLOGOS SOBRE DIREITO E DIFERENÇA; O RETORNO À PERGUNTA PELO SENTIDO HUMANO DO DIREITO QUE ACONTECE NA "ERA DA TÉCNICA")

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Filosofia, Sociologia e Teoria Geral do Direito.

Orientador: Dr. Alexandre Ronaldo da Maia da Farias

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos: MENÇÃO GERAL: aprovada

Professor Dr. **João Maurício Leitão Adeodato** (Presidente - UFPE)

Julgamento: aprovada Assinatura: [Assinatura]

Professora Dr. **Eduardo Carlos Bianca Bittar** (1º Examinador externo - USP)

Julgamento: APROVADA Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Marcelo Luiz Pelizzoli** (2º Examinador externo - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (3º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Gustavo Just da Costa e Silva** (4º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Recife, 13 de março de 2009.

Coordenador Prof.º Dr.º Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Para os meus pais e suas diferenças

AGRADECIMENTOS

Aos meus colegas de estudo e grandes amigos Alessandra Lins, Virgínia Leal, Carolina Pedrosa, Torquato Castro, Graziela Bacchi pelo apoio, críticas e conversas que estimulam e mantêm a minha conexão afetiva com o trabalho de pesquisa.

Novos colegas do Núcleo de Estudos da Violência (USP) e do laboratório de idéias que é o Grupo de Pesquisa DJDH.

Professores, funcionários e demais colegas do CPGD/UFPE.

Instituições públicas: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Ao meu orientador Alexandre da Maia por uma longa amizade, repleta de fecundas provocações.

Ao meu co-orientador Eduardo Bittar pelo apoio profissional, afetivo e por ter propiciado a constituição de um ambiente de conversação capaz de acolher as mais diversas perspectivas. São também estas diferenças que darão o tom da investigação.

Agradeço especialmente a Gustavo Just por críticas estruturantes e, acima de tudo, enraizadoras.

Nunca é demais enfatizar o papel de João Maurício Adeodato, marcante na minha formação e no fortalecimento de um modo de pensar o direito que vem sendo sedimentado na escola do Recife.

A Perfeição

O que me tranqüiliza é que tudo o que existe, existe com uma precisão absoluta. O que for do tamanho de uma cabeça de alfinete não transborda nem uma fração de milímetro além do tamanho de uma cabeça de alfinete. Tudo o que existe é de uma grande exatidão. Pena é que a maior parte do que existe com essa exatidão nos é tecnicamente invisível. O bom é que a verdade chega a nós como um sentido secreto das coisas. Nós terminamos adivinhando, confusos, a perfeição

(Clarice Lispector. “A Perfeição” in *A Descoberta do Mundo*. 1999)

PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. **Diálogos sobre direito e diferença: o retorno a pergunta pelo sentido humano do direito que acontece na “era da técnica”**. 2009. 284 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

RESUMO

Este trabalho pretende investigar o direito tal como acontece na modernidade, à luz da hermenêutica de matriz heideggeriana e gadameriana. A técnica está no centro do questionamento e atravessa a configuração atual do fenômeno jurídico, marcada pelo procedimentalismo, bem como projetos políticos de mudança ainda alicerçados em pressupostos racionalistas. A hermenêutica convida a uma compreensão historicamente enraizada do direito e a um pensamento radicalmente responsável por suas escolhas. O excesso de confiança no método ou em procedimentos se mostram, nesse cenário, como motivo de desencargo. O ameaça da “era da técnica” é que a estrutura que funciona a partir do pensamento calculador continue a avançar e o pensamento autônomo, “desnecessário” para tal conformação, seja cada vez menos praticado. Contra o impulso de domínio que surge da técnica, a hermenêutica procura fortalecer outras formas de lidar com as coisas, um modo mais solícito e participativo de se colocar nas relações, capaz de salvaguardar a diferença. Educação e estética (a poesia, por exemplo, resiste a literalizações da tradição racionalista.) estão entrelaçadas e carregam potencial para mudanças. A primeira será pensada como aprendizado pela experiência que atinge, esteticamente, e é capaz de tornar presente a finitude. A busca é por um direito enraizado, que se dá por uma prática que assume o peso e a responsabilidade de decisões calcadas em um modo de vida comum.

Palavras-chave: hermenêutica – direito – técnica - alteridade

PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. **Dialogues about Law and Difference: returning to the question about the human meaning of the Law on the age of technique.** 2009. 284 p. Doctoral Thesis (PhD of Law). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

ABSTRACT

This thesis intends to investigate the Law in the modern world through heideggerians and gadamerians hermeneutics. The technique is at the center of the interrogation. It crosses through the configuration of judicial practice (the excess of faith in procedures is an issue that will be explored here), as well as the political projects that intend to make changes, but still based in old rationalists beliefs. Hermeneutics claims for a historically rooted comprehension of Law and takes responsibility as a very serious matter. The excess of trust in methods and procedures, in a way, shows a lack of responsibility. The great danger of “the age of technique” is that the structure that works based on the kind of thought that merely calculates keeps on growing and independent thinking (that is unnecessary for the function of that structure) becomes rare. Against the force of domain that emerge from technique, hermeneutics seeks to enforce other ways of dealing with things. It seeks a more careful and participative mode of being in a relationship, capable of preserve the difference. Education and aesthetic are profoundly connected to each other and they carry potential for changes. Education – that is not training - is learning with an experience that affects, in an aesthetical way, and makes present our own mortality. In the horizon are rooted legal practices, in witch decision-makers take responsibility for choices made in the common grounded of living.

Key words: hermeneutics – Law – technique – otherness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – PENSAR O DIREITO LEVANDO A SERIO A QUESTÃO DA DIFERENÇA.....	12
CAPITULO 1 - HERMENÊUTICA E RETORNO À QUESTÃO DO SER (PREPARAÇÃO DA PERGUNTA QUE DEVERÁ ORIENTAR A INVESTIGAÇÃO)	
1.1. O ponto de partida é factual	
1.1.1. A questão fundamental heideggeriana.....	24
1.1.2. Círculo hermenêutico e abertura a alteridade do texto.....	30
1.1.3. Despertar uma tonalidade afetiva que já sempre esteve aí.....	36
1.2. Técnica e estética: algumas dissonâncias	
1.2.1. Primeiros apontamentos a respeito da questão da técnica (modernidade e a pergunta “para que serve?”).....	39
1.2.2. Sobre a conexão entre estética e conversação em Gadamer.....	47
1.2.3. Estética e a abertura à fundação de outros mundos de sentido.....	56
1.2.4. O lugar originário da metáfora: fala e deslocamento na teoria psicanalítica.....	64
1.3. Há uma ética na Destruktion	
1.3.1. Serenidade (Gelassenheit) e retorno ao que está mais próximo (dizer sim e não à técnica).....	71
1.3.2. Primeiros apontamentos a respeito de ética e diferença.....	76
1.4. Formulação da pergunta que dirigirá a investigação.....	79
CAPÍTULO 2 – CONSTÂNCIA NA BASE DO PENSAMENTO MODERNO E A FALTA DE ENRAIZAMENTO DO DIREITO	
2.1. Considerações iniciais sobre direito, modernidade e procedimentalismo.....	85
2.2. A constância como elemento estruturante do pensamento moderno	
2.2.1. O cartesianismo está fundado na constância e repele a mobilidade.....	90

2.2.2. Pensar as raízes da lógica não é niilismo.....	95
2.2.3. Kant e Husserl:a temporalidade ainda não é levada às suas mais radicais conseqüências.....	99
2.2.4. Positivismo, Popper e a questão da linguagem.....	102
2.3. Sobre o desenraizamento do direito moderno	
2.3.1. Desenraizamento do positivismo jurídico e a crítica à tradição formalista, especialmente a Hans Kelsen.....	109
2.3.2. As objeções da hermenêutica a tentativas de formalizar a linguagem jurídica.....	114
2.3.3. Sobre o envolvimento em um modo procedimentalista (o procedimento não é algo que está diante de nós e que podemos controlar).....	123

CAPÍTULO 3 - DIFERENÇA, LIBERDADE E DEMOCRACIA: HERMENÊUTICA EM DIÁLOGO COM DUAS TRADIÇÕES

3.1. A adesão de Heidegger ao Estado Nazista em confronto com o projeto anti-homogeneizante da hermenêutica.....	134
3.2. Pensar a verdade “junto e contra” a política moderna.....	138
3.3. Hermenêutica em diálogo com duas orientações políticas	
3.3.1. O debate com Herbert Marcuse: é possível usar a técnica para combater a técnica?.....	144
3.3.2. Ênfase na esperança e no futuro (democracia de John Dewey) ou na lembrança e no passado (hermenêutica)?	
3.3.2.1. Dewey e o projeto de integrar direito, democracia e arte.....	148
3.3.2.2. Estética em Dewey: abertura à percepção de uma experiência.....	150
3.3.2.3. Reconstrução na democracia: práticas democráticas como continuidade da experiência individual.....	153
3.3.2.4. Contra a monotonia nas práticas jurídicas (contra a burocratização esperança ou memória?).....	156

CAPÍTULO 4 - DIFERENÇA E INCLUSÃO I: RAZÃO COMUNICATIVA E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

4.1. Razão comunicativa e abertura para a crítica	
4.1.1. Razão monológica e razão comunicativa.....	161
4.1.2. Elementos do projeto de alcançar acordos racionais a partir da teoria da ação comunicativa.....	164
4.2. Modernidade reflexiva: descentramento e democracia	
4.2.1. Reflexividade e distanciamento da tradição.....	169
4.2.2. Formação discursiva da opinião e da vontade como base da legitimação.....	172
4.2.3. Direitos humanos e a universalização de formas ocidentais de legitimação.....	176
4.3. O problema da representação democrática no constitucionalismo: uma reformulação da pergunta a partir hermenêutica de Gadamer	
4.3.1. Formalismo e substancialismo no debate constitucionalista.....	180
4.3.2. Sobre o direcionamento que a ficção da representação democrática confere ao debate constitucionalista.....	186
4.3.3. A procura pelo estabelecimento de práticas de conversação como resposta mais modesta para os desafios políticos.....	190

CAPÍTULO 5 - DIFERENÇA E INCLUSÃO II: SOBRE O DEBATE ENTRE HERMENÊUTICA E RAZÃO COMUNICATIVA

5.1. Principais pontos de desencontro entre hermenêutica e razão comunicativa	
5.1.1. Ideologia, pertença e possibilidade de crítica.....	199
5.1.2. Hermenêutica e razão comunicativa: a importância de não apaziguar a luta entre as duas perspectivas	204
5.1.3. Reflexões em torno de duas objeções habermasianas à hermenêutica (solipsismo metódico e a falta de enraizamento em uma teoria social).....	207
5.2. A questão dos afetos é o ponto central da crítica à razão comunicativa (objeções desenvolvidas a partir da hermenêutica e também da teoria psicanalítica)	
5.2.1. Convencimento racional ou persuasão?.....	213
5.2.2.. Transferência e reedição afetiva das relações na teoria psicanalítica.....	215

5.2.3 A razão comunicativa não assimila a força da transferência e da afetividade das relações.....	221
5.2.4. Experiência do tu ou inclusão do outro?.....	224

CAPÍTULO 6- EDUCAÇÃO JURÍDICA E *PHRÓNESIS*: FORMAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE DE DECIDIR

6.1. Exposição esquemática das principais repercussões da investigação hermenêutica no o direito.....	230
6.2.Os excessos da modernidade: tecnologia, ansiedade e desencargo.....	232
6.3. Sobre a razão prática e o papel do especialista na modernidade.....	238
6.4. O retorno gadameriano à <i>phrónesis</i> e à solidariedade vivida.....	244
6.5. Formação (<i>Bildung</i>) em Gadamer como aquisição de um potencial para a <i>phrónesis</i>	249
6.6. Educação como lugar estratégico de abertura para o saber jurídico.....	253
6.7. Educação para a <i>phrónesis</i> : vivências em diferentes contextos e sensibilização para o direito como acontece na sua diferença.....	258
6.7. Preservação da memória como direito humano fundamental.....	262

BIBLIOGRAFIA

A.Livros.....	265
B. Artigos.....	277

INTRODUÇÃO – PENSAR O DIREITO LEVANDO A SÉRIO A QUESTÃO DA DIFERENÇA

Este trabalho tem, antes de tudo, uma orientação humanista. A palavra humanismo, contudo, ganhará aqui um sentido radicalmente distinto daquele que lhe confere a modernidade. Heidegger escreve que a interpretação moderna de humanismo (de bases romanas e renascentistas) está fundada em uma compreensão assente à época sobre a natureza, a história e sobre ente em sua totalidade. Este humanismo, antropocêntrico, está alicerçado em uma metafísica que pensa o Ser do ente, mas não a diferença entre Ser e ente¹.

*“Na impropriedade do cotidiano, o homem é um ser-o-aí que é, estruturalmente, um ser-com-os-outros e a-fim-dos-outros que só sabe de si pelo que “a gente” (das Man) pensa.”*²

A primeira marca do humanismo heideggeriano que podemos ressaltar é a sua estranheza. Transgride radicalmente os parâmetros modernos: o centro das preocupações não é mais a razão e o ser humano; o desafio é redirecionar a questão e pensar um humanismo conectado ao zelo (como veremos, zelar é propiciar um ambiente que permite que as coisas se mostrem por sua força própria) pela diferença entre o que as coisas são e como elas se mostram. Ao ser humano – desinvestido da tarefa de controlar a natureza – resta preparar uma disponibilidade para receber algo e aprender a habitar propriamente a terra. Este humanismo, estranho ao mundo moderno, convida a um enraizamento.

Dizer, com Heidegger, que o ser humano ex-siste, é vislumbrar sua capacidade de mover-se para fora de si mesmo (os animais não têm o mesmo potencial); para o que está além de sua consciência e além de sua vontade.

“É o humanismo que pensa a humanidade do homem pela proximidade do Ser. Todavia é também o humanismo em que

¹ HEIDEGGER, Martin: *Sobre o Humanismo*: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1967, P. 37-39

² LOPARIC, Zejlco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Escuta. 2004. P. 67.

*não está em jogo o homem, mas a Essência Histórica do homem.”*³

Pretende-se falar sobre o cultivo deste outro humanismo no direito e supõe-se que falta uma orientação mais humana para práticas jurídicas que se dão na modernidade, pois estas são, na maior parte do tempo, impulsionadas pela técnica. Isto posto, deveremos tentar explicar: (1) porque falta humanismo no formalismo e no procedimentalismo, que marcam a modernidade jurídica; (2) em que sentido há carência de humanismo em algumas teorias políticas que visam a orientar a criação do direito (exemplarmente, desconstruiremos teses marxistas e, do mesmo modo, liberais); (3) por que motivos a pouca atenção dada a uma característica humana como a formação de laços pela afetividade traz alguns problemas para a razão comunicativa habermasiana – cuidaremos especialmente desse ponto. O escopo é, juntamente com a crítica, pensar a instituição de práticas jurídicas capazes de salvaguardar a diferença.

Esse humanismo estranho ao qual nos referimos está ligado a uma forma de pensar dirigida não pelos ditames da razão ou da vontade, mas pela mobilidade do Ser. Este último se caracteriza por mostrar-se e retirar-se sem cessar. Ocorre que a razão iluminista descuida (descuidar não é o mesmo que negar) do movimento de retirada do Ser; tal negligência gera uma compreensão das coisas a partir do que delas aparece e revela-se, por exemplo, em conceitos ou em “fatos comprovados cientificamente”. O olhar hermenêutico dirigido às “coisas mesmas” irá auxiliar-nos a explorar espaços silenciosos, que foram historicamente excluídos do discurso que vigora na modernidade (que carrega o legado racionalista e iluminista). Pretende-se chamar a atenção para perguntas que não foram feitas por alguns grandes pensadores modernos e lembrar o que ficou para trás ou o que não é posto mais em questão pelo tipo de pensamento pautado em um modo de vida dirigido pelo o progresso, pela a ciência e pela ênfase na pergunta “para que serve?” (a hermenêutica prefere perguntar “que são as coisas?”).

A hermenêutica de matriz heideggeriana e gadameriana dará o tom do questionamento. Mesmo que seja possível falar em várias hermenêuticas, optamos por reservar o uso da palavra para fazer referência à “hermenêutica da facticidade” – a expressão é usada por Gadamer⁴ -, que

³ HEIDEGGER, Martin: *Sobre o Humanismo*: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1967, p. 69.

⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 110.

⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes. P. 350 e.

foi fundada por Heidegger, recebida e reformulada em alguns aspectos por Hans-Georg Gadamer. Não parece haver problemas em falar conjuntamente de uma hermenêutica heideggeriana e gadameriana, já que - inobstante as objeções de Habermas e Figel, os quais encontram grandes divergências nos projetos da “hermenêutica filosófica” e da “filosofia hermenêutica”⁵ - o próprio Gadamer assume a todo tempo a herança que carrega de seu mestre. Gadamer soube ouvir como poucos as palavras de Heidegger e, seguindo seu próprio caminho – uma das peculiaridades deste é o chamamento à conversação oral –, pôde trazer a hermenêutica heideggeriana para o diálogo com a tradição do pensamento ocidental.

A investigação hermenêutica é especialmente fecunda por abdicar de uma atitude excludente a outros pontos de vista; tomar o rumo da *Destruction* implica em contextualizar (não negar) diferentes perspectivas e olhar para o direito como parte de um processo mais amplo, de uma época, da “era da técnica”. O sentido da *Destruction* heideggeriana deverá tornar-se mais claro no decorrer do trabalho, entretanto, tendo em vista a circularidade da trajetória que percorreremos, interessa, desde já, fazer alguns apontamentos. Gadamer explica que na época em que foi usado pela primeira vez por Heidegger, o termo *Destruction* não tinha o sentido de eliminação; de fato, aproximava-se bastante daquilo que Derrida chama hoje de desconstrução⁶. Por isso, não traduzimos a palavra como “destruição”, preferimos mantê-la no original em alemão. *Destruction* é dessedimentação de camadas de sentido, superpostas e enrijecidas por processos históricos; trata-se de trazer à tona o que foi encoberto. Práticas desconstrutivas são capazes de recordar, por exemplo, traços fundamentais do pensamento grego que foram silenciados pela tradução para o latim. A finalidade do movimento não é eliminar conceitos e substituí-los por outros, mas resgatar a fluidez do acontecimento da linguagem. Tal processo tem o poder de aguçar nossos ouvidos para o que há de sutil nas palavras quando estas vêm à fala e lembrar-nos do que já se ouviu no passado e que hoje não é mais escutado.

A *Destruction* representa também um passo para trás, um retorno. Fala-se em “retorno”, primeiramente, para destoar da tradição moderna, cujo projeto se assenta sobre as idéias de progresso e avanço linear. Em segundo lugar, porque se quer fazer presente, alguma coisa com a

⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen: *Dialética e Hermenêutica*. São Paulo: L&PM, 1987 e FIGAL, Günter. *Oposicionalidade – o Elemento Hermenêutico e a Filosofia*. Petrópolis, Vozes, 2007. P. 60 e s.

⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva – Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 62 e s.

qual estamos, de alguma maneira, em contato - talvez em outros tempos essa relação tenha sido mais estreita -; mas da qual nos afastamos por vícios de um pensamento que calcula e articula conceitos longínquos, no entanto, é incapaz de pensar o mais próximo. Gadamer explica que a reformulação das bases da pergunta pelo Ser feita por Heidegger foi impulsionada pelo pressentimento de um mundo anterior ao pensamento⁷ (de maneira similar, Saldanha afirma haver um intuicionismo não declarado nos “modos” heideggerianos⁸). Para se aproximar daquilo que indica tal pressentimento, é preciso retroceder para antes do começo do pensamento metafísico, que teve seu início com os gregos e chegou a seu ápice em Hegel⁹.

Convidar ao retorno a uma pergunta indica também que não se pergunta mais, ao menos não da maneira que já se perguntou. Na modernidade a indagação que estrutura a dinâmica do direito, da política e da vida em geral é “para que serve?”. É a técnica que está por trás das preocupações atuais em estabelecer meios adequados para fins evidenciados de antemão, tal impulso tem levado à conformação de um direito distante de suas raízes históricas.

A hermenêutica exige que a pergunta pelo humano seja feita diferentemente. Pois, ser humano, de um modo mais autêntico (o sentido desta palavra, que tanto assusta os mais céticos, será melhor investigado adiante), não é ser racional ou, de outro lado, deixar-se levar por paixões; é sim aprender a recolher-se (que não quer dizer passividade) e voltar a espantar-se com as coisas. É aguardar e permitir um atingimento (isto é bem diferente de conhecer algo). Atingimento ou afetação marcam o sentido que Gadamer atribui à arte de perguntar; a qual requer que deixemos que a pergunta surja, ganhe forma e sentido pela da força daquilo que é questionado.

As relações na modernidade caracterizam-se, sobretudo, pela pressa, pela ansiedade e por uma grande disponibilidade de conteúdos. São estes parâmetros que estabelecem a orientação das perguntas (quase sempre ligadas à funcionalidade) e o tipo de envolvimento com as coisas (na verdade, é estabelecido um tipo envolvimento ou participação que pretende ser impessoal, isto é, que pretende apresentar-se como um “não envolvimento”) calcado no método e na objetificação

⁷ GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 136.

⁸ SALDANHA, Nelson: *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 290. .

⁹ GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 136.

dos fenômenos. A crítica da hermenêutica indica que tal modo de se colocar em relação - previamente estabelecido - faz com que as coisas se revelem de uma maneira determinada e oculta outras possibilidades que elas carregam para se mostrar. A arte de perguntar caminha ao lado da procura por uma forma de participação determinada pela coisa. O tipo de envolvimento buscado exige que se aprenda a dar tempo; requer demorar-se na coisa que está em questão, ao invés de apressadamente impor-lhe determinações antecipadas, ordenadas por um método.

A experiência estética, em sua estruturação, contrapõe-se à técnica: uma obra de arte não deve ser conhecida (ou testada tendo em vista resultados), mas experienciada; deve afetar sempre de uma maneira nova (por isso se diz que há sempre que se retornar a uma obra de arte, ler novamente uma poesia, apreciar novamente uma pintura, etc), é assim capaz de fundar novos mundos de sentido. A estética estabelece uma relação com as coisas que não faz desaparecer seus “segredos”. As palavras quando nos afetam, chamam para uma escuta; esta não acontece, em seu modo mais próprio, por meio de ouvidos técnicos, racionais, treinados e especializados, mas por ouvidos sensíveis (sensibilidade não deve ser confundida como emotividade).

Pensar o fenômeno jurídico a partir de uma abordagem hermenêutica não é passar por cima do direito tal como é praticado nos fóruns, tribunais ou refutar outras formas – institucionalizadas ou não – de resolução de conflitos. Trata-se de dizer “sim e não” ao sentido atual, e inexoravelmente histórico, do direito. Uma boa maneira de compreender as objeções da hermenêutica é não as interpretar como negações, mas como um alerta contra excessos. Pretende-se indicar o perigo da confiança exagerada no modo de pensar o direito estabelecido na modernidade. A grande ameaça está no risco de que tal estrutura (alicerçada em determinações da técnica) oculte outros modos possíveis de conformação do fenômeno jurídico. É necessário cautela para que, por exemplo, a credibilidade excessiva que vem sendo atribuída ao conhecimento da “ciência do direito”, nos moldes positivistas, não faça desaparecer a razão prática, o saber do senso comum, a verdade da experiência estética, etc (estes outros âmbitos e modos de envolvimento não precisam estar apartados de um saber sério sobre o direito).

Uma das grandes dificuldades em estabelecer uma conversação entre hermenêutica e direito vem do preconceito largamente difundido contra Heidegger, muitas vezes rotulado, apressadamente, de “místico”, “totalitário” entre outras qualificações (estas críticas serão

estudadas adiante). A inclinação é realizar uma leitura, por assim dizer, favorável às teses heideggerianas. Ao invés de encaixar rapidamente o pensamento de Heidegger em um rótulo qualquer, tentaremos aprender com ele e, acima de tudo, buscaremos olhar para aquilo que aponta (o problema de muitas críticas a hermenêutica é que estas, comumente, ficam presas a jogos de palavra ou avaliam o vocabulário heideggeriano a partir de outros contextos e, com isso, deixam de procurar um contato com o que ele pretende evocar). Tal atitude indica respeito à densidade e a alteridade dos textos heideggerianos; também por isso, especulações sobre as escolhas e anseios pessoais do pensador serão deixadas um pouco de lado.

Os caminhos heideggerianos - o caminho da linguagem e da *Destruktion* (que passa pelo retorno aos gregos), o caminho da floresta (do silêncio e da simplicidade da vida no campo) e também a estética - representam a travessia do estrangeiro em direção ao Ser (em “*A Caminho da Linguagem*”, Heidegger escreve que a palavra alemã *Fremd*, traduzida ordinariamente como estrangeiro, nas suas origens, referia-se a uma travessia¹⁰).

A crítica de Rorty, segundo a qual a volta aos gregos não é mais que “nostalgia fundacionista”¹¹, não explora o sentido mais profundo de tal retorno. Para Heidegger, houve naquele momento da história do pensamento ocidental em especial um olhar contemplativo direcionado à coisa e um pensamento impulsionado por sua força interna - é a isso que se quer retornar. O pensamento que derivou dos gregos, mediado por traduções para o latim, foi apropriado pelo modo de ser do “império”¹² (da civilização romana, conquistadora) nesse contexto as palavras perderam-se de sentido original. O ânimo de domínio sobre as coisas mostra-se, na modernidade, sobretudo, pela tendência a fixar o pensamento em arquiteturas conceituais. A questão é que quando nossa atenção está voltada para abstrações, deixamos de olhar, com o devido zelo, para o que acontece; e é aí, em um acontecimento, que a diferença pode melhor se mostrar. O movimento em direção a idealidades alcança seu ápice no idealismo hegeliano¹³. Gadamer refere-se à *Destruktion* como inversão dessa trajetória; orienta uma

¹⁰ HEIDEGGER, Martin: *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003. P. 20 e s.

¹¹ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. P. 84 e s.

¹² ERBER, Pedro Rabelo: *Política e Verdade no Pensamento Martin Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 60 e s.

¹³ GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 134.

“virada” que retorna do conceito à tradição e à palavra falada (como veremos, isto não implica em abdicar do uso de conceitos, mas em religá-los à linguagem cotidiana).¹⁴

*Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para um intérprete uma decisão heróica tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorrem.*¹⁵

Talvez as mais duras acusações dirigidas a Heidegger tenham surgido como repercussões do seu silêncio. Há quem encontre nesta atitude opressão ou introspecção, como o ensimesmar-se da tradição da filosofia da consciência, que exclui a conversação e a política. Dentro de tal perspectiva, silenciar adquire um sentido totalitário, como se o outro não fosse um interlocutor digno. Mas não é só isso que pode ser encontrado aí. O silêncio tem o sentido de fazer cessar o falatório. A fala também pode ser opressora, quando é compulsão e repetição; o excesso de palavras e informações e a decorrente falta de reflexão é um dos sintomas da era da técnica. O momento de silêncio é fecundo quando ensina a parar e a ouvir; para que, depois, fale-se novamente; agora, mais cuidadosamente e menos ansiosamente.

Quanto ao método (é possível dizer, se usarmos a palavra num sentido amplíssimo, que esse trabalho trava uma grande discussão sobre método), este deve ser compreendido no sentido de caminho. O caminho escolhido é o do diálogo, da luta entre diferentes pontos de vista. Não se trata de dialética, palavra que, desde Hegel remete a uma síntese: ao fim do combate. Também não nos referimos a luta para encorajar qualquer tipo de ânimo belicoso entre os interlocutores. Ao contrário, antes de falar propriamente, é preciso aprender a ouvir e, para ouvir de fato palavras pronunciadas por outro, é preciso que haja uma espécie de docilidade que envolve respeito ou – mais ainda- acolhimento. O que se quer evocar com o apelo à luta é a necessidade de carregar a todo o tempo o conflito e o desencaixe de diferentes perspectivas; para assim tentar compreendê-las a partir “delas mesmas”, ao invés de violentar sua diversidade, encaixando-as em

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 110.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes. P. 356.

uma linguagem que não é a sua. Cada ponto de vista deve “estar em pé” (*Stehen*) dentro de seu contexto próprio e a partir de sua força interna. Fica mais fácil ouvir dissonâncias quando se presta atenção ao detalhe e às sutilezas de cada ponto de vista, sem preocupações em chegar a sínteses ou a consensos “felizes” e violentos. A negatividade desintegra o familiar e, desse modo, propicia a travessia para o estranho. O que há de mais valioso na investigação não são as respostas, mas o movimento do diálogo, que - como nos diálogos platônicos - pode proporcionar abertura pela negação de evidências da tradição.

O primeiro desencaixe que pretenderemos realçar refere-se à relação entre hermenêutica e a maneira moderna de pensar o direito. Saldanha escreve:

“O recente surgimento, na cultura filosófica européia, da corrente hermenêutica, com base no pensamento de Gadamer e de outros, tem feito despontar alguns reflexos no Brasil. Mas ainda muito pequenos, dando-se inclusive casos em que certos professores “falam” dessa corrente sem desamarrar das vistas dogmáticas tradicionais, ou mesmo (o que é absurdo) tentando “adotar” seus supostos gerais sem se desligar do juspositivismo nem do normativismo.”¹⁶

A hermenêutica não serve (não pode ser colocada em uma posição servil) ao direito. Não pretende fazê-lo funcionar melhor. No momento em que a dogmática jurídica enquadra-o no seu modo de operar está desvirtuando o sentido mais profundo do questionamento ontológico. Expor o aspecto transgressor, fundante e, por que não dizer, traumático da hermenêutica é um dos objetivos deste trabalho.

Muitos pontos de desencaixe serão, do mesmo modo, apresentados quando investigarmos, no terceiro capítulo, algumas orientações da teoria política à luz do questionamento hermenêutico. A relação desta com a política funda-se em uma recusa: a hermenêutica desobriga-se de responder demandas sociais e políticas modernas. Ocupa-se de um questionamento prévio, que procura a região de onde vêm tais exigências. Também esta inadequação não impede o diálogo; talvez a pergunta heideggeriana pela verdade possa explorar os limites e redefinir a

¹⁶ SALDANHA, Nelson: *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 295.

direção de alguns modelos políticos e jurídicos em voga atualmente - sem pretender ocupar o seu lugar.

A travessia leva a espaços pouco explorados e indica caminhos abertos e de forte teor negativo - como o sentido hermenêutico de verdade exige. Não há a pretensão de construir um projeto político claro e definido. Almeja-se uma aproximação em relação ao âmbito que determina a estrutura da política e do direito, tal como acontecem. Isso permite a abertura a novos projetos, cujo direcionamento jamais pode ser delineado de antemão e fora de uma prática. Por isso diremos que hermenêutica pode se mover contra e, ao mesmo tempo, ao lado da teoria política contemporânea. Quer dizer, a desconstrução da teoria política implica em dizer-lhe “sim e não” e insistir no caráter radicalmente histórico de quaisquer de seus encaminhamentos.

Para Nelson Saldanha, tal atitude representa um desvencilhamento em relação a interesses ideológicos e políticos diretos; esta – ainda segundo Saldanha - foi a principal causa da pouca atenção dada à hermenêutica pela filosofia do direito, que, no século vinte, optou por “*emaranhar-se em jogos analítico.*”¹⁷

A *Destruktion* do direito e da política conduzirá a uma pergunta: será que a contribuição da hermenêutica é apenas negativa, exclusivamente de crítica à configuração atual do direito?

Diremos que não, há na *Destruktion* também um sentido positivo. Mas trata-se de uma direção estranha ao progresso, que não surge a partir das demandas da cultura jurídica e não responde a perguntas colocadas a partir do impulso tecnicista. O lugar de chegada é uma senda, a abertura radical da diferença. Estamos diante de uma resposta intolerável. Intolerável em relação ao modo que estamos acostumados a ser e a partir do qual pensamos, mas, talvez exatamente por isso, tentar lidar com essa (não) resposta que envolve frustração de planos e abertura da ferida seja uma travessia interessante.

Tal recusa a dar respostas rápidas e ansiosas impostas por demandas atuais de uma sociedade hipercomplexa não implica em desprezo ao papel social do direito e a sua função de decidir conflitos. Não se trata de passar por cima de crenças, hábitos e da tradição que conforma as práticas jurídicas. O que se pretende é expor que a estruturação atual do direito é uma resposta

¹⁷ SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005. P. 12.

histórica a determinadas perguntas que foram historicamente estabelecidas e que um vínculo excessivo e pouco consciente a tais determinações tolhe outras possibilidades de perguntar. Importa, portanto, promover a abertura para diferentes pontos de vista, bem como pensar o direito também a partir de uma abordagem hermenêutica.

A hermenêutica não almeja superar (no sentido hegeliano da palavra) tradição e, por exemplo, tomar para si o lugar historicamente ocupado pelo positivismo, muito menos aspira exercer as funções sociais que a razão comunicativa habermasiana pretende assumir ao reconectar problemas de decidibilidade e legitimidade.

A orientação do questionamento pode ficar um pouco mais clara se investigarmos o sentido da palavra “superação”. Em Hegel, o termo remete a uma ultrapassagem, indica que algo foi deixado para trás. O conflito entre duas idéias opostas é superado por uma síntese, essa última será, igualmente, contraposta ao seu oposto o que dará ensejo a uma nova síntese. O movimento se dirige ao progresso e culmina com o “espírito absoluto” e com a superação de tudo o que é outro em relação àquele.

De outro lado, para a hermenêutica, jamais superaremos o conflito (que é a expressão da diferença entre Ser e ente), mascarar sua força é distanciar-se da verdade. A palavra superação adquire, neste contexto, um sentido radicalmente diverso. Por exemplo, superar uma dor (como a perda de alguém querido) não é deixar de senti-la. Carregamos sempre marcas de experiências passadas; aprendemos a elaborar a dor não quando a esquecemos (e supomos tê-la deixado para trás), mas quando somos capazes de lembrar e de compreender que dor, conflito e imperfeição fazem parte das nossas vidas. Superação é uma forma de seguir adiante carregando nossos limites históricos; e é esta tomada de consciência dos próprios limites que a prática do questionamento hermenêutico pode ensinar a tradição jurídica.

No primeiro capítulo, dedicar-nos-emos à formulação expressa da pergunta que será o fio condutor da investigação, bem como à exposição das bases do questionamento heideggeriano. Procuraremos mostrar o direito como um fenômeno que se estrutura (*Gestell*¹⁸) a partir de um impulso de dominação e homogeneização e expor obstáculos que um ambiente constituído sob o

¹⁸ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 22.

império da técnica coloca a uma abertura ao que é radicalmente diferente. Há muitas vozes, palavras ditas ansiosamente, mas carência de escuta e de um sentido mais humano para o direito. Perquiriremos a respeito do que é essa escuta que é estética e se dirige ao “aí” (“da” heideggeriano), para então falarmos sobre zelo pela diferença como orientação que visa a uma aproximação do humanismo e da ética.

No segundo capítulo, buscaremos fazer alguns apontamentos sobre modernidade social e jurídica e a respeito das raízes do modo de pensar moderno. Voltaremos ao lugar do qual o pensamento heideggeriano partiu e com o qual pretende romper (a fenomenologia de Husserl), a questão central enfrentada envolverá o desvelamento da constância – compreendida como aversão à mobilidade – nas bases da filosofia. Em seguida serão estudadas algumas das ideias centrais do positivismo e a maneira pela qual elas foram incorporadas pelo pensamento jurídico moderno; como veremos, marcado pelo formalismo e pelo procedimentalismo. A crítica se dirigirá à falta de enraizamento do direito compreendido nesses termos.

Perguntar-se-á, no terceiro capítulo, pela orientação que a hermenêutica estabelece para política. A estratégia é trazer à tona seu poder de crítica pelo confronto com perspectivas bem distintas tais como o pensamento marxista (representado por Marcuse) e, de outro lado, a proposta de estabelecimento de práticas democráticas a partir do pragmatismo norte-americano e de autores como John Dewey e Richard Rorty.

No quarto e quinto capítulos, exploraremos a resposta oferecida a desafios atuais ligados à hipercomplexidade social pela razão comunicativa habermasiana. Esta será posta em confronto com a não-resposta da hermenêutica. O ponto nevrálgico do debate está no acento conferido por Habermas em um convencimento calcado em razões – e, o mais possível, livre de vínculos afetivos – tendo em vista alcançar um consenso racional. A conversação e a deliberação política, para Gadamer, devem ser compreendidas a partir da factualidade de uma solidariedade vivida, que se alimenta (ao invés de procurar imunizar-se) do cultivo de alianças afetivas¹⁹.

Na conclusão, investigaremos o retorno gadameriano à *phrónesis* aristotélica como proposta de enraizamento do processo de tomada de decisão. Este último necessita estar

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 312.

conectado a um modo de vida comum e a um tipo de formação que é capaz de aprender com a experiência. As escolhas, no direito e na política, não devem ser determinadas exclusivamente por um saber técnico; é preciso cultivar uma sabedoria prática²⁰, que chama à responsabilização. A educação no direito será pensada a partir desses referenciais.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 52

CAPITULO 1

HERMENÊUTICA E RETORNO À QUESTÃO DO SER (PREPARAÇÃO DA PERGUNTA QUE DEVERÁ ORIENTAR A INVESTIGAÇÃO)

Sumário: 1. O ponto de partida é factual; 1.1.1 A questão fundamental heideggeriana; 1.1.2 Círculo hermenêutico e abertura à alteridade do texto; 1.1.3. Despertar uma tonalidade afetiva que já sempre esteve aí; 1.2. Técnica e estética: algumas dissonâncias; 1.2.1. Primeiros apontamentos a respeito da questão da técnica (modernidade e a pergunta “para que serve?”); 1.2.2. Sobre a conexão entre estética e conversação em Gadamer; 1.2.3. Estética e a abertura à fundação de outros mundos de sentido; 1.2.4. O lugar originário da metáfora: fala e deslocamento na teoria psicanalítica; 1.3. Há uma ética na Destruktion; 1.3.1. Serenidade (Gelassenheit) e retorno ao que está mais próximo (dizer sim e não à técnica); 1.3.2. Primeiros apontamentos a respeito de ética e diferença; 1.4. Formulação da pergunta que dirigirá a investigação.

1. O ponto de partida é factual

1.1. A questão fundamental heideggeriana

A finalidade precípua deste capítulo inicial é a formulação da pergunta que servirá de fio condutor para a investigação. O questionamento hermenêutico dará subsídios à tarefa, ao mesmo tempo em que deverá ser, ele mesmo, aqui investigado.

Ao pôr o Ser em questão, a hermenêutica está se referindo a mais ampla e universal de todas as questões.²¹ Não é fácil esclarecer o sentido de tal pergunta, também não é simples explicar como uma crítica ao direito moderno poderá ser estabelecida a partir deste referencial; no entanto, propedeuticamente e tendo em vista os fins que esse trabalho busca, diremos que muitas objeções serão dirigidas ao pensamento orientado por determinações da técnica e ao atual excesso de confiança no método e na ciência, que acaba por excluir outras formas de lidar com as coisas. A tarefa envolve a compreensão das repercussões no direito do questionamento hermenêutico. Contudo, ainda estamos diante de um “objeto” amplíssimo, já que, mesmo se partirmos do pressuposto de que, na modernidade, o positivismo aparece como grande referência para a ciência e para o direito, no âmbito do positivismo jurídico, existe ainda uma infinidade de teses conflitantes.

Trata-se de uma dificuldade que não pode ser superada com o auxílio da metodologia que requer a identificação de um objeto autônomo de estudo, a clarificação de um problema e a formulação de hipóteses que poderão vir a solucioná-lo. Como veremos, o próprio processo de identificação do objeto, nos moldes da ciência moderna, é posto em jogo pela hermenêutica – Gadamer chama este processo de “objetificação”. A fixação de identidades - feita sem os devidos cuidados - configura um modo de imposição, que violenta a diferença. A pretensão aqui é, ao contrário do que exige a metodologia jurídica tradicional, olhar para o fenômeno jurídico em sua diferença. Daí surge uma interdição a qualquer pretensão de apreendê-lo em sua totalidade.

As objeções da hermenêutica à atitude que separa em partes e analisa objetos, o mais possível, específicos – uma das marcas de nosso tempo é o excesso de especialização – apontam para o fato de que tal abordagem não dá a devida atenção à relação entre as coisas. Estas não devem ser destacadas da história e da ligação com quem as observa (diremos, mais a frente, que observação é também participação). O olhar dirigido para o todo (relacional) foi deixado para trás durante o processo de modernização e é uma das razões do retorno aos gregos, proposto tanto por Heidegger como por Gadamer.

Jamais se deve perder de vista o contexto em que o direito está inserido e as determinações impostas por aquele. A forma pela qual será conduzida a investigação das práticas

²¹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 11 e s.

jurídicas e das diferentes perspectivas que marcam o pensamento moderno estará sempre ligada à desocultação da estrutura que rege o direito em nosso tempo.

Se, por um lado, nosso “objeto” de estudo terá necessariamente que ser amplíssimo (pois conectado à questão fundamental da hermenêutica), por outro, é preciso ter em conta que dirigir a crítica a um alvo determinado ajuda a tornar a explanação mais clara. Daí a estratégia de colocar a tradição do positivismo jurídico em sua vertente formalista (investigaremos as diferentes ramificações desta tradição no segundo capítulo; por ora, basta caracterizá-la pela ênfase no aspecto normativo do direito e na abordagem analítica) como alvo preferencial de nossas críticas, notadamente na parte inicial do trabalho. Isso não quer dizer que aderimos a teses realistas ou jusnaturalistas (frequentes “inimigos” dos analíticos). A opção foi feita em razão de que existem certas características do positivismo analítico que o tornam emblemático da modernidade (e ao tentarmos desconstruí-lo, estaremos exercitando uma prática que pode ser realizada em outros âmbitos); outrossim, a escolha do alvo se deu, pois, como lembram Saldanha e Adeodato, o positivismo jurídico firmou-se muito mais sobre as bases do formalismo jurídico²², enquanto que perspectivas que privilegiam a visão do direito como fato social estabeleceram-se como segmentos contra-hegemônicos.

Evidentemente, para compreender o pensamento heideggeriano deve se ter em conta o contexto e as referências teóricas que o influenciaram. Há que se chamar a atenção para Husserl e a tradição da fenomenologia alemã, bem como para a crítica kantiana; e, de outro lado, atentar para a tradição hermenêutica, em especial para Dilthey, que deu impulso ao projeto de trazer a filosofia para vida – muito embora vida e existência ganhem em Heidegger um sentido muito mais radical do que o imaginado pelo seu antecessor hermeneuta.

Mas é preciso cautela (mais à frente diremos mais que isso, proporemos que é necessário aprender a escutar) ao se sopesar forças determinantes e aquilo que há de fundamentalmente original na hermenêutica heideggeriana. Derrida, por exemplo, lê Heidegger a partir de Husserl e acaba por se equivocar ao encontrar no retorno heideggeriano à ontologia uma carga metafísica

²² Cf. SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005. P 12 e ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. P. 61

demasiado pesada²³; Bourdieu parece pôr ênfase excessiva nas influências do contexto social²⁴ (estas são críticas formuladas por Gadamer); Habermas tende a hipostasiar o papel da ideologia alemã dos anos 20 que, segundo ele, explicariam a “veneração” heideggeriana pela língua materna e seu desprezo em relação à teoria social²⁵.

Defende-se aqui que há algo radicalmente novo na “ontologia fundamental” e, sem olvidar o lugar de onde vem, importa, acima de tudo, compreendê-la “a partir dela mesma”. Para enfatizar seu caráter fundante, iniciaremos já por uma abordagem direta sobre sentido do questionamento hermenêutico (o trabalho de contextualização será realizado no segundo capítulo).

O desafio enfrentado por Heidegger pode ser compreendido como uma espécie de preparação para uma disposição²⁶ ou para o cultivo de algo. É de um modo solícito que se deve questionar o Ser.

Pergunta-se: que acontece quando se descreve coisas (entes) do mundo ou quando se decide falar sobre como elas funcionam? O que está em jogo aí? Simplesmente os objetos para os quais se olha e que se tem à mão, entes. Heidegger ensina que muito mais que objetos, ao compreendermos e tentarmos explicitar o compreendido o nosso próprio Ser está em jogo. A aparente descrição de coisas que estão diante de nós esconde o modo de ser de quem as descreve. O retorno heideggeriano à ontologia tem o sentido da pergunta pelo que acontece aí.

Ontologia é tradicionalmente conceituada como teoria do Ser; nesses termos, perquiri-se o que torna um ente idêntico a si mesmo e distinto de todos os demais. Na contramão da disposição moderna que tem levado ao desprestígio da ontologia, Heidegger segue a orientação clássica e volta a pôr o Ser em questão, mas por sobre bases radicalmente distintas: a hermenêutica heideggeriana exige a desconstrução (*Destruktion*) da metafísica (que tem suas origens na

²³ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – A Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 107 e s.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. I – Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 77 e s.

²⁵ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P. 50 e s.

²⁶ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 233.

ontologia clássica²⁷) para que possa emergir uma outra orientação, cuja referência não é mais a constância – este foi o sentido do Ser legado da tradição metafísica -, o Ser é agora radicado no tempo.

O Ser está em questão, este precisa mostrar-se por si mesmo e não a partir do ente. Para uma aproximação do questionado, Heidegger propõe, em “*Ser e Tempo*”, interrogar o *Dasein* (traduzida comumente como ser-aí ou pre-sença, o termo “*Dasein*” foi deixado de lado nas obras tardias de Heidegger, por isso reservaremos seu uso para quando houver referência direta a “*Ser e Tempo*”). A primazia de ser interrogado é dada ao ente que interroga e que também compreende, o ente que nós somos. A “ontologia fundamental” é a analítica existencial do *Dasein* e pretende fornecer condições de possibilidade para a subsequente investigação do Ser dos outros entes²⁸.

A hermenêutica não procura por essências universais abstraídas da facticidade, interroga o *Dasein* tal como acontece, em sua cotidianidade: “a essência da pre-sença está na sua existência.”²⁹ Ao invés de puro pensamento (como no *cogito* cartesiano), modo de ser: pensar acontece em estados afetivos, depende do humor em que nos encontramos, ou, como mais tarde Heidegger irá formular, em meio a tonalidades afetivas que nos afinam de determinada maneira, mas para as quais muitas vezes não atentamos. Agimos cotidianamente como se não estivessem aí, mas tais afinações ocultas são, precisamente, as que nos determinam com mais força³⁰. A hermenêutica não se permite passar por cima - ou estrategicamente imunizar-se - da facticidade, o *Dasein* deve ser interrogado no modo indeterminado em que ele se dá.

A base é factual (ser-no-mundo), quer dizer, abdica-se de qualquer ponto inicial estável, fora do tempo. Isso se deve ao pressuposto fundamental de que o tempo é radicalmente transformador. Não há que se falar, portanto, em um sujeito (como unidade estável) separado de um objeto e que pode apreendê-lo em um conceito através de um ato cognoscitivo. Ao invés disso, parte-se da universalidade do fenômeno compreensivo, como modo de ser e de se posicionar em relação com as coisas. A compreensão, ela mesma, também deve ser investigada

²⁷ GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 134.

²⁸ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo - Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 42 e s.

²⁹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 39-44.

³⁰ HEIDEGGER, Martin: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 85.

como acontece no tempo. Habermas explica que nesse movimento dirigido à facticidade, a hermenêutica libera a compreensão de pretensões científicas e a radicaliza como marca fundamental da existência humana³¹.

Eis um ponto fundamentalmente dissonante em relação à tradição do pensamento jurídico: a investigação hermenêutica não está interessada em desvendar como conhecemos o direito, pergunta sim como **lidamos** com ele ou como participamos da maneira pela qual ele se revela.

Segundo Gadamer, há uma unidade indissociável entre compreensão, interpretação e aplicação,³² que se conecta ao modo como lidamos com as coisas. A palavra compreensão será bastante utilizada aqui, mas, igualmente, importa chamar a atenção para a propriedade do uso do vocábulo “lidar”, que enfatiza a relação factual (e não exclusivamente cognitiva) que se quer indicar.

Isso vale para a compreensão de qualquer coisa com que nos relacionamos cotidianamente; por exemplo, uma caneta. Como lidamos com uma caneta? Ela é procurada quando se quer escrever algo. Já há um fim já posto e a caneta servirá como um instrumento para atingi-lo. É um objeto de uso e é compreendido em termos de sua serventia, no caso, é própria para a escrita. Mas, a mesma caneta pode vir a ter outros usos, pode ser uma caneta de alto valor e servir ao possuidor como símbolo de “status” social. Nesse caso o fim é diverso em relação à primeira hipótese e, em função dele, outras propriedades serão eleitas como relevantes; ter-se-á em conta o material, a marca, o design etc. Privilegiar esses outros aspectos é uma escolha baseada em outro projeto em relação ao qual o instrumento (pois nos dois casos a caneta é compreendida como um instrumento) é também um meio. A hermenêutica quer chamar a atenção para o fato de que há sempre um projeto prévio e um determinado modo de lidar com as coisas. Mesmo quando se pensa que a compreensão pode partir de um lugar de pureza (*cogito* cartesiano) antecipações estão presentes.

Tomemos agora como exemplo a dogmática analítica. Os analíticos, de uma maneira geral, identificam direito e norma abstrata. O cientista do direito deve procurar a estrutura formal

³¹ HABERMAS, Jürgen: *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004. P. 79

³² GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 406.

que há por trás dos textos normativos e, através da lógica, realizar deduções sucessivas, parte de premissas normativas mais genéricas (a Constituição, por exemplo) e chega até a norma individual (não interessa agora entrar na polêmica que diz respeito à unicidade ou pluralidade de possibilidades interpretativas com base na norma). O objetivo é garantir segurança e certeza para as relações jurídicas e evitar o arbítrio de decisões, que devem basear-se na lógica das normas e não em critérios políticos, econômicos, afetivos, etc. Os fins perseguidos pelos analíticos envolvem segurança jurídica, eficiência e o tipo de legitimação exigida pela racionalidade moderna, calcado na impessoalidade das decisões. Para alcançar tais desideratos, são propostas algumas estratégias de definição do objeto – direito é norma abstrata – e de um método – inspirado na matemática. Gadamer fala em um processo de “objetificação” das coisas realizado pela ciência moderna, que define os fenômenos de maneira a torná-los controláveis e aptos para atingir certos fins (o processo é dirigido pela pergunta acerca da serventia do direito).

A maneira de se “conhecer” é amplamente discutida pela tradição positivista (em todas as suas vertentes), o que não é suficientemente discutido são determinações prévias ao ato de conhecimento e, especialmente, o fato de que por trás do conhecimento há um modo de relacionar-se com o direito. A crítica é que o apego excessivo a abstrações – marca do positivismo analítico – leva o pensamento jurídico a não prestar a devida atenção à história. A hermenêutica convida a atentar para o direito em seu acontecer temporal ou, como Just sintetiza, a abordagem hermenêutica indica que o sentido existencial e histórico não se reduz nem ao técnico ou instrumental nem ao puramente cognitivo³³. Voltaremos a esse exemplo mais a frente.

1.1.2. Circulo hermenêutico e abertura à alteridade do texto

Estabelecemos que essa investigação irá interrogar as coisas como acontecem no tempo e na história. Como acontece, então, o fenômeno compreensivo? Não somos um sujeito transcendental que, por uma estrutura *a priori*³⁴, conhece as coisas - o *a priori* não acontece e não tem uma história. Não há uma percepção pura (livre de preconceitos). Somos seres históricos,

³³ JUST, Gustavo: “Nelson Saldanha e a Ideia de uma Teoria Hermenêutica do Direito”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* (UFPE), v. 17, 2008. P. 133.

³⁴ Estas são características do sujeito kantiano cf. KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

temos um rosto, um corpo, aprendemos a lidar com as coisas a partir de um contexto cultural e por meio de uma linguagem. Há sempre uma compreensão prévia e a projeção de um sentido, não podemos escapar deste ponto de partida.

Olhar para a compreensão como acontecimento no movimento da história leva a repensar os pressupostos e os limites da metodologia da ciência moderna. “Pertencimento” caracteriza a relação entre o intérprete e a tradição³⁵. O saber hermenêutico recusa o estilo de conhecimento objetivista por compreender que o intérprete não se encontra diante de uma coisa que quer descrever de maneira objetiva; está, na verdade, antecipadamente envolvido pelo mundo e pelo seu “objeto”.

A ciência refere-se a fatos que se comprovam pela experiência, mas a verdade é que elementos prévios a própria experiência - tais como o tipo de problematização estabelecida e a própria concepção do que pode ser extraído da experiência - provocam a resposta dos “fatos”. Há um contexto de compreensão que confere sentido e importância ao que se quer medir e comprovar³⁶ - anote-se que isso não impugna o esforço de crítica e investigação, apenas contextualiza e dá limites ao que pode ser alcançado pela ciência.

Heidegger retorna à noção de “círculo hermenêutico”³⁷ (a expressão já havia sido utilizada por Dilthey, no entanto, ainda num sentido de círculo vicioso), atribuindo-lhe um sentido positivo: a circularidade não é mais vista como um problema lógico ou defeito do procedimento, mas explica o que é compreender. Já desde sempre estamos na linguagem e adquirimos uma visão do todo, interpretamos um texto a partir de pré-conceitos e, assim, projetamos nele um sentido. Projetos devem ser modificados no processo de compreensão: o todo vai dar sentido à compreensão da parte e, esta última, recursivamente, modifica o todo. O processo gravita em torno do texto (veremos que a palavra texto tem em Gadamer um significado amplíssimo), em cuja densidade há sempre um potencial de alteridade³⁸. É preciso que haja um

³⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 350-352.

³⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 112

³⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 354 e s.

³⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes. P. 355-358.

certo recolhimento por parte do intérprete, que reconhece os limites das suas antecipações de sentido, para que o texto possa se impor, por sua força interna.

A compreensão se dá como um jogo, cujo movimento envolve, leva os jogadores; projetos subjetivos sucumbem à dinâmica peculiar do jogar, que tem resultados imprevisíveis. No ato da compreensão, de um lado há o hermenêuta, que sofre os efeitos da história, e do outro, a coisa, que fala por si própria e precisa ser ouvida. A riqueza do processo está no seu desenrolar, sobretudo, no momento em que o intérprete se vê obrigado a perguntar sobre os próprios preconceitos. A “história efetiva” – a expressão gadameriana enfatiza o fato de que a história exerce sempre seus efeitos no intérprete e atua através dele - sempre condiciona a compreensão, mas de outro lado, o compreendido tem também luz própria que deve impulsionar a criação de novas convicções: a compreensão há de ser “*um fazer da própria coisa, um fazer que o pensamento padece*”.³⁹

A fala se dá na tradição e é sempre eco de outra fala; a todo tempo estamos a responder perguntas sem que tenhamos consciência disto. Os efeitos da história podem ser pensados em termos da história de uma comunidade - nas experiências vividas por um grupo - ou da história individual (apesar de que, no final das contas, o coletivo e o individual não podem ser separados estritamente). Os nomes que aprendemos a dar as coisas, primariamente trazidos a nós por nossos pais (ou figuras que os representam), foram aprendidos por eles na vivência de um contexto mais amplo, o qual, mediatamente, recebemos. Nomes são associados a coisas e comportamentos ligados a elas. Isso é introjetado de uma maneira simultânea e integral, junto com o sentido agradável ou desagradável atribuído a cada situação. Diferentes estados afetivos se impõem junto com a atmosfera e pelas pessoas ligadas ao evento. Essas formas de se relacionar e sentir são ressignificadas, as experiências são associadas a novos objetos (deslocamentos), mas o passado não fica para trás, está sempre presente (como ensina a psicanálise). As palavras que pronunciamos dizem mais do que intencionamos e nosso agir tem sempre um sentido maior do que a busca dos objetivos que temos em mente. Estamos sempre conectando situações pretéritas (vividas integralmente e não somente pensadas) com os eventos atuais, as repostas que damos a esses últimos estão associadas àquelas.

³⁹GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 461-464.

O aprendizado que nos impulsiona a sair de um ciclo de repetições (como veremos, através da investigação psicanalítica, a repetição acontece quando não conseguimos recordar) não vem da razão solipsista, mas sim de uma escuta que se deixa afetar por Outro. O diálogo acontece sempre que algo “ganha voz”, esse algo pode ser outrem, uma coisa, uma palavra, um sinal. Tudo isso é “texto”. O vocábulo “texto” tem em Gadamer um sentido mais amplo e concreto que o que lhe é conferido ordinariamente. Inclui, além do texto escrito, obras plásticas, construções e até mesmo processos naturais. Sempre que compreendemos algo que resiste a submeter-se à nossa expectativa estamos diante de um texto⁴⁰.

A orientação para a facticidade, legada por Heidegger, ganha em Gadamer o sentido de um privilégio dado à conversação e ao texto efetivamente lido; pois a fala, em uma situação concreta, traz marcas relacionais mais fortes. A interpretação hermenêutica não visa à decodificação de conteúdos nem a encontrar aquilo que o texto “quer dizer”, busca sim abertura de seu potencial, isto é, sua força interna capaz de fundar novos mundos de sentido. A boa escuta deve, portanto, estar atenta ao texto e ao contexto⁴¹. A circunstância da conversação é paradigmática por ter o contexto presente e também pelo motivo de que o interlocutor está aí fisicamente, a simples presença de outrem tem o potencial (que não necessariamente se atualiza) de chamar o falante para fora da própria clausura.

A afinação entre horizontes é pressuposto para a “fusão” entre eles e acontece com base em certas determinações; estas últimas são geradas pela experiência do entorno dentro do qual o sentido de um texto é compreendido. A partir de um “consenso de fundo” – mais bem ajustado em uma conversação concreta - ocorre a escuta e esta se dá de modo mais próprio, quando deixa o texto falar por si, contra compreensões prévias e contra determinações internas da consciência de quem ouve.

O que torna um texto singular é o acontecimento irrepetível de cada momento concreto de sua leitura. O sentido mostra-se como “*o fundo não presente das presenças significativas*”⁴²,

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 393.

⁴¹ PEÑALVER, Mariano: “Entre la Escucha Hermenéutica y la Escritura Deconstrutiva”. In *Diálogo y Deconstrucción – los Limites del Encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998. P. 112

⁴² Peñalver, Mariano: *Entre la Escucha Hermenéutica y la Escritura Deconstrutiva*. In *Diálogo y Deconstrucción – los Limites del Encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998. P. 112-113

como enlace entre memória (passado) e espera (futuro), no qual se dá a conversação presente. Esse “fundo”, ou potencial por trás do dito, convida a leitura. O que se entende como busca hermenêutica pelo “mais originário” é a procura pela abertura ao potencial evocativo das palavras ou abertura à mobilidade por elas proporcionada quando são capazes de fundar um sentido. Esta capacidade de fundar é mobilizada pela estranheza; a poesia é aqui o exemplo eminente. Tal tentativa de ouvir um clamor proveniente de um lugar estranho resulta em um tipo de inclinação bem diferente de “uma obsessão pela restituição de um significado último e estático” – alguns críticos argumentam que é este tipo fixação que dirige o pensamento heideggeriano⁴³.

A hermenêutica quer despertar nossos sentidos, o que significa também preparar para uma escuta (no sentido mais próprio da palavra); trata-se de propiciar uma aproximação estética de um acontecimento: um instante *ex-stático* (o “ex” indica um movimento pra fora), que está aí. Importa ter em mente que procurar estabelecer contato com o que acontece em um instante não significa se perder da história ou perder-se da parte (do “Eu”) e dirigir-se à dissolução num todo disforme – como no momento do êxtase.

Gadamer refere-se a um processo de auto-compreensão. Este termo pode suscitar mal entendidos se interpretado como de apreensão de si mesmo de modo ilimitado.⁴⁴ A universalidade da experiência hermenêutica adquire seu sentido a partir da compreensão da limitação de toda experiência humana; os limites são dados por Outro.

Emerich Coreth escreve que “a compreensão no diálogo somente se fará se olharmos juntos para a coisa”⁴⁵. Há uma unidade original entre os elementos apenas figurativamente separados – quer-se deixar para trás separação entre sujeito e mundo -; “olhar juntos” é remissão à intersubjetividade e ao papel da tradição (o *ser-com* do Heidegger de “*Ser e Tempo*”), mas há exigência fundamental de que não se perca de vista “a coisa”.

A insistência em apontar para a coisa ela mesma (que não se perde em meio a “acordos”) é a marca distintiva da hermenêutica no ambiente pós-moderno. A pergunta pelo “que é” é

⁴³ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e outros*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. P. 85 e s.

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – A Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.P. 56

⁴⁵ CORETH, Emerich: *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: Ed da Universidade de São Paulo, 1973.P. 103.

altamente transgressora em um contexto que se reproduz pela pergunta “quais os usos possíveis das coisas?” Este é um dos motivos do retorno aos gregos e da procura por um modo contemplativo de lidar com as coisas, bem como o principal ponto de bifurcação entre hermenêutica e pragmatismo - Heidegger faz fortes objeções contra a tendência pragmatista de dispor das coisas, como reservas para uso.⁴⁶

Coreth prefere falar em um espiral compreensivo ao invés de círculo. Cada conteúdo novamente apreendido ou experiência incorporada modifica o todo. Constitui-se, então, uma nova pré-compreensão que determinará a próxima compreensão.⁴⁷ A relação entre pré-compreensão e compreensão é circular e dinâmica, um elemento pressupõe o outro e impulsiona a progressão. A imagem de uma espiral é mais adequada que a de um círculo por evidenciar a mudança e o movimento do processo. Não há como fugir da “pré”, no entanto, a compreensão pode abrir-se à coisa, submeter-se à sua alteridade, para tanto, é necessário entrar no círculo de maneira adequada, com consciência da força que a história exerce.

“orientar-se pelo modo em que as coisas saem a meu encontro na linguagem tem que ver em certo modo com a tradição clássica da fenomenologia, que é uma maneira de ir buscar as coisas em sua própria vida, o que implica ao mesmo tempo em buscá-las em sua maneira de presentear-se na comunicação pela linguagem.”⁴⁸

Estar numa situação histórica significa compreender sempre a partir de um determinado horizonte; isto implica na necessidade de reconhecimento da diferença daquilo que é histórico em relação à significação presente. É, precisamente, a sensibilidade no que diz respeito ‘a temporalidade das coisas que orienta o sentido de verdade para a hermenêutica. O zelo pela história – a compreensão da força que o passado tem no presente – faz com que a hermenêutica pense projetos atuais de maneira modesta e enraizada.

⁴⁶RORTY, Richard: “A Trajetória do Pragmatista”. In ECO, Humberto: *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 110.

⁴⁷CORETH, Emerich: *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. P. 102

⁴⁸GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 257.

Como veremos, o debate entre hermenêutica e modernidade racionalista diz respeito, acima de tudo, à força atual do passado e à nossa capacidade de emancipação em relação às suas determinações. Para o pensamento moderno, de um modo geral, a liberdade vem da razão; para a hermenêutica, ela está na memória e na nossa capacidade para a escuta.

1.1.3. Despertar uma tonalidade afetiva que já sempre esteve aí

Nem sempre se entra - é impossível estar fora dele - adequadamente no círculo hermenêutico. Há, na verdade, uma tendência ao fechamento que faz o processo estagnar na compreensão do “Ser a partir do mundo”⁴⁹. A tradição define um sentido para as coisas e uma maneira de lidar com elas. Se tal sentido estabelece-se como única possibilidade, o movimento de retirada do Se é esquecido e, assim, os entes são reduzidos apenas àquilo que deles é revelado em momento.

Por exemplo, os analíticos propõem que o direito deve servir, acima de tudo, para propiciar certeza e segurança nas relações; sua prática funcionará bem se puder garantir que normas inferiores sejam coerentes com as normas superiores. A inclinação é, de acordo com esta perspectiva, identificar direito e norma abstrata e focar a abordagem na análise da relações sintáticas, de validade. Vimos que entificar o Ser é aprisioná-lo em uma visão de mundo estabelecida e simplesmente reproduzi-la, sem que haja um retorno crítico às origens. No caso, estabelecer que o direito só pode ser corretamente (ou eficientemente, de acordo com ditames modernos) concebido a partir da dogmática analítica é uma maneira de entificá-lo (veremos que os analíticos não recusam outras visões do fenômeno jurídico, como investigações sociológicas, históricas, etc; mas, habilmente as organizam como esferas apartadas do saber da ciência do direito). Tal atitude impede que o processo de compreensão progrida, pois a visão inicial do todo (pré-compreensão) é apenas confirmada (e não modificada) pelo fenômeno (transformado em objeto manipulável). Perguntar pela procedência do pensamento analítico, irá nos levar a Kant, Descartes, ao modo estabelecido por eles de lidar com as coisas, bem como às perguntas que não

⁴⁹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 102.

fizeram. Sublinhe-se: trazer à tona a procedência da tradição dogmática não tem o escopo de eliminá-la, visa apenas investigar seus limites e colocar seu discurso no tempo.

Quando está preso à tradição e não procura o retorno crítico às origens, o *Dasein* compreende as coisas e a si mesmo exclusivamente por uma interpretação herdada⁵⁰ e a partir dela projeta seu futuro (podemos ilustrar a situação chamando a atenção para o modo ordinário em que o operador do direito reproduz, irrefletidamente, uma maneira determinada de manipular instrumentos normativos). Ontologicamente distante do que é onticamente mais próximo, perde-se na impessoalidade repetitiva do falatório⁵¹; decaído, não é capaz de compreender as condições que poderiam abrir a possibilidade de um olhar positivo para o passado. Isso obstrui um questionamento que se voltaria para o Ser. O apego a crenças provenientes da tradição torna-se, assim, um obstáculo à pergunta; interrompe a caminhada às fontes de onde surgiram as evidências; fontes estas que poderiam proporcionar uma compreensão mais adequada à historicidade dos fenômenos⁵².

Mais uma vez, a pergunta pelo sentido do Ser não é um retorno à metafísica nem ao essencialismo nos termos clássicos. O pensamento heideggeriano tem sido mal compreendido, como busca mística ou retorno à metafísica do “mais originário” - estas são as críticas de Habermas⁵³ e Rorty⁵⁴ que irão ser aprofundadas adiante. O questionamento do Ser não tem fim, enfatiza a negatividade da experiência, e, livre de ansiedades por respostas, empurra ao aberto do perguntar; tem, portanto, um grande potencial desconstrutivo.⁵⁵

A pergunta surge quando há sensibilidade à experiência, que não se submete a projetos: “A pergunta se impõe; chega um momento em que não podemos mais fugir delas, nem permanecer aferrados à opinião corrente.”⁵⁶

⁵⁰ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 108 e s.

⁵¹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 227 e s.

⁵² HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 36 e s.

⁵³ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. PP 55

⁵⁴ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999. P. 65 e s.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Diálogo y deconstrucción – los límites del encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998. P. 71

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 478

A busca é pelas “coisas elas mesmas”, como na fenomenologia de Husserl, mas, diferentemente dela, o caminho não é o da intencionalidade ou da redução fenomenológica. Ao invés do “ir às coisas” como os primeiros fenomenólogos, a hermenêutica requer uma espera. Não se pode calcular o que acontece, é preciso esperar que algo se mostre.

Com um direcionamento bem distinto em relação à tradição da filosofia ocidental, Heidegger quer despertar algo; alguma coisa que de certa maneira sempre esteve aí, mas da qual estamos em fuga. Para entrar em contato com o que “se passa”, é preciso prestar atenção ao tempo, deixar acordado o tédio (*Langweillig*), estado afetivo que permite que o “Nada”⁵⁷ se mostre; permite vir à tona a insignificância dos objetos e a mundaneidade do mundo.

“Ser” e “Nada” não são dois conceitos postos em oposição. Traduzir o questionamento heideggeriano em uma construção lógica perverte seu sentido e elimina seu caráter original (Emanuel Carneiro Leão anota que talvez o maior motivo da falta de compreensão da “ontologia fundamental” se deva ao fato de muitos leitores terem procurado entender a “coisa” a ser pensada pela lógica e pela gramática tradicionais ao invés de repensarem as palavras e a lógica a partir da “coisa”⁵⁸). O “Nada” está ligado a um estado afetivo, existencial, em que as coisas perdem o significado. Não há mudança aparente, tudo continua funcionando, mas algo que estava oculto surge; este algo não se mostrava quando estávamos ocupados demais com preocupações do dia a dia. Primeiro devagar, depois em um salto⁵⁹ (Heidegger refere-se à descontinuidade desse movimento), o peso da morte vem à tona e a angústia toma conta da existência.

Mais do que uma explicação conceitual, Heidegger quer “despertar a existência”⁶⁰ em seus leitores, que, para compreender a verdade que suas palavras evocam, devem abrir-se a determinados “estados afetivos”. Trata-se de uma orientação altamente transgressora (por isso bastante incompreendida) em relação à metodologia da ciência moderna; esta última retira os afetos de seu lugar fundamental em prol da busca pela impessoalidade e pela “objetividade”. Para a hermenêutica, o pensamento que não se deixa atingir pela angústia é desenraizado.

⁵⁷ HEIDEGGER, Martin: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 550 e s.

⁵⁸ LEÃO, Emanuel Carneiro: Introdução a Heidegger, Martin: *Sobre o humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. P. 11.

⁵⁹ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia? / Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P. 46.

⁶⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, 220.

Safranski explica:

“O filósofo não se poderá limitar a descrever a consciência do ser humano, senão que ele deverá dominar a arte de invocar a existência no ser humano. Isso significa: as perspectivas da ontologia fundamental abrem-se de todo unicamente em, e a partir de uma transformação da existência humana.”

A tarefa de despertar algo no leitor - ao invés de prover informações – exige o uso de palavras que possam afeta-los. Eis o motivo da linguagem de Heidegger aproximar-se tantas vezes da poesia e o papel crucial que a estética adquire dentro da investigação ontológica. O hermeneuta deve deixar-se adentrar num estado de espanto, cuja força impulsiona a travessia da existência familiar para a angústia. Tal disposição vem junto com a perda de controle sobre as coisas e a revelação da insignificância dos entes intramundanos. As coisas tornam-se nulas e é a nulidade que revela a falta que já sempre esteve aí, mas que nossas obsessões por controle ocultavam. A angústia surge quando somos tocados pela mortalidade. Não se trata de pensar sobre a morte no sentido de calculá-la ou de qualquer modo trivializá-la – como acontece quando ela é convertida em um conceito, ou a ela se atribui um sentido calmante, como nas grandes religiões –, mas de carregá-la e recebê-la em seu mistério.

1.2. Técnica e estética: algumas dissonâncias

1.2.1. Primeiros apontamentos a respeito da questão da técnica (modernidade e a pergunta “para que serve?”)

Três pontos devem ter ficado claros até aqui: (1) esta investigação não está interessada em saber como se deve conhecer o direito, quer sim indagar a respeito do modo em que lidamos com o direito; (2) existe uma maneira mais adequada de entrar no círculo hermenêutico e, portanto, uma maneira mais adequada de lidar com o direito (estagnar-se em um projeto prévio, que não se submete à mobilidade e à negatividade da experiência, é um modo equivocado de entrar no

círculo); (3) a compreensão do fenômeno jurídico deve ter em conta os limites de todo projeto, necessita levar a sério a finitude, portanto, zelar pela história.

A pergunta pelo Ser aponta para um acontecimento, é preciso estar atento para que não nos afastemos de seu direcionamento mais autêntico em nome de abstrações. Ao invés da linearidade da análise conceitual, a trajetória a percorrer é circular e tem o Ser como centro de gravidade. São os termos da pergunta pelo o direito, compreendido, aqui, como fenômeno, como algo que acontece no tempo. Pergunta-se, então: como o direito acontece na modernidade?

Inicialmente, há que se aludir a um direito que se dá na sociedade da informação e da comunicação massificada e corre junto com as demandas de tal estrutura. Conforma-se pelo método positivista, cético quanto à possibilidade de alcançar um conceito de justiça e, mais ainda, indiferente quanto às possibilidades que podem vir a ser abertas a partir da pergunta pela justiça. Apenas as questões relativas à validade da norma são relevantes para o positivismo jurídico em sua versão formalista.

Importa chamar a atenção para dois aspectos importantes referentes à maneira que, na modernidade, o direito é pensado: em primeiro lugar, o direito aí se revela como técnica de decisão⁶¹ e, em segundo lugar, a instituição da mutabilidade de conteúdos ganha o teor de trivialização dos mesmos. A sociedade da informação e da comunicação massificada consome palavras da mesma maneira que faz com mercadorias. Há um excesso de palavras, mas elas são incapazes de efetivamente dizer algo. Isto ocorre em função de estarem inseridas em uma estrutura marcada pela repetição ansiosa, pela burocratização, manipulação e instrumentalização das coisas.

No contexto individualista moderno o ser humano, ordinariamente, encontra-se desligado de suas raízes, desconectado em relação ao coletivo. Sem vínculos fortes com a solidariedade advinda da tradição e sem utopia, procura, como satisfação compensatória, consumir novos produtos, rapidamente, compulsivamente.

⁶¹ Aludiu-se ao diagnóstico de Ferraz Jr., mas é preciso atentar para o fato de que o brasileiro compreende a técnica a partir de referenciais diversos em relação à hermenêutica cf. FERRAZ Jr.: Tércio Sampaio: *Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 34 e s.

“O grande perigo é que um dia o pensamento que calcula viesse a ser o único pensamento admitido e exercido, e reine a indiferença com relação a reflexão. E o ser humano se esqueça do que tem de mais próprio.”⁶²

Burocratização, trivialização e cálculo da vida são sintomas da “era da técnica”. Cabe, então, precisar o sentido que a palavra “técnica” adquire dentro da investigação hermenêutica.

Heidegger lembra que *techné*, para os gregos, designava tanto o fazer artesanal como o fazer das belas artes. O traço comum é que ambos imitam um modelo, a diferença específica está no fato de que a criação artística não é objeto de uso. O belo encontra-se livre de qualquer vinculação utilitarista, é algo que se auto-justifica e, desse modo, rompe com o tipo de pensamento guiado por objetivos⁶³.

O parentesco entre técnica e estética torna problemáticas as tentativas de articular oposições fortes entre as duas palavras. Ao invés de opor, é mais interessante procurar ouvir quando há dissonâncias (referimo-nos a dissonâncias para tentar escapar de armadilhas e vícios da metafísica, ligadas à articulação dicotômica de categorias e também para seguir a metáfora com a música feita por Heidegger⁶⁴, que evoca tons afetivos ao tratar de situações ou estados afetivos em que nos encontramos). Podemos estar em diferentes afinações; mas, há um modo mais apto a harmonizar-se com as coisas. Tal modo pode surgir quando aprendemos a dar conta de nossa situação histórica, dos preconceitos que sempre determinarão a compreensão; a partir daí é possível preparar uma disposição capaz de prestar, devidamente, atenção as coisas. De outro lado, há a disposição exploradora, que separa para usar as partes em direção a objetivos determinados previamente. Em tal afinação (típica da “era da técnica”) não se está atento a alteridade das coisas, estas última se revelam unicamente a partir de como são interpretadas impessoalmente por todos (*das Man*⁶⁵); servem, assim, a um objetivo também impessoalmente estabelecido.

⁶² HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. P. 26.

⁶³ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 17.

⁶⁴ HEIDEGGER, Martin: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 101-102.

⁶⁵ Sobre *das Man* cf. HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo- Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 165 e s.

Em “*A Questão da Técnica*”⁶⁶, Heidegger pergunta pela proveniência e pela essência da técnica. A pergunta heideggeriana tem o sentido de lembrar as origens e mostrar vigor atual da técnica; esta determina um “destino” compartilhado.

Heidegger segue dizendo que *techné*, no sentido atribuído pelos gregos, é um modo de pôr, de evidenciar existências. O escultor, por exemplo, faz revelar a escultura escondida na pedra. Era um “desencobrimento” ou “desocultação” (*aletheia*), que, na Grécia, dava-se como uma espécie de cultivo (a referência a terra e a atividades como agricultura e pastoreio caracterizam a filosofia grega, que tinha como traço marcante a proximidade da linguagem comum; esta última, caracterizava-se ainda por não ter se distanciado das coisas) e pertencia ao gênero *poiesis*. *Poiesis*, para os gregos, era o movimento do não vigente para o vigente; acreditava-se que as coisas deveriam se mostrar por sua força própria, como acontecia na natureza, no artesanato e na arte⁶⁷.

A técnica moderna persiste sendo um modo de desocultação, entretanto não é mais *poiesis*. Em tal modo, rege uma dis-posição exploradora que se impõe à natureza e manipula-a; as coisas são convertidas em reserva (*Bestand*), material para o uso. Na modernidade, a relação de domínio cresce e parece haver poucos espaços que preservam uma relação de mais solicitude com o mundo.

Pensar a técnica tal como estamos acostumados - como habilidade para o uso de instrumentos que visa a alcançar fins previamente estabelecidos - pode levar à perigosa ilusão de que a técnica é só um meio que podemos utilizar ou não e, nesse sentido, algo que está diante de nós e que controlamos. A pergunta pela essência da técnica aponta para o perigo de que ela nos domine por completo - pois **é a técnica que nos controla, não o contrário**, como pode imaginar o investigador apressado - e assim determine nosso “destino”. Sempre que o ser humano age, ele já desde sempre está envolvido com o que já se revelou. Por exemplo, nas pesquisas sobre a natureza, há um comprometimento com um método e objeto já dados; o cientista responde às demandas que vigoram. Age-se dessa forma porque esse é um hábito comum e em razão de que esse tipo de ação têm resultado em progresso e mais avanços tecnológicos; não se atenta, todavia,

⁶⁶ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 16 e s.

⁶⁷ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 16-19.

para outras formas de se relacionar e outros tipos de agir que as exigências da sociedade moderna ocultam. No esquecimento de nossas origens, reside o risco de nos perdermos (dirigirmos nossa vida por simplesmente demandas impessoais); de outro lado, está na memória e na reflexão (no sentido hermenêutico de refletir sobre o mais próximo) sobre nossa historicidade o potencial de emancipação.

Habermas contra-argumenta (em defesa da ciência) e afirma que o trabalho científico se dá de modo igualitário e está preso a certos deveres - justificação perante a comunidade científica, experimentação, etc⁶⁸- que o legitimam. Segundo Habermas, as objeções da hermenêutica ao método científico (bem como a falta de base do questionamento ontológico em uma teoria social) configuram uma tentativa de refutar o solo pragmático, que subjaz a todo discurso⁶⁹.

Heidegger denomina *Gestell*⁷⁰ (traduzido como com-posição ou estrutura) “o apelo de exploração que reúne o homem a dis-por do que se des-encobre com dis-ponibilidade”⁷¹. A técnica pode ser compreendida como armação ou sistema capaz de estruturar algo. Gadamer a associa à idéia geral de um dispositivo capaz de colocar, conectar e assegurar; trata-se, segundo ele, de uma forma de pensamento que determina o todo e faz desaparecer outras maneiras de pensar⁷². A imagem de trilhos que dão a direção do movimento do trem ilustra bem a situação. A partir da estruturação da técnica, estamos a caminho de algo, é nesse sentido que ela determina nosso destino. A palavra “destino”, dentro do pensamento heideggeriano, não deve ser compreendida como fatalidade inexorável à qual estamos submetidos. Há sim liberdade e esta vem da escuta e da compreensão daquilo que nos põe a caminho (no caso, da aproximação da essência a técnica).

Estamos dentro de um processo de produção que exclui subliminarmente uma reflexão sobre sua procedência. Nesta estrutura o direito acontece e, segundo Ferraz Jr., converte-se em

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P 75.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P 75.

⁷⁰ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 22.

⁷¹ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis, Vozes, 2001. P. 22.

⁷² GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 230 e s.

objeto de consumo⁷³. Por exemplo, discurso sobre direitos humanos restringe-se, na maior parte das vezes (Gadamer não nega que, mesmo dentro da técnica, há um potencial de abertura, portanto, é possível, segundo ele, uma conversação sobre direitos humanos possa fomentar emancipação), à repetição de slogans, sem que se pense com profundidade o sentido do humanismo. Neves refere-se à eficácia simbólica dos direitos humanos e ao seu uso político, legitimador de ações do Estado⁷⁴ - isso se mostra com clareza no discurso humanista norte-americano, que mascara pretensões econômicas e pretende justificar a intervenção militar em outros Estados. Trata-se do uso “mercadológico” de slogans humanistas por um Estado que precisa “se vender” para o mercado externo (porque, entre outras razões, para participação na política internacional, exige-se a aparência de proteção a direitos humanos) e interno (os direitos humanos tornam-se álibi, sua garantia formal disfarça a sua ineficácia factual).

A comunicação massificada, que marca nosso tempo, dificilmente vai além de frases de efeito; a quantidade excessiva de informações que se exige processar tende a obstar um pensamento capaz de aproximar-se do humanismo em um sentido mais profundo.

Sob o império da técnica, a pergunta que faz a todo tempo é “**para que serve?**”. Não há problema em questionar a respeito de usos práticos para as coisas. Mas dificuldades surgem quando, sem que nos demos conta, perguntamos **exclusivamente** acerca da serventia. Isso implica em sérias perdas e em um tipo específico de surdez. Esse trabalho quer chamar a atenção outras formas de lidar com o direito, bem como, para importância de se voltar a perguntar “**que é o direito?**”. Tal questionamento, que não o submete a uma serventia, nem está ansioso por uma resposta (essencialista ou funcional) é uma maneira de contemplar (não usar para determinado fim) o fenômeno jurídico e de procurar compreendê-lo no tempo. Ao invés de impor um sentido (entificar o Ser), procura aguardar para que o fenômeno se mostre “por ele mesmo”, com a consciência de que todo mostrar é também um ocultar. Tal abordagem abdica de tentativas de alcançar o conhecimento da totalidade do direito, pois isso é negar o movimento de retirada do

⁷³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 27-28.

⁷⁴ NEVES, Marcelo: “A Força Simbólica dos Direitos Humanos”. In *REDE – Revista Eletrônica do Direito e do Estado*. N. 4, 2005. Instituto de Direito Público da Bahia Salvador. P. 26. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em julho / 2008.

Ser, bem como levaria a fazer cessar o movimento circular da compreensão. Questionar converte-se, portanto, em um fazer e em um deixar interminável.

O verbo Ser, na pergunta “que é?”, deve ser decodificado em termos heideggerianos; Ser se dá no tempo, é mobilidade. A questão, portanto, pode ser formulada nos seguintes termos: **“como o direito acontece no tempo?”**. Trata-se de inquirir a respeito de como ele se dá atualmente, de onde procede, quais as possibilidades abertas no futuro e que possibilidades essa forma de revelação do direito tolhe.

Mas se técnica na modernidade não é mais *poiesis* – pois as coisas não se mostram por seu vigor próprio; são sim determinadas por uma serventia - pergunta-se: o que restou da *poiesis* grega? É possível encontrar espaços em que o pôr capaz de cuidar e deixar viger (essa é a maneira pela qual Heidegger compreende a *poiesis*) está preservado?

Como vimos, a técnica moderna encontra suas origens na palavra grega *techné*; mas, desta mesma palavra também procede aquilo que hoje chamamos de arte. A hermenêutica encontra na arte e na estética lugares de abertura; a tarefa agora é explorar sua estrutura.

Para a condução da explicação sobre a peculiaridade da estética na investigação ontológica importa atentar para alguns pontos fundamentais da polêmica entre Gadamer e Hegel. O debate é emblemático e ilustra o confronto entre modernidade e pós-modernidade: de um lado, a busca pela ordem, pela literalidade, pela fixação de algo estável que organiza o caos concreto - atitude conduz o banimento do que não se encaixa no discurso -, do outro lado, a procura por um modo menos impositivo de lidar com a diferença.

A ruptura da hermenêutica com Hegel e com o idealismo alemão - cuja herança é expressamente admitida por Gadamer – dá-se, notadamente, em função da tentativa idealista de ultrapassar a facticidade para ascender ao campo da teoria. Segundo Gadamer, o equívoco está na abstração das peculiaridades da experiência estética e na sua decorrente redução a uma “pura

integração de sentido”⁷⁵ (ideia). O movimento da dialética hegeliana descamba na superação de todo o movimento pelo espírito absoluto e deixa para trás, portanto, a alteridade.

A verdade, para a “hermenêutica da facticidade”, não reside em abstrações; a fixação em universais, como conceitos e projetos, é um obstáculo à sensibilidade, imposição do pensamento que não permite uma autêntica abertura ao processo da experiência⁷⁶. Gadamer refere-se a verdade da experiência da obra de arte. Esta pode se insurgir quando nos deixamos aproximar da singularidade e das sutilezas da conformação artística, sem jamais passar por cima de sua resistência (tal como os idealistas).

A preocupação hermenêutica com a estética ultrapassa os limites do mundo das belas artes; a estética ganha um sentido universal, nela está o fio condutor da explicação ontológica. A estrutura da experiência estética conforma um paradigma que vai auxiliar na investigação do sentido mais originário de toda experiência.

Não é à toa que “*Verdade e Método*” começa com a investigação da teoria estética⁷⁷; Gadamer estabelece aí a rota que lhe permite expor o poder mais próprio da palavra: trazer algo à presença. O rompimento com a distinção clássica entre representante e representado dá à linguagem um sentido radicalmente original: para a hermenêutica, a palavra é encarnação de algo, que se mostra por ela e com ela, numa unidade inseparável. Tal inseparabilidade revela-se na própria configuração do giro hermenêutico, que não acontece apenas no conteúdo dito, passa, outrossim, pela forma, pelo “como” se diz, está no estilo circular de escrever de Heidegger, em seus neologismos e metáforas. Os escritos heideggerianos encontram-se em zonas limítrofes da linguagem da filosofia e da poesia; na base está o reconhecimento da metáfora de fundo.

A tese da indissociabilidade entre representante e representado tem repercussões profundas na compreensão do fenômeno jurídico. Propor que aquilo que se diz é tão importante quanto “como” se diz e dele não pode ser destacado leva a concluir que palavras não são meros

⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg: *En Conversación con Hans-Georg Gadamer – Hermenêutica, Estética, Filosofia Práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. P 81. e GADAMER, Hans-Georg: *A Atualidade do Belo – a Arte como Jogo Símbolo e Festa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 40.

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 37-231

veículos de uma idéia com existência autônoma. **Palavras não devem ser tratadas como reserva disponível para uso.** Não são instrumentos para atingir fins. As palavras da linguagem que falamos cotidianamente carregam uma história, logo, distanciar-se em demasia de seu uso espontâneo na tradição é distanciar-se de suas raízes. Isso serve de alerta aos riscos do apego excessivo a linguagens artificiais (veremos algumas vertentes do pensamento analítico⁷⁸ buscam formalizar a linguagem do direito, aproximando-o da matemática); o perigo é que o pensamento dogmático ocupe-se apenas em articular conceitos artificialmente construídos e se esqueça de pensar de onde vieram.

1.2.2. Sobre a conexão entre estética e conversação em Gadamer

Em Gadamer, a estética está radicalmente conectada à conversação cotidiana e à possibilidade (afetiva e racional) de se aprender com o outro (aprender algo não precisa levar necessariamente a um consenso, mas, simplesmente, à abertura à diferença e a novas perguntas). Ouvir alguém falar e, mesmo que não se concorde com tudo o que diz, apenas procurar compreendê-lo, significa situar sua fala dentro de uma tradição – isto por si já promove alguma abertura. A conversação tem um potencial de alteridade, pois sempre que uma palavra é pronunciada há um acontecimento concreto dentro de um todo relacional, que carrega infinitas possibilidades associativas.

As objeções de Derrida à hermenêutica referem-se à conexão desta a uma tradição que privilegia a voz em detrimento da escrita (que se evidencia, segundo Derrida, não só na preferência da Gadamer pela fala, mas também nas recorrentes metáforas heideggerianas que evocam a voz⁷⁹). Gadamer responde que tal crítica tem Husserl como principal alvo; e este está na mira porque a fenomenologia husserliana apóia-se em uma voz que é pensada⁸⁰ pela consciência intencional. O problema é que, como dito, Derrida lê Heidegger a partir de Husserl⁸¹

⁷⁸ Exemplo desta tendência é o modelo formulado Bulygin e Alchurrón cf. BULYGIN, Eugenio e Alchurrón, Carlos E: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

⁷⁹ DERRIDA, Jacques: *Posições*. Belo Horizonte: Autêntica. 2001. P 17-18.

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – A Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007. p, 106.

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – A Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 107 e s.

e não absorve a intensidade do rompimento daquele em relação ao seu ponto de partida. Na hermenêutica e voz e a escuta ganham densidade estética e um sentido radicalmente diverso daquele atribuído pelos primeiros fenomenólogos.

Ao enfatizar a fala numa conversação, Gadamer não quer abandonar conceitos e escrita, aspira sim trazer à tona o caráter relacional das coisas. O relacionamento se mostra com mais força quando se está frente a frente com outrem, a situação histórica de ambos os interlocutores se evidencia e mal entendidos podem ser mais facilmente corrigidos.

É também para relação entre as coisas as que práticas desconstrutivas almejam chamar a atenção, mas não fazem isso pela mesma via da hermenêutica. Quando Derrida aponta para a co-originariedade dos opostos expõe uma conexão fundamental entre o que foi cindido e decidido pelo uso da linguagem. Quando se pensa em uma ideia, por exemplo a ideia de escrita, inadvertidamente está se pensando em seu oposto, por exemplo, em escrita como “não-fala”. Para os desconstrucionistas a história das ideias é a história de concepções que foram privilegiadas em um tempo em oposição a concepções desprivilegiadas⁸². Até aqui parece que a distância não é tão grande em relação as teses da hermenêutica.

Para Gadamer, o que interessa na voz e na palavra é, antes de tudo, seu poder de fazer presente pelo dizer: a voz diz algo que, por ser dito, está “aí” (em alemão “da”). É precisamente isso, a evocação, que perde força na era da técnica em que palavras, procedimentos, tudo é consumido como produto, apressadamente, irrefletidamente. O diálogo evocador do “aí” tem uma afinação própria, exige que se esteja desperto para a fala e para a escuta, requer tempo e sensibilidade para perceber tons mais sutis (como o tom que faz compreensível uma ironia, por exemplo), os quais podem passar despercebidos em função da pressa típica da modernidade. Há em Gadamer o convite à conversação oral, fluida, em que a aliança entre duas pessoas não se dá apenas em termos de conteúdo, evolve disposição para estar, de fato, com o outro, efetivamente ouvi-lo. A abertura à presença imediata de outrem na conversação carrega algo do sentido do questionamento ontológico heideggeriano: há aí a procura por tornar presente a mobilidade de Ser no tempo.

⁸² BALKIN, J. M: “Deconstructive Practice and Legal Theory”. *Yale Law Journal* n. 96, 1987. P. 20 e s. Disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>. Acesso em março /2008.

A investigação estética põe em relevo a experiência do estranhamento - somos estrangeiros no mundo fundado por uma obra de arte -, que é capaz de fazer emergir a força de palavras que, no mundo moderno, foram trivializadas. A metáfora (na poesia, por exemplo) retira as palavras de seu nexos comum e causa espanto, palavras “soam mais alto”, atingem-nos, ganham vida. Isso fica mais claro no exemplo de trabalhos artísticos que expõem objetos do dia a dia, retirando-os do contexto e de suas funções triviais. Mas, mesmo aparte da atividade artística em sentido estrito, uma conversa, a leitura de um texto, uma experiência, de um modo geral, é mais interessante quando é capaz de afetar de tal maneira que desestabiliza, provoca vertigem e um potencial rompimento com o referencial anterior. Por isso, a hermenêutica da finitude põe ênfase nas experiências negativas, que são aquelas que frustram, mostram a insuficiência do pensamento: a tarefa constante é a de adequar o pensamento às experiências. O apego aos resultados universalizados faz com que nos esqueçamos do autêntico processo de experiência, que é o eterno movimento de negação e destipificação de universais. Ao retirar-nos da conexão trivial com o mundo, a arte insurge-se contra o padrão moderno, em que expectativas pré-fixadas determinam tudo de antemão⁸³.

Nos capítulos finais de “*Verdade e Método*”, Gadamer faz uma analogia entre o belo platônico e a evidência⁸⁴. A beleza em Platão tem o modo de ser da luz, faz ver e traz a si mesma ao aparecimento ao fazer ver as demais coisas do mundo. O belo encanta, convence por si, sem subordinar-se à nossa visão de mundo. Da mesma maneira, a leitura de um texto ou uma conversação podem vir como uma experiência que tem força a partir de si, que surpreende e surge como uma nova luz que amplia o campo de visão.

A modernidade conforma um modo de pensar que enfatiza o conceito – artificialmente construído – em detrimento da palavra. Filósofos, como Descartes ou Kant, por exemplo, só podem ser compreendidos dentro de um sistema conceitual em que cada palavra está conectada a um todo pensado. Nesses termos, as palavras servem (ocupam uma posição de servidão) a conceitos. Esses últimos são inventados por uma mente isolada; o pensamento articulado a partir de conceitos procura ligar, através da lógica, entes abstratos. Para Gadamer, o fato da filosofia grega nunca ter se afastado do idioma grego – marcado, sobretudo, pela proximidade com as

⁸³ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P 186.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 625

coisas do dia-a-dia – em seu uso ordinário tornou-a especialmente fecunda. Não havia o abismo entre a linguagem natural e a filosófica, tal como há na modernidade. Por essa razão, a hermenêutica encontra nos gregos a possibilidade de um novo começo para o pensamento que pretende liberar-se de vícios metafísicos⁸⁵.

Gadamer refere-se a um movimento de retorno do conceito à palavra. Isso não significa renunciar ao pensamento conceitual, trata-se sim de uma tentativa de lhe colocar limites pela compreensão de seu sentido histórico. Ao invés de se apoiar em conceitos fixos (capazes de garantir segurança e correção, como quer a dogmática jurídica), a tarefa do pensamento deve ser procurar a verdade que está em associações, muitas vezes inusitadas, que se pode encontrar nas palavras, conexões estas que carregam a espontaneidade e as incertezas da vida.

“Trilhar o caminho de volta da palavra conceitual para a palavra da linguagem para depois refazer o caminho da palavra da linguagem para a palavra conceitual.”⁸⁶

A linguagem da filosofia deve fundar-se na religação do pensar conceitual à linguagem cotidiana e ao todo relacional que nela se faz presente.⁸⁷ Importa pensar o que acontece, que mundo se abre, que mundo se fecha e a que tradição nos conectamos quando nos dedicamos à atividade de elaborar e articular conceitos. A questão, na verdade, reside por trás do ato de conceituar; está no envolvimento excessivo com abstrações e na falta de atenção à experiência - no sentido gadameriano da palavra, que, como veremos, é bem diferente da acepção positivista. Lidar acontecimentos concretos, decerto, é mais frustrante.

A linguagem diz de maneira incompleta, sempre falta algo. Ao supor poder encontrar um fundamento pleno, a metafísica aspirava expulsar a falta (que, na verdade, é o que caracteriza a existência). Com a modernidade e a difusão de uma atitude anti-metafísica, a ciência e a filosofia não creem mais na correspondência entre conceitos a um mundo objetivo externo. Aqueles são concebidos de outro modo, por exemplo, os analíticos usam definições estipulativas, conscientes

⁸⁵ PALMER, Richard: “Gadamer’s Recent Work on Language and Philosophy *On Zur Phänomenologie von Ritual und Sprache*” in *Continental Philosophy Review* 33: 381–393, Kluwer Academic Publishers, 2000. Disponível em <http://www.philosophy.ru/library/pdf/262051.pdf>. Acesso em novembro /2008.

⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 110

⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 111.

de que estas foram inventadas (construídas a partir de uma idéia que não corresponde ao mundo externo) tendo em vista um fim. Há, pretensamente, em tal abordagem a admissão da falta na linguagem. Contudo, a falta não é acolhida aí em sua radicalidade, **pois a plenitude da verdade é substituída pela plenitude da funcionalidade**. Para os analíticos, definições estipulativas, desligadas de quaisquer relações com a verdade, devem servir para que o direito possa funcionar melhor e responder às demandas atuais por agilidade, impessoalidade e certeza nas decisões.

O tipo de conexão que se dá entre conceitos vige em um modo de pensar linear (um conceito genérico já carrega a conclusão mais específica); por outra via, a ênfase na palavra e na linguagem natural em que ela acontece chama a uma compreensão circular, que põe em jogo associações colaterais. No contato imediato que se dá pelo discurso falado, ocorrem gestos, variação de tons de voz. Esses e outros referenciais ínsitos à fala concreta têm perdido a importância nas relações forjadas nos trilhos da técnica.

As palavras carregam o vigor de uma tradição, bem como a história pessoal de quem as ouve e as pronuncia, a fala traz a força de um acontecimento na sua totalidade, bem como o fato de que as palavras pronunciadas em uma ocorrência atual antes já foram ouvidas. Tanto a hermenêutica de Gadamer como a psicanálise enfatizam o papel da palavra falada, porque esta está intrinsecamente vinculada a eventos concretos e integrais da vida. O aprendizado da fala acontece antes do aprendizado da escrita e está fundamentalmente ligado a como sentimos e nos comportamos; são nas primeiras relações lingüísticas que estão nas origens da ligação que estabelecemos com Outro.

A ênfase gadameriana no diálogo atesta um ponto de divergência em relação ao direcionamento da questão heideggeriana: Gadamer demonstra mais otimismo que Heidegger quanto ao potencial de abertura que advém de conversações calcadas na “linguagem da metafísica”⁸⁸. O filólogo Gadamer em seu projeto de reabilitar a tradição e o diálogo atenua um pouco lado mais obscuro do pensamento heideggeriano ou, como escreve Habermas, “*urbaniza a província heideggeriana.*”⁸⁹

⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001. P. 191.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen: *Dialética e Hermenêutica*. São Paulo: L&PM, 1987. P. 75 e s.

Gadamer interpreta seu próprio trabalho como busca de um caminho original, que não deixa de carregar a herança heideggeriana:

“Se eu mesmo parto da comparação do existencial do discurso com o diálogo enquanto verdadeiro “a caminho da linguagem” e se coloco com isso em primeiro plano a luz que pode emergir para nós junto ao outro e que, como gostaria de dizer, constitui a propriedade do ser-com, não coloco certamente acento na propriedade do ser-aí. No entanto, mantenho-me metodologicamente ligado à posição de partida de ser e tempo, a saber, o ao ser-aí que se compreende em vista de seu ser.”⁹⁰

Gadamer adverte que Heidegger, na busca por sentidos inusitados das palavras, interpreta contra o sentido do texto e de um modo muitas vezes o violenta.⁹¹ O filólogo não atua do mesmo modo, prefere buscar sentidos historicamente possíveis; entretanto, não deixa de se interessar pelo que se mostra neste exercício de escuta de sentidos outros, transgressores de limites, realizado por Heidegger. Gadamer encontra aí, muito mais do que simples jogos de palavras; segundo ele, Heidegger queria retroagir à abertura do Ser, possibilitada pelas palavras e frases.⁹²

Gianni Vattimo explica esta atitude heideggeriana ao tornar presente o caráter de distorção (este é uma dos sentidos possíveis da tradução da palavra *Verwindung*, tal como foi pensada por Heidegger) da metafísica que ocorre quando esta é repensada pela hermenêutica. Vattimo exemplifica: Heidegger não repensa a obra de Platão inquirindo se é ou não verdadeira a doutrina das ideias; a questão dirige-se sim a uma abertura preliminar dentro da qual algo como a doutrina das ideias pôde surgir⁹³.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001. P. 318

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 225.

⁹² GADAMER, Hans-Georg: *Diálogo y deconstrucción – los límites del encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998.. P. 72-74.

⁹³ VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P.183. Sobre *Verwindung* cf. HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia? / Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006.

Por acentuar o papel da conversação, a relação de Gadamer com a tradição flui com mais facilidade se o compararmos com Heidegger. Este aponta para um lugar distante do falatório, da cidade e para a abertura a um clamor que pode ser melhor ouvido no silêncio.

“Tudo depende do fato da verdade do ser atingir a linguagem e do pensar conseguir esta linguagem. Talvez a linguagem exija muito menos a expressão precipitada do que o devido silêncio. Contudo, qual de nós, contemporâneos, quereria pretender que as suas tentativas de pensar estivessem familiarizadas na senda do silêncio?”⁹⁴

Heidegger propõe que o grande aprendizado, originariamente, não vem do discurso que, com suas armadilhas, confunde e faz com que nos esqueçamos do que está mais próximo, vem da escuta e de uma inclinação a se deixar afetar. A senda, a ferida é a diferença, que vibra com mais vigor quando as vozes do dia a dia silenciam e permitem que algo surja. O falatório (o falatório heideggeriano não deve ser compreendido em sentido negativo, é simplesmente um acontecimento) da cidade não deixa o silêncio surgir em sua radicalidade e é, precisamente, no silêncio, que o *Dasein* pode ouvir o clamor proveniente da estranheza, lugar das suas possibilidades mais próprias.

A virada e o encontro consigo mesmo não vêm de uma descoberta cognitiva, surgem quando algo é acordado, uma tonalidade afetiva que já sempre esteve lá, mas da qual o ser humano foge para passatempo. É preciso prestar atenção ao tempo que passa; é o tédio⁹⁵ (*Langweilig*) deixa o tempo se mostrar em seu vigor. Quando as coisas se mostram impotentes em relação a nós (mundaneidade do mundo), deixamos de procurar, ansiosos, por novos objetos. Ficamos no tédio. Na não significância, abre-se a mundanidade do mundo ele mesmo, o sentido

⁹⁴ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 54

⁹⁵ Sobre o tédio profundo cf. HEIDEGGER, Martin: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 189 e s.

das coisas já não é mais o familiar.⁹⁶ A diferença é algo que se apresenta aí. Abre-se como um abismo.⁹⁷

Sinteticamente, podemos dizer que Heidegger e Gadamer estão de acordo quanto ao diagnóstico do nosso tempo – em que impera a força da técnica –, concordam também que devemos aprender a escutar algo que é dificilmente audível em meio à ansiedade e a pressa da vida moderna. Há, no entanto, algumas divergências no que diz respeito aos caminhos da emancipação.

Desde os gregos fala-se em *techné*. Mas esta, na época em que vivemos, ganha traços específicos e sua força se espalha por todo o planeta. Tal fenômeno se alastra desde o início da modernidade, em que a idéia de natureza como algo misterioso a ser contemplado é substituída por uma natureza dominável.

*Na medida em que é testada, objetivamente colocada sob “sub foco” da ciência e dos saberes técnicos, se converte em algo que se apropria, que se usa, de que se pode fruir um proveito, desde que esteja a serviço do saber, da descoberta, do progresso, da vida e da intensificação dos modos de dominação do meio pelo homem*⁹⁸.

Nem Heidegger nem Gadamer propõem que a técnica seja insuperável. Quando alerta para o perigo de que o modo de revelação do Ser que aí se instaura chegue a suprimir outras possibilidades de revelação, a hermenêutica quer chamar a atenção para uma estrutura que ganha força no nosso tempo e que está tão profundamente introjetadas no nosso modo de vida, **que pensamos a partir dela, mas não a pensamos.**

Vattimo escreve que a hermenêutica procura assumir o passado, mas não se trata de uma aceitação que retoma e segue sua direção nem uma ultrapassagem crítica, racional. “o

⁹⁶ DUBOIS, Christian. *Heidegger: Introdução a uma Leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. P. 44

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva – Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis, Vozes, 2007. P. 67 e s.

⁹⁸ BITTAR, Eduardo C. B.: *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. P. 38-39.

*esquecimento do ser, que constitui a metafísica, não pode ser pensado como um erro do homem, de que seja possível sair com um ato de vontade e com uma escolha metódica mais rigorosa”.*⁹⁹

Estamos tão obstinados a alcançar os objetivos que o mundo moderno demanda, que não aprendemos a parar, não há tempo. Usamos rapidamente as coisas para chegar a um fim, depois, escolhemos um outro objetivo e procedemos da mesma maneira, assim a pergunta “para que serve” toma conta da vida. O impulso da técnica afasta-nos do que está mais próximo e outros modos de estar em relação são tolhidos, por exemplo, um modo de vida mais simples em que a relação com as coisas é de cultivo (como a vida do camponês) e não de dominação ou o saber do senso comum, que se apóia na linguagem natural e em uma solidariedade vivida. Essas outras possibilidades são sublimadas, mas podem se mostrar; ecoam nas palavras que pronunciamos atualmente, pois estas carregam uma história. Devemos tentar ouvi-la para compreender o que foi perdido com o processo modernização.

Há, portanto, espaços de resistência. Existem divergências entre Heidegger e Gadamer no que diz respeito a onde encontrar esses lugares em que pode haver libertação da técnica. Heidegger é cético quanto ao que se pode alcançar a partir do modo de nos relacionarmos com o mundo estabelecido pelo modo de vida das cidade modernas, por isso, incita um momento de retirada, evoca o silêncio e a vida no campo. Gadamer é mais otimista quanto ao potencial de emancipação inerente à conversação e à linguagem - inobstante os insuperáveis vícios metafísicos que esta última carrega. A técnica marca nosso tempo, mas toda época tem suas contradições, Gadamer quer cultivar outro fenômeno atual: “a consciência histórica”. Esta - que é uma repercussão tardia da secularização¹⁰⁰ - é capaz de trazer à tona os perigos que enfrentamos. Em “*Verdade e Método*” há a formulação de uma crítica a certos padrões típicos da técnica, que foram absorvidos pelo método científico, bem como um alerta para os riscos de que a força atual da ciência e do método acabe por deslegitimar outras formas de sabedoria. No direito, por exemplo, há o perigo de que a sabedoria prática da *phrónesis* aristotélica seja suprimida pela astúcia analítica (essa questão será aprofundada na conclusão do trabalho).

⁹⁹ VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 180.

¹⁰⁰ JUST, Gustavo: “Valiosa contribuição de Nelson Saldanha in Revista Brasileira de Filosofia”. *Instituto Brasileiro de Filosofia*. São Paulo. P. 98.

1.2.3. Estética e abertura à fundação de outros mundos de sentido.

A arte é para a hermenêutica um lugar de revelação da verdade. Quanto a isso não há desacordo entre Heidegger e Gadamer. A afinidade entre ambos neste ponto é sublinhada por Gadamer que afirma ter encontrado nos trabalhos tardios de Heidegger sobre arte uma validação do direcionamento que ele mesmo já havia tomado¹⁰¹.

Antes de um aprofundamento na investigação sobre o sentido mais próprio de experiência estética, importa esclarecer o qual o sentido que o termo experiência adquire em Gadamer. O primeiro ponto a ser ressaltado é que a experiência, compreendida a partir do ponto de vista hermenêutico, não é exclusivamente determinada pela percepção sensível, isto é, pelas sensações que um objeto imprimiria em nossos órgãos do sentido¹⁰². No fundo, tal crença tem suas bases na ideia de que é possível liberar a interpretação de preconceitos. O passado (pré-conceitos, visão de mundo, etc) e também o futuro (projetos e antecipações de sentido) determinam (até certo ponto) a experiência no presente.

A psicanálise explica a presença do passado nas ocorrências atuais, tendo como referência a pergunta pela verdade do sujeito. Como exemplo, imagine-se, um indivíduo que ao se deparar com um objeto qualquer do dia a dia – talvez um cachorro – tenha sensações como ansiedade e taquicardia. Tal relação com o objeto deve-se a experiências passadas que o envolveram; a sensação de aflição pode ter ocorrido porque eventos pretéritos marcantes conectados ao mesmo objeto estiveram ligados a uma atmosfera de ansiedade (isso poderia acontecer por exemplo, caso alguém próximo tenha demonstrado pânico quando diante de um cachorro). Isso também pode ser pensando em termos coletivos; por exemplo, Anne Orford demonstra que as práticas e o discurso sobre direitos humanos na Europa têm se configurado, sobretudo, a partir de referências que advém de experiência do totalitarismo e do horror segunda guerra mundial¹⁰³.

¹⁰¹ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001. P. 180 e s.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P 98

¹⁰³ ORFORD, Anne: “Critical Intimacy: Jacques Derrida and the Friendship of Politics”. In: *German Law Journal*. N.1. Janeiro de 2005. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/>. Acesso em março/2008.

Estas são ilustrações simplificadoras; pois, na verdade, as referências passadas na maior parte do tempo não aparecem assim tão nitidamente, estão presentes de uma maneira sutil. O que interessa anotar é que as experiências são sempre interpretadas a partir de ocorrências pretéritas e de um contexto interpretativo que lhes atribui um sentido (e lhes confere um projeto), mas, ainda sim, elas carregam alteridade e podem mostrar mais do que o passado.

A alteridade da experiência se mostra com mais vigor na estética; segundo Gadamer, a conformação artística é sempre uma forma de resistência, pois não corresponde a uma construção planejada pela consciência intencional, alcança sua formação a partir de dentro. É esta a razão pela qual Gadamer considera mais apropriada a expressão “conformação”¹⁰⁴ (em alemão *Gebild*, o termo é traduzido também como figura, configuração ou formação no sentido de educação) artística, ao invés de “obra” de arte. A conformação está aí, como ela mesma, frustrando antecipações e projeções de sentido. É preciso sempre voltar mais uma vez e de modo renovado a ela (importa, por exemplo, ouvir de novo as palavras do poeta), essa atitude deve ser compreendida como reconhecimento da densidade infinita da obra e também como um ato permissivo, que a deixa falar¹⁰⁵. A conformação artística não pode ser reduzida a um mero suporte de sentido ou veículo substituível, que tende a desaparecer depois de realizada sua tarefa de transmissão; é um mundo que carrega uma riqueza inesgotável.

A crítica se dirige à violência da redução à idéia, mas, por outra via, quer escapar do risco de se perder na pura imediatez. A continuidade no tempo faz parte da experiência estética (como dito, toda experiência carrega uma relação com o passado), concebê-la como descontinuidade também exige um ato de abstração. O que faz destacar a arte é o que se diz com ela, o que ela nos recorda, algo universal (Gadamer lembra que, para Aristóteles, o poeta diz como algo é sempre, como é em geral). Há alguma coisa na obra que se coloca por cima de todas as condições em que se presenteia e a faz permanecer com sua capacidade expressiva própria, por mais diversos que sejam seus efeitos.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg: *A Atualidade do Belo – a Arte como Jogo Símbolo e Festa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 50 e s.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg: *En Conversación com Hans-Georg Gadamer – Hermenêutica, Estética, Filosofia Práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. P. 84.

A pergunta que se segue é: se a obra de arte é representação, qual a natureza de tal representação, se esta não se reduz à transmissão e se não há distinção entre representante e representado?

Gadamer traz à baila o diálogo sobre a natureza do símbolo, remetendo-nos ao banquete de Platão e ao discurso de Aristófanes, para quem o amor é a união de duas metades antes separadas, cuja unidade será reconstituída no reencontro¹⁰⁶. A metáfora auxilia na explicação sobre o simbólico, compreendido como complemento, acréscimo de Ser: “*O simbólico não apenas remete para a significação, mas torna-a presente: ele representa significação.*”¹⁰⁷ Representante e representado são indissociáveis: não se trata de substituição ou transmissão, o representado ele próprio se apresenta na configuração artística, como sua encarnação.

O fato de que o Ser da obra acontece na sua representação não é uma peculiaridade da arte, mas todo ente é uno com sua representação, é linguagem que enuncia um sentido¹⁰⁸. As palavras trazem algo à presença, conformando com esse algo uma unidade.

Eis a importância do “como”, isto é, da maneira que uma coisa tem de se mostrar. O “como” da arte do discurso (a retórica é o exemplo eminente) e das artes em sentido estrito, quando acontece da maneira mais própria, tem o poder de dar luz a algo, de modo que o lugar de onde a luz emana (o “como”) sai de foco. É por isso que Gadamer escreve – num sentido radicalmente diferente da estética hegeliana – que o “como” mostra-se para superar a si mesmo¹⁰⁹.

É a forma (ou o “como”) que vai fornecer o caráter distintivo das artes em sentido estrito. A força do “como” apresenta-se de maneira especial na poesia. A formação poética da linguagem expressa a mobilidade, no sentido de que a palavra, na poesia, funda o sentido (transgride sua significação trivial). A palavra poética tem o poder de nos lembrar da falta, o poeta quer dizer alguma coisa e para isso procura palavras sempre insuficientes (Gadamer refere-se a uma

¹⁰⁶ Plato: *Symposium*. Oxford: Oxford University Press (Digital Classics), 1995.P. 22.

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg: *A Atualidade do Belo – a Arte como Jogo Símbolo e Festa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 54-55

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002.P. 615.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.P. 178.

sabedoria própria ao balbuciar e ao emudecer¹¹⁰). A poesia traz a tona às origens metafóricas da linguagem e sua conexão com o todo.

*“Lá onde ressoa uma palavra se evoca toda uma linguagem e tudo o que essa linguagem é capaz de dizer – e sabe dizê-lo todo. Assim a palavra “que diz mais” não ressalta tão só um elemento de sentido do mundo, mas sim a presença da totalidade instaurada pela linguagem.”*¹¹¹

A possibilidade para a fundação de um mundo novo e o todo relacional evocado pela palavra, distingue radicalmente a poesia do modo de se relacionar com as coisas estabelecido pelo método científico. Este último, sobretudo quando acontece por determinações cartesianas que propõem analisar as partes como coisas suficientes em si mesmas, e obscurece a visão do todo que como já dizia Aristóteles é maior que a soma das partes. A palavra do poeta e o mundo que se insurge na poesia é autônomo também porque preenche a si mesmo; não é a confirmação de uma idéia prévia ou preparação de uma idéia ou ação futura.¹¹²

A palavra da tradição da mesma maneira que tem a capacidade de ocultar possibilidades ao restringi-las a um único modo de revelação (como acontece quando impera a técnica), também pode evidenciar algo novo e ampliar horizontes; pois a palavra guarda o potencial de esclarecer, bem como de obscurecer.¹¹³

Abertura, na experiência estética, é deixar-se atingir pela obra; pressupõe tempo. É preciso que da experiência da arte nasça uma forma e um tempo peculiar de nela residir; trata-se de permitir-se inundar pela experiência, deixar-se envolver por sua alteridade e fazê-lo de um modo a cada vez diferente na medida em que a dinâmica do jogo impõe-se. Não deve haver a limitação de um tempo ou um modo de se relacionar com a configuração já estabelecidos.

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Poema e Dialogo*. Barcelona: Gedisa, 1993.P. 12

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001. P. 183.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg: *The Relevance of The Beautiful and Other Essays*. Cambridge University Press, 1998. P. 109-110.

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica* . Petrópolis: Vozes, 2002, p. 625.

Incapacidade para a escuta tem a ver com pressa, com não se dar tempo para o encontro; correria típica da cultura da técnica em que as perguntas e os meios para conhecer algo estão disponíveis como instrumentos.

Para Gadamer, o modo mais próprio de “demorar-se na experiência” caracteriza-se por não ser monótono.

*“A essência da experiência do tempo da arte é que aprendemos a deter-nos. Esta é talvez a correspondência finita a nossa medida, do que se chama eternidade.”*¹¹⁴

Deste “residir” e “demorar-se” na obra vem a negatividade da experiência da arte, que remete ao volume inesgotável da configuração, a riqueza de dimensões e referenciais sutis que surgem de maneira diversa em cada encontro. O volume não pode ser compreendido como mero adereço, fungível, acessório em relação ao sentido da obra, deve ser tomado como uma dimensão experiencial da compreensão estética.¹¹⁵ Há aí um movimento para além das próprias antecipações, que vai em direção ao imprevisível e à novidade. Neste impulso para fora (*extático*) ocorre a autêntica escuta - pautado nos referenciais próprios da coisa em questão - ao invés de obediência aos ditames da consciência.

E a verdadeira abertura ao Outro, como na experiência da obra de arte, requer, portanto, sensibilidade. Implica o abandono dos referenciais internos da consciência e admissão de algo que não se pode compreender, um outro irreduzível, radicalmente diferente. É “ir com o outro” (que acontece na prática de diversas maneiras, como ao ouvir uma música, por exemplo); é “*experimentar o tu realmente como um tu*” nas relações humanas:

¹¹⁴ GADAMER, Hans-Georg: *A Atualidade do Belo – a Arte como Jogo Símbolo e Festa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. P. 67- 71.

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg: *En Conversación com Hans-Georg Gadamer – Hermenêutica, Estética, Filosofia Práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. P. 89 e GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 405-418.

“É o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja outro que o faça valer contra mim.”¹¹⁶

O encontro com o outro tem também o sentido de encontro consigo mesmo. Podemos ser de um outro modo. Algo surge na ruptura com o sentido comum, surpreendendo o “eu” que conhecemos e estamos acostumados a nos identificar. A experiência estética é capaz de nos arrancar, mesmo que por um instante, de um círculo de repetições e empurrar para o aberto; e faz ver que o aberto somos nós mesmos.

Gadamer ensina que assistir (a um espetáculo, por exemplo) tem um caráter de comunhão e de participação (radicalmente diferente da pretensão de neutralidade exigida pela ciência), é estar inteiramente em alguma coisa e um “estar-fora-de-si” que é também encontro com o outro que habita o lugar que estamos habituados a compreender como “eu”. O auto-esquecimento na participação em uma experiência estética é como um salto, capaz de extravasar limites e, no final das contas, abrir o canal de comunicação com o que o “eu” comumente não permite ser. Ganha-se um novo horizonte que abre à continuidade e auto-aceitação. Nas palavras de Gadamer: *“aquilo que o arranca de tudo que é o mesmo que lhe devolve todo o seu ser”¹¹⁷*.

Por exemplo, a desolação e o temor que surgem na tragédia, são “purificadores” (como escreveu Aristóteles), a vivência da tragédia é catártica. Seu caráter liberador vem do fato de que nela o espectador reconhece sua própria finitude, com a qual antes, possivelmente, lutava para não entrar em contato.

A arte aproxima-se da diferença ao distorcer aquilo que tem aparência de real, no surreal. Em tal transformação e recriação de mundos fantásticos, o encontro com a dor torna-se suportável. Se os seres humanos têm em comum o sofrimento; a arte, ao comunicar a dor, tem a capacidade de fazer com que as pessoas exercitem a compaixão; identifiquem-se umas com as outras, tenham mais em conta o que há de comum por trás de todas as diferenças culturais, raciais, etc. e, de fato, troquem experiências, comuniquem-se.

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 471-472.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 192-198.

“Mais profundamente, a poesia vivida e a estética fazem-se viver um grande pacto com o real, o pacto sur-realista que transfigura o real sem negá-lo (...). A poesia vivida situa-se no surreal. Em seu estado supremo, ela se exalta em êxtase, ato absoluto de comunhão, de perda e de consumição do real, de perda e realização de si.”¹¹⁸

O artista não está preso a tentativas de controle e previsão do cientista, deve pretender apenas expressar a verdade singular; do outro lado, diferente do mito, não procura invadir espaços da realidade, pois os participantes estão conscientes de que jogam um jogo surrealista. O interessante é que a verdade singular atinge o universal, mas sem a pretensão de apreendê-lo – como a metafísica faz através de conceitos. O instante do êxtase (que é um estar-fora-de-si efêmero) é renúncia ao controle, é participação e comunhão (ao invés da impessoalidade da ciência) em prol da justiça com a temporalidade radical das coisas. Conceitos ou idéias jamais vão esgotar a alteridade da obra, que sempre terá algo mais a dizer. Se não a finitude como morte na tragédia, a obra de arte deixa emergir a finitude como inacabamento que inquieta, permite-se a imperfeição de uma representação aberta, que suscita perguntas ao invés de forjar respostas tranquilizadoras, que escondem nossas angústias e faltas.

Em “*A Origem da Obra de Arte*”, Heidegger escreve que a obra (*Werke*) é capaz de levar a um lugar onde não estamos acostumados a estar. Nela “brilha” a verdade do ente e o que há de mais geral nas coisas. Nesses termos, o belo não é ser mais separado do verdadeiro. Como vimos, representação não tem o sentido de veículo (meio fungível para que se conheça uma ideia), mas sim de encarnação: faz advir e se confunde com o que advém.¹¹⁹

“À medida em que uma obra é obra, abre o espaço para aquela amplidão. Abrir espaço quer dizer aqui ao mesmo tempo: libertar o livre do aberto e instituir o livre no seu conjunto de traços. Este ins-tituir (Ein-richten) manifesta-se

¹¹⁸ MORIN, Edgar: *O Método V – A Humanidade da Humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2002. P 144.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin: *A Origem da Obra de Arte*. Lisboa: Edições 70, 2006. P 32-34.

a partir do erigir (Er-richten). A obra enquanto obra instala um mundo. A obra mantém aberto o aberto do mundo.”

A matéria-prima do instrumento (*Zeug*,) tem sua utilização determinada pela serventia. Um círculo de metal é usado na fabricação de uma roda de bicicleta de modo que o seu ser metal e sua circularidade ficam opacos, revelam-se apenas como pneu que serve para permitir o funcionamento apropriado da bicicleta. Se, no entanto, Marcel Duchamp, desloca a roda do contexto comum e põe em obra seu caráter estético, o estranhamento provocado por uma roda de bicicleta sobre um banco faz ressaltar a forma circular, bem como associações incomuns que podem vir a conectar o movimento de rotação com as batidas de um coração, por exemplo.

A obra é diferente do instrumento na medida em que, ao invés de ocultar matéria, fá-la ressair. Heidegger toma como exemplo um templo grego:

“A rocha passa a jazer e a estar imóvel e, só então, é rocha; os metais passam a resplandecer, as cores ganham luminosidade; o som adquire a ressonância; a linguagem obtém o dizer. Tudo isso ressaí na medida em que a obra se retira na massa e no peso da pedra na dureza e na flexibilidade da madeira, na dureza e no brilho do metal, no esplendor e na obscuridade da cor, na ressonância dos sons e no poder nomeador da palavra”¹²⁰

É neste mesmo sentido que a poesia ressalta a palavra, ao pôr em obra um mundo novo e a mobilidade da linguagem. Do mesmo modo, quando medimos uma distância e calculamos o tempo de chegada a um determinado local, caminho e tempo (em seu vigor próprio) ficam opacos. A intromissão do cálculo nas coisas faz com que estas se revelem dentro de uma único modo manipulável. Caminho e tempo só se mostram como são quando há preservação do mistério. Porque, em verdade, o tempo não “é” (abstração), mas “se passa” (acontecimento);

¹²⁰ HEIDEGGER, Martin: *A Origem da Obra de Arte*. Lisboa: Edições 70, 2006. P. 36 e s.

percebemos que ele se passa quando o tempo é longo (*Langweilig*), na disposição do tédio profundo¹²¹.

Heidegger escreve que o “repousar em si mesmo” da obra é suprema mobilidade; a aproximação desta depende da compreensão da mobilidade do acontecer no “ser-obra”. No exemplo do quadro de Van Gogh, há nele o acontecer da verdade não porque tenha representado com exatidão um par de sapatos de camponês, mas por trazer à tona o ser instrumento (*Zeug* é traduzido como apetrecho ou instrumento) do instrumento. O modo de vida do camponês emerge nesses sapatos.¹²² Heidegger escreve: “A *beleza é um modo como a verdade enquanto desocultação advém*”.¹²³

Um instrumento, quando este está acabado, de fato, foi “enformado” e está pronto para ser usado; a coisa é, nesses termos, absorvida em sua serventia - não “está em pé” (*stehen*) por si. A compreensão das coisas como instrumento de uso é a maneira que a técnica encontra de expulsar sua estranheza, essa atitude é também expressão de um medo primordial da natureza ameaçadora. Quanto menos estranha e mais familiar nos é uma linguagem, mais incapazes somos de ouvir suas palavras¹²⁴ e incapacidade de ouvir e pensar as próprias palavras significa a impossibilidade de projetar alternativas para si; portanto é uma forma profunda e subliminar de restrição da liberdade.

De outro lado, obra como “pôr algo em obra” tem o sentido de “repousar-em-si”¹²⁵ ou, como dito, preenche a si mesmo e não serve a um fim externo. Há aí harmonia com a diferença, pois a obra de arte impõe-se e cabe a nós aprendermos a nela nos demorarmos. A investigação estética irá auxiliar a compreensão do sentido da pergunta “que é algo?” em confronto com a questão “para que serve?”.

1.2.4. O lugar originário da metáfora: fala e deslocamento na teoria psicanalítica

¹²¹ HEIDEGGER, Martin: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. P. 189 e s.

¹²² STEIN, Ernildo: *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. P. 158.

¹²³ HEIDEGGER, Martin: *A Origem da Obra de Arte*. Lisboa: Edições 70, 2006. P. 38.

¹²⁴ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e outros*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. P. 50-53.

¹²⁵ HEIDEGGER, Martin: *A Origem da Obra de Arte*. Lisboa: Edições 70, 2006. P. 52 e s.

Ao colocar uma palavra no lugar de outra, a metáfora provoca estranheza, move para fora do familiar. A sensação de estranheza que provoca remete a um “não saber lidar”. Não há uma maneira pronta e acabada de manejar uma metáfora - ao contrário do enquadramento procedimentalista moderno.

Pretende-se, agora, investigar os fundamentos de um processo que envolve chamar algo por outro nome (deslocamento), pelo caminho da psicanálise lacaniana. Não obstante a diversidade de universos e de problemas considerados pela tradição hermenêutica e psicanalítica, Lacan refere-se a Heidegger, como uma de suas principais referências para a constituição da tese da estruturação linguística do inconsciente¹²⁶. O diálogo com a psicanálise é bastante fecundo. Como anota Gadamer, é sempre interessante perguntar à psicanálise como adquirimos a experiência do tempo e da temporalidade na primeira infância e como a partir dela aprendemos a nos orientar pelo mundo mediante a linguagem¹²⁷. A investigação psicanalítica ensina que vivências passadas não desaparecem - como a amnésia infantil faz parecer - permanecem gravadas no inconsciente e, apesar de recalcadas, de algum modo manifestam-se.

O desejo inconsciente é a organização pulsiva das memórias e torna o passado sempre presente no ser humano. O traço mnêmico é um pedaço materializado do psiquismo de um sujeito descentralizado, cindido. Como veremos, a psicanálise define o símbolo a partir de seu valor evocativo em uma série mnêmica, por remeter o sujeito a associações não lineares que indicam uma estrutura significante oculta¹²⁸. A verdade psicanalítica é a verdade parcial do desejo inconsciente.

Nos primeiros anos da infância, quando o aparelho psíquico ainda está, até certo ponto, livre de influências externas, a tendência é que sua resposta a estímulos seja imediata. As excitações produzidas por necessidades internas buscam a satisfação no mundo externo – por exemplo, quando sente fome, o bebê exige o leite – e quando não satisfeitas, procuram prontamente uma descarga motora (choro). É produzida uma ligação, na memória, entre a imagem do objeto que proporcionou a satisfação ou desconforto e o sentimento conectado à

¹²⁶ BIRMAN, Joel: “Herdeiros Assumiram Posição Servil. Inquietação do Mestre foi Substituída pela Repetição Obscurantista dos Enunciados de Lacan, Mal-Digeridos pela Maioria Dos seguidores”. Disponível em <http://br.geocities.com/jacqueslacan19011981/sobrelacan/herd>. Acesso em dezembro/2008.

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 258.

¹²⁸ BRAZIL, Horus Vital: *O Sujeito da Dúvida e a Retórica do Inconsciente*. Rio de Janeiro: Imago, 1998, p 24 e 25.

experiência, o objeto seria associado à sensação de prazer ou dor. No exemplo, haveria a conexão entre os sentimentos de satisfação, paz e alívio ao seio materno; daí, no futuro, sempre que a criança sentir excitações ou algo que queira aliviar (não só a sensação original de fome), como dores físicas, buscará o seio materno e depois seu substituto, a chupeta (fase oral). É essa estrutura básica de funcionamento do desejo, como caminho mais curto entre excitação e satisfação¹²⁹.

Posteriormente, com as exigências da vida e com o conflito entre desejo e censura, a realização do desejo passa pelo caminho longo, pelo acesso indireto da mediação do pensamento. Existem então duas espécies de processos de excitação ou modos de descarga: primário (energia livre, presente desde o início) e secundário (energia conectada, que vem inibir e sobrepor-se ao primário):

“O sistema primário é indestrutível e indomável. Estamos para sempre ancorados a um passado infantil a uma espécie de nostalgia de um desejo e prazer alucinado do qual, o desvio de pensamento (processo secundário) encontrado pelo aparelho para estancar a regressão diante da inevitável frustração, nunca conseguirá realmente arrancar.”¹³⁰

A crítica que autores “pós-modernos” comumente fazem a Freud é que ele jamais conseguiu se desvencilhar por completo de pressupostos iluministas. O legado moderno aparece com clareza, quando Freud se refere à finalidade do processo psicanalítico como o domínio do Ego sobre o Id¹³¹ - um dos pontos mais fortemente criticados por Jacques Lacan.

Michel Foucault¹³² crê que a referência ainda a um sujeito compromete o projeto psicanalítico. Nesse sentido, Foucault elogia o posicionamento de Lacan que, segundo ele, teria contribuído para a abolição do sujeito. Lacan responde que jamais aboliu o sujeito, apenas o

¹²⁹ MATTEO, Vincenzo di. *A problemática do Sujeito no Discurso Metapsicológico Freudiano*. Recife: mimeo, 1999, p. 5-15.

¹³⁰ MATTEO, Vincenzo di. *A Problemática do Sujeito no Discurso Metapsicológico Freudiano*. Recife: mimeo, 1999, p. 10.

¹³¹ FREUD, Sigmund: *Obras Completas V XXIII*. “Análise Terminável e Interminável”. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

¹³² FOUCAULT, Michel: *Ditos e Escritos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

subverteu.¹³³ O que interessa para os fins dessa investigação é que o sujeito (subvertido ou não) permanece como forte referência na história da psicanálise e, se pretendemos refazer alguns de seus passos para trazer à tona a relação primordial (que envolve o desenvolvimento da personalidade) do inconsciente com a linguagem, é preciso compreender o papel da subjetividade dentro da teoria psicanalítica.

Lacan esclarece que o sentido dos signos linguísticos e dos objetos só pode ser compreendido quando referidos a um sujeito. Nele o sentido se constrói quando é internalizado, desde sempre, na trama da linguagem. Para a psicanálise linguagem não se refere apenas ao intencional ou ao consensual, bem como, não pode ser restringida a tentativas mais ou menos bem sucedidas de expressar uma idéia anteriormente pensada, pois linguagem e pensamento não podem ser separados. A psicanálise deixa de lado preocupações em esclarecer o sentido intencionado e investiga aquilo que, para a filosofia racionalista, não passava de ruído ou erro.

Linguagem é expressão do inconsciente, desejos recalcados estão distantes da intenção subjetiva, há um sentido oculto nas palavras; aproximar-se deste sentido, destas associações inusitadas é objetivo da interpretação psicanalítica. A energia libidinal recalcada manifesta-se pelas mais diferentes formas, através do comportamento (repetição), dos sonhos, da fala (associação livre), do corpo (espasmos involuntários, taquicardia, além de casos graves de histéricos que chegam a apresentar sintomas como paralisia e cegueira).

Para compreender um pouco do pensamento lacaniano e das consequências decorrentes da ideia de que o inconsciente é estruturado como linguagem, é preciso ter em mente as noções de língua, fala, discurso, imaginário e simbólico.

A língua é uma estrutura de signos independente do sujeito, seu substrato é eminentemente social. A fala é o exercício dessa estrutura por parte do sujeito, nela estão localizados o acidental, o episódico e o individual¹³⁴. A língua preexiste ao falante, diz respeito ao reservatório de significantes coletivos. Nesse nível, a direção é sempre linear, tendo por

¹³³ CALAZANS, Roberto: "O Sentido da Subversão do Sujeito pela Psicanálise".. Disponível no site do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal Fluminense. Disponível em <http://www.uff.br/ichf/publicacoes/revista-psi-artigos/2004-2-Cap8.pdf>. Acesso em novembro/2008

¹³⁴ CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982. P. 68-69.

condição o desaparecimento de um significante para que possa surgir o seguinte.¹³⁵ O discurso é a intersecção entre a pura subjetividade relativa à fala e a pura universalidade relativa à língua. Portanto, tem a propriedade de ambos os fenômenos, é social e individual. Trata-se da inscrição do universal, do social no individual, formando um todo com regras (regularidades) e formações comuns.

Paralelas às ideias de língua, fala e discurso, estão as noções de imaginário e simbólico. O primeiro diz respeito à subjetividade, à individualidade e o segundo, à estrutura, às convenções e à cultura.

Para Lacan, o imaginário indica a separação do sujeito do complemento de uma necessidade e o simbólico seria a via que reintroduz a resolução dessa necessidade. A palavra é símbolo e está estruturada pelo Outro (o grande Outro ao qual se refere Lacan engloba tudo aquilo que vem do exterior e tem uma função determinante para o sujeito¹³⁶). A subjetividade se constitui em relação ao Outro e pode se desenvolver somente se consegue transcender o empírico, a imediatez, o concreto de sua experiência sensível; é que, se preso à imediatez, o bebê ficaria para sempre “fixado” ao seio materno.¹³⁷

O Outro, estruturante do simbólico, é primariamente a figura da mãe. A criança recém-nascida faz uso do choro, em um primeiro momento, como mera descarga motora. Com o tempo, o bebê começa a perceber a regularidade do comportamento da mãe, que, ao ouvir o choro, dá-lhe um significado (fome, desconforto etc). Começa a existir um consenso entre a mãe e o filho; o choro torna-se linguagem e expressão de um desejo. É este registro do imaginário que afasta o sujeito de suas necessidades imediatas. Com o desenvolvimento da criança ocorrerá um deslocamento do objeto do desejo, que passa do seio à chupeta, depois ao dedo e assim por diante.

Toda produção do inconsciente tem uma função imaginária e uma função simbólica; funções estas que mantêm entre si uma relação constitutivamente opositiva. O elemento imaginário por ser um deslocamento - ou seja, um sentido que originariamente estaria ligado a

¹³⁵ CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982. P. 92- 93.

¹³⁶ CORREA, Carlos Pinto: “Epistemologia Psicanalítica: a Verdade não Toda”. *Estudos de Psicanálise*, no. 24. Recife: Círculo Brasileiro de Psicanálise, 2001. P. 85- 91.

¹³⁷ CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982. P. 53 – 60.

um objeto e foi deslocado a outro – remete a um símbolo.¹³⁸ Estamos então no terreno da plurivocidade, superposição, sobredeterminação, concorrência, que são características que definem a linguagem.

Lacan constrói um modelo teórico que tenta confluir ao problema do simbólico e do imaginário, ou seja, ao duplo caráter de toda formação do inconsciente. O problema não se resolve com a investigação isolada de signos linguísticos ou através do estabelecimento de palavras mais precisas (como querem algumas vertentes do pensamento analítico), o estudo da linguagem em Lacan é o caminho para a aproximação do sentido, da verdade do sujeito. Para resolver o enigma do sentido é necessário, então, estar atento não só para o conteúdo do que se diz, mas também aos usos e às relações. É no uso desses significantes que a mensagem se produz. Não se pode descobrir o sentido pela referencia a um significado universal e a-histórico – isto é, posto no momento anterior ao discurso concreto - de determinada palavra. Os símbolos são sempre relativos, portanto, o sentido precisa ser encontrado de forma diacrônica e sincrônica no discurso de um sujeito não neutro. Para investigar o sentido de determinado símbolo para determinado indivíduo, é preciso observar a história e o estado atual do sujeito do discurso e, desse modo, tentar compreender suas associações, sua verdade individual e sempre parcial. Dada a existência de diversos discursos em variados níveis (paradigma e sintagma) e seus respectivos enlaces, uma interpretação nunca pode ser automática é, sim, fruto de uma construção, tomando o próprio sujeito da experiência analítica como fonte.

“Achar um código implica, no campo da psicanálise, encontrar-nos com essa confluência particular de uma dependência lingüística e uma dependência libidinal do sujeito em relação a um Outro.”¹³⁹

Dizer o símbolo pressupõe pensar na relação existente entre a necessidade, por um lado, e, por outro, o esquema comportamental pertinente à sua resolução. Luis Alberto Warat sintetiza a relação signo-desejo:

¹³⁸ CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982. P. 59.

¹³⁹ CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982. P. 76.

“A arbitrariedade do signo não pode ser suficientemente entendida por seu caráter convencional, trata-se da relação do desejo com a falta, depende de sua incompletude expressiva, na medida em que faz depender a representação de um vazio intrínseco ao início da função simbólica(...). A linguagem é sempre paródia do desejo. Como ele, idealiza a angústia inaugural, trabalhando o vazio que este provoca. O desejo e o sentido dependem de uma falta que seus próprios deslocamentos encobriram.”¹⁴⁰

O significante sempre significa mais do que quer significar, pois o sujeito (cindido) é mais do que pensa ser. A dimensão consciente é o espaço da racionalidade, da lógica, mas não é a única dimensão do sujeito: “somos Outro”. O inconsciente representa esse nível não manifesto, que se expressa em diferentes roupagens e é determinante na formação do discurso.

A psicanálise vê na aceitação dos próprios limites um primeiro passo em direção ao amadurecimento e estabelecimento de uma relação salutar com outras pessoas. As primeiras limitações devem advir da interdição do desejo infantil de “possuir” a mãe pela Lei do Pai. Na história do pensamento ocidental, é possível encontrar reminiscência de tal desejo infantil na procura de um conhecimento ilimitado ou no uso da técnica como domínio irrestrito sobre as coisas. Na verdade, a fuga das relações concretas (da experiência) está conectada à tentativa de escapar do que não se pode ter controle; é fuga narcísica da frustração e dos limites impostos por Outro. A tradição da filosofia fixa significados pela construção de linguagens artificiais, estas oferecem ganhos em termos de precisão, mas junto com eles também há perdas irreparáveis.

Por isso, tanto a hermenêutica como a psicanálise estão interessadas na investigação da fala como acontecimento concreto, cujas raízes remetem aos primórdios da inserção do ser humano na cultura. Propõe-se pensar o texto como unidade de sentido que não corresponde necessariamente à intenção consciente de quem o escreveu. Restituir o potencial perdido da palavra vai implicar, muitas vezes, numa atuação “contra o texto” ¹⁴¹(o que fica nítido no

¹⁴⁰ WARAT, Luis Alberto: *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. P. 115-16.

¹⁴¹ PEÑALVER, Mariano: “Entre la escucha hermenéutica y la escritura deconstrutctiva”. In *Diálogo y deconstrucción – los Límites del Encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998. P. 111-133

cotidiano da clínica psicanalítica, em que acontece de, por exemplo, o analisando dizer “guarda-chuva” e o analista interpretar “falo”) . Tal modo de atuar é classificado como “uso” do texto ou um tipo de “interpretação ilimitada”,¹⁴² nesse sentido, definido talvez como algo contraproducente. No entanto - sem dúvida para o filólogo Gadamer e para a psicanálise - há sim limites, mas não são as restrições da intenção.

A hermenêutica quer fazer presente as origens da palavra através da investigação de sua história. Se a busca é por ouvir a história efetiva que cada palavra carrega, o cenário e o movimento em que elas surgem ganham primazia em relação a cadeias racionais e lineares – as quais têm sido privilegiadas pela tradição do pensamento ocidental. A desconstrução de Derrida também tem o sentido de trazer à tona tais deslocamentos e descortinar a cadeia de associações infinitas que atravessam a linguagem. Pelo interesse de ambos em explorar o mistério e a multiplicidade que há na palavra, talvez haja mais pontos de intersecção entre Derrida e a hermenêutica do que o pensador francês admite.

1.3. Há uma ética na Destruktion

1.3.1. Serenidade (*Gelassenheit*) e retorno ao que está mais próximo (dizer sim e não à técnica)

O questionamento hermenêutico procura por algo distinto, mas não deixa de ter traços comuns em relação à teoria psicanalítica. Para esta última, a interpretação dirige-se à verdade do sujeito, enquanto que o pensamento hermenêutico gravita em torno da verdade como acontecimento. A tarefa do psicanalista é trabalhar as obstruções (recalque) para que o paciente permita-se deixar ser o que ele mesmo é, em outras palavras, envolve o aprendizado emocional a lidar melhor com Outro. É neste aspecto, na procura por aprender a lidar com a alteridade, que está o ponto de encontro.

¹⁴² Sobre os limites da interpretação Cf. ECO, Humberto: *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Heidegger quer despertar um modo de estar no mundo e de se relacionar com as coisas que ele chama, em seus trabalhos tardios, de *Gelassenheit* (traduzido como serenidade).

Ernildo Stein escreve:

*“a filosofia passou a ser hermenêutica(...) isto é, analisar o problema do ser é mover-se na diferença e essa diferença que resulta de uma atividade essencial do Dasein que é a compreensão do ser, introduz de maneira central e definitiva, o problema da alteridade.”*¹⁴³

Vimos que investigar um objeto isolado é um ato de abstração, pois as coisas se dão sempre em um contexto. Ao invés de analisar objetos, a hermenêutica pretende aproximar-se do que acontece e pôr em jogo nós mesmos olhando e lidando com as coisas de um determinado modo. *“Die Gelassenheit zu den Dingen”*¹⁴⁴ (serenidade para com as coisas) é a relação “simples” e “tranquila” com o mundo técnico. Estar de modo sereno diante da técnica requer a compreensão das coisas como parte de um contexto que se forma a partir de algo superior que o com-põe (*Gestell*). A proximidade em relação à essência da técnica permite que objetos técnicos entrem no nosso mundo cotidiano e, ao mesmo tempo, sejam deixados fora; desta forma, diz-se, simultaneamente, sim e não à técnica.

O pensamento que surge junto com tal modo sereno de estar no mundo afina-se com o que está mais próximo. Colocar-se em um tipo de pensamento que medita (*sinnende*) exige simplicidade, é demorar-se (*verweilen*) ao que acontece aqui e agora.¹⁴⁵ Trata-se de uma maneira de pensar bem distinta daquela que demanda a tradição tecnicista, que tem o domínio como referência de relação. A palavra “deixar” (*lassen*) parece apontar para uma atitude passiva, no entanto, o que se procura é uma disposição que está além da vontade, que não deve ser determinada por sentimentos ou razão¹⁴⁶. É uma renúncia ao modo lidar cotidiano, aos próprios desejos e ansiedades; para que, então, possamos aguardar as coisas, as quais, a partir de suas determinações internas, podem mostrar-se.

¹⁴³ STEIN, Ernildo: *Diferença e Metafísica – Ensaios sobre Desconstrução*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2002. P. 122.

¹⁴⁴ HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. P. 24.

¹⁴⁵ HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. P. 14.

¹⁴⁶ HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. P. 35.

Heidegger escreve que o termo alemão *Denken* (pensar) tem suas origens na palavra *Gedanc*. Esta última refere-se a memória, recordação, gratidão. Pensar é lembrar e receber com gratidão a diferença entre Ser e ente.¹⁴⁷

Quando nos apoderamos das coisas, por exemplo, através conceitos – mas não só conceitos, paixões também conformam uma espécie de apoderamento -, transformamos, fazemos com que elas se convertam em algo que desejamos ou podemos manipular. A diferença jaz oculta. Ao alicerçar o pensamento em uma referência fixa, deixamos de aguardar e suprimimos a mobilidade.

“O pensar age enquanto exerce como pensar. Este agir provavelmente o mais singelo e, ao mesmo tempo, o mais elevado, porque interessa à relação do ser com o homem. Toda a eficácia, porém, funda-se no ser e espalha-se sobre o ente. O pensar, pelo contrário, deixa-se requisitar pelo ser para dizer a verdade do ser. O pensar consuma esse deixar.”¹⁴⁸

Heidegger convida à abertura para o sentido oculto do mundo técnico; é abertura ao mistério (*die Offenheit für das Geheimnis*)¹⁴⁹ que jaz no movimento de mostraçã e retirada do Ser. O sentido de *Gelassenheit* é de difícil compreensão por ser tão radicalmente distinto do estilo ocidental de pensar. Heidegger não pretende dar algo a conhecer simplesmente, mas despertar alguma coisa. Pretende provocar o espanto. Para tanto, traz a tona a estranheza das palavras – torce seu sentido comum e recorda significados históricos que ficaram para trás - da tradição, assim, volta a confiar-lhes força estética. Adentrar no campo da estética tem o sentido de lembrar o vigor fundante originado nas próprias coisas; pois na experiência estética um mundo novo emerge e o que estava oculto pode vir à tona. Semelhante orientação impulsiona o retorno heideggeriano à simplicidade do “caminho da floresta”; pois, no ambiente do campo, a relação com as coisas tende a ser mais contemplativa que impositiva: o camponês não domina o ambiente em que está, mas o habita partir da compreensão dos limites que a natureza lhe dá.

¹⁴⁷ HEIDEGGER, Martin: *Que Significa Pensar?* Buenos Aires: Editorial Nova, 1964. P. 234.

¹⁴⁸ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 8.

¹⁴⁹ HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003..P. 25.

Em “*Ser e Verdade*”, Heidegger pergunta pelo que não mais se evoca com a tradução da palavra “metafísica” para o latim e línguas derivadas. Na Grécia Antiga, “*Meta*” dizia “depois”, em termos temporais ou espaciais. O termo “*Physis*”, para ouvidos gregos, designava aquilo que surge e desaparece por seu próprio vigor. Heidegger conta a história da tradução da obra de Aristóteles para o latim como um processo em que foram preservados os termos e os conceitos, mas em que estes tiveram seu sentido profundamente modificado por um outro contexto. O distanciamento do modo de vida grego e de sua linguagem, que era marcada pela proximidade das relações concretas, fez com que o pensamento perdesse a “*força estimulante da própria coisa.*”¹⁵⁰

Traduzir implica “deslocar” uma palavra de seu espaço familiar para um lugar diverso, e nesse último, a mesma palavra é ouvida a partir de outras referências. O perigo de tal transposição está no obscurecimento do significado e do modo de lidar com as coisas habitual no lugar de origem (sublinhe-se que o ímpeto não é voltar aos gregos e lá permanecer; mas, na situação atual, não esquecer outras possibilidades). Algo se perde em toda tradução. Daí a insistência de Heidegger em tentar ouvir as palavras gregas com ouvidos gregos. Ciente do distanciamento histórico, o motivo do esforço de um retorno mais próprio ao passado é o de ouvir o Outro (ou, como também formula Gadamer, colocar-se em seu lugar), numa aproximação zelosa e responsável pela preservação de sua alteridade.

Ocorreu que, de uma maneira pouco cuidadosa, o contexto cristão converteu a “metafísica” em conhecimento do supra-sensível ou relativo às coisas divinas, contraposto ao que é acessível pelos órgãos do sentido. Mais tarde, o positivismo irá decodificar como metafísico todo o conhecimento que não se submete ao teste empírico; e que, portanto, em sua concepção, é pouco confiável. A origem da palavra (que se referia a uma perplexidade¹⁵¹) foi esquecida no processo. Mais ainda, o próprio movimento de mudança (historicidade das palavras) fica fora de foco. Tal desligamento da histórica ofusca a origem “estrangeira”, apaga a estranheza e a resistência das palavras, adequando-as e fazendo-as funcionar dentro de um mundo familiar.

¹⁵⁰ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade 1. A Questão Fundamental da Filosofia 2. Da Essência da Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 36.

¹⁵¹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade 1. A Questão Fundamental da Filosofia 2. Da Essência da Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007. P 37-38

Sob o domínio da técnica, as palavras são trivializadas: tornam-se precisas e adequadas, mas são desconectadas do seu movimento e de seu poder evocativo. Significados são domados, palavras servem a um fim já dado e sua multivocidade é recalcada. É como se elas existissem fora da história e estivessem coladas a seu significado atual.

Há uma mentira e uma promessa por trás do discurso racionalista moderno. Estabilizar a plurivocidade (que remete a origens estranhas ao contexto atual) em um significado constante (como em linguagens artificiais) é distanciar-se da verdade – isto é, da mobilidade. A técnica promete que a comunicação mediada por palavras domesticadas irá propiciar o domínio da natureza. A promessa derradeira é a de superação da angústia e de própria finitude.

Torquato Castro compreende tal processo de transformação do estranho no familiar em termos de vida e morte de uma metáfora. Segundo Castro, a literalização é o desgaste de uma metáfora pelo hábito. A tradição jurídica é repleta de imagens e modelos familiares, que se perderam de sua origem metafórica. Não tão distante do caminho da hermenêutica, Castro propõe que pensar o direito no tempo é lembrar a origem metafórica de sentidos literalizados.¹⁵²

A *Destruktion* tem o sentido de chamar a atenção para a ocorrência de conceitos que perderam o poder de evocar.¹⁵³ Também o silêncio Heideggeriano quer fazer cessar do falatório para que assim este seja compreendido como falatório que é. Por trás deste há um modo de ser ansioso, característico da modernidade; quando paramos de falar surge a oportunidade de observar a ansiedade que nos dirige a buscar novas mercadorias, idéias, qualquer conteúdo capaz de retirar a atenção do instante atual. Parece que as palavras pronunciadas depois de um momento de silêncio surgem com mais força, têm tempo para ressoar. De acordo com Heidegger, “*O poder calar como silêncio, é a origem e fundamento da linguagem.*”¹⁵⁴

Dentro do modelo habermasiano, por exemplo, o silenciar aparece como uma atitude totalitária. Quem silencia não dignifica seu interlocutor, já que este não merece o esforço de justificação. Entretanto, do mesmo modo que o silêncio pode ser totalitário, a fala pode ser

¹⁵² CASTRO JR., Torquato da Silva: “Interpretação e Metáfora no Direito”. In: Barreto, Aires Fernandino (Org.): *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, v., p. 663-672.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – A Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.P. 95.

¹⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade I. A Questão Fundamental da Filosofia 2. Da Essência da Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 124.

compulsão, fuga da estranheza que se instala ao calarmos. O silêncio é uma resposta incômoda, que não se adequa à exigência de justificar tudo em termos racionais.

Não se trata aqui de um silêncio “para ouvir a própria consciência” (que implicaria na permanência na fenomenologia husserliana), mas para a escuta daquilo que acontece e que está além da consciência. Silenciar é parar, cessar o falatório para prestar atenção em coisas que normalmente passam despercebidas. Ao invés de coletar informações que vêm a nós a partir do mundo e articular conceitos, a hermenêutica quer entrar em contato com algo de estranho que surge também quando paramos de falar. A busca é por despertar para o que acontece, compreender que o tempo está aí, simplesmente se passa – é este o sentido de pensar o que está mais próximo.

“Antes de falar, o homem deve novamente escutar, primeiro, o apelo do ser, sob o risco de, dócil a este apelo, pouco ou raramente algo que resta a dizer.”¹⁵⁵

A relação entre tempo (e aprender a dar tempo às coisas) e diferença também ocupa um lugar central no trabalho de Derrida. Este usa um “a” ao escrever *différance* (corrompendo a grafia original da palavra francesa *différence*), a alteração quer chamar a atenção para o sentido duplo de *differe*, adiamento ou diferença, que remete a uma prorrogação no tempo e para algo que se afasta¹⁵⁶.

1.3.2. Primeiros apontamentos a respeito de ética e diferença

Heidegger faz desvanecer a nitidez dos limites que separam ética e ontologia ao lembrar que, em sua origem grega, a palavra “Ética” se referia à meditação sobre o lugar em que o ser humano habita¹⁵⁷.

¹⁵⁵ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 15.

¹⁵⁶ STEIN, Ernildo: *Diferença e Metafísica – Ensaio sobre Desconstrução*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2002. P. 120-125

¹⁵⁷ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 68 e s.

“Aquele pensar que pensa a verdade do ser como o elemento primordial do homem enquanto alguém que ex-siste, já é em si a Ética originária. Mas esse pensar não é apenas Ética, porque é Ontologia”¹⁵⁸

O “ex”, separado por hífen, aponta para a um movimento para fora. *Ex-sistir* diz respeito, então, à possibilidade do ser humano ir além dos limites da consciência e de uma identidade e, assim, estar mais propriamente na diferença. A referência a o lugar em que habitamos quer nos fazer recordar do fato de que não nos encontramos diante dos objetos para dominá-los,¹⁵⁹ estamos envolvidos com as coisas e com o ambiente em que nos encontramos. Pensar onde habitamos é entrar em contato com algo que, por estar tão próximo, tornou-se quase inacessível (sobretudo por estarmos ocupados consumindo conceitos abstratos e longínquos). Pensar o mais próximo na sua diferença é ontologia e, ao mesmo tempo, ética¹⁶⁰.

Tal proposta não se encaixa nas categorias da tradição da filosofia ocidental, que separa ética e ontologia. Mais interessante que perpetuar tais classificações é, junto com Loparic, tentar compreender esta orientação ética, transgressora, que a hermenêutica quer fundar. Para Loparic, a ética, em Heidegger, ao invés de ser dirigida pela pergunta “*o que devo fazer para ser digno de felicidade*”, questiona “*como deixar, estando aí no mundo, o que tem que ser.*”¹⁶¹ Não há vínculo com normas, mas com um chamamento. Para Heidegger, filosofar (e, de uma maneira geral, agir) não significa produzir efeitos segundo uma utilidade que o mundo oferece, é, antes, deixar surgir, sem se preocupar com os resultados. A obsessão moderna pela pergunta “para que serve?” perverte o sentido mais próprio do pensamento; este, quando está conectado à ética, torna-se uma espera desapegada de desejos e justificações racionais. Se a base não é voluntariosa é, portanto, um equívoco dizer que hermenêutica é sinônimo de decisionismo.¹⁶²

¹⁵⁸ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 74.

¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Hermenêutica em Retrospectiva v. I – Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007. P. 45.

¹⁶⁰ A conexão entre ontologia, ética e também estética que subjaz à hermenêutica heideggeriana também é exposta por Vattimo em VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 185.

¹⁶¹ LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 59-60.

¹⁶² BRUSEKE, Franz Josef: *Heidegger como Crítico da Técnica Moderna*. Disponível em <http://www.filoinfo.bem-vindo.net/doc/htecnica.pdf>. Acesso em dezembro / 2008. P. 5 e s.

Derrida, de maneira semelhante, fala da eticidade que reside na prática da desconstrução. A justiça derridiana segue o rastro radicalmente empirista de Levinas; excede o pensamento que calcula e antecipa¹⁶³. Derrida sublinha, contudo, que não se deve simplesmente jogar fora um sentido de justiça historicamente alcançado:

“Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico políticas, no interior de uma instituição e de um Estado.”¹⁶⁴

A justiça, segundo Derrida, deve ser instituída socialmente pela proteção de espaços para a expressão da diferença. Tal projeto envolve um direito à mobilidade e ao cultivo da fluidez histórica, um direito à memória¹⁶⁵. Veremos, na conclusão deste trabalho, que é possível falar em universalidade de direitos humanos (será proposto que o direito à memória é um direito humano fundamental) a partir da universalidade do fenômeno hermenêutico e do sentido mais próprio de diferença.

Quando se pergunta, então, como acontece a escuta das palavras, qual a força e o sentido que os direitos humanos adquiriram no interior do jogo do direito-técnica, está se perguntando pela conexão entre direito e justiça.

Há carência de ética quando o direito é compreendido pelo pensamento que calcula (*rechnende Denke*), de modo insensível ao seu acontecimento integral. A proximidade com a diferença provoca estranheza para quem está acostumado a compreender o Ser a partir do mundo; a reação comum é a fuga do estranho. Estamos em fuga e persistimos assim por sermos incapazes de reconhecer a fuga como impulso de nossa trajetória

¹⁶³ DERRIDA, Jacques: *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P 55. Sobre a Justiça levinasiana Cf. LEVINAS, Emmanuel: *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980. Apesar de não termos aprofundado o assunto, é preciso lembrar que Levinas é um dos maiores críticos da ontologia heideggeriana.

¹⁶⁴ DERRIDA, Jacques: *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P 55.

¹⁶⁵ Krapp, Peter: “Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting”. In: *German Law Journal* N. 1, janeiro de 2005. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=548>. Acesso em janeiro / 2008.

Gadamer escreve que uma vez perguntaram a Heidegger: “Quando irás escrever uma ética?”¹⁶⁶ A resposta foi que não cabe perguntar desse modo, pois tal pergunta carrega a implicação de que a tarefa do filósofo é a de ensinar a alguém um *ethos*, como se fosse sua incumbência propor uma ordenação da sociedade ou projetar alguma formação de convicções públicas¹⁶⁷. O conflito – insuperável – está no ser humano, que pergunta e equivoca-se.

Gadamer traduz a palavra grega *ethos* como modo de vida.¹⁶⁸ Para ele, é um sinal de alarme ou de pobreza moral da sociedade atual ter que perguntar a outro – o filósofo – o que é digno e o que é humano e esperar dele uma resposta fora do tempo, como a determinação de uma hierarquia de valores abstratos. Esse tipo de demanda retira do questionamento ético o equivoco, os riscos, e as incertezas inerentes às peculiaridades de cada situação; em outras palavras, distancia a ética de suas origens (“modo de vida”). Segundo Gadamer, esta foi a desgraça da Alemanha na segunda guerra mundial: a imaturidade política de um povo habituado à subordinação.¹⁶⁹

1.4. Formulação explícita da pergunta que dirigirá a investigação

A hermenêutica está interessada em como lidamos com as coisas (e não simplesmente como as conhecemos). Quando se diz que nos encontramos na “era da técnica”, pretende-se chamar atenção para marcas de nossa época que determinam o nosso modo de vida, notadamente, para a pretensão de domínio sobre as coisas, que se mostra, por exemplo, na maneira que a ciência moderna impõe-se. O positivismo jurídico tal como tem se estabelecido na modernidade (não se pretende dissociar, nesse momento, as teses positivistas e as práticas atuais forjadas a partir delas) tenta fornecer critérios de identificação do direito, um método para conhecê-lo e determina também uma forma de lidar com o fenômeno jurídico. A atribuição de uma identidade fixa (Gadamer refere-se a um processo de objetificação), mesmo que só a forma seja estabelecida (como acontece no normativismo kelseniano), é uma estratégia que serve para instrumentalizar as

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 52 e s. Heidegger trata dessa questão em HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 68-69.

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 52 e s

¹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 53.

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 55- 56.

coisas tendo em vista fins determinados. A obsessão da teoria do direito em encontrar critérios claros definidores de jurisdição e em pensar o direito exclusivamente através da identidade que lhe foi conferida, demonstra certa impaciência com a diferença.

A crítica da hermenêutica não quer eliminar práticas jurídicas calcadas no positivismo (não é esse o sentido da *Destruktion*), é consciente de seu vigor histórico, de conquistas importantes alcançadas, bem como da sua eficiência e capacidade de dar respostas adequadas a algumas demandas do nosso tempo. O objetivo é simplesmente enfatizar que a partir do impulso da técnica e do método, o direito irá se revelar de uma maneira específica e que existem outros modos de revelação e outras formas de se relacionar com o fenômeno.

Os ganhos obtidos pela tecnologia moderna contribuem com inclinação atual de lidar com as coisas como instrumentos, usá-las para uma serventia; a funcionalidade fornece seu sentido. Na modernidade, está-se a todo tempo, inadvertidamente e compulsivamente, perguntando para que as coisas servem. Isso vem obstruindo o questionamento a respeito do “que são”.

Quer-se, aqui, perguntar “que é direito?”, não com a pretensão de identificar (a palavra identificar já conota uma ação sobre a coisa por parte do identificador e um modo impositivo de lidar com elas), mas de deixar que o direito se mostre na sua diferença. Trata-se de procurar outra maneira menos impositiva (que não exclui outras) de pensar o fenômeno jurídico.

O retorno aos gregos tem o sentido de nos lembrar que existe uma forma diversa de olhar para as coisas; ao invés de dominá-las, podemos apenas contemplá-las. Gadamer lembra que *contemplatio* é o equivalente latino da palavra grega *theoria*. Na tradição cristã, contemplação designava paixão teórica; contudo, neste ambiente, ela não era mais dirigida às coisas do mundo (como na Grécia) e sim ao divino. Com a modernidade, orientada pelo ideal de progresso, a vida teórica passa a ter um lugar secundário; a estrutura que orienta a ação dirige esta última para o saber técnico que, como se supõe, fará evoluir a humanidade;¹⁷⁰ torna-nos capazes inclusive de lançar satélites no espaço¹⁷¹.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. 27-31

¹⁷¹ No prólogo de “A Condição Humana” Hannah Arendt escreve sobre seu espanto com o evento e com declarações associadas a ele que se referiam à libertação do ser humano de sua “prisão na terra”. Arendt conecta tais aspirações

Na Grécia, *theoria* era observação das coisas. Mas observar – diferente da observação imparcial que exige a ciência moderna –, no contexto antigo, tinha o sentido de ser um espectador; como quem assiste uma peça de teatro ou uma cerimônia. A *theoria* não é observação imparcial e separada do objeto, mas observação situada e envolvida em um ambiente. Trata-se de uma atitude ou de um estado em que nos demoramos. Gadamer escreve:

“È um “assistir” em seu belo duplo sentido: significa não só presença, mas também que o presente está “inteiramente aí.” Alguém é participante num procedimento, ritual ou numa cerimônia quando fica absorto na participação, e isso encerra sempre um tomar parte com outros ou um partilhar o mesmo com outros possíveis.”¹⁷²

A contemplação teórica não pretende apreender um objeto fixo que estaria diante de um sujeito, nem configura uma estratégia para torná-lo manipulável através da análise de suas propriedades, tendo em vista objetivos práticos.

Gadamer retoma a distinção aristotélica entre teoria e práxis e demonstra sua importância atual, sobretudo, para evitar a subordinação da teoria a uma serventia¹⁷³. Mas o filólogo faz isso com a ressalva de que é necessário também salvaguardar a unidade que permanece por trás da separação. A vida, para Gadamer, é integração entre teoria e práxis: é a unidade de possibilidades abertas pela teoria e uma tarefa a ser realizada, na prática, por cada um. A práxis verdadeiramente humana deve saber-se envolvida em um ambiente, precisa aprender a contemplar as coisas na sua alteridade e procurar encontrar novas formas de participar e relacionar-se com elas.

“Onde quer que deparemos com algo “belo”, não perguntemos seu porquê ou pelo seu para quê – que vida humana nos pareceria ainda humana, se não tomasse parte

com um movimento de desenraizamento. ARENDT, Hannah: *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. P. 9-14.

¹⁷² GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. 36-37

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. P. 32-35.

em tal “teoria”? Será assim tão romântico falar de teoria com o um poder vital que todos os homens partilham?”¹⁷⁴

Para Gadamer a teoria, quando é humana, consiste em “*tirar os olhos de si mesmo e olhar outrem, um abstrair de si para escutar outrem*”. A consciência humanamente formada – que não é uma consciência formada pela ciência e para a ciência – é a de quem aprendeu a receber, no seu pensamento, os pontos de vista de outrem. Trata-se de um exercício de movimentar-se para fora de si e prestar atenção nas coisas.¹⁷⁵

Procurou-se enfatizar, na investigação da estética, que, em uma obra de arte, algo que teve seu brilho próprio apagado, em função de estar aí apenas como instrumento para uma serventia, volta a se mostrar. Diferentemente do método científico, a experiência estética exige um tempo próprio para a sua conformação, que não pode ser antecipadamente estabelecido. Devemos recolher-nos (frear nossa vontade de dominar) para que algo se ponha em obra.

É assim, com esse olhar dirigido à coisa ela mesma, absorto nela, que se pretende observar o fenômeno jurídico. **O direito não será aqui tratado como objeto de uso ou meio para atingir um fim.** O escopo principal é apontar para o que foi perdido com a modernização; isto é, como o fenômeno jurídico, historicamente situado, mostra-se e o que fica oculto quando este se dá por um modo de revelação calcado na técnica e em um momento histórico marcado pelo privilégio da identidade e sublimação da diferença. O propósito **não é identificar o direito** (não tentaremos defini-lo, por exemplo), **mas sim procurar olhar para ele na sua diferença.**

Identidade e diferença não devem ser tratadas como dois conceitos em uma oposição abstrata; têm status distintos. Vimos que diferença não é algo que fazemos, estamos na diferença, esta remete à mobilidade e ao sentido mais profundo do Ser como acontecimento que se dá no tempo. A identidade, por sua vez, refere-se a maneira pela qual pensamos abstratamente e ligamos objetos. O mesmo (há aí referência a um só termo) não é o idêntico (que exige comparação e aponta para a relação entre dois ou mais termos).¹⁷⁶ Não há duas coisas concretas que sejam idênticas, a identificação só se dá abstratamente. Dois objetos são idênticos quando

¹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. 37

¹⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. 40

¹⁷⁶ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia? / Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P 49-51.

certas propriedades previamente eleitas como critérios de identificação são encontradas em ambos.

Dissemos que vamos voltar a perguntar, mas nos recusamos a dar respostas - no estilo da tradição jurídica -; as perguntas devem ser feitas de maneira serena. É a ansiedade moderna (por respostas e por uma serventia) que veladamente estabelece que só há sentido em um questionamento que leva a um fim prático. Ao invés de estabilizar o conflito e tentar alcançar respostas que possam orientar a ação e que estejam desde o início (desde a formulação da pergunta) dirigidas a servir as demandas do mundo, a hermenêutica ensina a levar o combate realmente a sério. O desiderato é dar ouvidos a dissonâncias em relação às quais a técnica é surda.

O questionamento heideggeriano “que é isso” é teórico e se dá a partir de um modo contemplativo de olhar para as coisas. Poderíamos, então, começar a formular a pergunta da seguinte maneira: “que é o direito?”. O verbo “Ser” não pode ser compreendido aí como referência a uma substância constante como na tradição essencialista clássica, inquirir “que é”, tem o sentido de colocar-se em uma deriva e, nesse movimento, perguntar a respeito do que acontece, como acontece, em sua facticidade. Isso nos fará olhar para o direito, acima de tudo, como uma prática. Para evitar equívocos e deixar claro o direcionamento histórico do questionamento, formularemos a primeira parte da pergunta nos seguintes termos: “**como o direito acontece no tempo**”. Deve estar claro que a referência a um acontecimento nada tem a ver com a procura de um “fato puro”. A configuração do que pode ser chamado de fato não pode ser dissociada do sentido que se estabelece historicamente em um contexto; portanto pensar o direito tal como acontece é compreender sua conexão com a questão da técnica, que marca o mundo moderno. Isso nos levará a perquirir a respeito da procedência, da conformação atual do fenômeno jurídico e das possibilidades aí abertas e o que é tolhido.

O segundo elemento que estará inserido na elaboração da questão envolve o tipo de relação com a diferença que se configura na modernidade e no direito, bem como a preocupação a respeito de como zelar pela diferença. Perguntar sobre como o direito acontece é também tentar nos aproximar do lugar em que habitamos e do modo em que vivemos; tendo isso em conta é possível pensar a respeito da conformação práticas jurídicas mais “humanas” (no sentido de mais

próximas da diferença). Tentaremos, então, abrir canais de comunicação entre direito e estética, bem como, junto com Gadamer, investigar a possibilidade de um retorno à *phrónesis* aristotélica.

A questão que dirigirá essa investigação é: **“como o direito acontece na era da técnica e como aproximá-lo de práticas mais humanas?”**

Deve ter ficado claro que este trabalho não pretende alcançar objetivos frequentemente propostos por pesquisas de teoria do direito. **Não** se quer aqui: (1) identificar o direito (abdica-se da pretensão de conceituá-lo), (2) observar o direito sem ter em conta a necessária participação de do observador; (3) procurar estratégias que possam fazer com o que o direito funcione melhor.

Estabelecidas tantas interdições, o que resta fazer afinal?

A proposta é modesta, refere-se, sobretudo, ao próprio **exercício de perguntar e de prestar atenção à mobilidade do fenômeno jurídico.**

Pretende-se também chamar a atenção para aspectos do direito que comumente passam despercebidas pelo pensamento jurídico moderno. E, nesses termos, especular a respeito da possibilidade de fortalecimento de práticas (que envolvem, por exemplo, a estética, o saber do senso comum, o zelo pela história) que tiveram a sua importância negligenciada na modernidade. Como dito, o escopo é **pensar o direito levando a sério a questão da diferença.**

CAPÍTULO 2

CONSTÂNCIA NA BASE DO PENSAMENTO MODERNO E A FALTA DE ENRAIZAMENTO DO DIREITO

Sumário: 2.1. Considerações iniciais sobre direito, modernidade e procedimentalismo 2.2. A constância como elemento estruturante do pensamento moderno; 2.2.1. O cartesianismo está fundado na constância e repele a mobilidade; 2.2.2. Pensar as raízes da lógica não é niilismo; 2.2.3. Kant e Husserl: a temporalidade ainda não é levada às suas mais radicais conseqüências; 2.2.4. Positivismo, Popper e a questão da linguagem; 2.3. Sobre o desenraizamento do direito moderno; 2.3.1. Desenraizamento do positivismo jurídico e a crítica à tradição formalista, especialmente a Hans Kelsen; 2.3.2. As objeções da hermenêutica a tentativas de formalizar a linguagem jurídica; 2.3.3. Sobre o envolvimento em um modo procedimentalista (o procedimento não é algo que está diante de nós e que podemos controlar)

2.1. Considerações iniciais sobre direito, modernidade e procedimentalismo

A hipótese com a qual trabalhamos é a de que há carência de humanismo no direito moderno, já que este é dirigido por determinações da técnica. Para justificar tal suposição, há que se questionar como tal estrutura tecnicista impulsiona a criação do direito. Neste capítulo isso será feito, em primeiro lugar, pela exposição da crítica heideggeriana à filosofia que se afina à composição da modernidade. Voltaremos nossa atenção, de maneira breve, a algumas notas do cartesianismo, da “*Crítica da Razão Pura*” kantiana e da fenomenologia de Husserl. O objetivo não será estudar com profundidade cada um desses pensadores, nem realizar uma investigação histórica. Procurar-se-á apenas, com Heidegger, trazer à tona a marca da constância - isto é, o

apelo a um referencial fora do tempo – que está na base das três perspectivas. Em seguida deveremos investigar a estrutura que, nesses termos, conforma a maneira pela qual a ciência moderna formula suas perguntas – agora especialmente com o auxílio Gadamer –, bem como o que passa ao largo da metodologia científica. No direito, a questão envolve a crítica ao positivismo e ganha contornos específicos nas objeções propostas ao procedimentalismo, que dá o tom da modernidade jurídica. A crítica será dirigida à maneira desenraizada - isto é, desligada da história - pela qual a tradição positivista, sobretudo em sua vertente formalista, lida com direito.

Inicialmente, importa apontar algumas notas distintivas da modernidade, em geral, e da modernidade jurídica, em particular. A classificação de Adeodato deverá auxiliar-nos nessa tarefa. Adeodato, cético quanto à possibilidade de captar a realidade em sua essência (no sentido clássico da palavra) e inspirado por Weber, articula modernidade como um “tipo ideal”, ou seja, como um modelo que pode se aproximar mais ou menos de casos concretos, mas que não pretende de corresponder à “realidade”. Trata-se de um conceito qualitativo e não cronológico: serão classificadas como modernas organizações jurídicas e sociais que apresentarem certas notas; o tempo em que aconteceram não será considerado como critério relevante¹⁷⁷.

A utilização de tipos ideais é especialmente interessante na investigação da organização social brasileira, já que esta, em algumas de suas esferas, ao menos apresenta-se como moderna - apesar de que em outras dimensões, é, patentemente, pré-moderna (por exemplo, comunidades no interior do Estado de Pernambuco). Outrossim, esta classificação não tem um sentido escatológico¹⁷⁸. Ao contrário do discurso comum nos países centrais, segundo o qual países “em desenvolvimento” caminhariam em direção a uma modernização que tem a conotação de progresso em direção à identificação com os “donos do discurso”.

¹⁷⁷ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 211.

¹⁷⁸ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 211.

Para Adeodato, a investigação do tipo modernidade é importante em razão de que, no contexto atual, este tem aparecido como um poderoso referencial de discurso e ação¹⁷⁹.

Habermas diz mais que isso. Segundo ele, a modernização (compreendida dentro das peculiaridades de sua teoria) é uma exigência do atual cenário socioeconômico. A experiência tem mostrado que, nas circunstâncias atuais, a ordem jurídica individualista tem sido mais eficiente do que qualquer outro sistema¹⁸⁰. Ainda segundo Habermas, o racionalismo e a modernidade ensinaram a obter um distanciamento da própria tradição. O descentramento e a reflexividade modernos permitem o confronto de perspectivas diversas e, portanto, a crítica através de um diálogo capaz de esclarecer e corrigir os “pontos cegos” de cada um¹⁸¹.

Adeodato não parte da idéia de que modernizar é, de fato, o melhor caminho. Há simplesmente a observação de que a demanda por modernização é um pressuposto comum do discurso e uma crença atualmente em voga. Tanto é que Estados que não modernizaram seu direito querem se mostrar como se modernos fossem para que sejam incluídos no processo de globalização de maneira geral e, particularmente, para que possam ser considerados dignos de participar de alguns organismos internacionais.

Estas observações de Adeodato auxiliarão na argumentação (que será aprofundada mais à frente) de que a pergunta pela técnica heideggeriana, que no âmbito jurídico será conectada ao procedimentalismo, toca em questões estruturais não só de países centrais (que modernizaram seu direito e que se encontram desafiados por dificuldades advindas do fechamento excessivo dos subsistemas sociais), mas também periféricos (que pretendem modernizar o direito e sofrem com problema ligados a uma abertura destrutiva)¹⁸².

¹⁷⁹ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 207 e s.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 153.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 152.

¹⁸² Sobre heterorreferência e a autorreferência cf. NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 226-258.

Modernização é um processo de diferenciação ou aumento de complexidade. Com o seu estabelecimento, direito, moral e religião não mais se confundem e passam a funcionar autonomamente (como sistemas autopoieticos¹⁸³).

Duas notas caracterizam o direito moderno: pretensão de monopólio da produção do direito por parte do Estado e diferenciação funcional entre direito e outros subsistemas sociais¹⁸⁴. Os Estados que almejam se apresentar como modernos afirmam, em seus discursos oficiais, ter dogmatizado seu direito. A dogmática jurídica pretende conformar as regras do jogo através da fixação de textos normativos, cuja autoridade não pode ser explicitamente negada pelos participantes. Estes devem interpretá-las e argumentar em seu nome¹⁸⁵. O juiz moderno está constrangido a decidir e precisa fundamentar decisões com base no código lícito/ilícito¹⁸⁶ - que fornece autonomia à comunicação jurídica.

Isto posto, o objetivo é ir além da separação entre sujeito e objeto (intérprete e norma) e olhar para o direito como prática, acontecimento integral situado historicamente. Dessa maneira é possível compreender que a estrutura por trás do positivismo revela o postulado da fixação de pontos de partida no texto da norma, mas oculta a fixação um modo de ser e de “afinar-se” com o fenômeno jurídico (esta não é uma exigência explícita, mas participa do modo de revelação do fenômeno jurídico na “era da técnica”). O que se quer ressaltar é que, precisamente, aquilo que se encontra oculto para o positivismo, dirige o pensamento do operador do direito na modernidade. É preciso investigar as raízes de tal modo de pensar, para então, pô-lo em movimento – veremos que o que está em jogo aqui é uma espécie de impulso “repetidor”, que está conectado com a prática procedimentalista.

¹⁸³ NEVES, Marcelo: “Da Autopoiese à Alopoiese do Direito”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5. Recife: Universitária (UFPE), 1992, p. 280 e s.

¹⁸⁴ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 213 e s.

¹⁸⁵ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 215.

¹⁸⁶ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 215.

Pensar o direito numa perspectiva radicalmente histórica - como fazem Just e Saldanha¹⁸⁷ - não implica em negar o positivismo, mas sim inquirir a respeito do que há por trás das práticas positivistas e que perguntas elas respondem.

Com a dissolução das grandes ideologias e com a hipercomplexidade da sociedade contemporânea, pensar o direito a partir do positivismo é, sem dúvida, funcional. Este encontra-se aí por motivos históricos, tentar eliminar sua força é estar desatento para o tempo. Mas há questões que escapam ao método positivista e precisam ser exploradas, tais como: o que passa ao largo da “ciência do direito”? A única maneira possível de lidar com o fenômeno jurídico é identificá-lo como objeto de estudo e, assim, fazê-lo funcionar melhor, controlá-lo? Que caminhos ficam obstruídos quando a única pergunta que se faz é pela funcionalidade?

Quer se chamar atenção para o fato de que a falta de contextualização e de uma investigação mais profunda sobre suas raízes pode vir a ocultar outras possibilidades de pensar o fenômeno jurídico – mais à frente apontaremos especificamente para o problema de o positivismo ter se liberado da pergunta pela justiça.

Para compreender o direito como acontece, não se pode esquivar da pergunta sobre o que se perdeu no processo de modernização. Os avanços científicos e tecnológicos, as idéias de ordem, progresso e controle determinam o uso das coisas (que se convertem em instrumentos, disponíveis para um fim) e dão sentido para as práticas. Um questionamento contemplativo, que “para nada serve”, não tem espaço em tal ambiente.

A psicanálise vê as demandas de ordem, progresso linear, segurança e controle, próprias da modernidade, como sintomas resultantes do processo civilizatório¹⁸⁸. Há aí a expulsão da desordem, do descontrole e da insegurança. A pergunta, formulada em termos freudianos, é: quais os meios que a civilização utiliza para inibir a agressividade e quais as efetivas

¹⁸⁷ JUST, Gustavo: “Valiosa Contribuição de Nelson Saldanha”. in *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. P. 91-103. Ver também SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁸⁸ FREUD, Sigmund: *Obras Completas* V. XXI. “O Mal-estar na Civilização”. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 73-171. P. 115.

consequências (que, segundo Freud, guardam um potencial de autopunição e satisfação compensatória do desejo) do recalque?

O discurso jurídico é conformado neste ambiente e é dirigido por esta maneira de lidar com as coisas. Katharina Sobota escreve:

“o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza numa esfera de incerteza. Uma das principais ferramentas para superar o contraste entre certeza e incerteza consiste no uso de premissas ocultas que se movimenta na esfera de implicação (...) Isso não é percebido, por um lado, pela abordagem positivista, que tente a superenfatizar a ilusão de certeza confundindo-a com a realidade.”¹⁸⁹

2.2. A constância como elemento estruturante do pensamento moderno

2.2.1. O cartesianismo está fundado na constância e repele a mobilidade

A modernidade jurídica conforma-se junto com uma maneira de lidar com o direito que é proveniente de uma tradição filosófica calcada na constância e que carrega a pretensão de domínio sobre as coisas. Investigaremos o pensamento de Descartes, Kant e Husserl com o objetivo de chamar a atenção para isso. Procuraremos apontar os momentos em que os três filósofos recorrem a um apoio “fora do tempo”, de modo que, segundo Heidegger, criam evidências que se tornam obstáculo à temporalização ou a um modo de ser afinado com a mobilidade das coisas.

Se, por um lado, o método herdado do iluminismo e de Descartes, inegavelmente, trouxe progressos e tornou-se um critério importante de legitimidade científica para campos mais complexos como a biologia, a medicina, o direito, a antropologia, a sociologia; por outro lado,

¹⁸⁹ SOBOTA, Katharina: “Não Mencione a Norma!”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995. P. 251-273.

sua hegemonia na modernidade instituiu uma maneira de pensar alimentada por noções como causalidade simples e imediata (como se para determinado efeito existisse apenas uma única causa próxima), redução das coisas (e da própria condição humana) a conceitos articulados pela lógica, orientação da conduta calcada na correção do raciocínio (e não na verdade das coisas) e, dentro do âmbito epistemológico, pelo enclausuramento disciplinar¹⁹⁰.

Esquecidos do sentido mais profundo da lição aristotélica de que o todo é diferente da soma das partes, modernidade e cartesianismo distanciam-se do contexto ao supor que ao se reduzir uma coisa a seus elementos mais simples é possível reconstruí-la novamente de maneira correta e precisa.

Seguir a trajetória de Descartes é um exercício fecundo, que pode ajudar a compreender alguns dos motivos daquilo que se pode chamar de “fuga” para o método e as determinações de tal atitude a partir da estrutura que em nosso tempo vigora. Descartes inicia “*O Discurso do Método*” aludindo à necessidade de buscar, de maneira autônoma, o caminho para a verdade; encontra-se, então, desafiado a se libertar de preconceitos (sua época era fortemente dirigida pela teologia) e a negar a fixação de quaisquer pressupostos arbitrários. A idéia era rejeitar toda evidência da qual pudesse duvidar. Ele escreve:

“Depois, examinando atentamente o que eu era e verificando que podia supor que eu não tinha nenhum corpo e que não havia nenhum mundo ou lugar que eu existisse, contudo, mesmo assim, eu não poderia supor que não existia bastando o fato de duvidar da verdade das outras coisas para demonstrar de modo bastante certo e evidente que eu existia; ao passo que bastaria deixar de pensar, mesmo admitindo que tudo o que imaginasse fosse verdadeiro, para não haver nenhuma razão que me levasse a crer que eu tivesse existido. Por aí compreendi que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste exclusivamente no pensar e que, para

¹⁹⁰Para um aprofundamento das críticas ao cartesianismo cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: *Um Discurso Sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento, 1999. P. 55 e s.

ser, não precisa de nenhum lugar nem depende de nada material (...) a alma pela qual eu sou o que sou é inteiramente distinta do corpo e até mais fácil de conhecer do que este e, mesmo que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.”¹⁹¹

O ponto de partida põe o pensamento a caminho e, nesse sentido, determina seu destino. A dúvida de Descartes habita o pensamento (a palavra “pensamento” deve ser aqui compreendida dentro da tradição cartesiana, como *cogito*), nega explicitamente importância à corporeidade e à conexão com um mundo concreto; portanto, a constância do pensamento é o único espaço em que o cartesianismo se articula.

Desse modo de ver as coisas surgem alguns mandamentos para o cientista moderno. Este que deve estar sempre intensamente concentrado no objeto que analisa, mas, de outro lado, encontra-se desobrigado a olhar para si mesmo como ser humano que tem um corpo, uma história, fala uma língua e vive em uma cultura. O cartesianismo atribui um valor próprio à essência, que a tornaria superior à existência e, inclusive, critério de constatação desta última. “*Penso, logo existo*” indica que para existir é necessário pensar e que as únicas coisas que existem são aquelas que se encaixam no pensamento. Assim, o *cogito*, o eu que nada mais é além de pensar, revela-se como uma construção abstrata e capaz apenas de tematizar abstrações.

A pergunta da hermenêutica tem um sentido radicalmente diverso da dúvida cartesiana; aquela surge não de um exercício de abstração, mas de uma perplexidade, de um estado de espanto. A pergunta surge quando nos deparamos com a nulidade das coisas, estas deixam de ser funcionais e adequadas. Como Heidegger escreve: “*Devido ao espanto, isto é, à revelação do Nada, o Porquê brota nos nossos lábios.*”¹⁹². Instaura-se um combate em que a aquilo que se questiona sempre oferecerá resistência: a paz de uma resposta final é a perversão da mobilidade do perguntar.

¹⁹¹ DESCARTES, René: *Discurso do Método – Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2000. P. 42.

¹⁹² HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 53

A negatividade da desocultação (a própria palavra pressupõe algo oculto¹⁹³ e remete a um processo sem fim, já que a revelação completa implicaria no fim do movimento) aponta para um aguardar que não se deixa corromper pelo desejo de dominar as coisas e de dar-lhes um significado constante.

Descartes, por seu turno, não duvida de sua dúvida e, exatamente, por ter encontrado sua certeza absoluta, libera-se da questão do Ser do *cogito*¹⁹⁴.

Descartes estava fascinado pela exatidão da matemática, pela certeza garantida por seu método, já que independentemente de casuísmos ou do sujeito que calcula, o cálculo correto levaria necessariamente a respostas únicas. A certeza matemática contrapunha-se à diversidade de opiniões na filosofia e nas ciências humanas, multiplicidade esta que representava, para nosso autor, a evidência de erro. Atribuindo a falta de acordo à inadequação do método destas últimas, Descartes fez sua missão trazer exatidão e certeza para a filosofia e as outras esferas do conhecimento.

*“E isso não parecerá, talvez, um excesso inútil, se considerar que, só havendo uma verdade em cada coisa, todo aquele que a encontrar saberá tanto quanto se pode saber a esse respeito. Assim, por exemplo, uma criança que saiba aritmética, tendo feito uma soma de acordo com a regra, pode estar certa de ter encontrado, em relação à questão que examinava, tudo o que o espírito humano poderia encontrar. É que o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar com exatidão todas as circunstâncias daquilo que se procura contém todo quanto dá certeza às regras aritméticas.”*¹⁹⁵

¹⁹³ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes. P. 150 e s

¹⁹⁴ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 55.

¹⁹⁵ DESCARTES, René: *Discurso do Método – Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2000. P. 21-40.

No início do “*Discurso do Método*”, havia a discussão sobre a confiabilidade ou não de nossas percepções; a distinção entre sonho e realidade estava em questão. Mas, ao final, há a opção pela adequação, que se manifesta na regra:

*“As coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em discernir as que concebemos distintamente.”*¹⁹⁶

O primeiro pressuposto do método refere-se à intuição dos axiomas e pressupõe uma maior adequação daquilo que é mais simples em uma percepção imediata.¹⁹⁷ No entanto, não há justificativa para a suposição de que o fundamento da filosofia há de ser algo simples e intuitivo¹⁹⁸.

A hipertrofia do pensamento em detrimento da pergunta pelo que acontece dá o tom de toda uma tradição – filosofia do sujeito ou da consciência – que encontra seu ápice no idealismo hegeliano.¹⁹⁹

*“Com isso veda-se completamente o caminho para se ver o caráter fundado de toda percepção sensível e intelectual e para compreendê-las como possibilidade do ser-no-mundo.”*²⁰⁰

A diferença está aí (como não podia deixar de estar, já que é acontecimento), mas fica oculta; o tom da modernidade determina o sentido das coisas ao mesmo tempo em que outros tons tornam-se inaudíveis. Na modernidade, reina a certeza do cálculo, enquanto a pergunta pela verdade (acontecimento) aparece como um exercício inútil.

¹⁹⁶ ¹⁹⁶ DESCARTES, René: *Discurso do Método – Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2000. P 20 e s.

¹⁹⁷ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes. P. 49

¹⁹⁸ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes. P. 55.

¹⁹⁹ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Verdade*. Petrópolis: Vozes. P. 57.

²⁰⁰ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2000, p.144.

Pressupõe-se que o pensamento que se guia pela lógica está livre de qualquer estado afetivo, mas se esquece que até mesmo a frieza e o distanciamento que se exigem do cientista são afetos.

“A disposição afetiva da confiança na absoluta certeza do conhecimento a cada momento acessível permanece o pathos e com isso a archè da filosofia moderna²⁰¹.”

Fica claro o lado mais ingênuo do cartesianismo: o método baseia-se numa verdade primeira encontrada, está alicerçado no pressuposto de que para conhecer a verdade dos objetos é suficiente pensar suas notas elementares – o que implica em relegar os seus demais aspectos à condição de acessórios. O ponto de chegada tem seu germe no ponto de partida: começar pelo *cogito* envolve também propor que pensar é o principal - a essência do humano - e o corpo, as sensações, os sentimentos são acessórios, elementos desvalorizados, dimensões excluídas do pensamento moderno, cujo legado tem sido a cisão, a redução, a exclusão e que, como lembra GUSDORF, também se esquece de procurar lidar com problemas por meios menos exatos, por exemplo, através do “bom senso.”²⁰²

2.2.2. Pensar as raízes da lógica não é niilismo.

O sentido do pensamento para Heidegger é fundamentalmente distinto. O pensar por determinações da lógica restringe-se a relacionar (indução ou dedução) linearmente conceitos. De outro lado, a pergunta da hermenêutica diz respeito à possibilidade de um pensar que pensa a verdade do Ser. Pretende-se despertar os sentidos para o que não cabe em abstrações, acordar para o que é vivo e acontece na linguagem. Para tanto, é preciso pensar “contra a lógica”, mas isso não significa cair no ilógico. O sentido da palavra “lógica” (como também irrazão) é dado negativamente a partir do que é compreendido a partir da lógica. O ilógico, portanto, é determinado (negativamente) pela lógica. Não se trata, então, de se deixar levar apenas por

²⁰¹ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A filosofia? Identidade e diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006, p 32-33

²⁰² GUSDORF, Georges: *Tratado de Metafísica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 21.

sentimentos ou aderir à negação niilista de qualquer coisa, pois, como Heidegger ensina, **o niilismo foi inventado pela lógica**²⁰³.

Pensar contra a lógica é, para Heidegger, meditar sobre os primórdios do pensamento. Os sistemas da lógica perdem-se de suas raízes, quando interrompem a abertura do questionar. Para Heidegger, é neste primeiro questionar que está a essência do *logos*.²⁰⁴

Ricoeur vê mais riqueza no uso de uma lógica que trabalha mais com aproximações e menos com identidades. Compreender – como faz Ricoeur - o verbo “ser” como o lugar mais próprio da metáfora²⁰⁵, torna possível fazer uso de definições da linguagem natural (que por sua própria natureza, dissocia) sem que estas sejam delineadas com o rigor da metafísica clássica – que se pretende desconstruir. Dentro de um universo de metáforas, em que o “é” significa a um só tempo “não é” e “é como”, os princípios da identidade, não-contradição e terceiro excluído perdem sua força.

A crítica não retira a importância histórica do pensamento cartesiano: crer na razão e em método que permite ao ser humano alcançar a verdade de maneira inequívoca foi um passo fundamental para a emancipação em relação ao domínio da Igreja Medieval.

Ocorre que, apesar de ter a pretensão de se libertar de seu tempo, o cartesianismo foi o prelúdio e o retrato de uma época que acreditava, acima de tudo, no progresso pela razão. De fato, a tarefa de transpor para as ciências humanas a certeza das ciências exatas não foi desafio exclusivo de Descartes, esta se tornou a maior obsessão do pensamento moderno.

É revelador notar que hodiernamente, o movimento parece acontecer no sentido inverso: há uma humanização das ciências exatas. As novas descobertas científicas, sobretudo na física e na química, mostram que as ciências exatas precisam aprender a lidar com o caos, com a imprevisibilidade, com a intervenção do observador no resultado da experiência e na atribuição

²⁰³ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005.P 58-61

²⁰⁴ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005.P 58-61

²⁰⁵ RICOEUR, Paul: *A Metáfora Viva*. São Paulo, Loyola: 2000. P. 10 e s.

de um sentido para suas observações²⁰⁶; dimensões que o método científico buscava expulsar ao extrair da experiência apenas o que pode ser medido, contado e pesado.

A física quântica revela a incerteza quanto à possibilidade de determinar o movimento e a posição de uma partícula e contradição no que diz respeito à identidade da partícula, que aparece tanto como energia quanto como matéria - um elétron “E” é ao mesmo tempo igual a “A” e a “não A”. As partículas subatômicas não são entes que se pode conceber individualmente, apenas manifestam-se em sua individualidade em um curto período de tempo. Aceitar estas contradições é menos absurdo que negá-las. Tais descobertas rejeitam o postulado isolacionista cartesiano e trazem à tona a natureza fundamentalmente relacional nas coisas.

“Uma onda de matéria (ou onda de probabilidades) pode se comportar como se estivesse espalhada por todo espaço e tempo. Mas se todas as coisas potenciais se estendem indefinidamente em todas as direções, como se poderá falar em alguma distância entre elas ou conceber alguma separação? Todas as coisas em todos os momentos tocam uns nos outros em todos os pontos; a unidade do sistema completo é suprema.”²⁰⁷

Outra tese atual, que nos interessa por chamar atenção para o papel constitutivo do tempo, é extraída a termodinâmica de Prigogine. As trajetórias pensadas a partir da física newtoniana descreviam o movimento de um corpo isolado, mas, no mundo concreto, há apenas interações persistentes, que só podem ser propriamente descritas quando se leva em consideração o todo relacional. Por sua insistência em descrever o movimento a partir do modelo newtoniano, escapava à física o papel radicalmente transformador do tempo. A irreversibilidade jamais poderia ser compreendida pela descrição abstrata de elementos individuais, ela só ganha sentido quando se observa as partículas no seu ambiente em contínuas colisões²⁰⁸. A física quântica mostrou que as partículas apresentam uma natureza essencialmente dúbia (são ao mesmo tempo

²⁰⁶ ZOHAR, Danah: *O Ser Quântico – Uma Visão Revolucionária da Natureza Humana e da Consciência Baseada na Nova Física*. São Paulo: Best Seller, 1990. 20 e s.

²⁰⁷ ZOHAR, Danah: *O Ser Quântico – Uma Visão Revolucionária da Natureza Humana e da Consciência Baseada na Nova Física*. São Paulo: Best Seller, 1990. P. 35.

²⁰⁸ PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 120.

onda e matéria), dependem de sua ligação com o meio; seu movimento acontece como superposição de ondas. Aí sobressai seu aspecto relacional.

“A solução da equação de movimento para uma partícula livre é, portanto, uma superposição de ondas planas. Essas ondas, que são as funções próprias, estendem-se pelo espaço inteiro, em contraste com a trajetória, que é localizada num ponto²⁰⁹.”

Prigogine explica a natureza relacional do Ser a partir das ressonâncias de Poincaré. O termo ressonância está associado a uma espécie de ligação a partir da qual nasce um todo novo como, por exemplo, no acoplamento de sons: quando é tocada uma nota musical em um instrumento, ouvimos os harmônicos, não partes isoladas²¹⁰. As ressonâncias de Poincaré são responsáveis pelo colapso da trajetória, tornando esta um objeto probabilista, de previsão inalcançável por uma descrição determinista. Ao contrário do que se pensava, não é a nossa ignorância a respeito dos movimentos exatos das moléculas que torna a previsão das trajetórias impossível; as ressonâncias – interações - são as verdadeiras responsáveis por isso. Por exemplo, na transição de fases (líquido, sólido, gasoso) na química há a emergência uma propriedade nova. A explicação desse acontecimento é irreduzível a uma descrição em termos de comportamentos individuais das moléculas²¹¹. A partir de uma termodinâmica contextualizada, isto é, em interações persistentes, Prigogine pôde observar fenômenos que não eram detectáveis pelo método clássico. Sem dúvida, a sua constatação mais impressionante é a de que os sistemas desorganizados (em interações caóticas) podem se auto-organizar: uma nova ordem pode emergir de um lugar onde só havia dispersão. A matéria, longe do equilíbrio, adquire novas propriedades, as moléculas evoluem juntas. Correlações de longo alcance, inexistentes no equilíbrio, aparecem em condições de não equilíbrio²¹². Um sistema evolui no tempo de forma descontínua, coexistem zonas deterministas (evolução linear) e pontos de comportamento probabilista (pontos de bifurcação). São nestes momentos probabilistas que se pode observar a auto-organização, a escolha imprevisível por parte do sistema.

²⁰⁹ PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 124.

²¹⁰ PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 42.

²¹¹ PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 47.

²¹² PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 71.

A observação das ressonâncias demonstra que descrições probabilistas são irreduzíveis e que a irreversibilidade não é mera aparência, desse modo, põe às claras **o papel construtivo da flecha do tempo**. Ao invés de partir de uma trajetória isolada como elemento fundamental da descrição, definiu-se a trajetória em termos de conjuntos como uma superposição de ondas planas e as ressonâncias de Poincaré eliminam a coerência dessas superposições²¹³.

2.2.3. Kant e Husserl: a temporalidade ainda não é levada às suas mais radicais consequências

O problema da falta de temporalização do pensamento não ficou para trás nem é exclusivo do cartesianismo; é uma marca da filosofia moderna. A tarefa agora é detectar semelhante padrão em Husserl e, antes dele, em Kant. O objetivo é compreender melhor a crítica heideggeriana e preparar o terreno para a investigação das bases do positivismo jurídico.

Adeodato enfatiza as inclinações céticas de Kant e explica que, apesar do intento inicial do filósofo ter sido estabelecer os pressupostos de um conhecimento confiável, foi Kant quem acabou por desestruturar os alicerces da ciência²¹⁴, na época, segundo o próprio Kant, ainda presa a pressupostos dogmáticos. Sua tese em “*A Crítica da Razão Pura*” pode ser sintetizada na idéia de que somos limitados pelo nosso próprio aparato cognoscitivo, apenas percebemos aquilo que nossa estrutura nos permite; logo, não se pode falar de características próprias dos objetos (independentes do observador), da coisa como ela é em si. O que conhecemos é apenas o fenômeno, “*o objeto indeterminado de uma intuição empírica*”²¹⁵. Para Kant, a razão não oferece ao espírito as formas e as estruturas do mundo exterior tal como ele é. É impondo ao mundo suas próprias estruturas que o sujeito conhece. Tempo e Espaço não são caracteres intrínsecos da realidade, mas formas “a priori da sensibilidade” e precedem toda experiência. Do mesmo modo, a causalidade e a finalidade nascem da nossa relação com os objetos, referem-se à nossa constituição subjetiva, designam não o modo de ser da realidade, mas nosso modo de conhecê-la. Todo o uso do intelecto, toda a síntese do múltiplo, pressupõe uma operação unificante da parte

²¹³ PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. P. 152-162

²¹⁴ ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito – uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 37.

²¹⁵ KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P.61.

do sujeito, assim, ele transcende a experiência sensível no seu modo “a priori” de formar o conhecimento. A razão só reconhece aquilo que ela cria segundo sua própria estrutura.

Não obstante o poder desconstrutivo de sua crítica, Kant persiste preso à constância de um “Eu Puro”. Segundo Heidegger, falta à crítica kantiana a devida análise do problema da “temporiedade” (optamos por não utilizar frequentemente as palavras “temporiedade”, bem como “pre-sença”, neologismos usados por Márcia de Sá Cavalcante na tradução de *Ser e Tempo*) da constituição mundana do *Dasein*:

“Em última instância, são justamente os fenômenos da “temporiedade” a serem explicitados na presente analítica que constituem os juízos mais secretos da “razão universal”(...)Também haverá de mostrar por que Kant fracassou na tentativa de penetrar na problemática da temporiedade. Duas coisas o impediram: em primeiro lugar, a falta da questão do ser e, em íntima conexão com isso, a falta de uma ontologia explícita da pre-sença ou, em terminologia kantiana, a falta de uma analítica prévia das estruturas que integram a subjetividade do sujeito. Ao invés disso, Kant aceita dogmaticamente a posição de Descartes, apesar de todos os progressos essenciais que o fez(...)Devido a essa dupla influência da tradição , a conexão decisiva entre o “tempo” e o “eu penso” permaneceu envolta na mais completa escuridão, não chegando sequer uma vez a ser problematizada”²¹⁶.

De um modo mais simples, o problema envolve a referência kantiana a um “eu puro”, fora do tempo. O sujeito kantiano não é exposto à força fundamentalmente transformadora da “flecha do tempo” – usando a expressão de Prigogine. Para Kant, a mente humana é condição de possibilidade para o fenômeno, no entanto, estamos ainda diante de um ser humano

²¹⁶ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 52-53

fundamentalmente desconectado do mundo e da história. O pensamento que não carrega o vigor da existência já tem seu destino traçado desde o princípio.

A partir de Kant, e com o ânimo de superá-lo, Husserl dedica-se ao estudo dos fenômenos. Quer dizer, prefere focar sua atenção naquilo que se mostra à consciência e deixar de lado o *noumeno* kantiano (a coisa em si, independente do ato de conhecimento). A direção deveria ser dada por aquilo que aí se mostra e pela maneira como se mostra. A tarefa era a apropriação da realidade da consciência e, posteriormente e através dela, também a constatação do mundo exterior. Husserl compreendia a consciência como um fluxo, algo que nunca aparecia da mesma forma duas vezes; a tarefa do fenomenólogo era a de observar o que nela ocorre no momento imediato.²¹⁷

A consciência é sempre intencional, porque sempre se refere a algo e nunca está vazia, jamais deixa de conectar-se a uma realidade exterior. Esta estrutura indica que o mundo se mostra à consciência e esta inevitavelmente se relaciona com aquele; tese que impõe o fim da separação entre sujeito e objeto.

Ao invés de se fixar nos objetos, a fenomenologia presta atenção ao processo em que se dá a percepção. Deixa de perguntar pelo que é, na realidade (em um hipotético mundo exterior), um objeto e preocupa-se com os diversos modos pelos quais a consciência se detém nas coisas - por exemplo, o olhar do cientista é apenas um dos diversos modos de se deter. A reabilitação do mundo manifesto - realizada pela fenomenologia -, que não mais pode ser considerado uma realidade menor, tem um forte poder crítico, como reconhece Heidegger²¹⁸.

As objeções da hermenêutica à fenomenologia husserliana dirigem-se ao conceito de ego transcendental. Este é compreendido como unidade dentro da qual surge a corrente da consciência; os conteúdos passam, transformam-se sem que o Ego Transcendental se modifique. O problema é que, ao se apoiar em um “Eu” constante, no qual flui a consciência e daí resulta o mundo, Husserl acaba caindo na mesma estrutura - calcada na constância - que pretendia superar. Safranski escreve que o caminho de Heidegger será, depois de Husserl, dar a essa “cabeça”

²¹⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 100-101.

²¹⁸ SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 110.

(consciência) um corpo e colocá-lo radicalmente no mundo. Para tal projeto utilizará a noção vida histórica de Dilthey e a distinção kierkegaardiana entre pensamento e experiência. O “Eu” puro é convertido em *Dasein*, “ser-aí”, envolvido na vida cotidiana. A faticidade e a cotidianidade estão em foco e o fluxo da consciência não ocupa mais um lugar central.²¹⁹

As consequências na teoria do direito – sobretudo na teoria dos direitos subjetivos – de um pensamento que se apóia em sujeito fora do tempo e sem corpo, sem rosto, são investigadas por Alexandre da Maia. Da Maia encontra, por trás desse tipo de construção, a tentativa de domínio do tempo: com a secularização, o futuro não é mais determinado por uma escatologia apocalíptica, mas pela imposição de estruturas formais de controle (que se apóiam em construções como o *cogito*, sujeito transcendental ou o ego transcendental), como os instrumentos metodológicos desenvolvidos para controlar futuras decisões judiciais²²⁰.

2.2.4. Positivismo, Popper e a questão da linguagem.

A aceitação radical (e não mera admissão que vem junto com tentativas de imunização) da mobilidade implica em abdicar de pretensões de domínio. O controle das coisas carrega a ilusão de uma paz (no sentido de fim da luta e do movimento), mas, de fato, mascara a violência. Aquilo que é excluído ou negligenciado pelo pensamento moderno não desaparece; como ensina a psicanálise, o material recalado volta como sintoma. Um bom exemplo são os problemas ecológicos que enfrentamos hoje, resultado da maneira violenta que o ser humano lidou com a natureza no passado.

O objetivo agora é iniciar uma aproximação com a teoria do direito e perquirir como o pensamento jurídico lida com a temporalidade. A tarefa agora é investigar as principais ideias defendidas pelo positivismo e, em seguida, junto com Gadamer, pensar o que é excluído pelo seu método.

²¹⁹ SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 111.

²²⁰ MAIA, Alexandre da: “Conceptual History and Legal Reasoning: Analyzing the Concept of Subjective Right”. ARSP. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 2007.

“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.”²²¹

A tese fundamental do positivismo é a de que um conhecimento confiável deve estar livre de crenças que não são sujeitas à verificação empírica; estas últimas são definidas como metafísicas.

Hume – que foi um dos precursores do positivismo - propôs que a observação empírica é o único fundamento sólido que podemos dar à ciência. Segundo ele, mesmo depois de observar o laço empírico entre os objetos, não há razão para acreditar em conceitos universais formulados a partir deles. Considerava a metafísica um estéril esforço de vaidade humana que, no fundo, pretende fornecer realidade a algo inapreensível²²².

Mach acreditava, de modo semelhante, que os objetos sobre os quais a ciência (de base, segundo ele, metafísica) se referia na sua época eram apenas abstrações, construídas pelo cientista, a partir de complexos de sensações. Tanto a coisa quanto o sujeito que conhece são incognoscíveis, deve-se relegá-los, portanto, à categoria de pseudoproblemas. Mach desenvolveu uma crítica ao conceito de coisa em si, como distinta de sua aparência, já que, para ele, a matéria não era nada além de suas notas, do conjunto de seus elementos como cores e sons, perceptíveis pelos órgãos do sentido. O sensorialismo deveria ser, nessa perspectiva, a única fonte de todas as ciências empíricas²²³.

Com o mesmo ânimo crítico, os integrantes do Círculo de Viena procuraram encontrar alicerces seguros para conhecimento científico e filosófico. A segurança só seria possível se

²²¹ LARENZ, Karl: *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 45-46.

²²² FARREL, Martin Diego: *La Metodologia Del Positivismo Lógico – Su Aplicación al Derecho*. Editorial Astrea, p. 25-29.

²²³ DELECAMPAGNE, Cristian. *História da Filosofia no Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 103

sedimentada naquilo que é empiricamente verificável. Desprezavam-se, outrossim, especulações de base supra-sensível.²²⁴

A crítica de Karl Popper à atitude positivista baseia-se na constatação de que toda teoria – inclusive as teses positivistas – tem como pano de fundo postulados que não derivam diretamente da experiência e que, por isso, encaixam-se no conceito positivista de metafísica. Alicerçar qualquer sistema em uma base transcendente é, sem dúvida, perigoso; no entanto, mais arriscado do que partir de enunciados metafísicos assumidos enquanto tal é pressupor os mesmos enunciados de forma não consciente e manter-se na ilusão da certeza do conhecimento. Popper demonstra que é impossível para a ciência prescindir completamente da metafísica e que o ideal positivista de conhecimento absolutamente seguro não passa de mais um mito.

Para os positivistas que precederam Popper, as ciências empíricas caracterizavam-se por empregar o método indutivo: partiam de enunciados singulares (observação de fatos empíricos) e chegavam a enunciados universais. Mas – pergunta Popper – se o próprio princípio da indução é um enunciado universal, como validá-lo por meio de critérios positivistas? Para justificá-lo, temos de recorrer a inferências indutivas, as quais, por sua vez, supõem um princípio indutivo mais amplo. Ao final, a tentativa de alicerçar o princípio da indução na experiência malogra, pois conduz à regressão infinita. Não se pode dizer que em razão de um fato ter sido observado empiricamente por muitas vezes é possível inferir uma lei necessária ou – como ilustra Popper – não podemos afirmar que não existem cisnes negros, se nos basearmos apenas no fato de termos observado um grande número de cisnes brancos e não termos ainda nos deparado com nenhum desses animais de cor escura²²⁵.

Popper ensina que não é suficiente que uma tese seja verificada, um sistema científico empírico tem de ser passível de refutação pela experiência:

“Enunciados universais nunca são deriváveis de enunciados singulares, mas podem ser contraditados pelos enunciados singulares. Conseqüentemente, é possível, através de recurso

²²⁴ DELECAMPAGNE, Cristian. *História da Filosofia no Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 102.

²²⁵ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988. P. 27-28.

a inferências puramente dedutivas, concluir acerca da falsidade de enunciados universais a partir de enunciados singulares. Essa conclusão acerca da falsidade dos enunciados universais é a única espécie de inferência estritamente dedutiva que atua, por assim dizer, “em direção indutiva”, ou seja, de enunciados singulares para enunciados universais.”²²⁶

O raciocínio estrutura-se da seguinte forma: cria-se uma hipótese universal ainda injustificada e dela devem ser deduzidas conclusões, estas últimas serão comparadas entre si e com outros enunciados, em relação aos quais será equivalente, dedutível, compatível, incompatível etc.

Ao invés da procura exclusiva por confirmações, para manter vivos a todo custo sistemas insustentáveis, o método popperiano busca - de maneira análoga à seleção natural de Darwin - selecionar hipóteses teóricas, expondo-as todas à luta pela sobrevivência²²⁷. O que é racional na ciência é que ela aceita criar situações nas quais uma teoria é questionada e aceita a si mesma como falível. Há uma inversão: julgava-se que a ciência progredia por acumulação de verdades, agora se reconhece que o progresso se faz, sobretudo, por eliminação de erros na procura da verdade.

O enunciado universal seria criado por uma espécie de intuição de uma idéia nova, formulada conjecturalmente, que de início pode ser considerada até incomum ou improvável, nascida da imaginação criativa do ser humano. A prova empírica só pode ser estabelecida depois de formulada a hipótese²²⁸.

“Meus argumentos neste livro independem inteiramente desse problema. Todavia, a visão que tenho do assunto, valha o que valer, é a de que não existe um método lógico de conceber idéias novas ou de reconstruir logicamente este

²²⁶ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988. P. 42-43.

²²⁷ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988. P. 33-44.

²²⁸ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988. P. 30.

processo. Minha maneira de ver pode ser expressa na afirmativa de que toda descoberta encerra um “elemento irracional” ou “uma intuição criadora”, no sentido de Bergson²²⁹”

O método popperiano não permite que algo seja assumido arbitrariamente como verdade absoluta e exclua a possibilidade de teste empírico (entretanto, como veremos, não explorada devidamente as determinações históricas que constituem condicionamentos ocultos do método, como faz a investigação da história-efeitual realizada por Gadamer). A empresa positivista de estabelecer uma diferenciação entre um conhecimento seguro e especulativo esbarra na regressão infinita. Já que a ciência não se define pela certeza e sim pela incerteza, o cientista não pode mais se colocar numa posição privilegiada, como detentor de verdades absolutas; necessita, ao contrário, ter uma atitude aberta.

O critério indutivista, que teria vindo para oferecer segurança ao conhecimento científico, acaba por levar à construção de um saber impregnado, em seu cerne, pela metafísica²³⁰. Não há uma justificação lógica dos enunciados universais acerca da realidade; as leis científicas não podem ser logicamente reduzidas a enunciados elementares da experiência, como também o universo não pode ser decomposto em uma substância elementar (crítica compartilhada pelos físicos, constatada a natureza dual das partículas subatômicas). Há, na elaboração das teorias científicas, crenças não experimentais e não testáveis, não há como libertá-las de impurezas metafísicas, sociológicas e culturais.

Corroborando a crítica popperiana, o teorema de Gödel demonstra matematicamente que um sistema lógico, formalizado, complexo tem pelo menos uma proposição que não pode ser demonstrada. Não há como provar logicamente a correspondência de nenhum sistema teórico à “realidade” concreta, é possível apenas constatar verdades formais (coerência interna). Um sistema encontra sua prova em si mesmo, suscita a elaboração de um metassistema que estabeleça essa prova; mas o próprio metassistema exige comprovação por outro metassistema e assim por

²²⁹ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988. P. 32.

²³⁰ POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988, p. 38

diante²³¹. A biologia do conhecimento de Maturana propõe ainda que estas premissas básicas, fundadoras de qualquer sistema, são aceitas *a priori*, ou seja, injustificadamente do ponto de vista racional; os motivos de sua aceitação, segundo Maturana, são mais emocionais que racionais²³².

A observação dos fatos é sempre centrada em problemas prévios, não existe o momento de percepção pura, nem um cientista capaz de se desprender plenamente de preconceitos ideológicos. Uma observação é mais significativa quando contradiz as expectativas. De fato, é quando algo nos surpreende – nesse ponto Popper encontra-se próximo a Gadamer – e surge um problema de inadequação teórica; aí é que é dado o ponto de partida do trabalho científico. A objetividade, nesse aspecto, alcança a dimensão pragmática de processo de crítica mútua e competição entre cientistas; o saber científico necessita se conformar em uma sociedade aberta²³³.

A crítica a Popper realizada por Habermas (que nesse momento se apóia em teses gadamerianas) refere-se à falta da exploração do papel decisivo linguisticidade do fenômeno compreensivo, bem como ao desinteresse a respeito do “todo” (a negligência da totalidade foi o motivo das objeções propostas por Adorno) que orienta a compreensão. Em razão tais críticas Popper é ainda incluído no rol dos membros da tradição positivista²³⁴.

A questão, colocada em termos hermenêuticos, é que a força da história efetiva não pode ser externalizada e testada contra os fatos. Estes, para serem considerados como fatos relevantes, têm que ser antes estruturados e considerados significativos pelo horizonte que a situação histórica dá ao intérprete. Isso põe em xeque a confiança excessiva de Popper no método e na ciência como único caminho (Heidegger diria, modo de revelação do Ser) para alcançar um conhecimento confiável.

“Uma filosofia das ciências que compreende a si mesma como teoria da metodologia científica e que não admite nenhum questionamento que ela não possa caracterizar como sensato no processo de “trial and error”, não se dá conta de

²³¹ MORIN, Edgar: *Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 149.

²³² MATURANA, Humberto: *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p.182.

²³³ POPPER, Karl: *The Open Society and its Enemies. Hegel and Marx*. V.2. London: Routledge II. P. 211 e s.

²³⁴ Sobre o debate entre Adorno e Popper cf. HOW, Alan: *The Habermas-Gadamer Debate and the Nature of the Social*. Brookfield: Ashgate Publishing Ltd, 1995. P. 103 –110.

*que como essa caracterização já se encontra fora do mesmo.*²³⁵

Os critérios seletivos que apontam os questionamentos relevantes - cujo teor conforma o tema da investigação - não podem eles mesmos ser submetidos a teste. Na verdade, as hipóteses que podem vir a ser falseadas mediante experimentação são uma resposta a um tipo específico de problematização que é determinado por um contexto de compreensão - é este último que confere importância e sentido à suposição que se pode vir a refutar.²³⁶

A ciência moderna dificilmente enxerga além das regras do jogo; permanece, assim, presa ao método e acaba por desvalorizar a importância de uma investigação prévia (filosofia) que não se submete ao teste empírico. O problema é que, com essa atitude, a ciência se imuniza contra outras formas de experiência, tal como a experiência do senso comum.²³⁷

Importa alertar que estas reflexões não pretendem impugnar o ânimo crítico e a procura de objetividade que devem mover o investigador; o escopo é apenas pôr às claras alguns condicionamentos e restrições da ciência.

Gadamer esclarece os principais pontos da crítica à concepção de experiência a partir de uma perspectiva “sensorialista” (como imaginaram os primeiros positivistas) e, igualmente, as objeções ligadas à despreocupação com a totalidade (que diz respeito, especificamente, ao caso de Popper), ao explicar a relação entre palavra e conceito como determinantes do nosso pensar:

“Não se pode chamar de experiência como tal o ponto de partida dos sentidos e seus dados. Também aprendemos a ver como os dados de nossos sentidos articulam-se cada vez mais em contextos interpretativos. O mesmo acontece com a percepção – que toma algo por verdadeiro – que já interpretou os testemunhos dos sentidos antes da imediatez de seus dados.

²³⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 512.

²³⁶ GADAMER, Hans Georg: *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 112.

²³⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 510-15

Podemos pois dizer que, do ponto de vista hermenêutico, a formação dos conceitos está sempre condicionada pela língua falada. Se isto for verdade, o único caminho filosófico convincente será tomar consciência da relação entre palavra e conceito com uma relação que determina nosso pensar.”²³⁸

2.3. Sobre o desenraizamento do direito moderno

2.3.1. Desenraizamento do positivismo jurídico e a crítica à tradição formalista, especialmente a Hans Kelsen

Na da tradição jurídica, a tese fundamental do positivismo converte-se na ideia de que o único direito que vale a pena considerar é aquele que é empiricamente aferível: eficaz ou válido em um determinado tempo lugar.

De acordo com Adeodato, não obstante a força da visão sociológica, o positivismo jurídico sedimentou-se muito mais sobre as bases do formalismo, tanto que a expressão “dogmática jurídica” – que historicamente referia-se a escolas de tendências legalistas - é, hoje, usada como sinônimo de ciência do direito²³⁹. O legalismo chega a seu apogeu com a Escola da Exegese, que, em função do radicalismo, do alto grau de fechamento e do distanciamento dos “fatos sociais” (que além de tudo se modificam num ritmo muito mais acelerado que as leis, provocando inadequações evidentes) entra em decadência já na passagem do século.

Hans Kelsen formula uma versão mais sofisticada do formalismo jurídico, um modelo que até hoje é uma forte referência na prática forense. A “*Teoria Pura do Direito*” quer tornar o estudo científico do direito livre de contaminações econômicas, políticas, ideológicas, etc; para tanto, de acordo com os ditames da metodologia moderna, precisa definir um método e identificar seu objeto de estudo com precisão.

²³⁸GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P 98.

²³⁹ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. P. 61.

A tarefa de encontrar as marcas distintivas do objeto exige que Kelsen separe direito e ciência. Esta pretende explicar as coisas como se dão na natureza e utiliza enunciados descritivos. As leis naturais ligam uma situação factual com outra, a partir da relação causa-efeito²⁴⁰. O direito ordena um comportamento, impõe como este deve ser, para tanto, utiliza enunciados prescritivos, que imputam uma consequência a determinada hipótese. O “dever ser” representa um tipo determinado de relação que não ocorre no reino da natureza, está ligada ao ser humano e à liberdade²⁴¹. Tem raízes kantianas a separação entre “ser” e “dever ser” proposta por Kelsen e de acordo com a qual, da observação do mundo empírico (ser) não se pode concluir uma norma (dever ser)²⁴².

O processo de purificação do objeto requer também que se diferencie direito e normas morais, religiosas, de etiqueta, etc. Normas jurídicas distinguem-se de outras normas conduta por prescreverem uma sanção organizada, imposta por uma ordem de coação eficaz dentro de um determinado espaço territorial ao ponto de excluir outras ordens de coação (como, por exemplo, um bando de salteadores)²⁴³. Segundo Bobbio, semelhante pressuposto permite propor que o fundamento último de validade das normas são relações de poder²⁴⁴. No entanto, a *Teoria Pura do Direito* interdita o questionamento pelo poder por trás da norma através da teoria da norma fundamental²⁴⁵, que serve como postulado hábil para determinar o foco dos estudos do cientista do direito, centrados problemas de validade, e deixar questões referentes ao poder para cientistas políticos, filósofos ou cientistas sociais. Estas ideias, no final das contas, irão dar ensejo a proposição de uma espécie equivalência entre direito e Estado.

De toda sorte, Para Kelsen é jurídica a norma que liga um fato condicionante a uma consequência coativa. A possibilidade de coação refere-se a um uso potencial da força por um órgão do Estado. A consequência recebe o nome de sanção. O fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão faz com que este ato de coação tenha o caráter de sanção e o ato antecedente de ilícito. Não há um ato em si mesmo

²⁴⁰ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 86 e s.

²⁴¹ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 100 e s.

²⁴² ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 188.

²⁴³ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 53.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto: *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. P. 51 e s.

²⁴⁵ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 115 e s

ilícito, sem que uma norma jurídica lhe forneça esse “sentido objetivo”.²⁴⁶ Isso quer dizer que conteúdo da norma não é um critério definidor de jurisdição.

Do mesmo modo, também não é a eficácia de uma norma que a tornará jurídica. Validade e eficácia, a coação em potência e a coação de fato não devem ser confundidas. O cientista do direito, diferentemente, por exemplo, do sociólogo do direito, deve dedicar-se a estudar a relação entre normas (validade); a coercitividade - atributo essencial ao direito - não é afetada pela circunstância de que a previsão de sanções seja comumente impotente. Uma ordem jurídica não deixa de ser coercitiva porque frequentemente delitos são cometidos e muitos deles ficam impunes - muito embora Kelsen não deixe de exigir ao menos um mínimo de eficácia.²⁴⁷

Kelsen procura estruturas comuns ao fenômeno jurídico independente do tempo e do lugar em que é conformado e encontra-as na forma. À ciência do direito cabe descrever seu objeto, isto é, descrever as normas jurídicas impostas por autoridade competente e vigente em determinado tempo e lugar. Uma ordem jurídica não se sustenta em uma concepção metafísica de justiça ou em fatos sociais, o fundamento de validade de uma norma jurídica é exclusivamente outra norma (até a norma fundamental, pensada para fornecer unidade ao sistema). Trata-se de uma concepção monista, segundo a qual o direito só pode vir do Estado (a relação entre direito e Estado em Kelsen estabelece-se quase como uma tautologia, Estado não é outra coisa senão a expressão do ordenamento jurídico²⁴⁸). A “*Teoria Pura do Direito*” nega o pluralismo jurídico e a jurisdição de normas criadas espontaneamente pela sociedade. O costume, por exemplo, só pode vir a integrar o ordenamento jurídico se uma norma jurídica conferir-lhe validade.

O que torna o modelo kelseniano especialmente interessante se comparado com outras versões do formalismo jurídico é a teoria da interpretação. Segundo Kelsen, há uma relativa indeterminação no sentido da norma jurídica.²⁴⁹ A norma superior (por exemplo, a Constituição Federal) é o fundamento de validade da norma inferior (por exemplo, uma lei ordinária ou uma sentença judicial): determina o processo em que ela é criada e, até certo ponto, seu conteúdo.

²⁴⁶ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 121 e s.

²⁴⁷ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 235-238. Sobre a separação entre direito e moral ver também AFTALION, Enrique e VILANOVA, José: *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994. P. 337-341.

²⁴⁸ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. P. 48 e s.

²⁴⁹ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. P. 388 e s.

Mas, dados a abertura da linguagem (ambiguidade e vagueza) e o fato de que, muitas vezes, é do interesse da autoridade legislativa deixar que haja algum espaço de discricionariedade que permita ao órgão inferior adaptar a norma à situação concreta; há múltiplas possibilidades para a interpretação de uma mesma norma. O direito a aplicar, aparece para o órgão decisor como uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de interpretação. Segundo Kelsen, qualquer uma das soluções que se encontre no interior da moldura é condizente com a norma superior²⁵⁰.

O cientista do direito necessita manter sua atividade livre da política e de crenças ideológicas, por isso, sua interpretação tem exclusivamente uma função cognoscitiva. Esta limita-se a expor os limites da moldura e estabelecer quais possibilidades estão no seu interior. Cabe ao cientista simplesmente esclarecer que opções interpretativas estão de acordo com a norma superior. Argumentar em defesa de qualquer uma delas é transgredir o âmbito de suas funções²⁵¹.

Mas mostrar possibilidades não é suficiente, pois o direito tem a função social de decidir conflitos. Uma daquelas precisa ser transformada em norma. Daí a necessidade de haver uma função política e voluntária no ato interpretativo. Impor vontade é uma atribuição exclusiva de um órgão do Estado investido do poder de criar direito. O juiz ou o legislador ordinário – por exemplo – devem optar por uma das interpretações permitidas pela norma. Dentro da moldura, a criação do direito é livre. Tendo em conta a função volitiva do ato interpretativo, o órgão aplicador escolherá, através quaisquer critérios que desejar, qual das interpretações possíveis, inscritas na moldura, será convertida em norma válida. Nesse sentido, o ato de criação do direito é, ao mesmo tempo, um ato de conhecimento e ato de vontade (este último aspecto faz da criação do direito também uma ação política).²⁵²

Kelsen constrói um mundo puro, dirigido por relações sintáticas de validade: o cientista do direito deve observar a conexão entre normas dentro de um sistema que tem um contato mínimo com o mundo concreto e, por dedução, fornecer as possibilidades de resposta (que precisam ser complementadas pelo ato interpretativo voluntário do órgão decisor) para problemas concretos. Formalistas como Kelsen não negam que o direito é um fenômeno que acontece de

²⁵⁰ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. P. 387 –391.

²⁵¹ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392-399.

²⁵² KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392-395.

maneira conflituosa e impura, mas creem que a lógica e o método analítico são as mais eficientes estratégias para abordá-lo; estes fornecem alguma certeza e segurança às decisões e têm o condão de livrar a atividade científica de contaminações ideológicas. A pressuposição de que o ordenamento jurídico é um sistema unitário, coerente e completo²⁵³ permite ao órgão julgador fornecer sempre respostas para as contentas com base na norma.

A primeira crítica que pode ser dirigida ao modelo kelseniano diz respeito à suposição de pureza do ato de conhecimento realizado pelo cientista do direito. Kelsen parece crer que se sua atividade se reduzir à descrição da ligação entre normas, o cientista estará livre de preconceitos e determinações prévias ao conhecimento. Por isso, seria capaz de realizar um ato somente de conhecimento e não de vontade. A hermenêutica gadameriana e heideggeriana insiste na crítica de que não há um ato puro de conhecimento, mesmo se o ato de interpretação estiver restrito à análise lógica de normas, ainda assim, há uma tomada de posição e a aceitação de pressupostos ocultos (como foi estudado). A situação histórica do intérprete determinará uma maneira de lidar com o direito e o sentido da norma. Não há como estabelecer com clareza os limites de moldura e não há como determinar onde a atividade do cientista termina e onde a do órgão decisor começa. A crítica dirige-se, portanto, à tentativa kelsenina de demarcar com precisão as fronteiras das duas funções, isto é, separar com nitidez razão e vontade.

O problema se agrava se colocarmos em jogo a força legitimadora de argumentos calcados na tese da existência de uma atividade pura de conhecimento. Se a conclusão do cientista (mesmo que esta configure como leque de interpretações possíveis) aparece como um ato cognitivo, pautado exclusivamente na lógica e livre de ideologias, tal conclusão está “acima de qualquer suspeita” de acordo com referenciais analíticos modernos.

Outras questões que podem ser levantadas envolvem o enclausuramento disciplinar e o distanciamento da realidade que tal modo de encarar o direito tem provocado. A abordagem da dogmática analítica dirige a atenção dos estudiosos para problemas de validade e põe fora de foco a discussão sobre a história e o sentido linguístico do fenômeno jurídico. Kelsen poderia responder a esta objeção afirmando que a história do direito deve sim ser investigada, mas não

²⁵³ Nos termos em que Bobbio estrutura a questão em BOBBIO, Norberto: *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 37-156.

pelo cientista do direito. Ocorre que, uma prática, calcada em um saber restrito à análise de normas, que se reproduz autonomamente, prescinde de um pensamento que põe em jogo suas raízes. Tal impulso leva, como veremos, a um modo burocrático e banal de operar. O “treinamento” jurídico dirigido ao aprendizado de uma técnica, ensina a repetir um modo de operar fixado no mundo das normas (“dever ser”) e que negligencia outros aspectos do fenômeno. Um pensamento estruturado de tal maneira corre o risco de tornar-se insensível à experiência e a um modo de pensar problemas criativamente, a partir da relação com o mundo concreto e com o tipo de aprendizado que ocorre com a experiência e também através senso comum, por exemplo.

2.3.2. As objeções da hermenêutica a tentativas de formalizar a linguagem jurídica

Interessa continuar a investigar do positivismo analítico e pôr em jogo algumas das teses de novos representantes desta tradição. Atentaremos, agora, especialmente para teorias que têm a pretensão de conferir um altíssimo grau de precisão à linguagem jurídica, de modo a reduzir ao máximo as possibilidades de decisão nela fundadas - tal projeto faz com que a teoria kelseniana pareça ser, comparativamente, bastante modesta. Quer-se chamar a atenção para problemas ligados ao uso de linguagens artificiais e a tendência, que subjaz à perspectiva analítica, de tratar palavras como símbolos dos quais podemos “dispor” tendo em vista fins pré-determinados. Ao invés de procurar a verdade histórica encarnada em palavras, estas últimas são usadas em definições estipulativas, cujo escopo é o de alcançar da forma mais eficiente possível precisão conceitual e, assim, controlar decisões.

Eugenio Bulygin – inspirado nos trabalhos de Von Wright e Carnap - escreve sobre os objetivos e as vantagens da abordagem analítica em *“Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”*:

“La explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago - que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más

exacto que el primitivo. En lugar de la transformación sería más correcto hablar aquí de la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso.”²⁵⁴

A ideia que impulsiona o pensamento de Bulygin é a de que palavras da linguagem natural podem ser substituídas por conceitos que expressam uma idéia com mais exatidão e que, nesse processo, ganha-se em controle e precisão. Bulygin não atenta para nenhuma desvantagem no uso deste artifício. A pergunta que faremos diz respeito, precisamente, àquilo que passa despercebido; questionaremos o que se perde em tal transformação.

Bulygin continua:

*“Algunos filósofos sostienen que el método de reconstrucción racional es radicalmente impotente para captar la totalidad de los fenómenos y conocer toda la realidad. Y esto porque la abstracción como método de conocimiento, aunque pueda servir para aumentar la precisión, conduce inevitablemente a un empobrecimiento del mismo. Como un ejemplo típico suele citarse la aplicación de la matemática a las ciencias naturales. Al abstraer, la ciencia se desinteresaría de toda una serie de elementos de la realidad y - es éste el punto decisivo de la crítica - ciertos aspectos de ella permanecerían totalmente inaccesibles al conocimiento científico. De ahí que tales filósofos suelen oponer algún modo de intuición directa al método de abstracción”*²⁵⁵.

Importa ter em mente que a crítica da hermenêutica nada tem a ver com desconhecimento de aspectos da realidade (tal debilidade cognitiva é indiscutível); envolve sim a pouca atenção dada à questão do horizonte histórico que nos faz sempre antecipar um sentido da totalidade.

²⁵⁴ Bulygin, Eugenio e Alchourrón, Carlos E: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987. P. 10.

²⁵⁵ Bulygin, Eugenio e Alchourrón, Carlos E: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987. P. 15

Analíticos como Bulygin ocupam-se com a pergunta “como conhecemos?”, mas se esquecem de perguntar “a partir de que determinações temporais conhecemos” ou “como lidamos com as coisas?”

Continuemos seguindo os argumentos de Bulygin:

“Objeciones de esta índole (que son particularmente frecuentes entre los juristas) están basadas en una concepción errónea de la abstracción en general y del método de la reconstrucción racional en particular. Sin duda, el explicatum -como todo esquema abstracto- no reproduce todos los aspectos y matices del concepto al que pretende sustituir. Pero ello no implica que haya algún aspecto de la realidad (es decir, del explicandum) que sea, en principio, inaccesible al método de la abstracción. Un modelo abstracto no puede reproducir toda la realidad, pero no hay ningún aspecto de la realidad que no pueda ser reproducido en algún modelo. Por lo tanto, para todo aspecto del concepto que nos interesa elucidar, puede construirse un explicatum adecuado.”²⁵⁶

A crítica de hermenêutica não tem esse sentido decodificado por Bulygin, não se trata de um aspecto (isolado) da realidade que seria inacessível. Tal pressuposto remete ao cartesianismo e à suposição de que o todo pode ser dividido em partes mais simples e posteriormente reconstruído.

A questão refere-se, como dito, à totalidade linguística. Bulygin propõe também que todos os aspectos da realidade podem ser reproduzidos por um modelo, por trás de tal afirmação há a determinação de uma relação entre modelo e mundo, representante e representado. Há o pressuposto da **separabilidade** entre ambos. Para Gadamer, ao contrário, **representante e representado são indissociáveis**. As palavras têm o poder de trazer algo à presença; algo que

²⁵⁶ BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos E: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987. P. 18.

vem junto com elas historicamente. A maneira que algo vem à fala (o como) participa e conforma seu “Ser”. Isto contradiz o suposto de que ideias têm uma existência independente e podem ser expressas de uma maneira mais precisa (por exemplo, através de uma linguagem técnica) ou menos precisa (por exemplo, metaforicamente).

A tradição analítica não dá a devida atenção do vigor do “como” se diz, por isso, para muitos analíticos, as metáforas no direito não passariam de adorno e a retórica não seria mais do que estratégia que visa ao engodo de mentes que não aprenderam a abstrair as futilidades e vaguezas da linguagem natural para alcançar a precisão de uma linguagem técnica. A partir deste ponto de vista recomendação seria, portanto, ao invés de metáforas (que apenas confundem e seduzem), usar termos técnicos - ou ao menos mais exatos - aptos a fornecer coerência e segurança ao direito. Em defesa da formalização da linguagem, escreve Daniel Mendonça:

“Hemos de admitir que un hablante que use la frase en cuestión pretende decir algo acerca de los derechos, pero que, en lugar de decirlo directamente, prefiere utilizar una expresión que, estrictamente hablando, significa otra cosa. El oyente perspicaz, sin embargo, puede detectar lo que el hablante parece sugerir con la expresión. Así, la expresión metafórica (llamémosle “M”) actúa como sustituta de otra expresión literal (llamémosle “L”), que habría expresado idéntico o muy similar sentido, si se hubiese utilizado en lugar de aquélla. Desde este punto de vista, el significado de M en su aparición metafórica es equivalente al sentido literal de L, lo cual supone que el uso metafórico de una expresión como la considerada consiste en el uso de una expresión en un sentido distinto del suyo propio o normal, y ello en un contexto que permite detectar y transformar de un modo adecuado aquel sentido impropio o anormal. La metáfora considerada transfiere, en suma, un nombre o término descriptivo (“peso”) a un objeto distinto de aquel al que es aplicable de modo propio, pero análogo a él. De acuerdo con

este análisis, la metáfora sirve para la comunicación de un significado que podría haberse expresado de modo literal: el autor sustituye L por M, y la tarea del lector consiste en invertir la sustitución, sirviéndose del significado literal de M como indicio para ello(...) Cualesquiera que sean las virtudes de semejante estrategia teórica, parece fácil concluir que la metáfora opera, en realidad, en este caso, como un mero adorno expositivo, adorno cuyo empleo apartaría al interlocutor del estilo directo y claro. Consiguientemente, me inclino a creer que la metáfora del balance no debería ocupar un lugar serio en el debate teórico acerca de los derechos.”²⁵⁷

Para seguir essa linha de raciocínio, Mendonca tem que partir da tese de que palavras podem ser usadas para quaisquer fins que planejamos, ou seja, podemos dispor delas sem consequências mais sérias. A ideia é que se as palavras referem-se a uma generalidade com existência independente (conceito) e servem para transmiti-la, melhor que façam isso da maneira mais exata possível.

“La metáfora es un caso particular de lenguaje figurado. Desde este punto de vista, la metáfora opera sobre la base de cierta transformación de un significado literal: el autor no transmite el significado que pretende transmitir, sino una función de él, y la tarea del lector consiste en aplicar la función inversa para obtener el significado original. La función transformadora de la metáfora se basa, precisamente, en una analogía o semejanza: M es semejante o análogo a L, y una vez que el lector ha descubierto el fundamento de la analogía o semejanza, puede recorrer el

²⁵⁷ MENDONCA, Daniel: *Los Derechos em Juego – Conflicto y Balance de Derechos*. Madrid: Tecnos, 2003. P. 40 e s.

camino seguido por el autor y llegar al significado literal de partida.”²⁵⁸

Mendonça quer livrar-se do apelo a metáforas e impor a literalização por um planejamento que tem por escopo conferir mais segurança às decisões - ele não vislumbra qualquer tipo de perda em tal processo. Tal abordagem, despreocupada e pouco zelosa com a história, segue uma direção diametralmente oposta ao que se propõe aqui: esta investigação busca ressaltar a importância da tarefa de lembrar a procedência metafórica daquilo que se mostra atualmente como evidencia ou literalidade.

A conexão fundamental, histórica e vivida entre representante e representado está presente na linguagem natural. Tal ligação é perdida em linguagens artificiais (que, segundo Gadamer, não chegam a ser propriamente linguagem). O risco que um apego excessivo à abordagem analítica carrega é o desligamento da história. Estar distante da história é estar distante do lugar e da situação em que estamos, do nosso modo de vida, isto é, daquilo que os gregos chamavam de *ethos*. A hermenêutica gadameriana procura mostrar a importância de atentar para práticas vitais tais como acontecem, na sua diferença. Humanismo tem aqui o sentido de habitar um lugar e deixar-se atingir pela situação; este é o motivo do retorno gadameriano à *phronesis* aristotélica.

Gadamer escreve:

“Essa é a razão pela qual os sistemas de entendimento artificial, inventados jamais chegam a ser linguagens. As linguagens artificiais, p. ex., as linguagens secretas ou os simbolismos matemáticos, não têm como base uma comunidade de linguagem nem uma comunidade de vida, mas são introduzidas e aplicadas como meros meios e instrumentos de entendimento. O que implica que elas

²⁵⁸ Mendonça, Daniel: *Los Derechos em Juego – Conflicto y Balance de Derechos*. Madrid: Tecnos, 2003. P. 42 e s.

pressupõem sempre um entendimento praticado de maneira vivente, o qual tem o modo de ser da linguagem.”²⁵⁹

Não cabe dizer um não categórico a quaisquer perspectivas, mas importa explorar seus limites. Por trás da atitude analítica, cética quanto à existência de valores e verdades absolutas, está a fé na lógica e na segurança por ela proporcionada. Se, por um lado, o uso de um método inspirado na matemática é capaz de fornecer uma maior estabilidade ao jogo de linguagem do direito (mais ainda dentro de uma abordagem que propõe a ênfase em regras em detrimento de princípios²⁶⁰), por outro, tal estratégia implica na expulsão de problemas que dizem respeito à eficácia e ao do sentido do direito (ética). São recortes que deixam de lado o movimento.

“Trata-se sempre de pôr em equação o campo intelectual, onde todas as dificuldades são dificuldades em idéias, e vencidas em idéia somente. Daí a impressão de impotência que a metafísica tantas vezes gera: no ânimo do não iniciado, e no do iniciado também nos momentos de lassidão ela surge como técnica para a manipulação dos conceitos, da qual se desviam escrupulosamente os problemas humanos.”²⁶¹

Ferraz Jr. refere-se a uma “astúcia da razão dogmática”, que lida com os conflitos de modo a torná-los decidíveis; mas o preço a ser pago é o distanciamento da realidade:

“O conflito não é tratado em toda sua extensão concreta. Neutraliza-se o conflito, posto que esse passa a ser tratado em termos de normas e instituições. Apenas observa-se o lado norma, o direito abstrato. O mundo imaginário das normas,

²⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 567.

²⁶⁰ Sobre o debate entre positivistas e pos-positivistas cf. ALEXY, Robert: “Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica”. *Doxa*, n. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988. P. 139-151 e como exemplo de positivismo analítico cf. Bulygin, Eugenio e Alchourrón: Carlos E: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 15 e s.

²⁶¹ GUSDORF, Georges: *Tratado de Metafísica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 33.

*das estruturas lógicas em detrimento do que acontece de fato.”*²⁶²

Dar ao direito a aparência de ser plenamente racional é também uma maneira de legitimá-lo. Purificação kelseniana, por exemplo, propõe que a ciência do direito não deve realizar uma discussão sobre valores, mas o próprio projeto de purificar é determinado pela crença no método científico, na razão, na eficiência e na impessoalidade dos comandos normativos (dominação legal-racional de Weber²⁶³).

O contraponto do formalismo, dentro da tradição positivista é o realismo jurídico. Os chamados realistas não compõem um grupo unificado, com crenças comuns e um projeto autônomo, o traço comum que une os diferentes matizes é a maneira de enfocar problemas, que privilegia a dimensão social e empiricamente aferível do fenômeno jurídico²⁶⁴. O realismo não nega a existência e a importância social de normas jurídicas abstratas (por exemplo, Alf Ross, em tom moderado, sustenta que não se deve sacrificar o conceito de validade, ainda que seja necessário privilegiar a eficácia da norma²⁶⁵), como também o normativismo não parte da negação da dimensão sociológica do direito. É o tipo de ênfase que demarca os espaços. Cada um dos lados elege o aspecto que considera mais importante, apontando-o como principal critério identificador de jurisdição: realistas selecionam o “fato social” ou “realidade”, ao passo que normativistas escolhem relações abstratas.

É possível ainda caracterizar o realismo por suas inclinações céticas: em função de sua base positivista, revela as limitações de jusnaturalismos e de qualquer teoria que pretenda fundar o direito em uma instância transcendente; outrossim, apresenta uma postura descrente em relação aos poderes da razão e desconfia de perspectivas que propõem a equivalência entre direito e norma abstrata. O enfoque sociológico é capaz de perceber as fragilidades do racionalismo e problematizar a atribuição de um caráter estritamente lógico e sistemático ao direito. Ao observar

²⁶² FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 254.

²⁶³ Para um aprofundamento sobre as estratégias de dominação do Estado moderno cf. ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 60-59 e ARENDT, Hannah: *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

²⁶⁴ STAMFORD, Artur: *Decisão Judicial – Dogmatismo e Empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000. P. 90-95.

²⁶⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 179-185.

o agir concreto dos juízes, o realismo desvenda o discurso legitimador, percebe a ilusão gerada por conceitos como os de norma e razão. Perspectivas que enfatizam o aspecto sistemático e racional do direito e a idéia de aplicação silogística da norma acabam por desviar a discussão de problemas ligados à prática dos tribunais e retirar a responsabilidade do decisor, que estaria simplesmente realizando uma operação mecânica. Para os realistas o fenômeno jurídico só se revela propriamente a partir de investigações empíricas e jamais poderá ser compreendido se abstraído da sociedade que o gerou. A abordagem realista, notadamente no viés decisonista, procura mostrar as raízes das escolhas judiciais, questionando até que ponto é a norma que determina a decisão concreta. A norma se mostra aí na sua estrutura factual, como regularidade de conduta, ou predição do provável comportamento do juiz.²⁶⁶

Poder-se-ia sustentar que o empirismo é o melhor remédio contra o fechamento nas tautologias do cálculo analítico e argumentar que as pesquisas empíricas, por estarem sempre em contato com os acasos e ruídos da realidade, estariam em vantagem se comparadas a abstrações privilegiadas pelos analíticos. Constar-se-ia, então, que o direito só pode ser verdadeiramente compreendido por meio de investigações sociológicas.

Contudo, embora a relação de proximidade com relações concretas possa vir a fornecer talvez uma maior abertura, estudos empíricas, pautados no método positivista, podem ser objeto das objeções feitas a este.

Outrossim, inobstante a contribuição realista, mormente por seu papel de denúncia de fetiches normativistas, Adeodato lembra a lição de Hannah Arendt e esclarece que o realismo - nesse aspecto de modo similar ao normativismo - exclui a discussão sobre legitimidade. Confundir direito e efetividade é tornar a força e a possibilidade de seu uso determinantes para a política, relegando a ação (no sentido arendtiano) a um papel secundário.

Alexandre da Maia compartilha com Cláudio Souto a ideia de que normativismo e realismo aproximam-se quando definem o direito pautados na forma e excluem o debate acerca de conteúdos. Tanto validade como efetividade são critérios formais, num caso ou em outro

²⁶⁶CASAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo". *Doxa*, n. 21-I. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p.130-155.

pouco vai importar o conteúdo da norma, o que a tornará jurídica é o lugar de onde ela emana (Estado ou sociedade) ²⁶⁷.

2.3.3. Sobre o envolvimento em um modo procedimentalista (o procedimento não é algo que está diante de nós e que podemos controlar).

O positivismo, na ciência, supõe ter superado a metafísica; acredita ter aprendido a lidar com o movimento dos fenômenos e ter deixado para trás de crenças em verdades universais e imutáveis. O critério da falseabilidade popperiano, por exemplo, propõe que as hipóteses científicas devem sempre ser submetidas a teste empírico e serão consideradas verdadeiras até que o mesmo tipo de teste as falseie ou demonstre que outra hipótese explica melhor o caso.

O positivismo jurídico quer instituir de uma vez por todas a mutabilidade do direito, pretende derrotar teses que afirmam a existência de um conteúdo moral universal e estável no tempo (essas são ideias clássicas do jusnaturalismo, muito embora, possa se falar ainda em um direito natural mutável²⁶⁸), cujo sentido deve orientar ordenamentos jurídicos locais. Dentro do positivismo, prestamos especial atenção a correntes formalistas. Neste viés, o exemplo paradigmático do normativismo de Hans Kelsen propõe que a interpretação da norma superior não levará a uma única possibilidade de configuração da norma inferior. Entretanto, muito embora exista uma relativa indeterminação do conteúdo normativo, há estabilidade no que diz respeito a forma. Observamos que um sentido para o direito é fixado quando este é identificado como norma. A norma superior delega poderes a órgãos estatais e institui um processo de criação normativa a ser seguido. Outros analíticos, mais ambiciosos que Kelsen, pretendem, através da formalização da linguagem, precisar, o mais possível, o significado da norma e reduzir ao máximo as possibilidades de interpretação de seu conteúdo.

²⁶⁷ MAIA, Alexandre da: *Ontologia jurídica – o Problema de sua Fixação Teórica com Relação ao Garantismo Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 73-77.

²⁶⁸ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 193. Outrossim, Bittar lembra que Aristóteles já se referia a um Direito Natural mutável cf. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de: *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2007. P. 127-133.

Em todo caso, a tese fundamental dos formalistas é de que se admite a transformação de conteúdos; mas não se abdica do controle, este deve ser garantido pela forma. Adeodato refere-se a fatores sociais (processo de modernização e diferenciação) ligados ao sucesso atual de tal abordagem do fenômeno jurídico. À luz das ideias weberianas acerca de dominação, Adeodato conclui que o procedimentalismo, além do controlar (relativamente) decisões, tem a função de legitimá-las; está aí para preencher os espaços deixados pelo jusnaturalismo²⁶⁹.

O direito de países periféricos caracteriza-se pelo que Adeodato (a partir de referências luhmannianas) chama de alopoiese. Quer dizer, há uma interação destrutiva entre os subsistemas sociais e decisões jurídicas acabam sendo tomadas a partir de critérios externos - econômicos, políticos, afetivos, etc. A demanda por decisões mais técnicas neste cenário específico adquire o sentido de frear tal disfunção operacional, que, além de tudo, deslegitima o processo de tomada de decisões. Este problema tem levado alguns juristas brasileiros de inclinação a analítica a procurar estratégias para vincular a reprodução normativa a critérios estritamente lógicos (através da formalização da linguagem) e tornar a atividade do operador do direito, o mais possível, técnica.²⁷⁰ Trata-se de uma tentativa de solucionar talvez uma das mais sérias dificuldades de legitimação do direito em países periféricos.

Inobstante a importância funcional de tais esforços, a abordagem hermenêutica quer enfatizar o outro lado da questão, isto é, os problemas que o excesso de técnica e especialização podem causar.

Marcelo Neves anota que o fechamento²⁷¹ exagerado dos subsistemas sociais tem trazido dificuldades para Estados europeus que modernizaram seu direito. Tais observações levam a crer que talvez a melhor opção não seja tentar seguir a receita de modernização européia, mas procurar respostas novas e circunstancializadas.

A racionalidade formal do direito corresponde, de acordo com Weber, à racionalidade-com-respeito-a-fins, que prevalece na sociedade moderna (ou razão instrumental, como preferem

²⁶⁹ ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. P. 54.

²⁷⁰ Como exemplo cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2000.

²⁷¹ NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 226-236.

Habermas e os frankfurtianos). O procedimentalismo, no direito, aparece como exigência de uma sociedade tem depositado uma expectativa demasiada naquilo que a ciência e o especialista podem alcançar; supondo, muitas vezes, que este deve estar encarregado da tomada de decisões e que o saber técnico pode tomar o lugar da razão prática²⁷² (este tema será investigado no capítulo 6). Nestes termos, alastra-se a crença segundo a qual, de modo semelhante a uma máquina, o direito deve ser calculado. Portanto, a idéia é a de que o direito tem sim conteúdos mutáveis, mas as mudanças são feitas por decisões tomadas a partir do procedimento e de uma estrutura racional-finalísticas²⁷³.

O positivismo jurídico, em sua versão formalista, supõe ter resolvido a questão da diferença ao fixar a forma e admitir a mutabilidade de conteúdos. A intenção aqui foi demonstrar que mesmo quando o critério de identificação do fenômeno jurídico reside na forma há ainda um apelo à constância. Trata-se de um outra estratégia (diferente do conteudismo) de controle que também recusa a mobilidade.

Heidegger ensina que os sistemas da lógica perdem-se das raízes do *logos* quando utilizados por um pensamento treinado para atuar apenas de uma única maneira: pelo cálculo (quer dizer fixados em apenas um modo de revelação do Ser)²⁷⁴. O problema não está em usar a lógica para alcançar eficiência, é sim se **esquecer de que a lógica tem limites e que está sendo usada para um fim e responde as demandas de uma época**. O mesmo pode ser dito a respeito do procedimentalismo. Quanto mais o pensamento que calcula torna-se autônomo e distante da história, mais difícil é lembrar-se das perguntas que não estão sendo feitas e do fim para o qual servem.

O positivismo e a disponibilidade de conteúdos não devem ser avaliados fora de contexto. A admissão de qualquer conteúdo normativo (tese explícita do positivismo) na modernidade conecta-se com uma relação mais profunda de indiferença quanto a conteúdos.

O direito que acontece na “era da técnica” encontra-se desconectado de suas raízes, reproduz-se pelas regras do cálculo; satisfaz-se com repetições e, assim, distancia-se de um

²⁷² GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 44.

²⁷³ NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P 57.

²⁷⁴ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 58-61.

questionamento que abre outras possibilidades. As regras do positivismo pressupõem que aceitação da diferença é sinônimo de ruptura com a tradição metafísica, que estava no fundamento dos jusnaturalismos. A tese do positivismo formalista pode ser sintetizada da seguinte maneira: o império da metafísica e o reino da identidade forjavam-se pela crença na possibilidade de alcançar um conceito universal de justiça, a diferença é admitida quando cada Estado, por um processo autônomo de formação coletiva da vontade, cria suas próprias leis, concretizadas por um processo dedutivo (analíticos), de modo a minimizar o arbítrio do órgão decisor. O pensamento positivista e, mais tarde, o pós-positivista não deixam de ser uma maneira eficiente de lidar com a questão, mas há que se chamar a atenção para marcas da metafísica e da técnica que aí permanecem inauditas.

Vimos que a diferença não é algo que se faz, estamos nela e existe um modo autêntico (abertura à diferença) e inautêntico de nela habitar. Não se deve pensar que isto quer dizer que existem alguns seres humanos iluminados, abertos e capazes de encontrar verdade enquanto outros estão presos às sombras da ignorância. Autenticidade e inautenticidade são modos de ser pelos quais podemos passar ao longo da vida, no sentido de que podemos estar mais ou menos sensíveis para o que acontece. Então, a pergunta não é a respeito de quem é capaz de conhecer a verdade, mas como estar mais abertos para o que se passa, como aguçar nossos ouvidos para a história que se pode escutar nas palavras, de forma a nos colocarmos em uma espécie de deriva, em uma procura que jamais poderá deixar de ser espera e não irá encontrar jamais um ponto de chegada fixo. Estar autenticamente na diferença implica na compreensão dos limites do pensamento que calcula.

A técnica aparece como a grande força de nossa época, mas isso não quer dizer que tomou conta de todos os espaços. A secularização permitiu também, tardiamente, a formação da consciência histórica; outrossim, a estética aparece como lugar de resistência, há, igualmente, outros modos de vida, mais simples. A supressão cada vez maior dessas outras possibilidades é o grande perigo que vigora em nosso tempo.

Importa advertir novamente: o objetivo é sair de uma maneira de pensar excludente, cuja estrutura levaria à proposta de abandono do método e de procedimentos. Há vantagens evidentes no uso da metodologia moderna, quer-se apenas chamar a atenção para alguns aspectos que não

têm sido levados suficientemente a sério. O pensamento jurídico fixado no procedimentalismo exclui a pergunta pela procedência do ou pelo sentido do procedimento e, assim, e obstrui a investigação “histórico-efetiva”.

O Outro (na sua diferença) pode vir à tona por diversas vias, por exemplo, pela permissão de que um autêntico encontro com outrem aconteça, pelo que pode evocar a palavra, ou a abertura pode vir do silêncio. Entretanto, tal travessia esbarra na nossa dificuldade em lidar com perdas. A dissolução da solidez do sentido familiar gera angústia; o ser humano ocupa-se de passatempos e cria mundos controláveis para desviar a atenção da própria finitude. Residir no familiar fornece uma sensação de aparente estabilidade, mas o conflito permanece velado, manifesta-se para a psicanálise como sintoma.

Ferraz jr. lembra que os antigos indagavam a respeito de como uma ordem jurídica pode se adaptar a ordem natural; com a modernização e os avanços da técnica, a pergunta converte-se em como dominar a natureza ameaçadora. Para Ferraz Jr, é o temor e a tentativa de proteger-se de agressões dos outros (segurança jurídica) que impulsiona as exigências de uma organização racional da ordem social.²⁷⁵

Vale a pena investigar, rapidamente, as origens do que Freud, no início do século, já chamava de “Mal-Estar na Civilização”. Para a psicanálise, o impulso agressivo natural do ser humano é freado pela autoridade (metáfora do pai) introjetada no superego, o sujeito desejante quer algo inaceitável (incesto) por sua censura interna (o superego forma-se pela absorção da moral social), que acaba por punir o próprio sujeito (que se identifica e ao mesmo tempo tem sentimentos agressivos em relação à figura paterna). Advém daí a sensação de angústia e, segundo Freud, disso também decorrem desejos sadomasoquistas. Uma das formas de expressão deste conflito é a repetição compulsiva de rituais. O impulso para repetir carrega tanto um componente punitivo quanto um elemento de satisfação compensatória, como, por exemplo, no transtorno obsessivo compulsivo (da mesma maneira que a histeria marcou a Europa do início do século, a depressão e o transtorno obsessivo compulsivo são algumas das neuroses mais comuns do nosso tempo). Há aí sentimento de culpa, bem como agressividade dirigida contra si mesmo;

²⁷⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 67.

esta última ligada a desejos incestuosos contidos pelo superego²⁷⁶. A compulsão para realizar certos rituais tem a função de afastar fantasias “más” - isto é, inaceitáveis para a moral social recebida pelo superego. Anote-se que também investigações antropológicas encontram em culturas primitivas a crença no poder de rituais (repetição), que afastariam o mal, como em cerimônias para agradar os deuses ou para espantar maus espíritos²⁷⁷.

Sem pretensões de um aprofundamento no tema, basta dizer que é possível falar em um componente obsessivo no tipo de fixação procedimentalista. Os motivos que levam à repetição de um método, além de racionalmente embasados na filosofia moderna, não deixam de ter também um teor afetivo: repetição e controle carregam um sentido calmante, de cessação da angústia. Subjaz a crença, que se supõe ter bases exclusivamente racionais (separação entre razão e afeto), de que a transgressão do ritual trará consequências negativas.

A questão é: não estamos apenas diante do “procedimento” como objeto dado para o estudo ou uma opção de caminho a seguir, mas **participamos** de um modo procedimentalista de lidar com as coisas. O direito vive de crenças e procedimentos que se repetem, opera em uma monotonia burocrática porque sempre se procedeu assim; questiona-se apenas aquilo que tal estrutura aponta como conteúdo questionável e como modo válido de questionar. Ideias difundidas pelo “senso comum teórico” determinam, por exemplo, que seguir o devido processo legal é a única maneira de se alcançar uma decisão justa e segura e as técnicas tradicionais de interpretação (que excluem um questionamento radicalmente histórico) são o caminho para encontrar a norma. Por trás disso, está o pressuposto subliminar de que o mal está no que não se controla, no Outro, contra o qual é preciso se proteger.

É igualmente fundamental atentar para a conexão entre procedimentalismo e desencargo. Aquele pode manter-se e reproduzir-se muito bem sem que haja um pensamento autônomo - que vai além do pensamento que calcula. Em um contexto em que supõe-se que as decisões devem ser tomadas por uma operação de cálculo, o operador do direito não é reconhecido (mais ainda, não se reconhece) como pensador, apenas subsiste como burocrata repetidor de brocardos e aplicador de procedimentos.

²⁷⁶ FREUD, Sigmund: *Obras Completas*. V. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 114 e s.

²⁷⁷ MORIN, Edgar: *O Homem e a Morte*. Rio de Janeiro: Imago, 1997. P. 85 e s.

O operador do direito, como *animal laborans*,²⁷⁸ absorve e repete automaticamente os conteúdos e o direito se reproduz em uma estrutura que prescinde da reflexão sobre suas raízes. O Eichmann que se mostrou para Hannah Arendt estava perfeitamente enquadrado nesse modo procedimentalista e calculador. No julgamento em Jerusalém do administrador do transportes de judeus para guetos e campos de concentração para a “solução final”, Arendt espantou-se por não estar diante de um monstro, mas de um burocrata, um funcionário adequado a uma engrenagem²⁷⁹. A contribuição de Eichmann para um evento monstruoso como o extermínio em massa, tinha a ver com sua inserção em uma estrutura que o dominava e não exigia capacidade de pensar por si mesmo.

Era um homem banal, repetidor de procedimentos, perdido de si em meio a clichês e slogans. Códigos de expressão e condutas estandardizados têm a função social de imunizar contra a complexidade da “realidade”, uma prática fixada nesses padrões reitera uma forma estreita compreender e lidar com o mundo. Tal modo de operar é compreendido por Arendt como falta de raízes. È sem raízes que o mal se espalha, como um fungo, sem que o agente pense “motivos maus”. Dissemina-se sob uma massa de cidadãos que não refletem, não fazem perguntas mais profundas pelo sentido das coisas ou das próprias ações. Configura-se uma estrutura em que a diferença entre manufaturar cadáveres e automóveis vai perdendo a nitidez²⁸⁰. Grandes malfeitores podem ser pessoas “normais”, simplesmente incapazes de lembrar, pois não param para refletir sobre o sentido e os motivos de suas ações.

Faltava a Eichman capacidade para pensar os fundamentos, que, segundo Arendt, surge de um de diálogo consigo mesmo, como nos diálogos socráticos.

“Se o preceito se origina da própria atividade de pensar, se ele é a condição implícita do diálogo silencioso entre mim e mim mesa sobre qualquer assunto, então ele é antes a condição pré-filosófica da própria filosofia e, assim, uma condição que o pensamento

²⁷⁸ ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. P. 115-120.

²⁷⁹ ARENDT, Hannah: *Eichmann in Jerusalém*. New York: Penguin Books, 2004. P. 275 e s.

²⁸⁰ ARENDT, Hannah: *Eichmann in Jerusalém*. New York: Penguin Books, 2004. P. 275 e s

*filosófico partilha com todas as outras maneiras técnicas de pensar.”*²⁸¹

Este tipo de pensamento “não técnico” (pois precede a técnica e a filosofia) não é prerrogativa de um tipo especial de seres humanos (como filósofos ou cientistas), ele pode ser encontrado em todas as esferas da vida comum; de outro lado, pode acontecer também de alguns intelectuais não o praticarem²⁸².

A conexão entre pensamento e lembrança é fundamental para Arendt²⁸³. Arrependimento é uma maneira de voltar a um assunto, contrapõe-se a banalidade e ao esquecimento das raízes, próprios ao mal dos burocratas. Grandes malfeitores não se colocam em confronto consigo mesmo, não se detém na questão, não lembram²⁸⁴.

A tese não é a de que “somos todos Eichmanns” porque vivemos no mundo moderno, mas que a estrutura burocrática moderna prescinde da reflexão, portanto, é um ambiente propício a proliferação de burocratas. Arendt aponta para importância de acordar a sensação de perplexidade ao se olhar para o mundo atual e ver como há tão pouco hábito de refletir. Outrossim, enfatiza o bom funcionamento de Eichmann dentro de uma engrenagem e, de outro lado, para o seu mau funcionamento, caso pudesse oferecer resistência e pensar autonomamente.

Para Gadamer, o privilégio que se outorga à capacidade de adaptação do ser humano a uma engrenagem é um dos maiores perigos que ameaça nossa civilização²⁸⁵. Em uma sociedade orientada pela técnica não se prima pela potência criadora do indivíduo, o que se procura nas pessoas é sua funcionalidade. Nesta sociedade de especialistas e funcionários; exige-se destes, para que tenham sucesso em suas atividades, concentração em sua função, essencial a eficiência do aparato. É isso que se busca nos indivíduos, estas são as características que precisam ser desenvolvidas para que um funcionário garanta seu emprego e possam ascender profissionalmente

²⁸¹ ARENDT, Hannah: *Responsabilidade e Julgamento*: Companhia das Letras. 2004. P. 158

²⁸² ARENDT, Hannah: *Responsabilidade e Julgamento*: Companhia das Letras. 2004. P. 159.

²⁸³ ARENDT, Hannah: *Responsabilidade e Julgamento*: Companhia das Letras. 2004. P. 158.

²⁸⁴ ARENDT, Hannah: *Responsabilidade e Julgamento*: Companhia das Letras. 2004. P. 160

²⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 45.

Por outra via, a modernidade acontece como um processo de desencantamento, em que o indivíduo se desliga de formas tradicionais de solidariedade, o que o leva a buscar formas de satisfação individuais (a compulsão para o consumo de mercadorias vem daí). A conexão com um grupo ou com uma utopia, de uma certa maneira, estabelecem uma conexão com um interesse comum; isto pode vir a impulsionar resistência. Neste sentido, individualismo mostra-se como uma força que impulsiona a adaptação.

Alcançamos a possibilidade de, a partir de uma leitura hermenêutica, fazer uma aproximação entre estética e política. Estar aberto à diferença significa permitir um processo de singularização (que nada tem a ver com a cultura individualista) e encontro consigo mesmo (processo singularização na hermenêutica e pensamento autônomo em Arendt indicam uma direção semelhante, mas não podem ser identificados). A procura de uma escuta e de uma fala capaz de evocar o aí – na sua singularidade – orienta o rompimento com o procedimentalismo homogeneizador e dirige-se para a abertura à novidade. Ao transpormos esta ideias para o campo da política fica evidente que o projeto hermenêutico vai de encontro a qualquer programa totalitário – a questão da adesão de Heidegger ao nazismo será investigada no capítulo seguinte. Heidegger alerta-nos para um grande perigo: o risco de que o pensamento que calcula domine nossa época²⁸⁶ e que nos esqueçamos como pensar diferentemente.

A afinação em que se encontra o técnico é desenraizada, distante da angústia (por isso inautêntica), não carrega o fim radical; o que se discute são os meios: a preocupação é seguir procedimentos, estabelecer estratégias para otimizar objetivos pré-determinados. O excesso de informações e a agilidade que demanda a sociedade de consumo e da técnica são, para Heidegger, obstáculos no caminho em direção à autenticidade. Nesta situação, o *Dasein* tem a tendência de decair, em meio ao falatório, à ambigüidade, à curiosidade. Na incessante procura por novos produtos e informações, perde-se no “impessoal”. O sujeito-tecnocrata, insaciável consumidor de clichês, brocados e frases feitas, está mergulhado no senso comum e só compreende em termos do familiar. É, assim, **incluído, porém suprimido pela cultura de consumo**.

“A tarefa é aprender a ouvir o que quer falar na arte e teremos que nos confessar que aprender a ouvir quer dizer

²⁸⁶ HEIDEGGER, Martin: *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. P. 26.

*antes de tudo elevar se acima de todo mal ouvir e ver mal, massificantes.”*²⁸⁷

Compreender o direito historicamente – nunca é demais enfatizar que se está aqui fazendo referência à historicidade radical do fenômeno e não a qualquer outro uso trivial da palavra “história” – significa, como diz Saldanha, pôr o direito em conexão com a trajetória do saber jurídico, os *modos* e os vícios assumidos pela cultura jurídica²⁸⁸. Da Maia esclarece que a tensão entre passado e futuro faz-se presente na discussão atual sobre direitos subjetivos. Segundo ele, enquanto não vislumbrarmos a natureza retórica de conceitos como o de direito subjetivo, sua real estrutura histórica permanecerá oculta.²⁸⁹

O movimento, que desencobre o fato de sermos seres históricos, mostra-se quando somos capazes de olhar para o fim:

“Pode parecer um jogo de palavras, mas o que permite ao escravo negar a relação de escravidão não é a consciência da ausência de sua labuta, para a sobrevivência do senhor, mas a consciência da ausência de labuta, da não-labuta, da cessação da atividade laborial que vem junto com a angustiada proximidade da morte, isto é, da cessação de sua própria sobrevivência. Ou seja, na raiz da “consciência-de-si-independente” está esse sentimento ou pressentimento de que tudo que sou ou tudo que é tem um limite que não se explica, mas que me faz labutar, trabalhar, conhecer, pensar. Não é que a liberdade seja a própria morte, porque então seria um único inconcebível. Ela não se confunde com a morte, mas nasce do seu pressentimento que é uma espécie de estar solto em si mesmo, sem nenhum apoio, um vazio que,

²⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 60 e s.

²⁸⁸ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005. P. 216.

²⁸⁹ MAIA, Alexandre da: “Conceptual History and Legal Reasoning: Analyzing the Concept of Subjective Right”. ARSP. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 2007.

sentido, me “empurra” para o espontâneo das atividades humanas.²⁹⁰”

²⁹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 125-126,

CAPÍTULO 3

DIFERENÇA, LIBERDADE E DEMOCRACIA: HERMENÊUTICA EM DIÁLOGO COM DUAS TRADIÇÕES

Sumário: 3.1. A adesão de Heidegger ao Estado Nazista em confronto com o projeto anti-homogeneizante da hermenêutica; 3.2. Pensar a verdade “junto e contra” a política moderna; 3.3. Hermenêutica em diálogo com duas orientações políticas; 3.3.1. O debate com Herbert Marcuse: é possível usar a técnica para combater a técnica?; 3.3.2. Ênfase na esperança e no futuro (democracia de John Dewey) ou na lembrança e no passado (hermenêutica)?; 3.3.2.1. Dewey e o projeto de integrar direito, democracia e arte; 3.3.2.2. Estética em Dewey: abertura à percepção de uma experiência; 3.3.2.3. Reconstrução na democracia: práticas democráticas como continuidade da experiência individual; 3.3.2.4. Contra a monotonia nas práticas jurídicas (remédios contra a burocratização: esperança ou memória?)

3.1. A adesão de Heidegger ao Estado nazista em confronto com o projeto anti-homogeneizante da hermenêutica.

Pretende-se demonstrar, neste capítulo, que a hermenêutica não dá ensejo a um direcionamento homogêneo para a política, bem como se recusa a estabelecer um conteúdo fixo ou mesmo um procedimento que garanta a legitimidade de decisões (Nelson Saldanha corrobora tais argumentos ao afirmar que há na atitude da hermenêutica, um desvencilhamento em relação a

interesses políticos²⁹¹). Deve-se também mostrar o poder da crítica heideggeriana e gadameriana em relação a algumas teorias que visam orientar a política bem como práticas jurídicas. possível, a partir da hermenêutica, desconstruir teses de inclinação radicalmente distinta, como veremos, tanto de orientação marxista, como também liberal.

Há muitos obstáculos à tarefa de promover um diálogo entre hermenêutica e teoria política. Antes de tudo, para que haja de fato diálogo (e não apropriação) não se pode submeter um vocabulário ao outro. Faz-se necessário desenvolver a capacidade de transitar entre jogos de linguagem, de modo a compreender cada universo lingüístico a partir de “si mesmo”. Há que se ter em conta problemas específicos, as sutilezas da comunicação e o significado que as palavras adquirem dentro de cada contexto. Por isso, não iremos aqui dar ao vocábulo “política” o sentido ontológico heideggeriano, mas a articularemos a partir de suas determinações genéricas, provenientes de seu uso comum, confrontando-as com o questionamento ontológico.

A ontologia fundamental jamais pode ser colocada em posição servil frente à política. Aquela tem em sua base uma recusa radical: não responde a demanda por respostas rápidas e funcionais exigidas pela cultura política em que nos encontramos, nem procura desenvolver estratégias funcionais de decisão. A pergunta é pela verdade. Mas verdade e política podem entrar em conversação.

O sentido heideggeriano de verdade, o qual se encontra essencialmente conectado à ética, pode vir a dar um novo direcionamento e mostrar limites de modelos políticos em voga contemporaneamente. A hermenêutica adentra em espaços silenciosos e pouco explorados pela teoria política e assim aponta caminhos abertos (como o verdade hermenêutica exige), inseguros, mas não vazios de sentido. O diálogo poderá, ao menos negativamente – como nos diálogos platônicos –, redefinir o questionamento e abrir possibilidades antes ocultas. Escolhemos dar ênfase em dois posicionamentos políticos vindas de tradições bem distintas: o projeto marcusiano, fortemente influenciado por Marx, e, de outro, lado o pragmatismo norte-americano, representado aqui por Dewey e Rorty. Optamos por investigar tais propostas exatamente pelas fortes dissonâncias entre elas, bem como com vistas a preparar o terreno para o capítulo seguinte,

²⁹¹ SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 219-222.

no qual confrontaremos a configuração que recebe o procedimento para tomada de decisão em Habermas com o que a hermenêutica compreende ser o sentido das práticas políticas.

Há especial fecundidade no diálogo que não perde o vigor de combate. O conflito não deve ser apaziguado – por uma síntese, por exemplo, como na dialética hegeliana –, já que desocultação é luta e, no final das contas, a própria estrutura inacabada do perguntar dialogal (em oposição a respostas funcionais da tradição) aponta para a mobilidade e para diferença.

Grande óbice à conversação entre hermenêutica e política tem sido a atitude de muitos teóricos que se recusam a dar o tempo e a atenção necessários ao pensamento heideggeriano, por terem já de antemão concluído que a partir dele não há outro lugar para se chegar senão ao nazismo. Não se deve ser indiferente à adesão de Heidegger ao nacional-socialismo, como também não se deve ser indiferente ao seu rompimento com o partido e a outras possibilidades políticas que a ontologia fundamental é prene. Especula-se a respeito dos motivos que estariam por trás da escolha de Heidegger em 33, fala-se em desejo de ascensão acadêmica, bem como sobre as raízes comuns da hermenêutica e da ideologia nazista, que remetem à história da nação e um processo de singularização do povo (Nelson Saldanha lembra que o historicismo hermenêutico remonta a um amor ao passado romântico²⁹²). Mas o objetivo não é especular, nem justificar opção heideggeriana. Pretende-se, sem posicioná-lo como herói ou vilão, compreender um pouco do contexto e tentar uma aproximação daquilo que ele procurou evocar também através de seus discursos políticos.

Marcuse, um dos seus mais célebres alunos e críticos, é impiedoso nas acusações²⁹³. Em primeiro lugar, afirma que separar as opções políticas do homem e o pensamento do filósofo iria de encontro aos próprios pressupostos da hermenêutica da facticidade. A adesão de Heidegger ao partido nacional-socialista vincularia, portanto, toda sua obra. A ruptura da ligação com o Estado alemão em 34 não foi suficiente para obter o perdão de Marcuse, que exigiu de Heidegger uma declaração explícita dos próprios erros, ao invés do silêncio no pós-guerra. Marcuse argumenta que o nazismo é “a caricatura mortal” da tradição ocidental, exposta por Heidegger. Segundo ele, caso Heidegger o compreenda não como caricatura, mas, ao contrário, como a verdadeira

²⁹² SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 210

²⁹³ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P 351 e s.

realização da tradição, esta deveria ter sido, desde o início, rejeitada. Pergunta: por que não houve esta rejeição inicial? Teria havido uma confusão entre renovação e aniquilação do *Dasein*?

Heidegger responde que esperava do nacional socialismo uma renovação espiritual da vida como um todo, “*uma reconciliação dos antagonismos do Dasein ocidental dos perigos do comunismo*”²⁹⁴, afirma também que em 34 reconheceu o erro político e demitiu-se da reitoria em protesto contra o Estado e o partido. Apenas não fez uma contra-declaração pública compreensível, pois esta teria sido seu fim e o de sua família.

Rorty parece ser mais tolerante ao afirmar – em consonância com Habermas e Derrida - que qualquer um que estivesse na posição de Heidegger, tendo em conta sua história pessoal, poderia ter acreditado que Hitler era a única esperança da Alemanha em 1933. Imperdoável teria sido o silêncio no pós-guerra²⁹⁵.

Sobre a opção heideggeriana em silenciar, Gadamer escreve:

*“Haveria sido mais fácil para ele reconhecer seu erro político, tanto é que finalmente se deu conta de seu próprio erro como do infundado de suas expectativas em relação ao movimento nacional-socialista, ainda que demasiado tarde. O que provavelmente o dissuadiu de fazer público seu reconhecimento são as más companhias com as quais tais ações lhe haviam juntado. E sem dúvida temeu o que por certo não deixou de ocorrer bastante pronto: que as pessoas se considerassem eximidas de tomar em consideração sua filosofia por causa de seu erro político.”*²⁹⁶

Mas os ataques não vieram apenas dos pensadores contemporâneos, dentro do partido nazista, houve quem o acusasse de fazer um “nacional-socialismo privado”. De fato, a relação com o partido foi, desde o principio, conturbada; as divergências já estavam latentes no discurso

²⁹⁴ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P 351 e s.

²⁹⁵ RORTY, Richard: *Philosophy and Social Hope*. New York: Penguin Books, 1999. P. 193.

²⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenêuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 54.

do reitorado²⁹⁷. Na entrevista ao *Der Spiegel* Heidegger esclarece que quando escreve sobre “fidelidade a si própria da Universidade Alemã” (no discurso do reitorado) pretendia insurgir-se contra a “ciência politizada” que era exigida pelo Partido. A idéia era que a ciência deveria servir a uma utilidade prática para o povo. Fidelidade a si consistia na tese de que, contra qualquer espécie de servidão, a Universidade deveria tomar para si a tarefa de refletir sobre a tradição do pensamento ocidental, face à organização técnica²⁹⁸.

De toda sorte, por algum tempo, Heidegger acreditou que o projeto nazista poderia realmente harmonizar-se com o autêntico destino dos alemães²⁹⁹. Muito embora, contra a configuração da política de 33 - cujo sentido de progresso homogeneizante é evidente - há, na própria estrutura da desocultação, uma recusa evidente a projetos de ação de longo prazo. Nas preleções de 42, o nacional-socialismo, passa a ser tratado como radicalização máxima da era da técnica³⁰⁰. Contra qualquer projeto homogeneizante (crítica que se evidencia na investigação do “impessoal”), a hermenêutica procura despertar para a escuta de um chamado dirigido à singularização e, nesse sentido, põe a filosofia em uma posição de primazia frente à política.

Sem pretender ir muito longe com especulações, defende-se simplesmente que, inobstante as escolhas políticas, há algo muito próprio evocado pela ontologia fundamental e que vale a pena o esforço de tentar escutar. Estamos diante um pensamento transgressor, expresso em uma linguagem que está na fronteira da filosofia e da poesia, e capaz de, no mínimo, provocar com seu silêncio. As sutilizas de sua linguagem não são escutadas por ouvidos acostumados a simplificar teorias, encaixotando-as em classificações genéricas. Daí os rótulos de “nazista”, “místico”, “pensador ainda preso à filosofia da consciência” serem suficientes para que muitos não “percam tempo” e não se deixem demorar no pensamento heideggeriano.

3.2. Pensar a verdade “junto e contra” a política moderna.

²⁹⁷ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 93-104

²⁹⁸ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 219.

²⁹⁹ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 221.

³⁰⁰ ERBER, Pedro Rabelo: *Política e Verdade no Pensamento de Martin Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2003.. P. 98.

“Thus, guilt is the essential lack in Dasein’s nature to which he does not want to face up in his everyday existence.”³⁰¹

A ontologia fundamental questiona a respeito do lugar de onde surgem as perguntas que a política moderna está a todo tempo a responder. Projetos políticos nascem a partir de um questionamento determinado, a hermenêutica realiza uma investigação prévia e explora o próprio questionar. Ao desconstruir pré-compreensões acerca de conceitos fundamentais - como liberdade, por exemplo - põe em jogo o que estava oculto, reformula, assim, possibilidades atualizáveis e, por esta via, insurge-se como crítica ao comunismo, nacional-socialismo (como se torna, mais tarde, explícito na obra de Heidegger), bem como à democracia tal como vem sendo compreendida pela tradição ocidental. Esta inadequação - que se torna ainda mais evidente quando a política é construída por meio de slogans e palavras de ordem - parece ser o principal motivo da incompreensão, intolerância e da escassez de tempo dado à investigação hermenêutica por parte de cientistas políticos.

A investigação do “impessoal” (*Das Man*) fornece um novo horizonte, cuja amplitude permite explorar o sentido e os limites da democracia moderna. Lugares comuns da tradição liberal são postos em xeque através da pergunta pelo sentido mais profundo de liberdade e por determinações prévias que já desde sempre condicionam o destino individual e de um povo. *Destruktion* não é eliminação, mas sim reformulação. Nada é mais democrático - se pensarmos a palavra não no sentido que comumente lhe é atribuído, como democracia formal, que exige apenas “contar cabeças” - do que perguntar sobre as fronteiras e os caminhos da liberdade.

Em “*Ser e Tempo*”, Heidegger investiga o modo de ser factual do *Dasein*, em que o impessoal domina imperceptivelmente.

“(...) cada um é com o outro. Este conviver dissolve inteiramente a própria pre-sença no modo de ser dos “outros” e isso de tal maneira que os outros desaparecem ainda mais em sua forma de diferença e expressão. O impessoal desenvolve sua própria

³⁰¹ VENSUS, George: “Authentic Human Destiny: the Paths of Shankara and Heidegger”. Site da CUA (Catholic University of America)-www.philosophy.cua.edu/rvp/book_ Library of Congress Cataloging-in-Publication. Acesso em Janeiro de 2002. P. 88

ditadura nesta falta de surpresa e de possibilidade de constatação.”³⁰²

A metafísica e a ciência moderna conformam tentativas de dominar as palavras da linguagem viva, negando-lhes o caráter fundante (como na poesia, em que as palavras fundam um mundo de sentido). As origens dessa forma de experimentar o Ser remontam, segundo Heidegger, também à Grécia. Trata-se de um tipo de experiência pensante que “apreende” (conceito é a apreensão mental de algo) o ente e os detém em suas mãos.³⁰³ Esse processo tem suas bases, no dizer de Heidegger, no “impessoal” (*das Man*), que se mostra, na relação de dependência a normas e instituições (não se diz que não deve haver normas, o que é questionado é o tipo de relação estabelecida com elas), bem como a falta de singularização e de um pensamento livre.

Nesse modo, o *Dasein* encontra-se em um estado de anestesia, está insensível às coisas. O impessoal deixa certas possibilidades disponíveis – enquanto outras permanecem ocultas - e o *Dasein* age a partir delas, compreendendo-as como único caminho. O pensamento calculador articula apenas o que aparece e imuniza-se contra o oculto - agindo como se este não existisse - portanto, tolhe possibilidades de escolha e gera um tipo de desencargo³⁰⁴. Age-se de tal modo porque desde sempre se agiu assim; não há responsabilidade nem liberdade, precisamente, pois na superficialidade do impessoal a falta de liberdade não se mostra. Em tal modo, não há um autêntico encontro consigo mesmo ou com outrem.

O *Dasein* (pre-sença) decaído sucumbe à curiosidade, ao falatório e à ambiguidade. O falatório é o modo de ser do *Dasein* cotidiano, em que se fala e se ouve muitos conteúdos superficiais; por trás dele reside repetição (que pode ter a aparência de mudança, como a instituição da possibilidade de mudanças no conteúdo das leis, proposta pelo positivismo). Se a linguagem pode ser meio para a abertura ou fechamento dependendo de como é vivenciada; para o *Dasein* decaído, o falatório é meio de fuga, distanciamento. A superficialidade impera como um único modo de desvelamento e desencoraja perguntas realmente novas.

³⁰² HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo - Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000P. P. 179.

³⁰³ GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenêuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P. 243-245.

³⁰⁴ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo - Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 180

“A estranheza da oscilação em que a pre-sença tende para uma crescente falta de solidez permanece encoberta sob a proteção da auto-evidência e autocerteza que caracterizam a interpretação mediana.”³⁰⁵

Movido pela curiosidade, o *Dasein* passa de uma coisa do mundo a outra, busca a novidade e a excitação por elas provocada. É levado pela compreensão das coisas a partir do sentido que a tradição lhes deu (entificação do ser) e perde-se do que está mais próximo. No modo de ser decaído, há também o que Heidegger chama de ambigüidade, cujo sentido é a falsa impressão de que o *Dasein* compreende a si mesmo. Tudo é compreendido em termos do que se “ouviu falar”, todos fixam seu olhar no comportamento dos outros e nas maneiras do dia-a-dia.³⁰⁶

“In falling, Dasein not only fails to face his true being, but also whole wholeheartedly identifies himself with the particular situation and accepts it as the true reality, all alternatives ends.”³⁰⁷

O espaço público constituído sob a determinação do impessoal mostra-se assim como conversa vazia (falatório). A ansiedade por novos conteúdos está na base de tal modo de ser, curioso por novos objetos, conteúdos disponíveis e a todo tempo cambiantes. Procura-se freneticamente³⁰⁸ novas informações, mas estas perdem o poder de, de fato, dizer algo em sentido mais próprio, de evocar. As coisas perdem seu mistério, não se permite que sejam mais do que da forma como aparecem; objetificadas, vêm a nós prontas e acabadas. A investigação do impessoal é um alerta importante sobre os perigos da globalização e da democratização, como processos de universalização dos padrões ocidentais de produção e consumo, que apontam para homogeneização.

³⁰⁵ HEIDEGGER, Martin: *Ser e Tempo - Parte I*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 230.

³⁰⁶ VENSUS, George: “Authentic Human Destiny: the Paths of Shankara and Heidegger”. Site da CUA (Catholic University of America)-www.philosophy.cua.edu/rvp/book. Library of Congress Cataloging-in-Publication. Acesso em Janeiro/2002. P. 102-105.

³⁰⁷ VENSUS, George: “Authentic Human Destiny: the Paths of Shankara and Heidegger”. Site da CUA (Catholic University of America)-www.philosophy.cua.edu/rvp/book. Library of Congress Cataloging-in-Publication. Acesso em Janeiro/2002. P. 88.

³⁰⁸ Bittar, não pela via hermenêutica, refere-se a uma “razão frenética”. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. : *Estudos sobre Ensino Jurídico – Pesquisa, Metodologia, Diálogo e Cidadania*. São Paulo: Atlas, 2006.

Não tão distante dessas conclusões, Ferraz Jr. refere-se a um direito que se converteu em objeto de consumo³⁰⁹. Trata-se de um diagnóstico sobre a estrutura do direito moderno, mas o problema se revela com mais clareza se tomarmos, como exemplo especificamente o direito penal brasileiro. O caráter mercadológico do processo legislativo aparece com bastante nitidez, quando leis, mercadologicamente planejadas pelo Governo, criam penas mais severas para determinados crimes em momentos imediatamente posteriores a situações de comoção social que os envolvem, isto para dar a impressão de que o Estado está de fato atuando. De maneira semelhante, Marcelo Neves refere-se ao efeito simbólico de normas constitucionais - notadamente as que pretendem instituir direitos sociais - que, se por um lado podem se tornar mecanismos de efetivação de direitos, por outro, servem como álibi ou compromisso dilatatório³¹⁰, de toda sorte, uma espécie de escusa para a omissão do Estado.

Não parece haver em “*Ser e Tempo*” uma resposta clara a respeito de como superar a inautenticidade na política.³¹¹ Apesar do *Dasein* ser essencialmente “*ser-com*” e existirem alusões a uma via coletiva para a autenticidade, a cura aparece como uma decisão individual, escuta de um chamado.

Contudo, em escritos posteriores, especialmente os que circundam os anos da reitoria e a adesão ao nazismo³¹², fica mais claro que, como o destino do ser humano está profundamente conectado à história coletiva, a existência pode se integrar de maneira autêntica ou inautêntica ao processo de singularização povo.

Mas se não à utopia comunista ou ao Terceiro Reich, onde se pretende chegar? Safranski responde: ao aumento do sentimento da existência³¹³. Autenticidade é deixar vir o vigor do Ser; intensidade, nesse sentido. Se a crítica na pós-modernidade dirige-se à homogeneização, e, especificamente, à carga homogeneizante da globalização econômica e cultural que determinam a política, apenas formalmente democrática (dando à palavra democracia um sentido mais

³⁰⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 32 e s.

³¹⁰ NEVES, Marcelo: “A Força Simbólica dos Direitos Humanos” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005. www.direitodoestado.com.br. Acesso em dezembro / 2008.

³¹¹ SAFRANSKI, Rüdiger: *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 208.

³¹² Cf. HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

³¹³ SAFRANSKI, Rüdiger: *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 180-190.

adequado à liberdade heideggeriana), o apelo hermenêutico à diferença é, sem dúvida, contra-hegemônico. Atender ao chamando da diferença é também procurar um sentido humano para uma política que tem se conformado nos termos da técnica, cujo impulso ganha estabilidade no pensamento que calcula e que impera sobre o homem perdido de si (escravo do que calcula ser), formatado a partir do que lhe diz o falatório dos meios de comunicação de massa³¹⁴. A dominação perpetua-se pela crença moderna de que somos autônomos, simplesmente por sermos racionais – esquecendo-se da força das determinações prévias que condicionam decisões supostamente racionais. A ontologia heideggeriana pretende procurar a essência de uma tal dominação e aí encontra a técnica. Do outro lado, há uma ética (habitação), que se caracteriza por, nesse contexto homogeneizante, preservar a diferença ao invés de tentar dominar as coisas.

Habermas não compreende a questão do mesmo modo. Segundo ele, o “solipsismo metódico” heideggeriano impede a hermenêutica de realizar a crítica à ideologia nazista.³¹⁵ Exploraremos esta objeção adiante.

3.3. Hermenêutica em diálogo com duas orientações políticas

3.3.1. O debate com Herbert Marcuse: é possível usar a técnica para combater a técnica?

A ontologia heideggeriana não pode, nem pretende dar respostas definitivas a questões políticas e elaborar um modelo capaz de lhes dar um rumo definitivo no contexto atual. A tarefa de fidelidade ao Ser opõe-se à fixação em conceitos abstratos, recusa, outrossim, um direcionamento conceitual rígido para a tomada de decisão naqueles termos.

Contudo, por outra via, é capaz de expor o que foi esquecido na condução de questões políticas e pode confrontá-las com a facticidade e, desse modo, orientá-las (ao menos

314 BRUSEKE, Franz Josef: *Heidegger como Crítico da Técnica Moderna*. Disponível em <http://www.filoinfo.bemvindo.net/doc/htecnica.pdf>. Acesso em dezembro/2008. P. 8.

315 HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P 55.

negativamente). Eis o que se quer acentuar na polêmica com Marcuse. A investigação do debate começará a partir das divergências sobre o que vem a ser técnica – uma das pretensões será a de mostrar de maneira mais didática o sentido fundador atribuído pela hermenêutica à questão da técnica - e se desenvolverá até a elaboração de distintos projetos políticos.

Tecnologia, para Marcuse, tem a ver com um processo social em relação ao qual a técnica, no sentido comum da palavra (que se refere ao aparato técnico da indústria, por exemplo), não passa de um fator. Designa, portanto, um modo de produção e, ao mesmo tempo, uma forma de organizar relações sociais. Aparece, nessa acepção, como manifestação dos padrões de comportamento dominantes e instrumento de controle e dominação³¹⁶. De uma tal concepção da técnica, decorre a conclusão de que esta pode ser usada para fins de libertação ou dominação, pois o dilema ético não está fundamentalmente conectado a própria questão da técnica – como na ontologia heideggeriana -, mas no fim (determinado por interesses coletivos ou individuais) para o qual a técnica é utilizada.

A hermenêutica compreende o problema de maneira profundamente diversa. Marcuse não vê a tecnologia como uma composição³¹⁷ que impulsiona um modo determinado de lidar com as coisas que as põe como reserva ou disponibilidade. A técnica engana o pensamento quando aparece como algo que temos diante das mãos, simplesmente como aplicação do saber adquirido pelas ciências. Este engano faz com que permaneçamos dominados por ela. A libertação do domínio da técnica vem com o desvelamento de sua essência e a abertura para outras possibilidades de estar em relação com as coisas mundo.

Marcuse distingue racionalidade tecnológica e racionalidade crítica. A primeira acontece quando a racionalidade se restringe à submissão a uma sequência predeterminada de meios, visando a obtenção de fins – da maneira mais eficiente possível. Para Marcuse, quando as ações são moldadas por tais exigências técnicas a autonomia da razão perde seu sentido. A racionalidade crítica, por sua vez, apesar de não abandonar crenças da sociedade individualista (a classificação tem suas origens na teoria social frankfurtiana e não pretende se desprender de crenças compartilhadas socialmente), tal como o princípio da autonomia, é capaz de colocar os

³¹⁶ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P 73 e s.

³¹⁷ HEIDEGGER, Martin: *Ensaio e Conferências*. Petrópolis. Vozes, 2001. P.. 25 e s.

princípios pensados contra a forma de sua atualização e, assim, torna-se apta a acusar a injustiça social realizada em nome da ideologia individualista.³¹⁸

Valores de verdade críticos podem se tornar tecnológicos. Por exemplo, é uma afirmação crítica dizer que existem direitos individuais inalienáveis, mas o mesmo argumento pode ser usado em favor da concentração de poder. Valores potencialmente revolucionários podem vir a ser absorvidos pela cultura estabelecida de modo a perderem sua força de ataque. Para Marcuse, é assim que, seguindo a sua própria razão, indivíduos (supostamente autônomos) submetem-se ao poder estabelecido. Contra a forma típica de dominação individualista, há a força do proletariado marxista, capaz de se libertar, através da tomada de consciência de seu interesse comum, identificando-se como classe (não multidão) integrada a um processo produtivo e situada em uma determinada posição³¹⁹.

A eficiência da técnica sustentara o domínio, mas tem o potencial de suplantá-lo se for dirigida pelo interesse correto. A burocracia privada é irracional em razão de o controle sobre suas funções ser autocrático³²⁰. A burocracia pública superaria o problema, pois, dirigida pelo interesse de todos, torna-se hábil a empreender a conservação dos recursos que entidades privadas tendiam a usar incorretamente ou desperdiçar. A democracia no sentido marcusiano - em que todos são membros potenciais da burocracia pública - levaria a sociedade da etapa de “burocratização hierárquica” para o estágio de “auto-administração técnica”.³²¹

A tarefa exige que sejam delineados critérios objetivos capazes de dirigir eficiência e tecnologia pelo interesse público sem que este seja pervertido por particularismos. Marcuse afirma existirem grandezas históricas racionalizáveis, aptas a definir quantitativamente liberdade e felicidade humanas e determinar caminhos para se alcançar uma sociedade não violenta. Por isso, seria viável realizar o que ele chama de “cálculo histórico.”³²² capaz, inclusive, de justificar a violência revolucionária (a paz é uma possibilidade de determinado estágio histórico pelo qual é necessário lutar). Marcuse admite que o cálculo é desumano e quantificador, mas critérios históricos como maior liberdade para um maior número de pessoas, podem fundamentar a

³¹⁸ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P. 80-84.

³¹⁹ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P. 90-91.

³²⁰ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P. 95.

³²¹ MARCUSE, Herbert: *Cultura e Sociedade*. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. P. 144-15.

³²² MARCUSE, Herbert: *Cultura e Sociedade*. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. P. 138.

violência realizada por imperativos éticos. A direção futura de uma revolução - progressiva ou reacionária - seria demonstrável e a comprovação tornar-se-ia cada vez mais racional à medida que aumentaria a capacidade de medir nossos recursos científicos e técnicos pelo incremento do domínio científico do homem sobre a natureza³²³. Recursos materiais e intelectuais, possibilidades produtivas e distributivas de uma sociedade podem ser quantificados e estão disponíveis para o cálculo, que verificaria se tais recursos estão sendo utilizados da maneira mais racional. Marcuse conclui que, quanto mais calculável se torna o aparato técnico, maiores as chances de o progresso humano depender das qualidades morais dos dirigentes e da sua capacidade de educar a população “sob seu controle” e levá-las a reconhecer a necessidade de humanização³²⁴.

Ainda que por um viés crítico, o modelo marcusiano não abandona a base racionalista e iluminista. É como se o ser humano pudesse simplesmente utilizar o cálculo em uma revolução violenta, sem que tal processo calculador e endurecedor não tivesse efeitos retroativos sobre o próprio ser humano. É como se o processo ele mesmo – o ser no tempo – não tivesse efeitos radicalmente transformadores e como se uma cultura violenta pudesse dar origem a uma sociedade pacífica. Seria, portanto, possível chegar a uma sociedade mais humana e solidária por uma decisão racional.

A tecnologia é compreendida como instrumento que funciona de acordo com interesses, estes últimos podem ou não ser humanos, enquanto aquela encontrar-se-ia num espaço indiferente à ética. O poder desumanizador da tecnologia - no sentido ontológico - passa despercebido pelo padrão iluminista, que separa sujeito e objeto, não tem em conta o processo em sua inteireza e o papel radicalmente transformador do tempo. O problema supostamente residiria na estrutura econômica e os vilões seriam aqueles que pertencem à classe dominante, o objeto da crítica e a solução apontada encontram-se bem longe do referencial hermenêutico, concebido por Marcuse como um saber conservador:

“A filosofia da vida simples, a luta contra as grandes cidades e sua cultura freqüentemente servem para ensinar os homens a

³²³ MARCUSE, Herbert: *Cultura e Sociedade*. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. P. 148.

³²⁴ MARCUSE, Herbert: *Cultura e Sociedade*. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. P. 144-151.

desacreditar nos instrumentos potenciais que poderiam libertá-los.”³²⁵

Aí onde Marcuse encontra um potencial libertador (técnica aliada ao interesse revolucionário), Heidegger só vê escravidão. Quanto mais a técnica domina, mais distante de humano ficamos. Humanismo é proximidade com o que está aí, de onde nos distanciamos no apego ao cálculo. É preciso estar em uma outra afinação, que, ao invés de perpetuar o padrão dominador e homogeneizante, harmoniza-se com a diferença³²⁶ e é capaz de zelar pelo planeta e pelo outro ao invés de persistir tentando dominá-lo. A compreensão da técnica, em sua essência, é capaz de despertar um tom afetivo que nos deixa tomar por um apelo de libertação.

Em “Carta sobre o Humanismo”, Heidegger faz uma crítica direta ao materialismo:

*“a essência do materialismo, oculta-se na essência da técnica (...) A essência do materialismo não consiste na afirmação de que tudo apenas é matéria; ela consiste, ao contrário, numa determinação metafísica segundo a qual todo o ente aparece como matéria de trabalho.”*³²⁷

Por mais que a tradição marxista evoque o papel fundamental da história, sua insistência em apoiar-se em referenciais racionalistas a faz recair em abstrações provenientes do Iluminismo. Tal padrão aparece também na tentativa de superar pulsões agressivas como detecta Freud em “O Mal-Estar na Civilização”. Para a psicanálise, pensar uma estrutura estatal plenamente dirigida por interesse comum e em uma sociedade que se aproxima da utopia de solidariedade plena é fazer desaparecer a agressividade humana (que impulsiona o egoísmo e a competição capitalista) o que significa, em termos práticos, retirar da equação o que há nela de humano, cuja essência é conflito, mobilidade.

“Abolindo a propriedade privada, privamos o amor humano da agressão de um de seus instrumentos, decerto forte, embora

³²⁵ MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. P. 101

³²⁶ THIELE, Leslie Paul: *Martin Heidegger e a Política Pós-Moderna – Meditações sobre o Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. P. 329

³²⁷ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 48 e s.

decerto também, não o mais forte; de maneira alguma, porém, alteramos as diferenças de poder e influências que são mal empregadas pela agressividade, nem tampouco alteremos nada em sua natureza. A agressividade não foi criada pela propriedade.”³²⁸

A hermenêutica recusa quaisquer tentativas de, na esfera social, fornecer critérios, mesmo que históricos, calculáveis por um técnico capazes de legitimar uma revolução. Gadamer esclarece que o saber do cientista especializado (capaz de realizar o cálculo histórico) é de índole diversa daquele saber que é necessário para a tomada de decisões no campo da política³²⁹ (como investigaremos no sexto capítulo). O destino de uma comunidade deve ser decidido dentro da conversação política. O que Gadamer propõe para política e para ética é o fortalecimento de uma práxis de conversação – que, como veremos, está desvincilhada das pretensões habermasianas de convencimento racional.

3.3.2. Ênfase na esperança e no futuro (democracia de John Dewey) ou na lembrança e no passado (hermenêutica)?

3.3.2.1. Dewey e o projeto de integrar direito, democracia e arte

Bem distante do projeto político marcusiano está a democracia no sentido pragmatista de John Dewey. O monismo deweyano compreende a política em termos contínuos com a vida individual, de uma maneira tal que ambas ganham em riqueza quando estão aptas a criar, isto é, integrar-se com o que é novo.

Há, sem dúvida, uma maior proximidade em relação à hermenêutica - Safranski mostra, na biografia de Heidegger, a influência do pragmatismo norte-americano³³⁰ -, especialmente porque ambas as perspectivas encontram na estética o caminho capaz de romper com o padrão

³²⁸ FREUD, Sigmund: *Obras Completas*. V. XXI. “O Mal-estar na Civilização”. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 140 e s.

³²⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 42-45.

³³⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. P. 73 e s.

monótono da modernidade. As dissonâncias aqui são sutis, é preciso demorar-se um pouco mais na investigação para que peculiaridades de cada perspectiva possam se mostrar. A partir do diálogo com Dewey, pretende-se alcançar uma compreensão mais profunda do sentido que a estética adquire dentro da investigação hermenêutica e chamar a atenção para algumas questões ligadas à democracia.

Dewey é usualmente situado, ao lado de Pierce e James, como um pragmatista clássico. Estes, segundo a classificação de Rorty, distanciam-se de neopragmatistas, como Quine e Putnan, por colocarem acento na experiência e não na linguagem³³¹. De fato, as investigações de Dewey gravitam em torno da experiência, cuja densidade extravasa qualquer coisa que pode ser dita sobre ela. Dentro desta perspectiva, como dito, monista, as grandes dicotomias construídas pela tradição da filosofia ocidental - natureza e convenção, realidade e aparência - perdem a força. Não há uma linha divisória clara entre mundo objetivo natural e mundo subjetivo; do mesmo modo, a separação entre saber científico e moral perde o peso atribuído pela ontologia clássica. Ciência é, para Dewey, mais do que estratégia epistemológica, tem os mesmos fundamentos que sustentam as virtudes de uma sociedade aberta.

Experiência, em sentido deweyano, é fluxo, interação entre seres; refere-se a algo natural e não psíquico³³². O pensamento não é descolado da experiência, não tem um fim em si mesmo, é algo que acontece num ser vivo, reconstrói suas ações e auxilia-o na tarefa de adaptação ao novo. A biologia de Darwin está no cerne de tal concepção naturalista, cuja orientação evoca a continuidade entre cultura e natureza e carrega em si uma ética ligada ao processo de criação. A mutação, biológica ou cultural, está aí para proporcionar o desenvolvimento de espécimes mais complexas e interessantes no futuro³³³.

Ainda que a aceitação de pressupostos darwinistas sem um questionamento ontológico prévio possa ser objeto de críticas pela hermenêutica, o diagnóstico deweyano de falta de uma compreensão contextual do mundo - compreendido como interação de objetos naturais - irá permitir a elaboração de poderosas críticas à epistemologia e à ética modernas.

³³¹ RORTY, Richard: *Philosophy and Social Hope*. London: Penguin Books, 1999. P 22.

³³² SHOOK, John. R.: *Os Pioneiros do Pragmatismo Americano*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.P. 138 e s.

³³³ RORTY, Richard: *Philosophy and Social Hope*. London: Penguin Books, 1999. p. 27

O monismo deweyano encontra na separação entre sujeito e objeto as raízes de uma maneira de pensar que também separa ética, estética e política, bem como negligencia certos aspectos da experiência e atribui um valor excessivo à lógica³³⁴. Contra tal orientação dissociativa, abertura à experiência consiste em estabelecer um tipo de interação que rompe com modelos fixados de antemão e, nesse sentido, proporciona encontros livres. Abertura é condição para o crescimento, que, para Dewey, é o que mais se assemelha àquilo que a tradição filosófica chama de Bem. Liberdade está na capacidade de aprender com a experiência e, assim, criar crenças e habilidades verdadeiramente novas. Proteger a liberdade permite que a verdade surja espontaneamente³³⁵ - verdade, aqui, adquire o sentido de harmonização de crenças e desejos.

3.3.2.2. Estética em Dewey: abertura à percepção de uma experiência

A experiência apresenta traços estéticos e morais que não podem ser separados. Aquilo que Dewey chama de verdade gravita em torno da experiência, não de conceitos abstratos. A lógica deve ser vista como invenção humana, portanto, como algo contingente. O problema está em permanecer fixado a uma tradição que supervaloriza lógica e método científico, acreditando serem estes os únicos critérios de determinação de um conhecimento merecedor de crédito, ao passo que a estética perde dignidade e é banida para espaços pouco sérios, como mera excentricidade.

A filosofia ocidental é marcada pelo abandono da cena presente³³⁶, tal repúdio ao concreto, além de distanciamento da verdade (em sentido deweyano), gera perturbação em vários aspectos da vida. O apego a abstrações está, sem dúvida, conectado ao desejo humano de encontrar algo certo, capaz de propiciar segurança, ao invés de se deixar levar por acontecimentos contingentes e imprevisíveis³³⁷. Para Dewey, a prática da liberdade e da

³³⁴ A desmistificação dos pressupostos metafísicos do cientificismo moderno é uma das marcas do pragmatismo clássico cf. DEWEY, John: *Experiência e Natureza* (cap I e V). São Paulo: Abril Cultural, 1985 (Os Pensadores). P.20-30 e PEIRCE, Charles S. : *The fixation of Belive* in “Popular Science Monthly 12 (November 1877), 15. www.peirce.org/writings/p107.html. Acesso em dezembro/2004.

³³⁵ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999. p. 48

³³⁶ DEWEY, John: *Reconstruction in Philosophy*. Mineola: Dover, 2004. P VII.

³³⁷ DEWEY, John: *Reconstruction in Philosophy*. Mineola: Dover, 2004. P. IV

democracia é obstruída pelo distanciamento da experiência e de sua expressão artístico-estética proveniente da atitude cientificista.

O clamor é, portanto, por uma aproximação do que é concreto; ao invés da fixação em propriedades genéricas e a-históricas, dar atenção aos detalhes e as sutilezas dos eventos. A proposta segue em direção a um modo de lidar com a experiência e a aceitá-la na sua contingência, isto leva a compreender a instabilidade não como obstáculo a ser superado, mas no seu aspecto fundamentalmente criador. O apelo ao presente é também um chamado à estética, cujo teor envolve um ato de percepção, isto é, deixa-se afetar pelo fluxo de uma experiência.

Percepção deve ser compreendida como receptividade contínua, remete a um processo em que uma série de atos e respostas acumulam-se e seguem em direção à culminância. É recriação (não passividade) dentro de jogo de fazer e padecer que tem suas bases na biologia e na interação organismo-meio:

“Experience occurs continuously, because the interaction of live creature and environment conditions is involved in the very process of living.”³³⁸

Contraponto à percepção é o reconhecimento. Este se constitui na superficialidade de uma relação apressada. A percepção é retida antes que tenha a oportunidade de acontecer plenamente, a partir de seus próprios ditames. No reconhecimento, há o princípio de um ato de percepção, no entanto, o processo não corre, pára: é suficiente encaixar o acontecimento concreto em um modelo pré-fixado que serve a um fim externo (a finalidade não surge nem se modifica no próprio decorrer da experiência), a resistência entre o antigo e o novo não é bastante para assegurar a consciência da experiência. Recorrendo sempre às raízes biológicas do agir humano, Dewey afirma que o reconhecimento é cômodo, não provoca tumulto no organismo, é, portanto, inábil para despertar a consciência vívida.³³⁹

³³⁸ DEWEY, John: *Art as Experience*. New York: Perigee Books, 1980. P. 35.

³³⁹ DEWEY, John: *Art as Experience*. New York: Perigee Books, 1980. P 53.

Quando surge, o estético opõe-se tão agudamente a qualquer rótulo, que se torna impossível adaptar suas qualidades às formas pré-fixadas. Reivindica, por seu próprio valor intrínseco, lugar e condição externos.

“Toda atividade prática adquirirá qualidade estética sempre que seja integrada e se mova por seus próprios ditames em direção à culminância.”³⁴⁰

O estético não se opõe ao intelectual. Pensar deve ter qualidades estéticas para que aconteça como um evento integral, de outra maneira, configura-se como uma atividade inconclusiva ou repetitiva. A experiência intelectual é também emocional, pois é um agir integrado que se dirige à consumação através de um movimento organizado.

O nexa com a tradição jurídica fica claro: em prol da segurança, o formalismo jurídico (desde a exegese e a jurisprudência dos conceitos) tem tratado a atividade de concretização normativa como tarefa exclusivamente racional, de manipulação fria de conceitos abstratos.

Mas não só os formalistas, a estética deweyana também põe limites ao empirismo. Empiristas agem a partir de suas crenças performáticas sobre percepção sensível³⁴¹, cuja base exclui o sentido integrado do ato perceptivo - como acontecimento no todo da vida do investigador.

A diferença entre experiências intelectuais e estéticas em sentido estrito não é radical. No primeiro caso há o uso de sinais, que indicam o caminho para a experiência, no outro, há uma fruição imediata que ocorre em função de uma qualidade intrínseca na experiência do objeto. Experiências qualificadas como intelectuais têm também um caráter de consumação (como na conclusão de um raciocínio), conformam uma unidade em que se sobressai o aspecto intelectual. O oposto do estético não é nem o prático nem o intelectual; mas o monótono, a submissão à convenção e a procedimentos.

³⁴⁰ DEWEY, John: *Art as Experience*. New York: Perigee Books, 1980. P. 37-39.

³⁴¹ DEWEY, John: *Reconstruction in Philosophy*. Mineola: Dover, 2004. P. VI.

Tanto hermenêutica como pragmatismo encontram na estética o caminho para a ruptura com uma tradição que não consegue deixar de se repetir por se apoiar na constância do universo da consciência. Em ambos os casos, o novo vem à tona a partir do apelo a um referencial externo à consciência: na hermenêutica, o Ser, e, em Dewey, a experiência, como processo integral. Outrossim, ambas as perspectivas chamam a atenção para a negatividade da experiência estética bem como para a relação fundamental entre estética e tempo - se Dewey mostra que cada experiência tem seu tempo de consumação, da mesma maneira, demorar-se na obra é uma exigência fundamental da hermenêutica.

A tarefa de se manter-se fiel ao Ser exige o abandono da consciência como referencial último, ao invés de tentar dominar, é preciso aguardar por algo que vem de fora e é capaz de atingir simplesmente. Heidegger encontra-se próximo à tradição pragmatista quando fala em um fazer³⁴² integrado à reflexão, hábil a levar a um conhecimento autêntico não articular conceitos abstratos, mas sim por estar sensível ao que acontece.

“Em lugar disso, não perguntamos à experiência da arte o que ela mesma acredita ser, mas o que ela é na verdade e o que é sua verdade, ainda que não saiba o que é e não possa dizer o que sabe; da mesma forma como Heidegger perguntou pelo que é metafísica, em contraposição ao que ela pensa de si mesma. Na experiência da arte vemos uma genuína experiência, que não deixa inalterado aquele que a faz, e perguntamos pelo modo de ser daquilo que é assim experimentado. Assim, podemos ter esperança de compreender melhor qual é a verdade que nos vem ao encontro ali.”³⁴³

3.3.2.2. Reconstrução na democracia: práticas democráticas como continuidade da experiência individual

³⁴²DE LA MAZA, Luis Mariano. “Fundamentos de la Filosofía Hermenéutica: Heidegger y Gadamer”. In *Teol. vida*, 2005, vol.46, no.1-2, p.122-138. ISSN 0049-3449.

³⁴³ GADAMER Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 153.

A pergunta que surge é: como então concretizar práticas democráticas humanas e criativas? Para Dewey, a crise da democracia corre junto com um modo de pensar e agir que a enxerga como resultado da ação de instituições políticas ou entes abstratos alijado de nossas práticas diárias. O primeiro passo para a atualização da democracia é adquirir o hábito de tratá-la como algo inseparável do modo peculiar de vida individual. Os atributos de uma sociedade democrática são delineados por práticas reiteradas, cujo direcionamento envolve a determinação do propósito das relações³⁴⁴.

“for to get rid of the habit of thinking of democracy as something institutional and external and to acquire de habit of treating it as a way of personal life is to realize that democracy is a moral ideal and so far as it becomes a fact is a moral fact. It is to realize that democracy is a reality only as it is indeed a commonplace of living.”³⁴⁵”

Olhar para a democracia como agir integrado à vida leva à compreensão de que a consolidação de certas atitudes individuais pode ser mais antidemocrática do que qualquer vício institucional. O sentido ético de práticas democráticas, redefinidas por Dewey, vem da crença na riqueza e no crescimento provenientes do fluxo da experiência. Democracia é fé na consumação de uma experiência que, em sua dinâmica interna própria, é capaz de gerar novos fins e também novos métodos. Opõe-se a outras formas de fé moral e social, calcadas na ideia de que experiências devem se submeter a alguma forma de controle externo – como conceitos da metafísica ou repetição de procedimentos. A política deve apoiar-se em esperança, na ideia de que o futuro não é algo que vai acontecer de acordo com um plano, mas será algo novo, capaz de surpreender e empolgar. Esperança, aqui, é compreendida como a habilidade de acreditar que o futuro pode ser radicalmente diferente e constituir um espaço de maior liberdade que o passado; em Dewey, esse tipo de fé é também condição para o crescimento.

São marcas de um pensamento original do continente americano, cujos princípios estão orientados para o futuro e não por qualquer espécie de “nostalgia fundacionista”, típica da

³⁴⁴DEWEY, John: *The Political Writings*. Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993. P.241.

³⁴⁵DEWEY, John: *The Political Writings*. Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993.P. 244

tradição europeia (em “*Ensaaios sobre Heidegger e Outros*”, Rorty usa a expressão “nostalgia fundacionista”, especificamente, para criticar o retorno heideggeriano aos gregos).

A confiança na democracia concretiza-se como fé na experiência e na sua capacidade educativa. O processo, portanto, é mais importante do que qualquer resultado obtido. Estes só têm valor na medida em que são usados para enriquecer e ordenar novas experiências. Todos os fins descolados deste movimento são tidos por Dewey como fixações ou como obsessões nostálgicas que se tornam obstáculo à fluidez concreta. Ao invés da retenção no que foi alcançado, deve-se usar o antigo para abrir caminho para experiências novas e, espera-se, “melhores”³⁴⁶.

A imprevisibilidade, como atributo essencial da experiência, é acolhida e não habilmente expurgada por estratégias racionalistas, como tem feito a tradição. Sustentar que a filosofia deve estar conectada às crises e tensões na condução de questões humanas³⁴⁷ e propor uma teoria política calcada em esperança significa deslocar o centro das atenções do eterno para o futuro de uma maneira que impulsiona o pensamento a tornar-se um instrumento de mudança - segundo Rorty, este é o ponto comum entre Dewey e Marx³⁴⁸.

Diferente do pragmatismo do novo continente a hermenêutica não deposita tanta esperança no futuro, já que o destino, como aquilo que nos põe a caminho de algo – isto é, algo que dá o impulso, mas não determina como fatalidade inexorável - já está desde sempre por trás de nossas ações. Por isso a preocupação com a história, a força capaz de libertar estaria na memória.

Por outro lado, se perguntarmos o que a hermenêutica quer lembrar e em que o pragmatismo tem esperança, veremos que as perspectivas, mais uma vez, aproximam-se. Dewey tem fé (futuro) na novidade que deve surgir de um tipo de relação com a experiência que se caracteriza por deixar que ela chegue à consumação a partir de seu vigor próprio. A hermenêutica quer lembrar o passado, pois para deixar que as coisas falem a partir de si mesmas, é preciso desconstruir uma tradição que apenas faz vir um modo de revelação (técnica) e suprime outras

³⁴⁶ DEWEY, John: *The Political Writings*. Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993. P. 244

³⁴⁷ DEWEY, John: *Reconstruction in Philosophy*. Mineola: Dover, 2004. V-VI.

³⁴⁸ RORTY, Richard: *Philosophy and Social Hope*. London, Penguin Books: 1999. p. 29

possibilidades. A pergunta que impulsiona a desconstrução da tradição política ocidental é: como lidar com determinações prévias (passado) para que haja liberdade num sentido autêntico?

3.3.2.3. Contra a monotonia nas práticas jurídicas (contra a burocratização, esperança ou memória?)

Investigar o direito a partir de uma perspectiva integral, que desfaz a separação entre sujeito e objeto, dá-nos um novo horizonte. A crítica não é dirigida a entes objetificados, tais como normas, mas sim ao processo de objetificação (entificação do Ser) e à relação com tais entes. A crítica pragmatista denuncia o fetiche normativista que descontextualiza o direito quando o reduz à norma. Dentro deste referencial, problemas concretos não são apenas reconstruídos nos termos da norma e a partir de uma tradição de intérpretes incapazes de atuar fora do círculo de standards, clichês e brocardos jurídicos. Mais do que cambiar objetos (da norma ao “fato social”, por exemplo) da investigação, exige-se uma renovação na compreensão sobre o que são objetos - como algo separado do sujeito e do mundo - e como se dá o processo de objetificação das coisas.

Os recortes realizados pelo positivismo tiram o direito do contexto. Para Dewey, tal orientação leva à retenção no passado - em opiniões e hábitos já impostos -, configura-se, portanto, como um obstáculo à mudança e ao crescimento. Como vimos, para Dewey, o crescimento é desejável como “bem” moral. Por sobre esse misto de metafísica e técnica que está na base da tradição jurídica, soergue-se um padrão interpretativo tecnocrata, repetidor e calculador, que, na maior parte das vezes é incapaz de deixar que qualidades estéticas surjam no trabalho diário do operador do direito. Ao invés de persistir em uma rotina herdada (que surge quase como uma compulsão), o pragmatismo deweyano exige abertura ao fluxo do processo.

Rorty lê no pensamento de Dewey um projeto para uma utopia social, que, ao abrir-se ao movimento - em detrimento de uma rotina repetida por compulsão -, pode tornar possível práticas sociais capazes de colocar a tecnologia em seu devido lugar³⁴⁹.

³⁴⁹ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. P. 65-66

Para que haja mudanças, não basta a inclusão dos excluídos (como se repete no jargão político), é preciso educar - no sentido deweyano, de educar para a criatividade - um indivíduo domesticado pela cultura de consumo. O sujeito-tecnocrata está tão emaranhado em meio a consensos, a expectativas, que passa a expressar nada mais que isso, torna-se um mero reprodutor e consumidor de produtos e ideias descartáveis. Não permite que o concreto imprima sua marca, como diria Dewey, opera no modo reconhecimento. A inclusão como inserção em uma tradição não é suficiente, é preciso abertura ao novo.

Como bem escreve Adeodato, na modernidade, o procedimentalismo ocupa os espaços deixados pelo direito natural³⁵⁰. Tal deslocamento, visto a partir do monismo deweyano, faz-nos ver no positivismo a prática de uma moral procedimentalista que supõe estar livre de qualquer sistema moral. Contudo, carrega - como princípio oculto - o pressuposto de que legítima é a decisão fria, que obedece a um método. Um tal sistema moral, intrinsecamente conectado ao valor segurança, pretende imunizar-se da estética.

Junto com tais princípios surge uma prática que impulsiona o operador do direito a agir de maneira monótona. No modo reconhecimento, procura-se meramente encaixar novas experiências em modelos pré-fixados e quanto mais bem sucedida for essa tarefa, supostamente, mais céleres e “legítimas” (no sentido procedimentalista de legitimidade, que, paradoxalmente, supõe estar livre da pergunta pela legitimidade) serão as decisões. Uma moral sem estética torna-se parâmetro para decisões jurídicas - exige-se simplesmente a execução de procedimentos, assim, ao invés de ações integrais, o dever moral assume a forma de concessões feitas de maneira fragmentada, burocrática e sonolenta.

Também Gadamer, a partir de outras referências, fala em uma “moral do método”³⁵¹, que se impõe junto com a ordem de que é preciso chegar a resultados controláveis e seguros através de um caminho já posto pelo pensamento científico.

Tais observações parecem conduzir à conclusão de que o caminho é banir procedimentos do direito e deixar que, por exemplo, o juiz pratique livremente a sua arte. Mas não é aí onde se

³⁵⁰ ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989
GADAMER, Hans-Georg: *Acotaciones Hermenêuticas*. Madrid: Trotta, 2002. P 245.

quer chegar. Falar em estética não é o mesmo que desvencilhar o operador do direito do vínculo normativo. É sim abertura que permite ver o direito no tempo e como uma prática - não como sinônimo de norma abstrata. Está em questão a atitude do intérprete, que deve deixar que o problema concreto imprima sua marca ao contrário de deter sua expressividade, enquadrando-o rapidamente e irrefletidamente num molde abstrato. É possível encarar o processo intelectual de concretização da norma como um movimento que pode adquirir qualidades estéticas; ele pode ser visto como dinâmica integral impulsionada por sua força interna e dirigida a uma consumação.

O jurista preso em demasia à manipulação de conceitos perde o ânimo e a vivacidade do investigador. Eis o grande obstáculo imposto pelo tecnicismo: a rotina, que mata a busca científica autêntica. Dewey não considera que a produção em série e a cultura de consumo massificada sejam obstáculos insuperáveis, não há nada que impeça o operador do direito – mesmo inserido em tal contexto - a dar uma qualidade estética ao seu trabalho³⁵². Heidegger não é tão esperançoso assim, mas um certo grau de pessimismo não quer dizer fatalismo.

Rorty conclui que, no final das contas, o trabalho de Dewey é um convite para fazer presente o sentimento de gratidão pelas coisas e pela própria existência, ao invés de exercitar o poder sobre as coisas. Para Rorty, Dewey consegue manter a humildade de um realista sem perder a fé no futuro de um romântico, e assim consegue trazer a utopia para o âmago da ciência.³⁵³No pragmatismo de Dewey e Rorty, há esperança num futuro melhor, que pode surgir do fluxo de uma experiência.

Talvez não esperança no mesmo sentido, mas, na hermenêutica há procura por crescimento, no sentido de abertura e enriquecimento de possibilidades. A mobilidade está aí, querer freá-la é se colocar em desarmonia com o que acontece, com a verdade. É estar em desarmonia consigo mesmo, como ser-para-morte, portanto, é inautenticidade. Abrir-se à mobilidade tem um valor próprio e tem um fim em si mesmo, que é, ao mesmo tempo ético e ontológico.

Mas somente se nos voltarmos pensando para o já pensado, seremos convocados para o que ainda está para ser

³⁵² RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999. P. 75-80.

³⁵³ RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999. P 66-67

*pensado(...) Nesse sentido o objeto do pensamento, designado provisoriamente, é a diferença enquanto diferença.*³⁵⁴

A procura é, portanto, por algo impensado. Aquilo que foi pensado historicamente recebe do impensado suas determinações essenciais. Pensar a diferença permite entrar em contato com a história de seu esquecimento, que ocorreu, nas palavras de Heidegger, em virtude de “uma distração do pensamento humano”. Assim, o que direciona o questionamento é a própria coisa pensada, ela mesma e não seu modo de revelação para nós ou para os antigos. A prática da *Destruktion* é capaz de mostrar as determinações históricas que fizeram com que as coisas fossem reveladas de um modo e como outros modos de revelação ficaram ocultos. Tal processo é capaz de liberar o que nunca antes foi pensado, a coisa na sua diferença³⁵⁵.

³⁵⁴ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia?/ Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P. 52-57

³⁵⁵ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia?/ Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P. 52-60

CAPÍTULO 4

DIFERENÇA E INCLUSÃO I: RAZÃO COMUNICATIVA E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

4.1. Razão comunicativa e abertura para a crítica; 4.1.1. Razão monológica e razão comunicativa; 4.1.2. Elementos do projeto de alcançar acordos racionais a partir da teoria da ação comunicativa; 4.2. Modernidade reflexiva: descentramento e democracia; 4.2.1. Reflexividade e distanciamento da tradição; 4.2.2. Formação discursiva da opinião e da vontade como base da legitimação; 4.2.3. Direitos humanos e a universalização de formas ocidentais de legitimação; 4.3. O problema da representação democrática no constitucionalismo: uma reformulação da pergunta a partir hermenêutica de Gadamer; 4.3.1. Formalismo e substancialismo no debate constitucionalista; 4.3.2. Sobre o direcionamento que a ficção da representação democrática confere ao debate constitucionalista; 4.3.3. A procura pelo estabelecimento de práticas de conversação como resposta mais modesta para os desafios políticos

4.1. Razão comunicativa e abertura para a crítica

4.1.1. Razão monológica e razão comunicativa

A hermenêutica recusa-se a responder as demandas políticas da época atual, o projeto habermasiano, por seu turno, configura-se como resposta aos desafios de nosso tempo³⁵⁶. Trata-se

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen: “Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos”. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (Org.): *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. . P. 80 e s.

um modelo enraizado em problemas factuais, mas conectado a uma moral procedimental capaz de legitimar decisões por razões que superam crenças locais³⁵⁷.

O escopo desse capítulo é investigar os fundamentos da razão comunicativa habermasiana e suas repercussões na política e no direito, bem como preparar o terreno para a fase seguinte, em que se enfrentará diretamente o debate entre hermenêutica e razão comunicativa.

A importância do confronto não deixa de conectar-se ao fato de que o modelo habermasiano, atualmente, ocupa posição central no debate político e de teoria do direito. Isso se deve a sua capacidade de absorver as críticas do pragmatismo e da hermenêutica à modernidade e, além da crítica, ao seu potencial para viabilizar decisões e indicar com clareza um percurso a seguir.

O grande mérito do procedimentalismo habermasiano está na proposta de reatar os laços entre moral e direito pela inclusão do outro – o que implica no abandono dos pressupostos solipsistas da filosofia da consciência. Dentre os pensadores do direito que procuram critérios para controlar decisões, Habermas tem, de fato, um dos projetos mais interessantes, contudo não está isento de críticas. Como veremos, sua maior dificuldade está na tentativa de alicerçar acordos em um convencimento, o mais possível, imune a afetos.

A razão comunicativa surge como resposta aos desafios legados por Adorno e Horkheimer (muito embora Habermas tenha se afastado, em alguns aspectos, da tradição frankfurtiana, não deixa de carregar parte de seu legado). As aporias de Adorno expõem o aspecto opressor da racionalidade e mostram os mais profundos dilemas do pensamento ocidental contemporâneo. A razão moderna objetifica o outro, torna-o manipulável. Faz-se necessária a crítica à razão, mas esta, para que seja digna de crédito, precisa articular-se racionalmente. Eis o paradoxo da razão negativa: o sucesso da crítica implica na sua própria ruína, isto é, na corrosão de seus próprios alicerces racionais³⁵⁸.

Para superar o dilema, Habermas retoma criticamente a teoria do conhecimento kantiana. A “*Crítica da Razão Pura*” tinha por escopo esclarecer as condições de possibilidade de um

³⁵⁷Cf. debate com Wolfgang Klein em HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa I – Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Madrid: Taurus, 1999. P. 50 e s.

³⁵⁸ ROUANET, Sérgio Paulo: *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. P.335.

conhecimento realizado a partir da relação entre sujeito e objeto. Dessa estrutura monológica, surgiriam idéias e conceitos, transmitidos através da linguagem. Formuladas nesses termos, as questões centrais gravitavam em torno da relação entre um hipotético mundo objetivo externo e existente em si mesmo e o mundo interno, subjetivo³⁵⁹.

A virada promovida por Habermas surge a partir da compreensão de que a vocação, o sentido primeiro da linguagem, não é representar objetos, mas sim conectar sujeitos, possibilitar a comunicação. Eis o novo sentido de racionalidade, agora construída a partir de um referencial dialógico. Verdade, nessa outra concepção, refere-se a atos que se realizam quando se diz algo a alguém, como em afirmações, promessas, ordens, etc. A pragmática formal de orientação universalista reivindica legitimidade a um saber intersubjetivamente construído e enfrenta a estrutura monológica fundada em um sujeito isolado e opressor. Pretende, assim, potencializar o aspecto emancipador da linguagem.

O eixo não é mais a relação entre sujeito e objeto - que passa agora a representar apenas um dos aspectos (cognitivo e instrumental) do processo comunicativo - é, sim, a relação entre sujeitos. Isso implica no abandono da busca pela verdade objetiva (correspondência), o tribunal também não é o Ser (como nas ontologias), é sim um procedimento que exige a participação de um interlocutor. O discurso precisa ser submetido a um processo argumentativo de prova e contraprova em que a comunicação acontece sem interferências estranhas para que chegue a um consenso racional.

É importante ressaltar desde já que, de fato, para a filosofia da consciência, o conhecimento é construído a partir da relação entre sujeito e objeto, mas não só isso, a subjetividade aí se encontra fora do tempo, reduzida a uma unidade de consciência. A referência é, então, o que acontece dentro desta consciência sem mundo. Habermas rompe com tal tradição ao procurar uma base outra em relação à consciência. O Outro, para ele ganha os traços de um interlocutor racional (a racionalidade do interlocutor é compreendida, por um lado, como suposição contrafática que orienta a comunicação cotidiana).

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. P. 10-22.

Como veremos, ao contrário do que Habermas afirma (segundo ele a hermenêutica não consegue romper com pressupostos da filosofia da consciência), Heidegger também rompe aquele padrão e busca a abertura a algo que está além da razão, da vontade ou da consciência intencional. Contudo, este Outro em relação à consciência não se mostra para a hermenêutica exclusivamente como um interlocutor.

De toda sorte, a razão comunicativa desiste de procurar qualquer ponto inicial de pureza ou, como na metafísica clássica um lugar que se supunha carregar uma verdade tão inquestionável, que, a partir dele, tudo o que fosse corretamente inferido seria também considerado verdadeiro. Admite, então, partir de contaminações e de um sujeito contextualizado (ao invés do Eu Puro) e não neutro – aí não está tão distante da tese heideggeriana de que o *Dasein* deve ser interrogado na sua cotidianidade. O cenário em que acontece toda a situação de fala é o mundo da vida, a plataforma de crenças que forja o horizonte a partir do qual desde sempre compreendemos³⁶⁰.

O mundo da vida nos envolve, estamos mergulhados nesse somatório de saber e poder, a racionalidade que aí acontece espontaneamente conforma pontos de partida que carregam sempre algum grau de arbitrariedade.

“A prática do agir orientado para o entendimento obriga seus participantes a antecipações totalizadoras determinadas, abstrações e ultrapassagens de limites.”³⁶¹

Para darmos sentido a nossas interações cotidianas, acreditamos estar conversando a respeito de objetos existentes em um mundo externo comum (isto é, rejeitamos a hipótese do solipsista) e supomos sermos seres racionais que se comunicam com um interlocutor também capaz de se expressar racionalmente. Estas idealizações, que têm uma função regulativa de orientação para a verdade, são representações da tradição, servem como fator de coesão e como

³⁶⁰ HABERMAS, Jürgen *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 2000. P. 447.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 47.

contrapeso contra o risco de dissenso. As suposições não são arbitrárias, surgem em ma prática pública, na qual os participantes se comportam segundo regras³⁶².

Ao invés da unidade da consciência transcendental ou de quaisquer metanarrativas, formas de vida plurais e concretas entram em cena. Essencial para a viabilidade da comunicação nos termos habermasianos é o fato de que as formas de vida particulares vida estão unidas entre si por carregarem estruturas comuns do mundo da vida em geral³⁶³.

4.1.2. Elementos do projeto de alcançar acordos racionais a partir da teoria da ação comunicativa

Mas o objetivo é ir além, a teoria do discurso quer superar a tradição (de que falara Gadamer) pela crítica (que, segundo Habermas, a conservadora hermenêutica não alcança). Para tanto, enfoca um aspecto da comunicação, o ato de fala: agir planejado capaz de provocar efeitos no mundo. O acento recai, portanto, na intencionalidade, noção que desde Austin e Searle encontra-se no cerne da teoria do ato de fala e que em Habermas torna-se a base da distinção entre agir comunicativo e estratégico:

*“Não podemos conceituar tais atos (ilocucionários e perlocucionários) sem fazer referência às intenções dos interlocutores – intenções que nem sempre se esgotam em dar a entender o que é proferido, e que – portanto – não podem ser ditas estritamente lingüísticas.”*³⁶⁴

São comunicativas as interações nas quais os envolvidos fazem acordos para coordenar planos de ação alicerçados em pretensões de validade levantadas pelos atores em seus atos de fala. Acordos estes realizados pela força vinculante da própria linguagem, ou seja, obtidos em

³⁶² HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa – Complementos y Estudios Previos*. Madrid: P. 65 e s.

³⁶³ HABERMAS, Jürgen: *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 2000. P. 452.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002. P. 42.

função de efeitos que surgem da compreensão e aceitação de uma pretensão de validade por parte do ouvinte (fins ilocucionários) ³⁶⁵.

Um ato de fala é entendido quando, ciente do contexto e das regras do jogo, compreende-se certas possibilidades de justificação que um falante poderia aduzir, a fim de convencer um ouvinte também supostamente racional. Isto é, quando se sabe que possibilidades interpretativas o tornam aceitável ³⁶⁶.

Contudo, nem todos os atos de fala são realizados com a intenção de alcançar o entendimento como no agir comunicativo. Na ação estratégica, o objetivo é exercer influência sobre o interlocutor ³⁶⁷. É a intenção dos atores que vai distinguir uma e outra hipótese: no primeiro caso, são evocadas as forças de ligação da linguagem, no segundo há a “objetificação” do outro, pessoas e coisas seriam instrumentos para alcançar fins pré-estabelecidos – e não construídos no interior do processo.

O efeito coordenador de ações surge de forças externas à comunicação, que exercem influências não só sobre a situação de ação, mas também sobre o interlocutor. O que para Habermas significa dizer que, nesse caso, os acordos não são estabelecidos sob bases racionais, já que a racionalidade manifesta-se nas condições para o acordo, no sucesso ilocutório ³⁶⁸.

Ainda é pertinente distinguir ação manifestamente estratégica e ação latentemente estratégica. Linguagem latentemente estratégica vive parasitariamente em relação ao seu uso público comum. Nesta hipótese, uma das partes precisa crer que a linguagem está sendo usada com orientação para o entendimento. Habermas ilustra o caso com o exemplo de alguém que pede dinheiro emprestado com o objetivo oculto de assaltar um banco. Já na ação manifestamente estratégica são enfraquecidas as forças ilocucionárias dos atos de fala e são forças exteriores à linguagem que provocam a ação; por exemplo, um assaltante que com a arma na mão ameaça a vítima, que se comporta de acordo com o comando não por ter sido convencida, mas por temer pela própria integridade física. Ameaças, em geral, são exemplos de atos de fala que perderam sua força ilocutória. Não vislumbram alcançar uma tomada de posição racionalmente motivada

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002. P. 42-44.

³⁶⁶ HABERMAS, Jürgen: *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. P. 81

³⁶⁷ HABERMAS, Jürgen: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002. P. 43-50.

³⁶⁸ HABERMAS, Jürgen: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002. P. 44-50.

por parte do interlocutor, muito menos têm por base razões gerais capazes de convencer qualquer um³⁶⁹.

Na modernidade descrente a razão se divide em racionalidades próprias para o tratamento de questões em um âmbito específico. Por exemplo, problemas empíricos são tratados dentro da comunidade de pesquisadores das ciências experimentais; os assuntos da moral e do direito são compreendidos no contexto da comunidade (em geral), do Estado democrático e do sistema de direitos; na estética, a produção e a avaliação de obras de artes, diz respeito à experiência do artista e do público. Dentro desse contexto plural e no âmbito de uma comunicação que visa ao entendimento mútuo cada interlocutor invoca pretensões de validade referente a três esferas: o mundo objetivo de coisas (verdade), o mundo social das normas (justiça) e o mundo subjetivo das vivências (veracidade)³⁷⁰.

“A ação comunicativa baseia-se em um processamento cooperativo de interpretação em que os participantes se referem a algo no mundo objetivo, no mundo social, e no mundo subjetivo mesmo quando em sua manifestação só sublinhem tematicamente um destes três componentes”³⁷¹.

Pretensões de validade podem ser aceitas imediatamente, sem necessidade de justificação, ou podem ser recusadas; caso em que nasce o dever de prova. Inicia-se um processo argumentativo, em que as posições dos interlocutores são modificadas e ajustadas reciprocamente até que se chegue a um consenso. Essas são as bases de uma racionalidade processual, que surge da capacidade dos atores alcançarem um saber falsificável nas dimensões do mundo objetivo, social ou subjetivo.

Habermas aposta na liberdade que advém do potencial de ligação com outro, ínsito à linguagem. A situação comunicativa usa essas forças emancipatórias capazes de provocar acordo sobre bases racionais – convencem, não apenas persuadem. O desiderato é lidar com problemas

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002. P. 60-80.

³⁷⁰ HABERMAS, Jürgen: *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. P. 44.

³⁷¹ HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa II – Crítica de la Razón Funcionalista*. Madrid: Taurus, 1999. P. 171.

típicos de um ambiente moderno e hipercomplexo sem cair na “perda de sentido”, que vem da desconstrução e de perspectivas incapazes de fornecer orientações suficientes para a ação.

O processo de diferenciação (modernização) implica num crescimento sem precedentes da racionalidade instrumental. Os sistemas, cada vez mais, tornam-se autônomos, funcionam a partir de códigos internos – tornam-se autopoieticos, nas palavras de Luhmann. Os sistemas tentam colonizar o mundo da vida pela força da racionalidade instrumental, a razão comunicativa pretende fornecer o contrapeso a tal processo³⁷². Solidariedade e coesão social seriam resgatadas pela coordenação comunicativa de ações, de uma maneira tal que se torna igualmente viável a proteção à autonomia do sujeito.

O que garante racionalidade não é qualquer atributo próprio do sujeito (o que implicaria permanecer no eixo da filosofia da consciência), mas sim a situação. Sujeitos não neutros, que se comunicam a partir de uma tradição e de uma ideologia, têm mobilizada sua capacidade de aprendizagem para conformar novas orientações sobre o mundo e produzir consenso.

Quando se refere a processos de aprendizado, Habermas realiza uma crítica ao conceito de consciência transcendental, já que para Kant seriam as construções sintéticas de tal consciência - que não se encontra em processo de formação – o ponto de partida do conhecimento. Para pensar o sentido de formação (*Bildung*), remete a Hegel, especificamente aos escritos de Jena, e à abdicação de uma teoria do conhecimento com base em um sujeito já pronto e acabado³⁷³. Habermas explica que também Heidegger ignora os resultados de processos intramundanos de aprendizado, pois concentra-se na semântica das visões lingüísticas de mundo, deixando de lado a pragmática de processos destinados à obtenção de entendimento.³⁷⁴

A situação lingüística ideal distingue o mero consenso fático de um consenso racional. Nela, há de haver acesso universal (todos são participantes potenciais), simetria entre os participantes, busca pelo entendimento mútuo, sinceridade (pressupõe-se que os participantes não enganam a si mesmos nem aos outros a respeito de suas intenções), incoerção estrutural (tempo ilimitado, ausência de coação). Estes postulados expressam a idéia de que é possível chegar a um

³⁷² NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 70 e s.

³⁷³ HABERMAS, Jürgen: *Técnica e Ciência como Ideologia*. Lisboa: Edições 70. P. 25-30.

³⁷⁴ HABERMAS, Jürgen: *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004. P. 81-82

entendimento através da suposição de que o processo de argumentação é capaz de resolver distorções na comunicação³⁷⁵.

Com a argumentação, as posições dos participantes vão sendo modificadas até que se cristalize um consenso. O melhor argumento não é aquele com o qual muitos ou a maioria concorda - mormente quando se trata de uma situação discursiva imperfeita, como as decisões jurídicas contaminadas por elementos como prazos e votações, cujos resultados garantem apenas a suposição da racionalidade -, mas aquele capaz de enfraquecer possivelmente todas as objeções³⁷⁶. A pragmática habermasiana tem orientação universalista – diferente de Rorty, por exemplo -, nele persiste a crença em algo que transcende casuísmos. Há muito do legado kantiano, como o próprio autor admite, ao revelar suas aspirações de realizar a transformação pragmática da filosofia kantiana.³⁷⁷

Atienza aproxima Habermas e Perelman, para quem o auditório universal é construído pelo orador³⁷⁸, do mesmo modo que, na situação comunicativa “*o assentimento potencial de todos os demais*”³⁷⁹ é condição de validade. O apelo a tal referência potencial serve como ideia regulativa, que implica na comprovação prática contra objeções faturalmente apresentada. Há, portanto, o retorno recorrente a um debate contextualizado, com novos argumentos e inserção em processos de aprendizado.

A situação linguística ideal é uma hipótese que pode ou não contradizer os fatos, as condições da fala empírica não são iguais às da situação ideal, no entanto, os atores devem agir contrafaturalmente para que ela não seja pura ficção. É uma ilusão constitutiva, pois agir pressupondo sua efetivação é uma antecipação necessária à realização da comunicação empírica³⁸⁰.

³⁷⁵ HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa – Complementos y Estudios Previos*. Madrid: Catedra, 1997. P. 153-154.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. :*A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 330-332.

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. P. 72.

³⁷⁸ PERELMAN, Chaïm: *Tratado de Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.112.

³⁷⁹ ATIENZA, Manuel.: *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick e Outros*. São Paulo: Landy, 2000. P. 237.

O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções efetivamente apresentadas. A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade – hábil para criar fatos sociais, bem como os perpetuar - repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto e que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores³⁸¹.

As objeções de Marcelo Neves ao projeto habermasiano giram em torno da ênfase dada por este ao consenso e a pouca importância atribuída ao fenômeno do desacordo. Neves crê que a pretensão de alcançar o consenso sobrecarrega o mundo da vida; sua proposta visa ir além de Habermas e, ao invés de consenso, construir mecanismos sociais de institucionalização do dissenso (voltaremos a esse ponto).³⁸²

4.2. Modernidade reflexiva: descentramento e democracia

4.2.1. Reflexividade e distanciamento da tradição

Habermas lembra que a palavra “moderno” tem suas origens no século V, referia-se ao novo cristão compreendido em oposição ao velho pagão. O emprego do vocábulo já revelava a preocupação com o que é nascente e aparece como marco que funda o presente e projeta um futuro. Este é um traço marcante do novo espírito moderno, que olha para si mesmo com orgulho de ter triunfado diante do antigo³⁸³. A pré-história imediata é desvalorizada, compreendida como algo que deve ser deixados para trás, junto com mitos obsoletos. A orientação é por distanciar-se desses últimos e criar novas referências a partir da única autoridade que deve restar: a razão. Com o desgaste de crenças em autoridades (humanas ou sobre-humanas) bem como em conteúdos éticos universais, a modernidade está diante do desafio de se estabilizar a partir da razão.³⁸⁴

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 56-57.

³⁸² NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 138 e s.

³⁸³ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 165 e s.

³⁸⁴ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 168

No estágio atual do processo de modernização, o fim das reservas energéticas que alimentaram a industrialização e também os problemas gerados por “efeitos colaterais” da modernização não podem mais ser transferidos para nações periféricas ou gerações futuras. São problemas atualmente vigentes para todos³⁸⁵.

Diferentemente de visões escatológicas ou das idéias marxistas de que as contradições do capitalismo o levariam ao seu fim, Habermas acredita que o fato de as sociedades modernas terem se tornado reflexivas torna-as preparadas para reagir melhor e encontrar novas respostas para seus dilemas.

*“Porque a diferenciação funcional de sistemas parciais altamente especializados sempre continua, a teoria dos sistemas erige a auto-cura com base em mecanismos reflexivos.”*³⁸⁶

Na pré-modernidade, as fontes de solidariedade social nasciam espontaneamente a partir de crenças e de um modo de vida comum. O aumento de complexidade leva à dissolução da unidade social, daí o risco de desintegração. Mas a reflexividade fornece um contrapeso a essa tendência desintegradora, em função de seu poder de crítica dissolve a validade evidente de tradições culturais, mas, por outro lado, a mesma reflexividade abre espaço para que surjam novas formas de solidariedade³⁸⁷.

A modernização trouxe consigo a diferenciação, que, por sua vez, levou a um excesso de autonomia dos subsistemas – este é um lado da reflexividade. Por operarem apenas a partir do próprio código, os subsistemas perdem sensibilidade para alguns efeitos externos (pois estes não podem ser decodificados em toda sua extensão pelo código específico). O subsistema econômico, que processa informações a partir do código ter/ não-ter é relativamente insensível, por exemplo, para consequências ecológicas que uma decisão econômica pode vir ter em um longo prazo³⁸⁸.

³⁸⁵ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 168.

³⁸⁶ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 170

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 196.

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 197

A estrutura social só funciona propriamente graças a uma reflexividade de outro gênero, isto é, graças ao auto-influxo político³⁸⁹ – que é uma forma de auto-reflexão. É decisiva, portanto, a instituição de procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade. Mecanismos reflexivos permitem a auto-cura de sistemas diferenciados; um direito legítimo – porque articulado a partir de tais mecanismos – pode compensar déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional.³⁹⁰

A hipercomplexidade atrofia o consenso de fundo, mas Habermas crê que ele pode ser restabelecido pela comunicação. Os discursos modernos são peculiares por se submeterem a padrões auto-referentes, capazes de auto-controle e auto-correção em caso de descumprimento da exigência de abertura e de máxima inclusão – por exemplo, no caso de critérios ocultos de seleção de participantes ou de temas.

Também na esfera privada, com a dissolução de condições padronizadas de vida, os indivíduos sentem, diante da diversidade de opções, o crescente fardo de decisões que eles têm de tomar autonomamente. A ruptura com crenças pré-modernas gera uma expectativa social de decisões descentralizadas, o que aumenta a capacidade de autocontrole. A comunicação entre sujeitos que se supõem “livres” e não tão fortemente conectados a papéis tradicionais é a fonte de solidariedade discursiva³⁹¹.

A busca por uma solidariedade que surge a partir do convencimento racional e não persuasivos que pretende ser, até certo ponto, imune a alianças afetivas fáticas é criticada por Gadamer. Este não retira a importância da construção de solidariedade e da procura por acordos, para ele, o problema é que a solidariedade social sempre irá assentar-se em afetos. É um artifício perigoso – por ter o potencial de ocultar as conexões fáticas que geram solidariedade – alicerçá-la apenas em um convencimento racional. Grupos sociais de tradição distintas possivelmente não entrarão em acordo e as razões evocadas poderão sempre ser compreendidas tanto por um lado

³⁸⁹ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 197

³⁹⁰ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade V. I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 129.

³⁹¹ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 197-198.

como por outro como uso estratégico da linguagem (por trás dessa idéia há a tese gadameriana de que razão e autoridade não podem ser separadas).³⁹²

4.2.2. Formação discursiva da opinião e da vontade como base da legitimação

O procedimentalismo habermasiano é também uma resposta ao ceticismo positivista no que diz respeito à possibilidade de conexão entre direito e moral. Ao fornecer uma justificação processual para o Estado Democrático de Direito, Habermas conecta teoria do discurso, moral, princípio da democracia e direito. Até então essa associação não havia sido propriamente realizada. Nosso autor mostra que, na tradição do pensamento ocidental, o debate sobre ética guardava um forte lastro subjetivista – era uma reflexão solitária hábil para transformar enfoques de individuais com relação à própria vida - perspectiva, que, para a razão comunicativa, sobrecarrega a interioridade com a tarefa de autoconhecimento e decisão. Articular a moral junto com a teoria do discurso significa compreendê-la de modo descentralizado do ego.

Tanto a moral hobbesiana, como a kantiana, por exemplo, partem de um enfoque centralizado. Em ambos os casos, decisões surgiriam de uma só instância - do sujeito ou da comunidade –, não há articulação de vontades de atores diversos. Hobbes pensa em interesses egoístas racionais de seres humanos em um hipotético estado de natureza. Os indivíduos aí ainda não teriam aprendido a assumir a perspectiva do outro. Kant parte de um direito humano primordial fundado na liberdade individual: o sujeito kantiano examina leis através da razão, esta fornece, moralmente, os limites da liberdade. A tradição liberal encontra-se próxima à Kant, quando privilegia direitos humanos, compreendidos como um dado, que precedem e limitam a vontade do legislador político e têm a função de proteção contra o perigo da tirania da maioria. Mais próxima a Hobbes está a tradição republicana, segundo a qual há um valor próprio e não instrumentalizável da auto-organização dos cidadãos. Nesse sentido, os direitos humanos só seriam obrigatórios se a comunidade assim os concebesse³⁹³.

³⁹² GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 312.

³⁹³ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade V. I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 122 e s.

O pensamento moderno não pôde desfazer a concorrência entre direitos humanos e soberania do povo por compreender o processo de autolegislação a partir de pressupostos da filosofia da consciência. A virada realizada pela teoria do discurso habermasiana acontece quando esta propõe que autolegislação deve ser pensada a partir do princípio do discurso e este, através do princípio da democracia, há de ser institucionalizado juridicamente.³⁹⁴

As forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento aproximam razão e vontade e permitem alcançar acordos racionais. Tais forças devem impulsionar o processo legislativo e de concretização do direito para que este não se sustente apenas em consensos fáticos (preso a vícios e idiossincrasias locais), mas se apóie em normas com as quais todos os indivíduos potencialmente atingidos poderiam vir a concordar. Um sistema de direitos com pretensões de legitimação precisa institucionalizar juridicamente formas de comunicação que permitam uma legislação política autônoma.

Nesse ponto está a conexão entre forma e substância: os direitos humanos (substância) participam das condições formais para a institucionalização da formação discursiva da vontade política³⁹⁵.

É através desse nexos (entre direitos humanos e soberania popular) que Habermas pretende fornecer uma justificação processual para o Estado Democrático de Direito. O princípio da soberania popular é garantido por um procedimento em que os cidadãos têm garantidos os direitos à comunicação e à participação (que tem a função de garantir a autonomia individual). Complementarmente, direitos humanos vão legitimar o processo legislativo e institucionalizar as condições de comunicação para a formação da vontade política racional; logo, possibilitam o exercício da soberania popular.³⁹⁶

Direitos humanos adquirem aqui um sentido bastante específico. De maneira semelhante à tradição liberal, eles têm força por si mesmos, mas, diferente dela, seu vigor advém de pressupostos pragmáticos para a formação da vontade, tais pressupostos recusam sua natureza de

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 149 e s.

³⁹⁵ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 139 e s.

³⁹⁶ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 162 e s.

dados, cuja configuração pronta e acabada haveria de ser imposta. Direitos humanos são construídos e vão adquirindo forma a partir de acordos racionais.

Os direitos políticos apenas (direitos à comunicação e à participação) não são suficientes para a formação da vontade democrática. Eles devem vir juntos com os direitos clássicos à liberdade, capazes de garantir autonomia privada (chances iguais para conquistarem objetivos privados), e que, para Habermas, possuem valor intrínseco e não devem ser absorvidos apenas como meios para a democracia. As autonomias privada e pública pressupõem-se de modo recíproco: os cidadãos só poderão utilizar apropriadamente sua autonomia pública caso tenham garantida, de modo igualitário, sua autonomia privada. Isso fica claro se tomarmos como exemplo o direito à liberdade de ação subjetiva, sem o qual não haveria como institucionalizar uma prática de auto-determinação. Do mesmo modo, os cidadãos apenas terão sua autonomia privada em termos igualitários caso façam uso adequado da política³⁹⁷.

Na base de tudo está um tipo específico de conexão entre regras jurídicas e morais, que são colocadas lado a lado, ao invés de uma relação de subordinação, como na legitimação do direito a partir de critérios de justiça alicerçados na metafísica clássica. A moral pós-tradicional é, antes e tudo, uma forma de saber cultural autônoma a ser internalizada e o direito positivo, além de uma forma de saber, é um sistema de ação – que depende de legitimação –, ambos devem ser compreendidos complementarmente. O princípio da democracia fornece o caminho da institucionalização do princípio do discurso (formação política racional da vontade)³⁹⁸ e amarra o processo jurídico de normatização. Ele pressupõe a possibilidade de decisão racional de questões práticas das quais depende a legitimidade das leis. O princípio da moral funciona como regra e argumentação para decisão de problemas morais. O princípio da democracia não consegue esclarecer a maneira pela qual questões políticas devem ser abordadas – tal pergunta deve ser respondida preliminarmente numa teoria da argumentação –, por isso não se encontra no mesmo nível do princípio da moral; este envolve todas as normas de ação justificáveis e aquele, normas de direito, que são produzidas intencionalmente, portanto, pode-se dizer, possuem um caráter artificial.

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 155 e s.

³⁹⁸ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 145-149.

De uma maneira sintética, a idéia é que o sistema de direitos legítimo deve, além de institucionalizar procedimentos capazes de tornar racional o processo de formação de vontade política, proporcionar instrumentos pelos quais essa vontade possa se expressar como vontade comum dos participantes.³⁹⁹

O princípio do discurso vai introduzir as categorias de direito que geram o próprio código jurídico, como direito a iguais liberdades subjetivas de ação (direitos à associação e direitos processuais) e direitos liberais clássicos (dignidade, liberdade, vida). É preciso garantir, pelo direito à auto-legislação, as condições a partir das quais os cidadãos podem avaliar se o direito que estão criando é legítimo. Indivíduos são portadores de direitos subjetivos, do mesmo modo, atribuem-se reciprocamente certos direitos objetivos. Há, portanto, uma co-originariade⁴⁰⁰ entre ambos, que tem por base a ideia segundo a qual os indivíduos devem ser autores e destinatários de um sistema de direitos.

“O nexa interno entre direito objetivo e subjetivo, de um lado, entre autonomia pública e privada, de outro, só pode ser explicitado se levamos a sério, tanto a estrutura intersubjetiva dos direitos, como a estrutura comunicativa da auto-legislação.”

401

A Constituição é um projeto a ser concretizado em todos os níveis do sistema e os cidadãos devem ser compreendidos como legisladores constitucionais. Serão eles que decidirão qual a configuração dos direitos que confere ao princípio do discurso a forma de princípio da democracia. Devem, portanto, ler o sistema de direitos a partir de sua situação e dar uma orientação concreta ao que consideram legítimo.⁴⁰²

³⁹⁹ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P.143-147

⁴⁰⁰ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 150.

⁴⁰¹ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.P. 150.

⁴⁰² HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade* V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 166.

Tal prática pressupõe a compreensão intuitiva do princípio do discurso. De fato, a pragmática do discurso apóia-se em pressuposições que ocorrem espontaneamente na comunicação cotidiana e que ganham um teor específico na prática intersubjetiva de auto-legislação. Isto fica claro quando observamos que antes mesmo do reconhecimento do aspecto moral ou de qualquer nexos entre direitos humanos e soberania do povo, direitos subjetivos já recebiam um forte peso nas ordens jurídicas modernas. O discurso sobre sistema de direitos tem em vista alguma coisa em relação a qual as diferentes explicações da auto-compreensão de uma prática coincidem. Destarte, a introdução teórica em abstrato de direitos fundamentais de Habermas pretende, na verdade, explicitar algo que já acontecia naturalmente, mas que, agora, recebe força legitimadora⁴⁰³.

Bárbara Smith, dentro do cenário pragmatista norte-americano, faz objeções à aspiração habermasiana de justificar práticas moralmente a partir de normas “incondicionalmente validadas” (princípio da moral). Segundo ela, a “filosofia racionalista” habermasiana configura: “*um modelo de domínio retórico/intelectual, simultaneamente conciliatório e intransigente*”⁴⁰⁴. Smith argumenta, em estilo rortiano, que a única maneira de tornar praticáveis os imperativos da ética do discurso é anexar a eles qualificações particularizantes, como “*Habermas repetidamente reconhece, mas não admite que reconhece*”⁴⁰⁵. Não admite porque tal objeção levada tão a sério como querem os pragmatistas implica em abdicar dos rumos universalizantes de seu projeto.

4.2.3. Direitos humanos e a universalização de formas ocidentais de legitimação

Existe uma tensão peculiar entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua efetivação. Nesse ponto, o debate cruza as fronteiras acadêmicas, irrompe no centro das grandes polêmicas de direito internacional e tem seu vigor estampado nas manchetes dos jornais.

⁴⁰³ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 165 e s.

⁴⁰⁴ SMITH, Bárbara Herrstein: *Crença e Resistência. A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. São Paulo: Unesp, 2002. P. 227.

⁴⁰⁵ SMITH, Bárbara Herrstein: *Crença e Resistência. A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. São Paulo: Unesp, 2002. P. 222 - 223

A pergunta é: será que tal forma de legitimação, calcada na tradição ocidental, deve ser aceita por outras culturas?

Habermas recusa a tese cética a respeito da possibilidade de universalização – sustentada atualmente por autores como Rorty –, segundo a qual o discurso ocidental acerca dos direitos humanos reflete nada mais do que um jogo de poder e esconde a pretensão de impor a todos o modo de vida do ocidente. Argumenta que o modelo de política procurado pelas nações européias, apesar de determinado pela tradição – como não poderia deixar de ser –, pode ir além dela, através da capacidade de autocensura da modernidade reflexiva e impõe-se, outrossim, como tentativa eficaz de responder a desafios da hipercomplexidade social.

A história ensinou o pensamento europeu a obter distância das próprias tradições (descentralização). É essa a vantagem do racionalismo, que, na Europa, permite a atualização dos direitos humanos por um discurso que quer ouvir a todos, de tal modo que, pelo confronto de diversas opiniões, questões latentes possam vir à tona e serem corrigidas. Os “pontos cegos” de uma perspectiva vão sendo apontados por outra dentro do processo comunicativo. Isso é o que Habermas chama de “traço detetivesco” dos discursos sobre direitos humanos⁴⁰⁶ – a capacidade de expor exclusões e jogos de poder que inclusive podem usar o próprio discurso “humanista” como álibi. Por exemplo, interesses econômicos mascarados pelo discurso norte-americano, que pretende justificar a intervenção em países do Oriente Médio como defesa aos direitos humanos, poderiam ser detectados em uma situação discursiva, da qual participassem representantes de várias nações em posições simetricamente estabelecidas.

Habermas reconhece ser comum que no discurso jurídico (como em qualquer outro), por trás de reivindicações universalistas, haja a tentativa de impor o poder. A especificidade de sua tentativa de universalizar direitos subjetivos (nos moldes ocidentais) está no fato de que existe aí não só a proteção de um modelo de vida ético, mas também a garantia de que cada participante deve se orientar por preferências próprias, livre de imposições de valores pré-estabelecidos. Essa forma de organização jurídica também tem como vantagem a adaptação a exigências socioeconômicas de descentralização no processo de decisão. São, de fato, segundo Habermas,

⁴⁰⁶ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 152.

critérios socioeconômicos que decidem a questão da universalização de padrões modernos e, como ele mesmo admite, europeus⁴⁰⁷.

Sociedades asiáticas que pretendem a inclusão na economia capitalista moderna não podem deixar de levar em conta a funcionalidade de uma ordem jurídica individualista no contexto atual⁴⁰⁸.

De toda sorte, para Habermas, não se justifica um modelo de desenvolvimento no qual a liberdade individual é submetida ao “bem estar da comunidade”. Caso em que o indivíduo se submeteria a uma relação paternalista com o Estado, faltar-lhe-ia a representação simbólica do ganho de poder (que subjaz principalmente aos direitos políticos), importante para o amadurecimento social. Os cidadãos só se tornam autônomos em um sentido político, quando tomam as rédeas da vida pública do mesmo modo que o fazem na vida privada e reconhecem-se como autores das próprias leis.

Marcelo Neves levanta objeções a esse projeto e aponta para o perigo de práticas que se fundam no caráter moral e racional da intervenção humanitária, realizadas unilateralmente por grandes potências (muitas vezes com respaldo em organismos internacionais). Neves crê que a proposta de Habermas acaba por legitimar não uma “política interna mundial”, mas uma política externa do Ocidente de vigilância dos direitos humanos. Configura-se uma “*moralização simbólica dos direitos humanos*” - a referência ao simbólico tem o sentido de chamar a atenção para uma força política latente, que está por trás do discurso manifesto de legitimação pelos direitos humanos. A conclusão é que as decisões sobre intervenção são muito mais mandados de poder do que de direito e, portanto, tendem a proceder contra os próprios direitos humanos⁴⁰⁹.

Humanismo ganha em Habermas sentido eurocêntrico, calcado no tipo de racionalidade desenvolvida pela tradição européia, como o próprio autor admite:

⁴⁰⁷ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 153.

⁴⁰⁸ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 156-159.

⁴⁰⁹ NEVES, Marcelo: “A Força Simbólica dos Direitos Humanos” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005. www.direitodoestado.com.br.

“As minhas reflexões apologéticas representam o tipo de legitimação ocidental como uma resposta aos desafios gerais aos quais hodiernamente não apenas a civilização ocidental está exposta”.⁴¹⁰

A adesão irrestrita ao modelo habermasiano carrega o risco de que um humanismo fundado na identidade de um modo de vida e de uma forma de se comunicar (alicerçada na racionalidade) passe a reinar e outras formas de comunicação e solidariedade percam a força.

O sociólogo Sérgio Costa oferece uma alternativa interessante para enfrentar o dilema⁴¹¹. Propõe que os direitos humanos sejam de alguma maneira universalizados, mas não de um modo impositivo e sem perder a conexão com o lugar de onde vieram. Os direitos humanos devem ser encarados como metáfora, como um código fraco⁴¹², que identifica ao mesmo tempo em que preserva as diferenças. A abertura da comunicação por metáforas (admitidas como tal) permite a decodificação em termos do modo de compreender de cada cultura. O sentido dos direitos humanos surge a partir de crenças compartilhadas em uma comunidade linguística, a qual segue construindo significados no uso comum. A proposta de Costa permite o intercâmbio e a confrontação de crenças (capaz de desmascarar mitos), sem que haja apropriação de um sentido por outro e de uma cultura por outra.

Nem sempre o diálogo dá ensejo a uma troca entre iguais. Uma tradição (que estabelece um sentido específico para as palavras) pode pretender (na maior parte das vezes, subliminarmente) impor-se sobre a outra. Nesse caso, surgem duas hipóteses extremadas: no primeiro cenário, um universo de significações incorpora o outro e, assim, a diferença é suprimida; na segunda alternativa, os sistemas reagem defensivamente às tentativas de colonização e fecham-se, sobrevivendo autonomamente, sem se comunicar.

⁴¹⁰ HABERMAS, Jürgen: “Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos”. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (Org.): *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. . P. 82

⁴¹¹ COSTA, Sérgio: “Redes Sociais e Integração Transnacional: Problemas Conceituais e um Estudo de Caso. In *Política e Sociedade*, v. 2, n. 2. ISSN 1677-4140. UFSC, 2003. P. 151-174. <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/4957/4316>.

⁴¹² Para uma definição mais detalhada de códigos fortes e fracos cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 136-138.

A utilização da linguagem metafórica como instrumento de intercâmbio pode vir a fortalecer um terceiro caminho e propiciar uma troca menos violenta. A metáfora retira uma palavra de uma esfera de significação familiar, transferindo-a para uma outra, estranha. A linguagem metafórica é centrada em semelhanças - não identidades -, busca estabelecer a representação do mundo por meio de analogias; por isso, tem a vantagem de não procurar esconder as imperfeições da linguagem (como escreve Warat: “definir é sempre fazer analogia⁴¹³”). Quando um termo é retirado de seu contexto familiar e re-significado no outro contexto, o canal de comunicação é fortalecido sem que haja supressão da diferença. O uso de metáforas pode fomentar uma comunicação capaz de reinvenção de sentidos e que não procura apagar a força iniciadora das palavras.

Tomemos como exemplo a *Affirmative Action* nos EUA. A tradição norte-americana ensinou a compensar um tratamento historicamente desigual - que deu ensejo a uma sociedade atualmente injusta - pelo estabelecimento de políticas que impulsionam empregabilidade, educação e saúde tendo-se em conta gênero, raça e origem étnica do indivíduo.

No que diz respeito à relação entre o modelo norte-americano e as políticas no Brasil que estabelecem, por exemplo, a instituição de cotas para negros em universidades públicas, há duas teses opostas: a primeira diz que a realidade brasileira nada tem a ver com a americana, e devemos procurar dar os rumos da política a partir nossa história e deixar de lado a solução dos outros; do outro lado, há o argumento de que se deve importar e seguir as orientações de uma fórmula bem sucedida. A compreensão metafórica de tais ações dá ensejo a uma terceira via. Ensina a olhar e aprender o que é interessante no exemplo norte-americano, sem simplesmente copiá-lo e assim estabelecer a conversação que não deve se transfigurar em submissão.

4.3. O problema da representação democrática no constitucionalismo: uma reformulação da pergunta a partir hermenêutica de Gadamer

4.3.1. Formalismo e substancialismo no debate constitucionalista

⁴¹³ WARAT, Luis Alberto: *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 49.

Vimos que o modelo habermasiano procura legitimar o direito a partir de uma moral procedimental, a tarefa agora é explorar a questão dentro do âmbito do constitucionalismo. O debate espanhol ajudará a ilustrar o problema, está em jogo aí a força que os princípios fundamentais – notadamente os que protegem direitos humanos – devem ter sobre normas inferiores e a sua natureza; se eles têm força própria (substancialismo) ou adquirem-na quando são transformados em norma.

Há um interesse em investigar a polêmica sobre constitucionalismo também por dois outros motivos. A leitura gadameriana do debate servirá como exemplo de crítica da hermenêutica, bem como ilustrará a maneira pela qual ela reformula uma pergunta e orienta assuntos práticos. Do mesmo modo, deveremos começar aqui a aludir pontos de confronto entre hermenêutica e razão comunicativa, tendo em vista preparar o terreno para o desenvolvimento do debate no capítulo seguinte.

Jeremy Waldron é o mais ferrenho opositor do constitucionalismo. Podemos sintetizar seus argumentos em duas teses. A primeira diz que não há que se cercear o poder de decisão das gerações futuras pelo que se pensou no passado, portanto, não existe qualquer razão que justifique a supremacia constitucional. O segundo argumento propõe que é um equívoco falar em legitimidade do judiciário para limitar o poder legislativo por inconstitucionalidade, já que aquele não representa a vontade do povo⁴¹⁴.

Tal projeto anti-constitucionalista é criticado por José Juan Moreso. Segundo ele, caso se admita que existe acordo pelo menos no que diz respeito ao direito de participar, deve-se reconhecer também que há acordo sobre outras questões. O procedimentalismo não se sustenta por si mesmo, valores (como igualdade e participação) estão sempre por trás de qualquer decisão - inclusive a opção pela democracia em sentido formal -, sendo assim, não há porque desconsiderar a hipótese da existência de um núcleo substancial de valores que regem cada sociedade e que talvez possam ser expressos por fórmulas abertas (mas não vazias) como princípios. Estes, para Moreso, não devem ser compreendidos somente como zonas de incerteza,

⁴¹⁴ LAPORTA, Francisco: “El Ámbito de La Constitución”. *Doxa*, n 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001, p. 475.

há casos paradigmático em que se pode falar em um acordo generalizado sobre o sentido de certos princípios, hipóteses em que orientam claramente a ação.

Segundo Moreso a constituição é um pré-compromisso que tem a função de dar direção e unidade à atividade legiferrante e permite, muitas vezes, um saudável afastamento de determinadas questões da agenda política cotidiana. A defesa da existência de um pré-compromisso é feita através de uma alusão à mitologia grega: Ulisses, num momento de maior lucidez, optou por cercear o próprio poder de decisão e para não se deixar seduzir pelo canto das sereias, amarrou-se ao mastro do navio.

Quanto à jurisdição constitucional, Moreso afirma acertadamente que não se pode responder à pergunta sem olhar para as circunstâncias específicas de cada Estado e sua cultura constitucionalista. Não deve haver, portanto, uma solução dada de antemão⁴¹⁵.

Laporta, mais próximo de Waldron, reconhece a crise da lei, mas crê que a superação só pode vir com o aperfeiçoamento da legislação e não pela via judicial ou pela hipertrofia da constituição. Sobre a objeção democrática à primazia constitucional, Laporta pergunta: partindo do pressuposto segundo o qual o legislativo representa de maneira fidedigna a maioria dos cidadãos (importa sublinhar a força e o papel que tal ficção adquire dentro da argumentação de Laporta) e que toma decisões pela regra de maioria; qual pode ser a razão que justifique a sobreposição de um texto constitucional que limite esse órgão (a constituição impõe crenças de uma geração para outra)? Por que propor um pré-compromisso se não se trata de um Ulisses racional e um outro irracional, mas simplesmente de gerações distintas?

“Como estamos presuponiendo aquí que los órganos democráticos representan fidedignamente a la sociedad y toman sus decisiones mediante el principio de mayorías, en el caso de la exigencia de mayorías cualificadas se produce sin duda una interceptación del proceso democrático así entendido, pues una minoría puede hacer

⁴¹⁵ MORESO, José Juan: “Sobre el Alcance del Precompromiso”. *Doxa*, n.1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p 100-108.

*triunfar su posición simplemente oponiéndose al cambio y votando la preservación del status quo*⁴¹⁶.

Laporta coloca a idéia de que o legislativo representa o povo de maneira fidedigna como um ponto de partida não problematizado. Lembrando uma das mais importantes lições da hermenêutica, um texto é sempre resposta a uma pergunta, a tarefa que se impõe é a de perquirir se as perguntas corretas estão sendo feitas, já que elas fornecem a direção – na verdade, já carregam secretamente suas respostas. É relevante considerarmos, portanto, que colocar a ficção da representação perfeita como axioma inicial dirige a discussão para o viés analítico (que nesse ponto fica mais evidente, muito embora perpassa toda argumentação de Laporta) e distancia o debate do problema concreto.

A questão seguinte proposta por Laporta refere à justificação da existência de sistemas rígidos de reforma. Para respondê-la, nosso autor afirma ser necessário procurar o que o texto constitucional pretende proteger. Nas constituições podem ser incluídos temas triviais relacionados às circunstâncias da elaboração do texto; há também as “regras de mordaza” (*gag rules*), cujo conteúdo realiza uma autocensura estratégica para evitar desacordos difíceis de conciliar, e serve, do mesmo modo, para pôr termo à questão e evitar uma discussão sem fim. Tais regras podem ter origem em momentos de mudança democrática em que ocorrem concessões durante o processo de reestruturação do poder - por exemplo, o caso de normas constitucionais que garantem a impunidade de ditadores, possivelmente obtidas em troca de uma maior abertura no processo de transição política. Laporta sustenta que é possível avaliar constituições por um critério de justiça:

*“las razones aceptables para constitucionalizar y atrincherar algunos extremos han de ser razones sustantivas anteriores a cualesquiera circunstancias contingentes de la comunidad política.”*⁴¹⁷

A justificativa para o entrincheiramento tem que repousar sobre direitos individuais básicos (anteriores ao direito positivo) e deve ser concretizado através de meios democráticos,

⁴¹⁶ LAPORTA, Francisco: “El Ámbito de La Constitución”. *Doxa*, n 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001, p. 467

⁴¹⁷ LAPORTA, Francisco: “El Ámbito de La Constitución”. *Doxa*, n 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001, p. 471

tais como certas “cláusulas de retorno” (cláusulas de *enfriamiento*)⁴¹⁸. Quanto a essas últimas, existem casos em que são perfeitamente condizentes como os princípios de democracia, como no referendo, e há casos menos claros, como no mecanismo bicameral, em que a caracterização como um procedimento democrático depende do modo pelo qual são eleitos os membros de uma das câmaras. O “limite vedado” (*coto vedado*) deve, então, ser constituído por direitos fundamentais e mecanismos institucionais democráticos que conformam condições para a sua garantia.

Contra o exagero de Waldron, Laporta sustenta que não é antidemocrático entrincheirar certas matérias por meio de determinados mecanismos. “Contar cabeças” não deve ser o único critério, é preciso ainda garantir que as normas sejam públicas, não retroativas, que possuam atributos derivados de direitos substanciais, propiciem condições para a garantia de direitos fundamentais, entre outras características. Fato é que a aplicação estrita da objeção democrática levaria a uma reabertura incessante de decisões e, por fim, à inviabilidade do processo democrático. Deve haver, portanto, um conjunto de medidas que entrincheirem decisões. Laporta conclui que, nesses termos, a primazia da constituição pode conviver perfeitamente com o caráter democrático do ordenamento.

Não tão distante de Laporta, Bayon procura superar o conflito através do uso um conceito mais rico e matizado de democracia. Propõe que o constitucionalismo “débil” seria a sua forma institucional genuína. O cerne da questão, para Bayon, está na investigação daquilo que se encontra na intersecção entre a adesão a uma moral substantiva e a eleição de um desenho institucional específico para uma comunidade política. O autor procura estabelecer-se em uma posição intermediária entre os defensores da jurisdição constitucional e a de seus críticos, que fazem uso da objeção contra-majoritária. Estes últimos, no rastro de Waldron, resolvem o problema de maneira dedutiva, partem da premissa de que o judiciário não é um órgão representativo, logo, sua intervenção se afasta do ideal de participação igualitária nas decisões públicas.⁴¹⁹ Por isso, regras de maioria reforçada (o veto da minoria) são compreendidas como mecanismos que servem para manter o *status quo*. De outro lado, há o argumento de que a

⁴¹⁸ LAPORTA, Francisco: “El Ámbito de La Constitución”. *Doxa*, n 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001, p. 474.

⁴¹⁹ BAYON, Juan Carlos: “Derechos, Democracia y Constitución”. *Doxa*, n. 1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p 74.

obediência efetiva aos direitos individuais não depende tanto de um sistema constitucional como de uma cultura política; então, a alternativa supremacia parlamentar (Waldron) versus constitucionalismo seria um problema supérfluo em algumas sociedades e, em outras, insuficiente. Não obstante a parcela de verdade alcançada por essa última corrente, para Bayon, não se pode deixar de observar que entre cultura política e sistema institucional há relações de influência recíproca e que talvez seja um erro dar peso demais a qualquer um dos pólos.

Segundo Bayon, usar metáfora de Ulisses como justificativa para o pré-compromisso é um artifício enganoso. Trata-se de uma analogia equivocada entre os planos individuais e coletivos e uma valorização diferenciada das circunstâncias em que se adota uma decisão. É como se o momento constituinte fosse sempre melhor que o momento de legislação ordinária (crítica que, como veremos, dirige-se também ao neofederalismo de Ackerman).

Bayon argumenta que devemos partir do pressuposto de que a democracia e a tomada igualitária de decisões é algo valioso. O procedimento democrático ficaria desfigurado sem a satisfação prévia de certas condições - um processo de deliberação e conformação das vontades efetivamente aberto a todos sobre bases equitativas -, o que implica em entrenchamento constitucional não só de um mecanismo procedimental, mas também daqueles direitos considerados como condições para uma genuína decisão democrática - tese bastante similar a de Habermas. No final das contas, procedimentalismo exige que não só que se constitucionalize o procedimento democrático e seus pressupostos, mas que, além de tudo, estes sejam proclamados irreformáveis⁴²⁰.

Ao criticar Waldron, Bayon faz uso de um raciocínio inverso ao de Moreso. Este afirma que se há acordo a respeito do procedimento, nada impede que haja, igualmente, consenso no que diz respeito à substância. Aquele propõe que em uma comunidade política não existe acordo sobre procedimento, nem substância, mas que é preciso decidir nesse ambiente de dissenso, por isso, não há razão para o impedimento da incorporação de restrições substantivas⁴²¹.

⁴²⁰ BAYON, Juan Carlos: "Derechos, Democracia y Constitución". *Doxa*, n. 1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. P. 80.

⁴²¹ BAYON, Juan Carlos: "Derechos, Democracia y Constitución". *Doxa*, n. 1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. P. 83.

Quanto à jurisdição constitucional, Bayon considera a ideia de defender, sem restrições, que os juizes não impõem sua vontade, mas explicitam a vontade mais fundamental do legislador constituinte não faz sentido. Há que se ter em conta a “brecha interpretativa” dos juízes. E o leque de possibilidades aumenta ainda mais quando se trata de direitos fundamentais expressos por princípios, que carregam um grau mais elevado de vagueza e ambigüidade. Faz-se, então, necessária a sua leitura moral. O procedimento de determinação - inevitável quando se trata de fórmulas abertas, como princípios -, para Bayon, é supérfluo se há regras precisas. O problema é que são poucos os limites substantivos que podem ser estabelecidos sob a forma de regras, porque, em primeiro lugar, há um dissenso generalizado acerca do conteúdo e, em segundo lugar, pela própria dificuldade de ser exato em uma questão tão delicada, em que possivelmente poderemos querer retroceder em virtude das circunstâncias peculiares de casos concretos.

Em constituições flexíveis é o legislador quem determina o conteúdo do “limite vedado”. No caso de constituições rígidas, em que o procedimento de reforma exige maiorias reforçadas, a determinação é feita pelos juízes constitucionais. Os defensores de um constitucionalismo forte tendem a dirigir suas críticas à atividade legislativa ordinária sob o argumento de que os legisladores estão submetidos a fortes pressões (compromissos econômicos ligados à campanha eleitoral, por exemplo). Também é comum deixarem de lado minorias impopulares e, por outro lado, os juízes constitucionais estão numa posição que os mantém um pouco mais livres de tais coerções. Isso sublinha algo que não é novo para a ciência política: os resultados efetivos de uma regra de decisão coletiva dependem de fatores contextuais⁴²².

A conclusão de Bayon é que por estar tão vinculado às circunstâncias concretas não se pode dizer muito a respeito do produto (“o que se decide” ou valor instrumental) de um constitucionalismo forte em contraposição a um constitucionalismo flexível. Só se pode falar sobre seu sempre menor valor em relação ao “como” se decide (valor intrínseco).

4.3.2. Sobre o direcionamento que a ficção da representação democrática confere ao debate constitucionalista

⁴²² BAYON, Juan Carlos: “Derechos, Democracia y Constitución”. *Doxa*, n. 1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p 88.

Bayon afirma ser indiscutível que procedimentos democráticos, os quais respeitam a regra de maioria, têm um maior valor intrínseco. No entanto, esse aspecto não é suficiente. É preciso que haja compatibilidade entre valor intrínseco e instrumental (resultados justos). Daí a proposta: adotar o que ele chama de constitucionalismo débil (como no Canadá e na Suécia), que não dispensa a primazia de um núcleo formulado em forma de regra.

Ao operar distinção entre valor intrínseco e instrumental (sublinhe-se que Bayon sugere que, dada sua imprevisibilidade, a teoria geral do direito deve calar sobre resultados contextuais), realiza-se um corte epistemológico, sutil (como são os cortes pós-modernos), mas de sérias consequências. Por trás dessa decisão, há claramente um referencial reducionista – apesar de fugir de formalismo estrito, por evocar uma ética substancial – que acaba por criar um abismo entre um estudo lógico-analítico (sintaxe) do direito e uma investigação da realidade jurídica. A teoria do direito bayoniana quer trabalhar no âmbito universal e abstrato, deixando talvez para os sociólogos um estudo do que acontece concretamente. É preciso estar atento a essa atitude que, na verdade, perpassa todo o debate constitucionalista.

Defende-se aqui uma procura por respostas contextualizadas: ao invés de concluir de antemão que o constitucionalismo débil do Canadá e Suécia é a melhor solução para todos, é preciso encontrar soluções no diálogo com estudos circunstanciados.

Ackerman denuncia do mesmo modo a orientação reducionista da discussão, mas por uma outra via. Segundo ele, o problema da representação é, tradicionalmente, solucionado por uma sinédoque (a parte substitui o todo), a crítica a tal abordagem mostra que se lidamos com o congresso (parte) como se fosse o todo (povo reunido), corremos o risco de oferecer uma confiança excessiva e perigosa aos representantes eleitos.

Propor que só há um lugar onde se pode encontrar a vontade política – o congresso, por exemplo – é uma atitude de fé no ritual eleitoral e acaba por obscurecer uma visão mais profunda do sentido da participação popular⁴²³.

⁴²³ ACKERMAN, Bruce: “Un Neofederalismo?” in SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômica, 1999. P. 201.

Ao invés de apostar neste falso realismo, a proposta é desnudar a ficção da representação e tentar traduzir o povo de maneira figurada. Segundo Ackerman, o texto constitucional é como uma pintura, capaz de apontar para algo, mas não de substituí-lo⁴²⁴.

A chave da tese federalista está na idéia de que existe algo especial em períodos revolucionários. Neles o sentido do público ultrapassa a apatia privatista e, com seu término, há a criação de um novo, e possivelmente duradouro, sistema de comunicação política. Faz se necessário, então, discriminar circunstâncias raras em que o papel de cidadão e a preocupação com o comum são preponderantes para muitas pessoas e outras ocasiões corriqueiras nas quais é menor a atenção para a política.

Os princípios constitucionais têm um papel central, estabilizador de tal comunicação pós-revolucionária, desse modo, revisão judicial é compreendida como parte essencial de um projeto que pretende dar à cidadania privada poder para controlar a autoridade democrática que delegaram àqueles que falam em seu nome.

*“Desde este punto de vista, no puede decirse que la constitución de los Estados Unidos sea un amigo conservador del status quo, sino un instrumento de cuestionamiento revolucionario durante los prolongados periodos de apatia, ignorancia e egoismo que marcan la vida política de una democracia liberal”*⁴²⁵.

A constituição não é a proposta de extinção do conflito, muito menos de proteção da facção vitoriosa, deve sim aproveitar os momentos de conflitos e neles (não depois deles) obter a energia necessária para uma síntese criadora.

Há idéias bastante fecundas, sobretudo na parte descritiva do trabalho de Ackerman. Através de uma compreensão contextualizada de práticas da comunicação política em geral e, especificamente, da estrutura organizadora do discurso constitucional norte-americano, Ackerman critica o direcionamento do debate dado pela ficção da representação democrática. O

⁴²⁴ ACKERMAN, Bruce: “Un Neofederalismo?” in SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômica, 1999. P. 192.

⁴²⁵ ACKERMAN, Bruce: “Un Neofederalismo?” in SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômica, 1999. P. 214-215

problema é que, no final das contas, ele acaba por usar outra ficção, igualmente artificiosa e redutora, quando se refere à política constitucional, contrapondo-a a política normal (não há uma demonstração através de investigação sociológica que prove que sempre em períodos de revolução haja maior participação política). Parece que a contribuição crítica de Ackerman é mais interessante que a orientação prescritiva de seu pensamento. Talvez se compreendermos a dicotomia política normal/constitucional num sentido fraco, possa vir a ser vantajoso usá-la como orientação. Certamente seria prejudicial decodificá-la como descrição suficiente de dois momentos que acontecem sempre e necessariamente.

Para Habermas, a legitimidade surge da conformação racional da vontade do legislador político. Para produzir decisões racionais é preciso institucionalizar juridicamente mecanismo de inclusão e participação. Instauração das condições de comunicação, em Habermas, não é responsabilidade exclusiva do legislativo, aquelas devem ser garantidas socialmente e também pelo judiciário⁴²⁶ - o tribunal constitucional tem a função de garantir as condições procedimentais da gênese democrática das leis.

Sanchís aponta uma contradição em tal modelo de legitimação. Habermas começa argumentando a partir de um referencial legalista pós-positivista e, nesses termos, propõe a supremacia da lei (posta na forma de regras capazes de garantir a resposta correta) e o autocontrole do legislador (por meio de uma comissão parlamentar, por exemplo) em virtude de o tribunal ser contra-majoritário. Contudo, em um segundo momento, seu sistema fornece primazia às condições da democracia, que são quase todas as prescrições constitucionais que desenham um modelo social - envolvem direitos civis, políticos, sociais, econômicos entre outros -, o que dissolve o intento inicial de promover a supremacia da lei⁴²⁷.

O ponto mais controverso da construção habermasiana envolve a sua crítica à ponderação de bens como forma de encarar os conflitos entre direitos e princípios constitucionais. Habermas identifica ponderação e livre criação, o tribunal que evoca tal mecanismo se converteria em um

⁴²⁶ HABERMAS, Jürgen: *La Inclusión del Otro – Estudios de Teoría Política*. Barcelona – Buenos Aires – México: Piados, 1999. P. 155 e s.

⁴²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto: *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*. Doxa, n. 23. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p 10-15.

negociador de valores e invadira a competência do legislativo. A tarefa é encontrar, para cada caso, a solução correta:

*“encontrar entra as normas aplicáveis prima facie aquela que se acomoda melhor à situação de aplicação, descrita da forma mais exaustiva possível desde todos os pontos de vista.”*⁴²⁸

Também Bayon e Gargarella⁴²⁹ fazem fortes restrições ao estabelecimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade (vimos que, para Bayon, se a brecha interpretativa for tão ampla como quando formulada por princípios, a intervenção judicial é indesejável).

Moreso, com muita propriedade, sustenta que a questão só pode ser respondida levando-se em consideração a contingência da peculiar cultura política a que esse mecanismo se incorpora.

4.3.3. A procura pelo estabelecimento de práticas de conversação como resposta mais modesta para os desafios políticos

O ponto principal, como dito, é que o debate se conforma a partir de um ideal não problematizado ou pouco problematizado de representação. Essa atitude reflete uma postura que põe acento no sistema em detrimento da situação concreta. Constrói-se a ficção da representação democrática perfeita porque majoritária e procura-se encontrar soluções a partir desse ponto de partida, ao qual a “realidade” deve ser ajustada (ao invés de buscar adaptar o modelo à realidade).

É como se os cortes epistemológicos modernos (em que se enquadram ficções daquele tipo e também outras estratégias como a purificação kelseniana), demandados e recursivamente corroborados pela cultura tecnicista, tivessem destituído o intérprete do direito de perguntar.

Ferraz Jr. explica tal interdição, referindo-se ao caráter dogmático do direito, que tem a função social de decidir conflitos. A dogmática analítica propõe uma estratégia que permite a

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 315-340.

⁴²⁹ GARGARELLA, Roberto. *Los Jueces Frente al “Coto Vedado”*. “Doxa”, n.1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p. 08.

decisão de acordo com critérios atualmente aceitáveis. Tal tática, elaborada e desenvolvida a partir de parâmetros modernos, faz o direito se revelar como uma técnica de decisão⁴³⁰.

Gadamer lembra a distinção aristotélica entre *techné* e *phrónesis*. Na *techné*, um material é usado para dar forma a um projeto prévio; por exemplo, um artesão usa argila para fazer um vaso. Na *phrónesis*, há um projeto ou imagem prévia (por exemplo, uma lei), mas está há de ser adaptada e modificada na situação (caso concreto). Não há um vínculo tão forte com uma antecipação, como na técnica. Adaptabilidade ao caso é uma exigência fundamental da *phrónesis*. A primeira conclusão que se pode alcançar é que, a partir desse referencial, o sentido da norma não é dado de antemão, é construído na sua interpretação, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto.

A *phronesis* não é recusada por Kelsen, já que ele pensa a norma a ser aplicada como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de interpretação⁴³¹ (a diversidade permite adaptação). Contudo, a *phrónesis* também não é aí desenvolvida em todas as suas possibilidades. Segundo Kelsen, a atividade do cientista do direito deve restringir-se à cognição. A sua função requer que exponha os limites da moldura, isso é feito pela referência à norma superior. Ao órgão decisor, cabe escolher entre as possibilidades previamente dadas (pois estariam contidas na norma superior), sua atividade, portanto, não é estritamente cognitiva, tem um caráter voluntário⁴³².

O problema da teoria kelseniana está no estabelecimento de limites estritos entre os atos de cognição e de vontade, bem como na ideia – conectada a tal distinção – de que o sentido normativo (limites de moldura) está dado no momento anterior à interpretação do caso concreto. Isso fica claro quando Kelsen se refere à norma jurídica como objeto do estudo do cientista e afirma que sua tarefa é analisá-las, sem olhar para os fatos (ser). Se cabe ao cientista expor os limites da moldura, através da análise de normas, este certamente não cuidará da adaptabilidade às circunstâncias. Esta tarefa pertence ao órgão decisor. Os limites, portanto, não são construídos

⁴³⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 34 e s.

⁴³¹ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 390 e s.

⁴³² KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 392 e s.

tendo em conta à situação concreta, são prévios e surgem da atividade estritamente cognitiva do cientista.

Outrossim, Kelsen não cuida da discussão sobre qual das possibilidades no interior da moldura deve ser atualizada (para ele esta não é tarefa do cientista do direito). Dirigir o interesse para o que há de científico no estudo do direito e relegar a escolha entre as interpretações dentro da moldura ao reino da vontade simplesmente revela uma herança forte do racionalismo moderno e da oposição excludente entre razão e irrazão.

Gadamer fala em uma outra razão, uma razão prática (que é diferente da razão que calcula, mas não é o mesmo que irrazão) e encontra aí um campo de investigação fecundo. As duas atitudes devem ilustrar a crítica que vimos fazendo, ao cientificismo moderno e a tendência de desprezar todos os saberes que não se subordinam a um controle metódico

Ao voltar sua atenção para a razão prática, Gadamer põe em jogo elementos expulsos da discussão pelo modelo kelseniano, tais como a formação (no capítulo final aprofundaremos a investigação do sentido que termo *Bildung* ganha em Gadamer) e a experiência de quem interpreta (mais do que sua capacidade de calcular), o bom senso e justiça. A norma não deixa de estar em um lugar fundamental, mas sua função é pensada ao lado do papel da tradição e da linguagem.

O saber técnico caracteriza-se por uma habilidade ou domínio de um âmbito específico. A sabedoria prática, *phrónesis*, deve estar a todo tempo próxima do todo e de uma finalidade comum (nesse ponto, como investigaremos no último capítulo, há uma aproximação com o sentido grego de belo). Na razão prática - diferente da técnica -, o fim é determinado através do individual.⁴³³ Gadamer exige mais adaptabilidade ao processo de experiência - que é capaz de formar quem o vive propriamente - e menos apego a projetos prévios. A ênfase está no processo e não na universalização de seus resultados (como na construção de conceitos). O sentido de bem em cada caso depende do modo de vida comum, bem como de crenças compartilhadas e interpretadas a partir da situação histórica de cada intérprete.

⁴³³ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 52.

Conceitos e sistemas abstratamente forjados devem se submeter à experiência e não o contrário. A hermenêutica ensina que é importante perguntar pelo que acontece, isso significa caminhar em busca de respostas circunstanciadas, concretas. Assim, a “diferença” é levada realmente a sério e as falhas de adaptação não são decodificadas como mera distorção do sistema.

É como se os cortes epistemológicos demandados e recursivamente corroborados pelo tecnicismo tivessem destituído o intérprete do direito de perguntar. A clausura no método e na técnica leva à ocultação de questões sobre o próprio intérprete e sobre sua relação com a tradição. Esconde a “diferença”, que está em cada acontecimento concreto. Isso obscurece o sentido e a responsabilidade de uma tarefa prática como a decisão jurídica. Gadamer mostra que a compreensão, interpretação e aplicação conformam uma unidade,⁴³⁴ inicia-se um processo do qual participa um intérprete que sofre os efeitos da história e que impreterivelmente trará o texto para a situação atual, da qual não pode se esquivar. Isso põe em xeque não só a tradição formalista, mas também algumas doutrinas realistas, incluindo o decisionismo (viés tantas vezes apontado, equivocadamente, como consequência de uma abordagem hermenêutica do direito).

Superar a metafísica, como apego a universais, tem o sentido de mostrar a produção do direito como realidade histórica intimamente conectada à constituição ontológica temporal do ser humano.

Aguiló Regla também chama a atenção para a importância de olhar para o direito como uma prática. Segundo ele, na passagem do normativismo para o constitucionalismo, as mudanças fundamentais não se deram na estrutura da constituição. O que se transformou foi a maneira de observar o sistema: além de princípios e direitos fundamentais que impõem limites negativos à ação política e jurídica, cresce a tese da constituição efetiva, que se irradia por todo ordenamento e está presente, positivamente, como conteúdo de todo ato de concretização normativa. A maneira de lidar (que não deixou de se referir a normas) com o direito foi o dirigiu a transformação.⁴³⁵

⁴³⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 407.

⁴³⁵ REGLA, Josep Aguiló: “Sobre La Constitución del Estado Constitucional”. *Doxa* n. 24 (2001), Alicante: Universidad de Alicante. P 448-458.

O problema de um normativismo rígido, bem como do estabelecimento de ficções como a da representação democrática perfeita (que, como vimos, sutilmente dirige o debate para o viés analítico) é que conformam uma maneira estrita de lidar com o direito, que deixa de prestar atenção (por isso encobre) certos aspectos da prática jurídica.

Por exemplo, caso se resolva o problema da representação democrática por um critério formal (“contar cabeças”) e seja fixada a tese de Wadron, certos aspectos da política serão aliados do debate jurídico. Não será tido como fundamental para o direito constitucional lembrar a distinção clássica entre *labor* e *ação*, relida por Hannah Arendt. A autora ensina que os gregos viam na ação política uma atividade, acima de tudo, livre das necessidades de subsistência⁴³⁶. A atividade política caracteriza-se, hoje, pela falta de autonomia em relação às necessidades privadas, por isso, longe da liberdade grega, a política encontra-se determinada pela sobrevivência no labor político (o que dirige a atuação na política são objetivos mercadológicos ou a garantias de uma boa situação na eleição seguinte etc). Anotações desse tipo, imprescindíveis para compreendermos o que dirige a política atual não são temas de direito constitucional se nos aferramos ao sentido moderno “encaixotado” da disciplina.

A hermenêutica convida o direito a se abrir para a conversação com outras formas de saber - incluem-se aqui investigações empíricas e abertura à estética - e chama o intérprete a circular entre os vários contextos de sentido. Ensina a transitar no interior da tradição jurídica, raciocinar sob seus *topoi*⁴³⁷, e também a partir de outros pontos de vista, possibilitando assim crítica.

Gadamer conclui:

“No conjunto de nossas investigações mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa a diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde

⁴³⁶ ARENDT, Hannah: *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 200-230.

⁴³⁷ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que o instrumental do “método” não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade.”⁴³⁸

O apelo a ficções, se não for conduzido com muita cautela, pode obstruir o trânsito do intérprete. Ganha-se um horizonte quando se discute questões ligadas ao constitucionalismo a partir de uma perspectiva histórica e não exclusivamente pelo viés analítico. É fundamental ter em conta a cultura constitucionalista em que se está inserido, a tradição, bem como a história das instituições envolvidas nas práticas.

Não deve haver interdições da alçada à pergunta sobre como funcionam no Brasil as instituições democráticas, a respeito da atuação da economia sobre a política, ou ainda sobre práticas jurisdicionais em que há o comprometimento com uma tradição que envolve o “jeitinho”, a troca de favores etc.⁴³⁹

A idéia de democracia formal é redutora. Nesses termos, o ideal democrático concretiza-se pelo decreto de um poder instituído, por exemplo, com a institucionalização do direito ao voto (pouco importa se há determinações que dirigem o voto). Saltam aos olhos os efeitos nefastos e meramente legitimadores de uma vontade política forjada por indivíduos passivos e inconscientes do seu papel. No entanto, para os formalistas, não há muito mais o que fazer, pois, após o decreto (constituição democrática), a democracia já teria sido estabelecida e, como diria Kelsen, não é papel da dogmática jurídica debater problemas relativos ao “ser”.

Outrossim, amplamente difundida é a crença segundo a qual não há problema no mundo das normas (ou como é comum dizer que, certos direitos estão garantidos simplesmente por

⁴³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 652.

⁴³⁹ ADEODATO, João Mauricio: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 124-135.

constarem na Constituição⁴⁴⁰) e que as dificuldades estão na prática - em razão do Estado não conseguir efetivar o direito. Isso decorre de um modo de pensar que remonta à modernidade e ao cartesianismo. Ao contrario do que se diz, normas ineficazes são imperfeitas. Pois estas não devem ser definidas apenas por critérios de validade. O direito tem um sentido. Uma visão contextualizada da questão pode compreender que se as normas são incapazes de lidar com a prática, há sim um problema.

A pressuposição é que é salutar pensar a norma como um objeto dissociado da realidade. Esse tipo de suposição pode levar a práticas perniciosas como o transporte acrítico de leis de um contexto social para outro (como no caso do direito administrativo brasileiro, que muitos dizem ter sido importado da Alemanha). O direito deve ser pensado de maneira contextualizada e sua concretização deve acontecer pela adequação à situação.

Não há que se negar a funcionalidade da abordagem analítica, mas sim apontar para os riscos e para a cegueira que a ênfase excessiva em tal maneira de lidar com o direito pode levar. A investigação do direito como prática viva e histórica abre a possibilidade de perguntar o que dizem e, principalmente, o que deixam de dizer as palavras da norma e do discurso dos tribunais. A prática de desconstrução do direito, longe de retirar importância da norma e da tradição (importa dizer mais uma vez, a hermenêutica não leva ao decisionismo), aponta para sua verdade histórica, daí poderá abrir caminhos realmente novos e fincados no chão da práxis do direito vivo.

Sérgio Costa vê na especialização e na autonomização dos subsistemas um dos maiores desafios da democracia atual:

“Nesse movimento, os sistemas funcionais diferenciados divorciar-se-iam dos objetivos para os quais foram constituídos, operando sua lógica própria que não guarda mais, portanto, qualquer tipo de relação com as necessidades sociais que os

⁴⁴⁰ Sobre o simbolismo dos direitos humanos cf. NEVES, Marcelo: “A Força Simbólica dos Direitos Humanos” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 4, 2005. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em julho / 2008..

fundaram. O sistema político não fugiria dessa regra, opera o código do poder como recurso sistêmico da redução de complexidade, sem se apresentar, contudo, hierarquicamente diferenciado com relação aos demais subsistemas.” ⁴⁴¹

Ou, como ressalta Ferraz Jr.:

“Processos de decisão tornam-se cada vez mais autorreferentes e dissociados da realidade ao qual se dirigem. O insulamento permite a conversão da realidade em conceitos e o tratamento dessa apenas nesses termos reducionistas.” ⁴⁴²

⁴⁴¹ COSTA, Sérgio: “Complexidade, Diversidade e Democracia: Alguns Apontamentos Conceituais e uma Alusão à Singularidade Brasileira”. In Souza, Jessé (Org.) *Democracia Hoje – Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UNB, 2001. P. 462-465.

⁴⁴² FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 254.

CAPÍTULO 5

DIFERENÇA E INCLUSÃO II: SOBRE O DEBATE ENTRE HERMENÊUTICA E RAZÃO COMUNICATIVA

Sumário: 5.1. Principais pontos de desencontro entre hermenêutica e razão comunicativa; 5.1.1. Ideologia, pertença e possibilidade de crítica; 5.1.2. Hermenêutica e razão comunicativa: a importância de não apaziguar a luta entre as duas perspectivas; 5.1.3. Reflexões em torno de duas objeções habermasianas à hermenêutica (solipsismo metódico e falta de enraizamento em uma teoria social); 5.2. A questão dos afetos como o ponto central da crítica à razão comunicativa (objeções desenvolvidas a partir da hermenêutica e também da teoria psicanalítica); 5.2.1. Convencimento racional ou persuasão?; 5.2.2.. Transferência e reedição afetiva das relações na teoria psicanalítica; 5.2.3 A razão comunicativa não assimila a força da transferência e da afetividade das relações; 5.2.4. Experiência do tu ou inclusão do outro?

5.1. Principais pontos de desencontro entre hermenêutica e razão comunicativa

5.1.1. Ideologia, pertença e possibilidade de crítica

Sobre a instauração de um pensamento que duvida da fundamentação da verdade na autocerteza da consciência, Gadamer escreve:

“Freud nos fez conhecer os admiráveis descobrimentos científicos que tomaram a sério essa dúvida e temos aprendido da crítica radical de Heidegger ao conceito de consciência a ver os prejuízos conceituais

que procedem da filosofia grega do logos e que no giro moderno levaram a primeiro plano o conceito de sujeito. Tudo isso confere primazia a “linguisticidade” da nossa experiência do mundo. O mundo intermédio de linguagem aparece frente as ilusões da auto consciência, a enfrenta a ingenuidade de um conceito positivista dos fatos como a verdadeira dimensão da realidade.”⁴⁴³

A hermenêutica ensina a aguçar os ouvidos para ressonâncias cartesianas que podem ser ouvidas nas palavras do “senso comum teórico”⁴⁴⁴ da dogmática jurídica e, mais ainda, em seus silêncios. Os espaços sagrados e inquestionáveis dentro da tradição forjam fantasmas (“não-dito” ou “mal-dito”) por trás de um saber. Segundo a psicanálise, para que fantasmas deixem de ser fantasmas - percam seu poder sobre-humano - é necessário falar sobre eles, mais ainda, aprender a ouvir o que dizem.

A pergunta é como lidar com as crenças e os fantasmas sociais, com as relações de poder que vão forjar os pré-textos ideológicos. Partindo do princípio weberiano de que relações sociais envolvem previsibilidade (precisam de uma orientação comum fornecida por um sistema de significações estável), Ricoeur constata que o fenômeno ideológico conecta-se à necessidade de um grupo de estabelecer uma imagem para si mesmo. Uma teoria terá uma maior carga ideológica quando preponderar nela a função persuasiva ou de justificação, em oposição à sua função informativa. Coerências explicativas revestidas de todas as garantias de cientificidade – rigor metodológico, verificação interpessoal, exposição a circunstâncias capazes de falseamento – podem exercer simultaneamente uma função ideológica, na medida em que justificam uma realidade ou projetam o futuro. Quando há fortes pré-textos ideológicos, há mais ênfase na operacionalidade do que na reflexividade. É simplificadora, reducionista, existe menos para explicar e mais para persuadir; portanto, refere-se mais à eficácia de uma idéia do que à sua pretensão de verdade ou aproximação com a realidade. É, simultaneamente, reflexo, justificação e projeto de uma determinada sociedade.

⁴⁴³ GADAMER, Hans-Georg: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001. P. 198.

⁴⁴⁴ WARAT, Luis Alberto: *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. P. 50 e s.

*“O fenômeno ideológico é essa mutação de um sistema de pensamento para um sistema de crença. É através de uma imagem idealizada que um grupo representa sua própria existência; e é essa imagem que, contra-reação reforça o código interpretativo. Não só a religião (Marx), como também a ciência e a tecnologia podem possuir um alto teor ideológico, desde que escondam por detrás de sua pretensa imparcialidade, alto grau de justificação e dissimulação.”*⁴⁴⁵

Os contornos da distinção são pouco nítidos, cabe, falar somente em matizes. Cultura e a ideologia estão sempre por trás de nós e suas influências são apenas parcialmente perceptíveis. E a força da ideologia vem exatamente do que não se fala sobre o modo de existir de uma sociedade: configura-se como espaço inconsciente ou as sombras da cultura. Como escreve Ricoeur: *“É a partir dela que pensamos mais do que podemos pensar sobre ela”*⁴⁴⁶.

A ideologia está ligada à constituição simbólica de uma sociedade, que precisa de interpretação, imagens e representações (o termo representação aqui tem a acepção de representação teatral) para existir enquanto tal, daí sua função de integração. Mas, ao mesmo tempo em que atribui um significado à realidade, a ideologia nega outros significados possíveis. A interpretação sempre se produz num campo limitado, mas a ideologia opera um aumento dessas restrições. É redução, esquematização, simplificação. Tem, portanto, uma função dissimuladora. A força da ideologia faz com que o mundo seja interpretado a partir de uma esquematização que privilegia sempre alguns de seus aspectos e oculta outros. Toda a sociedade tem algo de intolerante, que se manifesta mais claramente quando a novidade ameaça a visão que uma comunidade tem de si mesma e põe em risco a possibilidade do grupo de se reconhecer. Ao justificar o antigo, a ideologia passa a ser um instrumento social com a finalidade de frear a mudança. Além da função de integração e de dissimulação, Ricoeur explica que a ideologia é também um instrumento de dominação. Existe uma relação intrínseca entre as três funções e uma co-dependência entre elas. O fenômeno da autoridade também faz parte da constituição do grupo, que precisa de imposições para a tomada de decisão.

⁴⁴⁵ RICOEUR, Paul: *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988. P. 68-69.

⁴⁴⁶ RICOEUR, Paul: *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988. P. 70.

*“O que a ideologia interpreta e justifica, por excelência, é a relação com as autoridades, o sistema de autoridade.”*⁴⁴⁷

Ferraz Jr. define ideologia como *“a valoração dos valores, mas uma valoração última e universalizante que não admite outra.”*⁴⁴⁸ De acordo com o autor, é a ideologia prevalecente que, manifestando núcleos significativos vigentes numa sociedade, determina o relato das normas jurídicas⁴⁴⁹.

A teoria do discurso de Habermas vai chamar a atenção para o outro lado: a ideologia é sim fator determinante de normas, jurídicas ou sociais, mas o direito legítimo, que fornece condições para comunicação com o outro – na situação discursiva ideal – é capaz de detectar o pré-texto ideológico de um discurso e, assim, modificar relações de poder.

No que diz respeito às condições de possibilidade de um saber sobre a ideologia, tanto a hermenêutica como a teoria do discurso partem do solo linguístico que fornece o posicionamento ideológico, mas condicionamentos e pertença não excluem o potencial de libertação. O que distingue as duas perspectivas são os diferentes caminhos que levariam à emancipação.

A cultura jurídica não pode ser compreendida fora desse contexto maior de crenças. Se as verdades do *“senso comum teórico”*⁴⁵⁰ têm a função de coesão, elas também servem à dominação. A tarefa que precisa ser realizada deve ocorrer, sobretudo, em nível epistemológico; faz-se necessário estabelecer um discurso que fale sobre o discurso da *“ciência do direito”* de modo que sua historicidade se mostre.

A investigação epistemológica evidencia a violência de cortes que, mais do que definir, manipulam um objeto do conhecimento. Alexandre da Maia ilustra a questão, lembrando-nos da figura de Procusto na mitologia grega. Procusto costumava atrair viajantes para repousar em sua casa. O hóspede deveria caber exatamente no tamanho de um leito que lhe era oferecido, se não

⁴⁴⁷ RICOEUR, Paul: *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988. P. 68-75.

⁴⁴⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 276.

⁴⁴⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 115.

⁴⁵⁰ WARAT, Luis Alberto: *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. P. 57-60.

coubesse, Procusto resolvia o problema decepando os membros inferiores ou esticando os membros com tenazes até chegarem aos limites do leito⁴⁵¹.

Elimina-se o que não se encaixa no sistema por meio de cortes, silêncios ou, de maneira talvez mais eficiente, trivializações - quer dizer, não se leva determinada questão suficientemente a sério.

Os cortes pós-modernos são mais sofisticados, não se operam mais "cortes de açougueiro", que deixam grandes cicatrizes, facilmente identificáveis. As mais novas teorias realizam "cortes cirúrgicos", de reconhecimento difícil. A operação é cuidadosa, não há mais a ingênua rejeição do que não se encaixa ao modelo ou a proclamação de um fundamento claramente essencialista. A complexidade não é negada, mas habilmente admitida, absorvida, digerida e trivializada pelos sistemas explicativos. A diferença não é descartada, mas também não é levada suficientemente a sério, como ponto de partida incontornável que deve ser trazido à tona, a todo tempo, em suas conseqüências mais radicais.

A sofisticação dos cortes se dá pela substituição de "negações" por "ênfases"; comumente, mediante a dicotomização e a hipóstase de um dos pólos (por exemplo, racionalidade ou irracionalidade). Estratégia argumentativa sempre eficiente é fazer uma espécie de caricatura do ponto de vista divergente e propô-lo como única alternativa restante, caso não haja adesão ao argumento proposto, por exemplo: "não aderir à razão comunicativa habermasiana implica em cair no campo da irrazão e deixar as decisões ao arbítrio do julgador e o direito à mercê da violência" (veremos que as possibilidades não são assim tão restritas).

A suposição que reside por trás de tal postura é a de que a realidade é incomensurável e incognoscível (a idéia de um fundamento estável não está mais em voga no cenário pós-moderno), isto é, idéias e conceitos não irão apreendê-la por completo. Contudo, crê-se também que se pode conhecer parcelas da realidade e há estratégias eficientes para dominar a natureza. A conclusão é que é uma boa idéia deixar de lado o que não se controla e usar aquilo que é controlável (preferencialmente para o desenvolvimento de alguma tecnologia). A diferença é aí

⁴⁵¹ MAIA, Alexandre da: "O Embasamento Epistemológico como Legitimação do Conhecimento e da Formação da Lei na Modernidade: uma Leitura a partir de Descartes. *Revista de Hermenêutica Jurídica*, v. 3, n. 3, 2006. P. 16-18.

trivializada, como também o é a técnica, quando pensada como meio ou habilidade que podemos desenvolver (não uma estrutura que determina o modo pelo qual as coisas se revelam). São definições que se referem a coisas que estão diante de nós e que podemos manipular.

Derrida nos lembra das armadilhas do logocentrismo (das quais, segundo ele, a hermenêutica não teria conseguido se esquivar): o raciocínio que se articula pela construção de oposições e em que se privilegia sempre um dos pólos faz esquecer o eterno e incontornável processo de deslocamento de significantes (metáfora originária)⁴⁵².

O direito é praticado sem que se pergunte pela sua procedência. Institutos, brocardos, lugares comuns consagrados pela doutrina têm uma história, mas esta não é levada suficientemente a sério pelo pensamento jurídico. Ao recusar a pergunta pelas origens históricas das palavras, a técnica ensina, subliminarmente, a funcionalidade de apenas dispor delas.

A expressão, “natureza jurídica”, tão comum nos manuais de direito, alude à certeza e à possibilidade de encontrar uma base conceitual precisa dentro da estrutura da metafísica clássica, como se fosse possível uma definição clara e inequívoca das figuras jurídicas e como se essa definição existisse em função de elementos de sua própria natureza – a qual se converte em conceito operativo. O princípio da imparcialidade do órgão julgador, do devido processo legal, da legalidade são topoi⁴⁵³ argumentativos, legitimadores, que ilustram a ingenuidade de racionalizações que permeiam as mais elaboradas construções judiciais e doutrinárias. São ficções, mitos sobre os quais a cultura jurídica assenta-se e legitima-se socialmente.

Palavras como o Estado, o Juiz, o Contrato têm uma história, adquirem um sentido dentro de um contexto e de uma prática; mas a tradição jurídica, que recorta e analisa as partes de seu objeto esquece-se do lugar de sua procedência. O que se procura, ao invés do movimento (historicidade), é a estabilização em um conceito manipulável (analíticos).

Desconstruir não é o mesmo que eliminar - estamos na tradição, faz parte do que somos, suas palavras não devem ser simplesmente “jogadas fora”. Importa sim compreendê-las

⁴⁵² DERRIDA, Jacques: *Of Grammatology*. Baltimore: *Johns Hopkins University Press*, 1976. P. 158-159

⁴⁵³ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p 75-84.

historicamente, seguindo a lição de Torquato Castro, lembrar que estamos diante metáforas literalizadas.

“De certa forma, as palavras com que se faz o direito, as palavras das leis e das decisões, e mesmo as palavras da doutrina, são normatizadoras de sentidos literais.”⁴⁵⁴

5.1.2. Hermenêutica e razão comunicativa: a importância de não apaziguar a luta entre as duas perspectivas

Vimos que Habermas tenta elaborar um modelo capaz de detectar pré-textos ideológicos por trás de atos de fala e, assim, apontar distorções na comunicação para que se possa chegar a acordos racionais. Pretende-se agora, à luz da investigação hermenêutica e também psicanalítica, esclarecer algumas vantagens e certas restrições a tal projeto.

A tarefa é investigar o debate entre hermenêutica e razão comunicativa e, para que ela seja realizada propriamente, faz-se necessário o abdicar de pretensões de eliminação. Isto significa frear ansiedades para encontrar sínteses ou dirigidas à superação de uma perspectiva pela outra. Também não deve procurar a todo custo chegar a um feliz consenso - as divergências são profundas demais para isso. O objetivo é estabelecer um diálogo. Propor o diálogo, simplesmente, sem tentar alcançar uma forçosa conciliação é uma decisão que parte do reconhecimento da diferença radical e, ao mesmo tempo, da luz que pode advir de ambas as perspectivas.

Importa tomar consciência dos limites das duas abordagens: se, por um lado, a hermenêutica não pode estabelecer uma estratégia clara de controle e orientação para a tomada de decisões como demanda a política moderna, por outro, a investigação ontológica abre-se a questões em relação às quais a teoria do discurso, em função de seus fins práticos, quer se imunizar - aqui, entrará em jogo a questão da afetividade.

⁴⁵⁴ CASTRO JR., Torquato da Silva: “Interpretação e Metáfora no Direito”. In: Barreto, Aires Fernandino;. (Org.). *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, v. , p. 663-672.

Muito embora abordem problemas diferentes e tenham projetos bem distintos, hermenêutica e razão comunicativa convergem em muitas de suas teses. Habermas parte de um “lugar hermenêutico”, da tradição - no sentido que Gadamer atribui à palavra -, mas tem a pretensão de transcendê-la. Tanto Habermas como os hermeneutas apresentam uma postura crítica à metafísica clássica e é o pensamento pós-metafísico que alavanca o movimento em direção ao amadurecimento da tradição jurídica, que ainda não pôde libertar-se de poderosas referências iluministas.

Quanto à relação com o direito, as duas perspectivas posicionam-se de maneira bastante diversa. Há uma inadequação fundamental entre hermenêutica e direito. A hermenêutica filosófica jamais pode ser reduzida a técnicas manuais de interpretação como quer a dogmática moderna; não pode, de modo algum, ser colocada em posição servil em relação a ela. Seu choque com cultura jurídica gera traumas. Contudo, a crise que pode vir a ser fecunda se sua força for usada como impulso para uma mudança na maneira de lidar com o direito. Tanto Heidegger como Gadamer insistem que a excessiva adaptabilidade a uma estrutura é uma das maiores ameaças a nossa civilização⁴⁵⁵.

A tradição jurídica, herdeira do cartesianismo, tem confiado ao método e à racionalidade o dever de controlar decisões; a orientação da hermenêutica é radicalmente diversa: descredencia metodologismos como via única para a verdade. A ênfase na pergunta atordoada, é intolerável para o direito-tecnologia.

Habermas pretende driblar a vertigem da desconstrução e apontar alternativas a partir de crenças socialmente compartilhadas, mas sem a elas se prender. Há, portanto, uma adaptação inicial, mas esta existe para dar sustentabilidade à crítica. A teoria do discurso consegue se adequar com facilidade à cultura jurídica, pois tem o mundo da vida como plataforma, parte de uma racionalidade espontânea, de crenças construídas e, desse modo, não precisa passar pelo instante sem volta da *Destruktion* radical. Habermas absorve o conhecimento jurídico estabelecido; faz da tradição o ponto inicial da argumentação, mas que deve ser ultrapassado pela crítica (transcendência a partir de dentro). A resposta habermasiana atende a demanda por

⁴⁵⁵ Cf. Esta tese está presente em muitos momentos nas obras dos dois autores, exemplarmente cf. GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 45. HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 232.

decisões urgentes sem se submeter a um mero consenso fático ou apelar para conteúdos pré-fixados; procura lidar com a complexidade e construir uma atmosfera para a expressão da diversidade. Daí a assimilação menos traumática da razão comunicativa por aqueles que estão acostumados a pensar o direito.

O que está em questão é o sentido do trauma: é melhor seguir o caminho da adaptação (capaz de propiciar uma transformação por processos de aprendizado nos termos habermasianos) ou são os momentos de trauma e de inadequação radical que podem fazer com que nos voltemos à ética? Será que um modelo calcado na comunicação e na intencionalidade é capaz de alcançar seus objetivos libertários ou as dimensões negligenciadas do agir (como acontecimento) ressurgirão com mais força, frustrando o projeto habermasiano?

A hermenêutica – especialmente Gadamer – concentra-se na fala concreta como realidade enigmática que não expressa apenas o intencional, comporta atos falhos, enganos, acontecimentos que estão “fora dos planos” do falante. Ruídos que a teoria do discurso não olvida, no entanto, procura neutralizar através da teoria do ato de fala - atos compreendidos como atividade intencional, em que o ator intervém no mundo para alcançar determinados objetivos. Ao invés de intencionalidade e atos de fala, dentro da perspectiva hermenêutica, o acento recai sobre o pano de fundo, os erros e traições da linguagem:

“O que a expressão expressa não é somente o que nela deve se tornar expresso, o que ela quer dizer, mas principalmente aquilo que se expressa nesse querer dizer e dizer, sem precisar ser expresso, aquilo que trai a expressão.”⁴⁵⁶

A palavra “expressão” em Gadamer abarca todas as pistas, tudo que de alguma maneira pode indicar o caminho para a “verdade” (acontecimento integral e historicamente situado). A desocultação é um processo sem fim, que envolve o movimento de se mostrar e de se esconder das coisas, e não pode estar pautado “no que se tem em mente” – mesmo que isso seja tomado apenas como ponto de partida histórico, nos termos da teoria social e não da filosofia da consciência.

⁴⁵⁶GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 440.

O ponto nevrálgico é que a referencia a um consenso racional acaba sobrecarregando a dimensão intencional e racional da comunicação e negligencia as forças irracionais que animam o agir humano. Não se quer dizer que Habermas simplesmente desconsidera tudo o que excede a intencionalidade (ao contrário, um dos objetivos da razão comunicativa é, o mais possível, verbalizar o que está excluído do discurso moderno), apenas que é possível que tenha subestimado sua força – os cortes epistemológicos na pós-modernidade são sofisticados, não se estabelecem por meio de negações, mas sim de ênfases.

Colocar a intencionalidade como ponto de partida já é o anúncio do ponto de chegada: uma situação comunicativa hipotética, com participantes “bem intencionados”, é o caminho para a melhor decisão.

5.1.3. Reflexões em torno de duas objeções habermasianas à hermenêutica (solipsismo metódico e falta de enraizamento em uma teoria social)

Habermas crê que falta ao pensamento pós-moderno – e ele inclui a hermenêutica nessa categoria – uma melhor compreensão de certas peculiaridades do discurso moderno, que o tornam especialmente interessante. Como vimos, tradições podem ser chamadas de reflexivas, quando perdem seu poder de verdade evidente e abrem-se à crítica⁴⁵⁷. Com a modernização, processos de integração social, cada vez mais, correm de maneira autônoma em relação a tradições. Mais diferenciação significa mais liberdade para os atores, no entanto, o aumento na diversidade de opções vem junto com o desenraizamento e com novos tipos de pressão. O descentramento moderno, resultado da desintegração de fontes antigas de solidariedade, permite, por outro lado, que, a partir de um processo de autocrítica, possam emergir novas fontes de solidariedade⁴⁵⁸. Estas características peculiares a sociedades modernas conformam uma atmosfera que permite o diálogo entre diferentes pontos de vista.

O caminho da “cura” social (superação de uma comunicação distorcida e restabelecimento de seu uso público), em Habermas, envolve um processo de aprendizado: podemos aprender a ser

⁴⁵⁷ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 168.

⁴⁵⁸ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 196.

mais comunicativos e a lidar melhor com o outro. Essa idéia tem seus fundamentos no conceito hegeliano de formação (conferências de Jena)⁴⁵⁹ e na noção de aprendizado de Piaget (teoria da descentração do mundo)⁴⁶⁰. Tais subsídios teóricos dão respaldo à tentativa habermasiana de fazer uma espécie de hierarquização entre discursos; por exemplo, o discurso europeu tem traços “mais comunicativos” que aqueles de teor fundamentalista frequentes em nações do Oriente Médio.

No entanto, a tese de que a abertura pelo aprendizado e por novas formas de comunicação racional tem o poder de restabelecer o consenso e inaugurar fontes de solidariedade – inevitável não dizer - “melhores” que as anteriores, não é isenta de problemas. A questão principal refere-se à pretensão em estabelecer de antemão quais são as características de uma “boa” sociedade - no sentido de “mais comunicativa”. Será que a solidariedade adquirida a partir de consensos racionais pode repor apropriadamente as perdas que vêm junto com o processo de desencantamento e desligamento da solidariedade tradicional? E será que não há um certo maniqueísmo em afirmar, já de antemão, quais caminhos que devem tomar os processos de aprendizado e amadurecimento social (como vimos, trata-se de uma “melhora” para a modernização e para a aproximação de padrões europeus)?

De toda sorte, as dificuldades de teorias pós-modernas, segundo Habermas, devem-se primariamente à falta de enraizamento em uma teoria social.. “Pós-modernos” teriam pecado pelo idealismo linguístico, isto é, por sua tendência a supervalorizar o significado de gramáticas e vocabulários na constituição de infraestruturas sociais⁴⁶¹. Por essa razão, pretendem afastar-se de discursos modernos – a estrutura desses é compreendida como um obstáculo à emancipação – e apenas encontram na filologia e na estética espaços de abertura⁴⁶². A desconstrução pós-moderna tem o sentido de inadmissão de pressupostos iluministas e da promessa de emancipação pela prática discursiva neles fundada. Para Habermas, retirar a dignidade de tal promessa e de tal prática implicaria no abandono do suporte fático que fornece chão à crítica. Por isso, os discursos pós-modernos levariam à falta da orientação no âmbito epistemológico, bem como no âmbito da

⁴⁵⁹ HABERMAS, Jürgen: *Técnica e Ciência como Ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1994. P. 20-42.

⁴⁶⁰ HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la Acción Comunicativa I – Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Madrid: Taurus, 1999. P. 130 e s.

⁴⁶¹ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 196.

⁴⁶² HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 187.

política e da moral. Constituiriam perspectivas incapazes de fornecer critérios que permitam ordenar diferentes narrativas, pois, para os pós-modernos, quando uma concepção de racionalidade toma consciência de suas bases e de sua contingência, torna-se tão aceitável quanto qualquer outra. Isso inviabiliza uma crítica que dirija mudanças⁴⁶³ - daí a acusação de conservadorismo feita contra a hermenêutica.

Teria, então, faltado ao autor de *“Ser e Tempo”* (da mesma forma aos “pós-modernos”) um enraizamento na teoria social, por isso não foi incapaz de chegar a uma compreensão efetivamente histórica. O paradoxo pode ser posto da seguinte maneira: a procura de um pensamento radicalmente histórico levou Heidegger à abstração da historicidade (a ironia é que, segundo Habermas, a investigação efetivamente social e histórica foi obstruída pelo apelo a categorias do pensamento heideggeriano como “temporalidade” e “historicidade”), no sentido de exclusão à referência a processos históricos como condicionantes da experimentação.

*“Quanto mais a história real desaparecia por detrás da “historicidade”, com maior facilidade Heidegger podia envolver-se na utilização de diagnósticos do presente apreendidos ad hoc.”*⁴⁶⁴

Habermas decodifica a questão do “Ser” como uma cruzada em busca de algo imaculado, envolto em uma aura mística. O dever de fidelidade a algo que está além (ou aquém) de nossas palavras é compreendido como uma petição de obediência sem base comunicativa (a maneira pela qual Heidegger pergunta pelo Ser rompe, de fato, com a maneira de pensar e comunicar nas sociedades modernas). Aí Habermas vê um saber totalitário, que, portanto, só poderia dar ensejo a uma política totalitária.

Apesar de demonstrar alguma complacência ao afirmar que a vinculação de Heidegger ao partido nazista não deve ser motivo para desacreditar o conteúdo de *“Ser e Tempo”*, os ataques continuam quando Habermas diz haver pouco mais na obra de Heidegger do que a expressão da

⁴⁶³ HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.P. 188-189.

⁴⁶⁴ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P. 50.

ideologia alemã dos anos 20, marcada pela veneração da língua materna e pelo desprezo a orientações sociológicas.⁴⁶⁵

De fato, as influências do contexto não podem ser desprezadas, mas o escopo aqui é sim chamar a atenção para o lugar onde Heidegger pôde chegar (cremos que numa região bastante original) a partir de inevitáveis condicionamentos advindos do cenário acadêmico da época.

Para Habermas, pela falta de remissão a um interlocutor como crítico, Heidegger adentra em um “solipsismo metódico”, que, entre outras coisas, impede-o de ir além de localismos e faz da hermenêutica um saber incapaz de dar subsídios suficientes para a tomada de decisões morais e realizar uma crítica à ideologia.⁴⁶⁶ Heidegger teria permanecido preso à tradição, pois não conseguiu reagir ao passado. As objeções pretendem atingir também o silêncio no pós-guerra; quer dizer, à falta de uma resposta dentro das expectativas que exigiam uma justificação, cujo teor implicaria na revisão do próprio pensamento e em uma motivação de suas opções políticas.

Habermas escreve: “...depois da guerra ele perde-se, mesmo, nas circunscrições de um pensamento pra lá da filosofia e para lá da argumentação em geral.”⁴⁶⁷

A falta de enraizamento em uma teoria social e o solipsismo metódico levaram a teoria hermenêutica a escusar-se de submeter o próprio discurso ao crivo da história. Para tanto, seria necessário relativizá-lo e compreendê-lo como pretensão de validade sujeita a contraprova.

Perceba-se: para chegar a essas conclusões foi necessário decodificar o discurso heideggeriano a partir de critérios e fins postos pela razão comunicativa. Caso tomemos tais critérios como referência, certamente não há como chegar a outra conclusão senão a de que se o Ser é acontecimento que não pode ser plenamente comunicado a partir da linguagem da tradição, o questionamento ontológico não passa de uma especulação autoritária e inútil. O que Habermas não reconhece é que **há uma inadequação fundamental entre ontologia e a sua teoria do discurso** e que o seu sistema não é o único capaz de avaliar (dar ou desprover de sentido determinado questionamento) o “Ser”. Caso esses limites fossem aceitos, poder-se-ia falar, de maneira mais moderada, em diferentes formas de compreensão igualmente interessantes. A

⁴⁶⁵ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P. 50 e s.

⁴⁶⁶ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P. 55.

⁴⁶⁷ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P. 73.

insistência de Habermas em encaixar a hermenêutica heideggeriana em categorias grosseiras - inclusive como representação da “filosofia da consciência” – e sua recusa em investigar de maneira mais demorada sua densidade, desrespeita a densidade e as sutilezas das palavras de Heidegger.

A crítica da pragmática linguística aponta ainda para a contradição performativa que subjaz ao discurso da pós-modernidade cética. Há uma orientação para a verdade inerente à própria linguagem: um ato de fala provoca sempre acordo ou desacordo. Portanto, mesmo quando se diz “não há verdade”, espera-se que o interlocutor concorde com tal assertiva. Eis o paradoxo do ceticismo⁴⁶⁸: requer a adesão (performativa) do outro ao próprio discurso - o que significa convencê-lo de sua verdade - ao passo que, contraditoriamente, propõe a inexistência da verdade.

A pergunta da pragmática do discurso é: “como os participantes da comunicação podem atingir um entendimento quanto a algo no mundo? “ Busca-se, portanto, acordos que irão estabilizar a comunicação e tornar legítimas as decisões. Aqueles vão depender de atos performativos que envolvem a tomada de posição (sim ou não) e do aprendizado mútuo.

Mais uma vez, é preciso ter claro que, se colocarmos os problemas relevantes para Habermas e o seu modo de perguntar como marco estrutural, as relações serão compreendidas em termos de acordo/desacordo. Entretanto, sem retirar a importância social da formação de acordos linguísticos (cujo teor, segundo Gadamer, não pode ser abstraído de seu componente afetivo), esta não é a única maneira de lidar com as coisas. Outrossim, questionar se determinada pretensão de validade provoca de fato ou é potencialmente capaz de gerar acordos racionais não é a única pergunta que pode ser feita.

A investigação da hermenêutica conforma uma maneira diferente de procurar, a pergunta que interessa ao hermeneuta deve surgir de uma outra região. A proposta é adentrar em universo de metáforas. Quando se tem a estética como base a relação que se estabelece com as coisas é fundamentalmente distinta, a pergunta é: “como algo se dá?” Como acontece de sermos atingidos por algo? A linguagem, para a hermenêutica, tem um potencial de abertura que pode permitir o

⁴⁶⁸ Sobre a crítica auto-refutação do ceticismo cf. SMITH, Bárbara Herrnstein: *Crença e Resistência. A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. São Paulo: Unesp, 2002. P. 158-166 e ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito – uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 210.

atingimento por alguma coisa que está aí. Portanto, não cabe perguntar se concordamos ou discordamos com uma metáfora, deve-se sim perquirir como somos diferentemente atingidos por ela.

A exploração estético-ontológica destrói a nitidez dos limites entre interioridade e exterioridade - Eu sou Outro⁴⁶⁹. Inobstante os méritos da busca por inclusão, o interlocutor com quem dialogamos, como veremos, pode não passar de projeção do eu (não se quer afirmar que Habermas não estava ciente disso, a idéia é apenas chamar a atenção para esse aspecto). A abertura ao Outro radicalmente Outro – que pode se mostrar através de outrem, por meio de uma obra de arte ou de alguma outra forma – é o que norteia a investigação hermenêutica; por isso o diálogo, dentro dos parâmetros de racionalidade, ser insuficiente.

Sobre a crítica de que o projeto iniciado em “*Ser e Tempo*” acabou em um beco sem saída, o próprio Heidegger escreve: “...o filosofar sobre o fracasso está separado, por um abismo, de um pensar que realmente fracassa.”⁴⁷⁰

No cerne da questão, está a pergunta sobre o que a filosofia moderna entende como um projeto bem sucedido ou que tipo de resposta é bem recebida e o que é inaceitável nesse contexto. Quando Heidegger nos convida a pensar o que está mais próximo ele dá a direção de um caminho que havia sido obstruído pela tradição.

Habermas ainda argumenta:

*“Eu refiro-me, sobretudo, ao gesto de Heidegger, “de que existe um pensamento que é mais rigoroso que o abstrato”. Com este gesto, associa-se, primeiramente, a pretensão de que alguns poucos podem desfrutar, dispor de um poder infalível e subtrair-se a argumentação pública.”*⁴⁷¹

A idéia que sustentamos aqui é a de que essa não é a única maneira possível de avaliar o questionamento heideggeriano e que o procedimento proposto por Habermas não deve ser

⁴⁶⁹GADAMER, Hans-Georg: *Heidegger`s Ways*. New York: State University of New York Press, 1993. P. 12.

⁴⁷⁰ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P. 53.

⁴⁷¹ HABERMAS, Jürgen: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. P 75.

reconhecido como o único caminho válido (mesmo a tentativa universalização seja referente apenas a forma), pois há também aí o risco de supressão de outras possibilidades de revelação do Ser, ou de abertura para aquilo que não se encaixa e não convence, simplesmente atingem na sua diferença (aqui reside também o problema da imposição de um modelo eurocêntrico).

A teoria do discurso nesse sentido carrega os valores de democracia e liberdade, compreendidos em termos comunicacionais. Habermas utiliza-se da suposição contrafática segundo a qual a força do melhor argumento deve vencer e servir como orientação para a regulação da sociedade. Quer-se alertar para os perigos que residem também nesse discurso. Como ousar resistir às demandas da razão e da democracia? Não está aí oculta uma outra autoridade que, se descuidarmos, pode pretender governar nossas vidas.

Gadamer recusa-se a apelar a condições ideais e bastante despretensiosamente procura lembrar-nos da verdade em nossas condições concretas de vida, a partir delas, dentro dos limites da consciência (razão) e dos limites do corpo (mortalidade), cada um terá que carregar sua parcela de responsabilidade e procurar tomar decisões com prudência tendo em conta experiências vividas.

5.2. A questão dos afetos como o ponto central da crítica à razão comunicativa (objeções desenvolvidas a partir da hermenêutica e também da teoria psicanalítica)

5.2.1. Convencimento racional ou persuasão

Vimos que as noções de interesse e intencionalidade ocupam um papel central na teoria do discurso de Habermas. Pôr ênfase na intencionalidade é uma opção estratégica que visa permitir a crítica à ideologia, contudo, tal escolha é vista com desconfiança por perspectivas mais céticas.

A tarefa atual é explicitar algumas objeções levantadas pela hermenêutica e, posteriormente, pela teoria psicanalítica ao projeto habermasiano. O problema pode ser posto nos seguintes termos: para a ontologia fundamental, falta à teoria da ação comunicativa um questionamento prévio, pois antes mesmo do ato de fala já se está a caminho de algo e quase tudo

já foi determinado. De outro lado, Habermas considera que a emancipação vem do processo comunicativo capaz de ir além de seu ponto de partida e clarificar o que inicialmente estava oculto. Hermenêutica e teoria do discurso compartilham, portanto, da preocupação em mostrar o que fica invisível para a técnica e para a ciência moderna; os caminhos para alcançar esse fim, no entanto, divergem.

O *Dasein* encontra-se afetivamente em determinada situação; é assim que o mundo se abre para ele. Há um modo de revelação que antecede o conhecer e o querer; aquele é condição de possibilidade para atos intencionais. Acolher “estados afetivos” como base do pensamento não significa entregar a filosofia a desejos ou vacilações de ânimo. Antes, é pôr em jogo o fato de que toda fala aponta para uma escuta e esta última depende de um estado ou tonalidade afetiva que a determina.

Heidegger traduz a palavra *pathos* não como paixão (tal como tem feito a tradição), mas como sofrer, aguentar, deixar-se levar ou deixar-se convocar por algo.⁴⁷² Não se quer perquirir se esta é a melhor tradução da palavra grega – o próprio Heidegger admite sua ousadia -, mas sim o sentido que ela adquire no interior da obra de Heidegger. A justificativa da perversão da orientação frequente de tradução da palavra é o rompimento com a tradição moderna que lhe atribui um sentido psicológico, nos termos da filosofia da consciência.

O espanto deve ser o *pathos* da filosofia. Em tal disposição retrocedemos diante do ente⁴⁷³ por ele ser como é e não o que desejamos ou o que estamos acostumados que seja. Há um recuo e, ao mesmo tempo, fascinação diante daquilo que se contempla. Por isso, o Ser do ente se abre.

Seguindo uma orientação bastante distinta, a estratégia de Habermas para melhor lidar com as neuroses da modernidade é “colocar o conhecimento moderno no divã” e tentar verbalizar o que ficou oculto. Para tanto, a teoria do discurso aposta em um tipo de racionalidade ínsita a um diálogo livre de coerções. Habermas apenas admite o convencimento pela compreensão e aceitação racional, recusando a persuasão provocada por paixões (diferente, por exemplo, da retórica aristotélica⁴⁷⁴). Gadamer, por seu turno, apresenta um forte ceticismo quanto à

⁴⁷² HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia? Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P. 30

⁴⁷³ HEIDEGGER, Martin: *Que é isto – A Filosofia? Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006. P. 30

⁴⁷⁴ ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1999.

sobrevalorização do pensamento, perquiri também a respeito da legitimidade de uma transposição nos moldes habermasianos do saber psicanalítico para as ciências sociais⁴⁷⁵. O papel da intencionalidade e as causas do agir humano são postos em jogo – a afetividade, sem dúvida, ganha mais peso dentro da teoria hermenêutica⁴⁷⁶. É sempre bom sublinhar que se trata de uma questão de ênfase. Habermas sabe que sempre existirão causas ocultas, impossíveis de tematizar, que impulsionam o agir, no entanto, prefere, estrategicamente, usar como pilar planos de ação nos atos de fala.

5.2.2. Transferência e reedição afetiva das relações na teoria psicanalítica

Em “*Conhecimento e Interesse*”, Habermas desenvolve uma leitura peculiar da teoria psicanalítica procura realizar uma aproximação desta com a sua teoria do discurso. Segundo ele, tanto uma como outra perspectiva tem por escopo remover distorções na comunicação e restaurar seu uso público.

Dedicaremos agora à investigação das principais teses defendidas por Habermas em “*Conhecimento e Interesse*”, as quais serão confrontadas com estudos freudianos, sobretudo, no que diz respeito ao papel da transferência no processo analítico. O objetivo não é o de aproximar as duas perspectivas (como pretende Habermas), mas mostrar em que pontos elas não se encaixam. As diferenças estão ligadas ao fato de que a abordagem da teoria do discurso preocupa-se com a transformação de crenças, mas não cuida de mudanças afetivas. Estas são fundamentais para a psicanálise; que as compreende como câmbio de uma compulsão para repetir e transformação de um modo de se posicionar nas relações. O processo analítico é capaz de provocar alterações de crenças, mas isto não é o que Freud procurava, nem é, segundo ele, o aspecto mais importante do processo. Levantaremos, portanto, algumas questões a respeito do acento atribuído por Habermas em um dos aspectos da “cura” psicanalítica (a palavra vem entre

⁴⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 312. Também sobre a crítica de Gadamer à transposição da psicanálise para a teoria social ver HOW, Alan: *The Habermas-Gadamer Debate and the Nature of the Social*. Brookfield: Ashgate Publishing Ltd, 1995. P. 205 e s.

⁴⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P.529. Também sobre a crítica de Gadamer a transposição da psicanálise para a teoria social ver HOW, Alan: *The Habermas-Gadamer Debate and the Nature of the Social*. Brookfield: Ashgate Publishing Ltd, 1995. P. 205 e s.

aspas porque, para a psicanálise a cura deve ser compreendida em um sentido desprezioso, trata-se de lidar melhor com as próprias neuroses⁴⁷⁷).

O primeiro ponto a ser levado em conta é que há uma certa tensão na relação entre psicanálise e epistemologia. Muitos epistemólogos se recusam a atribuir àquela o status de ciência, visto que trabalha com hipóteses (como a da existência do inconsciente) que não podem ser submetidas a testes empíricos. Os psicanalistas contra-argumentam que a teoria nasceu da clínica e lá é constantemente testada. Resposta que não satisfaz a todos, pois a situação analítica é artificialmente criada e declaradamente assimétrica, o paciente em tais condições estaria sujeito à indução.

Habermas parte do pressuposto de que o critério determinante de cientificidade é o acordo racional sobre o conhecimento adquirido e argumenta que a partir desta referência o saber psicanálise deve ser admitido como científico, pois, no final do processo, paciente e analista chegariam a um consenso sobre a doença. Conferir à psicanálise credibilidade epistemológica irá oferecer ganhos indiretos para o projeto habermasiano na medida em que, de maneira semelhante à teoria psicanalítica, a teoria do discurso irá tentar verbalizar relações de poder ocultas – na teoria do discursos estas referem-se a sociedade não ao sujeito.

Tendo em vista a harmonização da sua perspectiva com as teses da psicanálise, Habermas faz uma leitura muito peculiar daquelas. O que é marcante na interpretação habermasiana é o foco na recordação, no acordo alcançado entre analista e analisando e a pouca importância atribuída ao manejo da transferência. Esta última é compreendida por Freud e seus sucessores como motor do processo analítico; envolve um tipo especial de relação, que entre outras coisas exige assimetria (entrega do paciente ao processo) na relação. A questão está no centro das objeções que iremos levantar.

A tarefa será, portanto, em primeiro lugar, explorar alguns temas fundamentais ligados a constituição do saber psicanalítico, tendo em vista a compreensão do papel que a transferência adquire nesse contexto. E, em um segundo momento, investigar mais demoradamente as teses

⁴⁷⁷ FREUD, Sigmund. *Obras Completas* V.XXIII. “Análise Terminável e Interminável”. Rio de Janeiro: Imago. P. 284.

que Habermas levanta em “*Conhecimento e Interesse*”, com a finalidade de detectar como a questão da afetividade é aí desenvolvida.

O conhecimento psicanalítico foi conformado a partir de investigações empíricas, primeiramente com estudos de casos de histeria e do seu tratamento pela hipnose e depois pela livre associação e manejo da transferência. A experiência clínica era o centro de gravidade das formulações teóricas freudianas, que a todo tempo eram modificadas em função de descobertas empíricas, por isso - ao contrário do que acontece quando se tem como principal referência um sistema conceitual abstrato - as contradições na teoria terem sido aceitas sem maiores problemas e de fato terem servido como força propulsora para seu desenvolvimento.

Partir da hipótese da existência de uma dimensão inconsciente na psique humana é admitir que existe uma parte de nós mesmos que não podemos controlar.

“Este eu que nos é tão íntimo é, também, inquietantemente estranho (...) nessa enigmática presença do estranho no mais familiar; familiar que, em certas condições, manifesta-se como estranho. É o medo que fixa o estranho fora de nós, revelando naquilo que uma vez foi familiar algo potencialmente “impregnado” do estranho, no caso, o inconsciente”⁴⁷⁸.

Esta “estranha” concepção de sujeito aparece no auge do racionalismo, quando imperava a crença de que o ser humano, não mais escravo dos desígnios divinos, era capaz de controlar o próprio destino pela razão. Por partir de hipóteses radicalmente transgressoras, não só para epistemologia (hipótese do inconsciente), mas igualmente para a moral da época (sexualidade infantil), a psicanálise sofreu severas críticas e fortíssimas resistências da comunidade científica.

De acordo com Freud, a história da psicanálise pode ser dividida em três fases principais. A primeira foi a da catarse de Breuer, em que se procurava focalizar diretamente o momento em que o sintoma havia sido formado, através da hipnose⁴⁷⁹. O objetivo era encontrar o trauma - o

⁴⁷⁸MATOS, Olgária: “Sociedade, Tolerância, Confiança e Amizade”. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em novembro de 2003.

⁴⁷⁹FREUD, Sigmund : *Obras Completas* V. XII. “Recordar Repetir e Elaborar (Novas Recomendações sobre a Técnica da Psicanálise II)”(1914).. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 193.

evento, na maioria dos casos ligado à sexualidade, capaz de originar o sintoma atual - e os processos mentais ligados a ele, a fim de descarregar atualmente energias que não foram soltas em um momento pretérito. Por não ter acontecido a liberação da energia libidinal há um processo de introversão, isto é, uma parte da libido é dirigida para longe da realidade e sua energia fica presa no inconsciente. O propósito era obter uma situação de crise emocional, que liberaria a energia reprimida e assim solucionaria o problema que a crise pretérita não pôde colocar em cena⁴⁸⁰.

Posteriormente, em função da quantidade de casos de sedução e abusos sexuais que teriam necessariamente que existir caso a teoria sobre o trauma fosse verdadeira, Freud passou a atentar para a hipótese de que esses traumas não precisavam ser, de fato, reais; poderiam estar apenas na fantasia, no desejo da criança que não conseguiria separar com clareza o imaginário do real. Nesse segundo momento, passou-se a dar mais atenção à imaginação do sujeito e menos relevância ao evento como realmente se deu. Já não se conferia mais tanta importância à descoberta da “verdade objetiva”, ao invés disso, o que passa a ser buscado é a verdade do sujeito. A ênfase está na fantasia, que toca o que foi percebido e, ao mesmo tempo, modificado pelo sujeito.

Finalmente, Freud observa que, além do material recalçado, há outras forças que agem na psique que devem ser igualmente trabalhadas. É nessa fase que a resistência passa a ser considerada como elemento fundamental para o tratamento. Freud percebe que foi em razão das resistências que sua atitude anterior, de tentar argumentar e convencer o paciente de que a raiz de seu sintoma era essa ou aquela, teve resultados catastróficos. Havia discussões, o paciente muitas vezes desistia da análise, sentia raiva do psicanalista, etc. Isto porque não estava preparado para ouvir o que o médico tinha a lhe dizer⁴⁸¹.

O tratamento pela hipnose já não era mais adequado, pois pretendia ir diretamente ao trauma e passava por cima das resistências. Era preciso descobrir um novo caminho para a cura. Freud dedica-se, então, a investigação das formas de expressão do inconsciente e observa que cada ato da pessoa em tratamento, cada associação isolada (sintoma) tem de ser levada em conta,

⁴⁸⁰FREUD, Sigmund : *Obras Completas* V. XII. “Recordar Repetir e Elaborar (Novas Recomendações sobre a Técnica da Psicanálise II)”(1914).. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 193.

⁴⁸¹ FREUD, Sigmund: *Obras Completas* V. XI .“Psicanálise Selvagem” (1910). Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 209.

pois representa a conciliação de forças que estão em combate. A partir dessas novas idéias que nasceram de sua experiência clínica, desenvolve um método de tratamento baseado na livre associação. O psicanalista continuava buscando o acesso ao que o paciente deixava de recordar, mas o caminho não era mais desconsiderar a resistência, era preciso contorná-la por meio do trabalho de interpretação. A ab-reação (descarga de energia) fica em segundo plano e é substituída pelo trabalho de superação de censura. Daí a regra fundamental da clínica psicanalítica: o médico deve pedir ao paciente que deite no divã (sem que possa ver o analista) e fale tudo o que vier à mente por mais doloroso ou aparentemente sem sentido que possa aparentar.

Na terceira e última fase, o centro do estudo passa a ser o presente. Tentativas de focar um problema específico são deixadas para trás, os conteúdos que estão na superfície da mente do paciente são interpretados pelo psicanalista que deverá identificar resistências e torná-las conscientes⁴⁸². Não há mais necessidade de dar a conhecer o que o psicanalista considera ser a raiz do sintoma, porque, quando as resistências (reveladas pelo médico) tiverem sido vencidas, o paciente poderá relacionar situações e associações esquecidas sem qualquer dificuldade.

É nessa última fase que o manejo da transferência passa a ser admitido como principal força do processo analítico. Contudo, desde o caso Anna O⁴⁸³, tratada por Breuer, através do método catártico, Freud já percebe um traço peculiar na relação entre médico e paciente que, posteriormente, irá chamar de transferência.

No caso Dora, constata:

*“É renovada toda uma série de experiências psicológicas, não como pertencentes ao passado, mas aplicadas à pessoa do médico no momento presente.”*⁴⁸⁴

⁴⁸² FREUD, Sigmund : *Obras Completas* V. XII. “Recordar Repetir e Elaborar (Novas Recomendações sobre a Técnica da Psicanálise II)”(1914).. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 193.

⁴⁸³ FREUD, Sigmund : *Obras Completas* V. II. “Casos Clínicos”(1914). Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 63 e s.

⁴⁸⁴ FREUD, Sigmund: *Obras Completas* VII. “Fragmento da Análise de um Caso de Histeria” (1905). Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 113.

Mais tarde, observa que a transferência não ocorre apenas no ambiente da análise, acontece em todos os momentos da vida, apenas pode-se dizer que naquela situação ela terá certas características peculiares⁴⁸⁵. Em suas primeiras observações sobre a relação transferencial, Freud a via como a maior de todas as resistências, capaz, inclusive, de paralisar completamente o tratamento; mas, posteriormente, ela se torna uma das mais importantes ferramentas de cura. A investigação da transferência fornece a Freud o instrumental necessário para que pudesse compreender melhor os mecanismos de funcionamento e a maneira pela qual deve ser interpretada a repetição.

No artigo “*Recordar, Repetir e Elaborar*”, Freud propõe que a transferência é um fenômeno repetitivo, re-vivência de antigas emoções, além de uma arma forte da resistência. Como consequência do progresso do tratamento e com uma maior proximidade do material recalcado, irrompem-se as forças que levaram à introversão da energia libidinal. Num primeiro momento, há, usualmente, a lembrança e verbalização de eventos marcantes para o paciente através da associação livre, mas, posteriormente, esta rememoração vai se tornando insuportável para o ego e as resistências começam a atuar com mais força, impedindo a chegada à consciência destas lembranças “mal ditas”. O que não é lembrado é expelido de outra forma, não através de palavra, mas de atos (“acting out”),⁴⁸⁶ revela-se no tipo de relação estabelecida com o analista, por exemplo (Para ilustrar a questão imagine-se que em função da transferência, um analisando que sempre teve uma postura desafiadora diante do pai, age da mesma maneira na sua relação com o analista). O material recalcado, quando insuportável para o analisando, é afastado da consciência pelas forças de resistência e o que não foi rememorado se repete na vida do sujeito sem que este se dê conta. Quanto maior a resistência, mais extensivamente a atuação substituirá o recordar. Então, no caso de uma transferência leve será possível a lembrança, mas se a transferência fica muito intensa a atuação passará ao primeiro plano. Freud escreve: “*o paciente retira do arsenal do passado as armas com que se defende contra o progresso do tratamento*”⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ FREUD, Sigmund. *Obras Completas V. XII.* “A Dinâmica da Transferência” (1912). Rio de Janeiro: Imago, 1974.

⁴⁸⁶ FREUD, Sigmund : *Obras Completas V. XII.* “Recordar Repetir e Elaborar (Novas Recomendações sobre a Técnica da Psicanálise II)”(1914).. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 196-197.

⁴⁸⁷ FREUD, Sigmund. *Obras Completas. V. XII.* “A Dinâmica da Transferência” (1912). Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 136.

As descobertas sobre repetição e transferência provocaram mudanças profundas na teoria psicanalítica. Mudam os propósitos: o tratamento passa a buscar não apenas remover o sintoma, mas também suspender determinada compulsão repetitiva. Igualmente, surgem novas idéias sobre as forças primárias que movem o ser humano. O estudo da repetição levou Freud a concluir que não há apenas o princípio do prazer (*Eros*), mas também seu contraponto, a pulsão de morte (*Tanatos*)⁴⁸⁸.

5.2.3 A razão comunicativa não assimila a força da transferência e da afetividade das relações

Em “*Conhecimento e Interesse*”, Habermas esforça-se para encaixar a psicanálise em sua teoria do discurso. Para tanto, enfatiza o lado iluminista da teoria freudiana (este talvez seja um dos aspectos mais criticados pelos continuadores de Freud, notadamente Lacan⁴⁸⁹), bem como compreende a psicanálise como uma prática capaz de desencadear um movimento de autoreflexão. O processo analítico permitiria ao analisando recordar o que foi recalcado (ou expulso da linguagem pública, nos termos da teoria do discurso) e, ao final, chegar a um acordo com o analista.

Decerto Freud nunca se desvencilhou completamente dos pressupostos iluministas, que aparecem com nitidez quando afirma que o objetivo do processo analítico deve ser o fortalecimento do ego.⁴⁹⁰ Todavia, mesmo construído sobre bases racionalistas, o saber psicanalítico acaba por se insurgir como crítica à razão moderna. Isso foi possível – e esta talvez seja o grande mérito do saber psicanalítico e algo que lhe põe em certa vantagem em relação à filosofia – porque nunca foi atribuída uma força excessiva nem consequências de longo alcance às hipóteses teóricas pensados por Freud. A teoria psicanalítica gravita em torno da prática e por ela está sempre sendo corrigida. Foi a clínica que iniciou, em todos os momentos, impulsionou o

⁴⁸⁸ CHEMAMA, Roland. *Dicionário de Psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. P. 197

⁴⁸⁹ LACAN, Jacques: *O Seminário Livro I – os Escritos Técnicos de Freud*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986. P. 77 e s.

⁴⁹⁰ FREUD, Sigmund. *Obras Completas* V.XXIII. “Análise Terminável e Interminável”. Rio de Janeiro: Imago, 1974. P. 267.

questionamento freudiano e permitiu enriquecimento da teoria através do reconhecimento dos erros.

Certamente, a falta de experiência clínica torna difícil para qualquer teórico compreender o sentido das vivências em situação analítica. Talvez seja precisamente a ausência de enraizamento na clínica o grande problema da leitura habermasiana e do projeto de transposição do saber psicanalítico para a teoria social. Aproximações entre esses dois âmbitos precisam ser feitas com muita cautela; o próprio Freud, quando recorre a analogias entre sujeito e sociedade o faz com uma infinidade de ressalvas e de maneira bastante despretensiosa⁴⁹¹. Em nenhum momento propõe uma síntese bem resolvida ou método para a “cura” social.

O epistemólogo Habermas dedica-se a investigar critérios de validação de hipóteses levantadas pelo psicanalista na clínica. Propõe que o movimento de autoreflexão, desenvolvido na análise, levará o analisando a tomar consciência de seu autoengano e trará de volta conteúdos recalcados e expurgados do discurso público. No final do processo, o paciente estaria apto a corrigir as distorções neuróticas em seu discurso e entrar em acordo com o analista se, de fato, as hipóteses deste corresponderem à experiência daquele. O consenso validaria as pretensões do analista.

Freud, por outra via, procura validação de suas hipóteses não em acordos, mas na modificação na vida do paciente que se dá pela transformação do sintoma. É possível sim falar em acordo dentro do processo analítico ou mesmo num momento posterior a ele, em que, por exemplo, o paciente se dá conta de um determinado padrão que tende a repetir. Mas Freud não dá tanta importância à conformação ou não de consensos.

Parece que há uma inversão de pesos dos fatores em jogo. Para a psicanálise, cura é transformação do agir, dirige-se à cessação de uma cadeia repetitiva (mesmo que o sintoma possa retornar depois⁴⁹²), o acordo no que diz respeito ao conteúdo da biografia do paciente é apenas consequência. Não é incomum, inclusive, que, dentro processo analítico, o paciente adquira plena consciência da doença e das causas de seus sintomas e ainda assim permaneça preso a eles, repetindo-os na vida. Teria, portanto, alcançado um acordo com o analista, no entanto, tal ajuste

⁴⁹¹ FREUD, Sigmund: *Obras Completas*. V. XXI. “O Mal-Estar na Civilização”. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

⁴⁹² FREUD, Sigmund: *Obras Completas V XXIII*. “Análise Terminável e Interminável”. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

de idéias não tem um papel essencial no processo de “cura”. O que acontece em casos como este é que o paciente realiza um movimento racional - tomada de consciência -, mas falta a vivência. Quer dizer, o analisando conhece, mas não foi capaz ainda de tocar afetivamente a questão, por isso permanece repetindo o sintoma.

Cognição, simplesmente, não é “cura” (não modifica um sintoma). O processo analítico é muito mais uma experiência afetiva do que uma investigação de conteúdos, daí as dificuldades de compreendê-lo a partir de determinações epistemológicas de base racionalista. Os afetos são o motor (impulso transferencial do processo) e o fim da análise - já que seu sentido envolve mudança nas relações afetivas - e daí, então, pode surgir um câmbio de crenças.

A “cura” vem do manejo da transferência pelo analista em uma situação artificialmente criada e controlada por este, nesse sentido, assimétrica. Anote-se que em “*Conhecimento e Interesse*”, Habermas refere-se apenas muito rapidamente à questão da transferência e praticamente não cuida da questão do estabelecimento de alianças afetivas. A teoria do ato de fala não pôde assimilar o papel da transferência em todo seu vigor, também porque esta última envolve algo que ocorre antes da fala e antes das intenções, mas que fornece o sentido destas. Talvez a grande lacuna e o caminho para o enriquecimento (ou desintegração) da teoria habermasiana venha de uma exploração mais aprofundada da sensibilidade – questões que, por vias diferentes, são exploradas pela psicanálise e pela teoria estética.

Sérgio Costa escreve:

“Estamos hoje desenvolvendo uma cultura que dá novamente ao racional uma validade transcendente e ao emocional um caráter arbitrário ou caótico. Por isso, é cada vez mais difícil para nós aceitarmos "dormir com uma desconhecida" ou, em outras palavras, termos "relações íntimas" entre o emocional e o racional.”⁴⁹³

⁴⁹³ COSTA, Sérgio e LEIS, Hector Ricardo: “Dormindo com uma Desconhecida – a Teoria Social Contemporânea Enfrenta a Intimidade”. In *Imprimatur: Revista Virtual de Ciência Humanas*, n 2, 1999. P. 15.

O grande mérito da ética do discurso está na proposta de inclusão e participação efetiva. A exigência da participação de outrem deve ser elogiada, pois o simples fato de estar diante de outrem já carrega um potencial de abertura. Contudo é preciso alertar que nem sempre o que está em potencia será atualizado e nem sempre outrem se mostrará como alteridade.

A investigação da transferência deixa claro que estar diante de outra pessoa não implica necessariamente em se deixar afetar pelo Outro. Temos a tendência a repetir experiências do passado, reeditar situações e projetar em outrem relações antigas. Levar isto a sério é pôr em questão a possibilidade efetiva de “cura” social pela estratégia de se colocar em contato com outra pessoa. Tal “encontro” – nos moldes da situação comunicativa ideal - pode ser no fundo um “não-encontro”, estagnação no Mesmo. Por isso é importante pensar com cautela a teoria do discurso e ter em conta os limites do que pode ser alcançado a partir dela.

5.2.4. Experiência do tu ou inclusão do outro?

O que há além ou aquém da razão moderna? A resposta automática da teoria geral do direito tem sido decisionismo, arbítrio e violência. Decerto, na Idade Média a crença na impossibilidade humana de conhecer levou à submissão à Igreja medieval, única capaz de alcançar a Revelação Divina. A chegada da modernidade e do cartesianismo teve também o sentido de tomada de poder por parte do ser humano, que através da razão era, agora, capaz de controlar o próprio destino. Este processo foi, sem dúvida, importante historicamente. O problema é que, nós, modernos, persistimos ainda hoje presos a tal necessidade de afirmação, supondo que caso abandonemos nossas crenças na racionalidade iremos voltar ao medieval. Assim, aprendemos a raciocinar por meio de dicotomias violentas; Maturana as vê como sintoma, cujas raízes estão no em um pensamento que, tacitamente, privilegia a competição em detrimento da conciliação e da solidariedade. Por exemplo, é frequente a utilização da estratégia argumentativa em que se coloca argumento adversário sob a égide do próprio sistema, subtraindo-lhe a peculiaridade, compreendendo-o em termos do antigo ou do “já visto” e “já explorado”; também é usual redesenhá-lo e, na nova figura, caricata, enfatizar os pontos mais frágeis. Tal versão simplista do argumento a ser derrotado é colocada como única opção restante caso não seja aceita a visão proposta. Assim, é comum para os adeptos da razão comunicativa

habermasiana afirmar que as opções são “ou” razão comunicativa “ou” irrazão e descontrolo, não há meio termo, podemos “ou” aderir ao pós-positivista “ou” resta-nos apenas o decisionismo, arbítrio e violência. Quando a questão é posta nestes termos fica fácil optar. No entanto, vimos que esta não é a única maneira de se colocar o problema.

A preocupação aqui é com o risco de que a situação comunicativa que preenche os requisitos delineados por Habermas – e o problema ganha uma dimensão ainda maior quando trazemos à baila sua tese de que alguns valores ocidentais modernos devem ser universalizados – não deixe de ser, no final das contas, um monólogo entre o falante e sua projeção (em outrem ou outra cultura). A pergunta a ser feita é até que ponto há de fato abertura à diferença?

Um modelo de tomada de decisão que exige a participação de outrem, já é, só por isso, sem dúvida interessante; mas é importa pensar até onde pode chegar. Gadamer ensina que estar diante de outro, simplesmente, é um passo para sair da própria clausura, no entanto, para ele, a troca realizada na experiência dialogal não pode se restringir ao intercâmbio de argumentos racionalmente justificados. O que ele procura na conversação é o seu potencial de alteridade, que está “*mais além de todo consenso no comum.*”⁴⁹⁴

O “Outro” não é exterior ao “Eu” - e este é o sentido mais profundo do “ser-com” heideggeriano -, a fala que se dá por uma linguagem herdada e é proferida num acontecimento individual expressa tal ambigüidade. Quer dizer, a investigação da “história-efetiva” quer mostrar que a tradição fala através de nós, estamos desde sempre lançados no mundo e é impossível uma compreensão fora do tempo e da linguagem. O discurso é sempre eco, é outro em relação à consciência. O intérprete participa do texto que compreende, e sempre há de ocorrer que o tecido do sentido que vai se revelando na leitura acabe remetendo- o à indeterminação que é ele mesmo.

O peso da finitude que carrega o hermeneuta vem à tona no Banquete de Platão. Sócrates – ao contrário da opinião comum – fala de um Eros miserável, filho de Poros e Pênia, mas que, no entanto, deseja o que é belo. Eros sofre, pois ama, todavia, como todo amante, não possui o objeto amado:

⁴⁹⁴ WARAT, Luis Alberto: *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. P. 195.

“He is by nature neither mortal nor immortal, but alive and flourishing at one moment when he is in plenty, and dead at another moment, and again alive by reason of his father's nature. But that which is always flowing in is always flowing out, and so he is never in want and never in wealth; and, further, he is in a mean between ignorance and knowledge. The truth of the matter is this: No god is a philosopher or seeker after wisdom, for he is wise already; nor does any man who is wise seek after wisdom. Neither do the ignorant seek after Wisdom. For herein is the evil of ignorance, that he who is neither good nor wise is nevertheless satisfied with himself: he has no desire for that of which he feels no want.”⁴⁹⁵

O retorno aos diálogos platônicos tem para Gadamer o sentido de constituição de um saber que está em movimento - pela destipificação de universais. Para ele, é essa a verdadeira dialética, diferente de Hegel, para quem a dialética chega ao seu cume no saber absoluto e na superação de toda a experiência.⁴⁹⁶

“A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdade compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito e se sabe a si mesma como tal efeito.”⁴⁹⁷

O caminho da hermenêutica não é o da consumação, do êxtase num saber capaz de absorver toda a história. Procurar as respostas apenas no plano ideal da consciência é evitar o contato com a realidade, é também evitar a dor. O termo “experiência” adquire um sentido próprio na hermenêutica. Esta não é compreendida como aquilo que meramente informa, aponta para algo que jamais pode ser reduzido ao material consciente, é a própria história atuando no

⁴⁹⁵ PLATO: *Symposium*. Oxford: Oxford University Press (Digital Classics), 1995. P. 49.

⁴⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 461-464

⁴⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 446

indivíduo. Como a experiência não cabe na consciência, envolve sempre frustração de planos; quando corretamente compreendida, é capaz de revelar a finitude, daí a interdição por ela proporcionada. Frustração tem aqui também o sentido afetivo de abertura da ferida narcísica.

O hermeneuta, como o Eros platônico, não é um deus, vive em um eterno conflito: jamais irá alcançar o que procura, pois o Ser é um enigma, aparece e se esconde sem cessar. Eis a frustração que faz parte de sua tarefa. Ao contrário do dogmático que resiste à negação de seu sistema e de seu êxtase, o hermeneuta precisa aceitar o sofrimento e, mais ainda, fazer dele seu companheiro de jornada.

“O homem experimentado conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Nele consuma-se o valor de verdade da experiência. Nela chega ao limite absoluto todo dogmatismo nascido do coração humano que se deixa possuir por seus desejos. A experiência ensina a reconhecer o que é real.”⁴⁹⁸

São as experiências vividas e (a abertura ou não a ela) que formam o indivíduo bem como uma coletividade (como veremos no capítulo final). A experiência está no centro do questionamento gadameriano e estabelece inclusive limites a pretensão habermasiana de alcançar um consenso racional. As oposições insuperáveis entre grupos sociais e políticos repousam na diferença de interesses, bem como na variedade de experiências. Divergências que só aparecem quando há pelo menos o início de um diálogo; este que pode chegar a fim quando colide com diferenças de opinião insuperáveis (Gadamer enfatiza esse adjetivo). É um erro pensar que tal perturbação na comunicação (divergências inconciliáveis) pode ser comparada como que a psicanálise chama de neurose⁴⁹⁹.

Abrir-se à experiência envolve a admissão de algo que não se pode compreender, um outro irreduzível, que atinge na sua diferença radical. É isto que, a partir de influências de Martin

⁴⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 467.

⁴⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 312-313.

Bubber⁵⁰⁰, Gadamer chama de “*experimentar o tu realmente como um tu*” nas relações humanas. Abertura, neste sentido radical, não pode ser garantida por um procedimento ou método (esse ponto voltará a ser discutido na conclusão).

“O diálogo que continuamos em nosso próprio pensamento e que talvez se enriqueça em nosso tempo com novos e grandes interlocutores em uma humanidade de dimensões planetárias deveria buscar sempre um interlocutor, especialmente se este é radicalmente distinto.”⁵⁰¹

A experiência do tu, de que fala Gadamer, difere fundamentalmente da “inclusão do outro” habermasiana. Não é suficiente o diálogo de duas pessoas supostamente racionais em circunstâncias que se aproximam de condições ideais, é preciso que haja abertura, impulso para deixar que algo valer contra os próprios referenciais (crenças ou modo de vida, por exemplo).⁵⁰²

Nesse ponto, há uma proximidade com o pensamento de Martin Buber – inclusive não nos parece um excesso dizer que talvez a experiência do Tu, nos termos atribuídos pela hermenêutica, já estivesse latente no pensamento buberiano. Daí surge uma distinção ainda mais profunda com relação à tese habermasiana, já que não só outrem, o Tu buberiano, pode advir por meio de um “isso”. Buber escreve: “*Cada isso pode, se entrar no evento da relação, tornar-se um Tu.*”⁵⁰³

Vem à tona outro ponto de divergência com Habermas, que, como vimos, responde às aporias de Adorno ao afirmar que a instrumentalização acontece quando a razão está pautada na relação com um objeto. Quando o eixo de modifica-se e a racionalidade estrutura-se através de relações intersubjetivas, pautadas em ações comunicativas, abre-se espaço para a crítica e para a emancipação.

⁵⁰⁰ BUBER, Martin: *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001. P. 25 e s.

⁵⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Diálogo y Deconstrucción – los Límites del Encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998. P.74.

⁵⁰² GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 471-472.

⁵⁰³ BUBER, Martin: *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001. P 73.

“Devemos estar alerta ao equívoco de atribuir ao Tu, em Buber, o significado simplista de pessoa e ao Isso o significado de coisa, objeto. Eu-Tu não é exclusivamente relação inter-humana. Há muitas maneiras de Eu-Tu e o Tu pode ser qualquer ser que esteja presente no face-a-face: homem, Deus, uma obra de arte, uma pedra, uma flor, uma peça musical. Assim com o Isso pode ser qualquer ser que é considerado um objeto de uso, de conhecimento, de experiência de um Eu, Eu e Tu não aceita a distinção familiar entre coisas e pessoas.”⁵⁰⁴

Gadamer crê no potencial do diálogo, especialmente da conversação concreta. Mas, diferente Habermas, não aposta em sua capacidade de gerar consenso racional e permitir o controle de decisões: a conversação tem em Gadamer o sentido de fazer presente a diferença, a experiência de acontecimento concreto. Ensina, portanto, os limites do outro e a mobilidade das coisas.

⁵⁰⁴ ZUBEN, Newton Aquiles Von: Introdução a BUBER, Martin: *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001. P. 36.

CAPÍTULO 6

EDUCAÇÃO JURÍDICA E *PHRÓNESIS*: FORMAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE DE DECIDIR

Sumário: 6.1. Exposição esquemática das principais repercussões da investigação hermenêutica no o direito; 6.2. Os excessos da modernidade: tecnologia, ansiedade e desencargo; 6.3. Sobre a razão prática e o papel do especialista na modernidade; 6.4. O retorno gadameriano à phrónesis e à solidariedade vivida; 6.5. Formação (Bildung) em Gadamer como aquisição de um potencial para a phrónesis; 6.6. Educação como lugar estratégico de abertura para o saber jurídico; 6.7. Educação para a phrónesis: vivências em diferentes contextos e sensibilização para o direito como acontece na sua diferença; 6.8. Preservação da memória como direito humano fundamental

6.1. Exposição esquemática das principais repercussões da investigação hermenêutica no direito

Esquemáticamente, as principais teses sustentadas até agora são as seguintes:

(1) Pensar o direito por abordagem hermenêutica significa compreendê-lo como prática integrada à vida. A linguagem media e dá sentido à nossa relação com as coisas; o sentido se mostra no tempo e através de deslocamentos metafóricos.

(2) O positivismo, em sua versão formalista, supõe ter aprendido a lidar com o tempo por admitir a mudança de conteúdos. No entanto, a fixação de um procedimento é mais do que a

escolha de uma estratégia de decisão posta diante de nós. Participamos do procedimentalismo; fazemos parte de uma estrutura (configurada a partir de determinações da técnica) que promove o desencargo. Dentro de um contexto moderno e em meio a práticas procedimentalistas – que prescindem de um pensamento autônomo - proliferam burocratas (banalidade do mal arendtiana).

(3) Dentro de uma perspectiva racionalista somos livres na medida em que nossas decisões não são determinadas por paixões, mas pela razão. A hermenêutica põe em questão este sentido moderno de liberdade e preocupa-se com determinações prévias que direcionam nosso modo de vida. A democracia, no sentido comum da palavra, é, por esta via, questionada. Ao invés do sujeito transcendental kantiano (fora do mundo), que toma decisões pelo uso da razão e da lógica, Gadamer tem em conta um ser humano que habita um mundo factual e que, sempre em uma disposição afetiva, toma decisões com base em sua experiência vivida.

(4) Pensar estruturas prévias (anteriores a atos de fala), que determinam a formação do direito é cuidar da história. História não deve ser compreendida como algo que ficou para trás. O passado está presente. Gadamer quer chamar a atenção para isso quando se refere à história efetiva. Aí está a importância e, sobretudo, o sentido ético da *Destruktion*.

(5) Abertura à diferença ou experiência do tú “como realmente um tú” nas relações humanas requer mais que tolerância ou inclusão. Para a compreensão do sentido mais profundo de tal solicitação, é necessário adentrar no terreno da estética. Esse tipo de relação, aberta, não pode ser exigida juridicamente, mas tem o potencial de abrir caminhos inusitados e aproximar o direito de suas raízes.

(7) A razão comunicativa habermasiana tem como objetivo alcançar o consenso a partir de razões capazes de convencer qualquer um, independentemente de vínculos afetivos que se dão numa conversação concreta. Gadamer desconfia dessa forma de solidariedade conformada por acordos racionais. Há, do outro lado, uma solidariedade vivida, que se constitui um engajamento prático pela formação de alianças que não deixam de ter uma base histórica e afetiva.

Isto posto, a conclusão do trabalho irá gravitar em torno das idéias de *práxis* e *phrónesis*. Em primeiro lugar, tendo em conta o problema da decidibilidade, esclareceremos em que

aspectos a razão moderna (que dá impulso ao procedimentalismo) distingue-se da razão prática antiga, Gadamer alerta para o risco de que a técnica e o procedimentalismo modernos acabem ocupando cada vez mais espaços e, com isso, práticas de deliberação que carregam encargo de decidir a partir de um pensamento autônomo tendam a desaparecer. Nesse ponto, iremos questionar também o papel que o **especialista** vem assumindo em sociedades hipercomplexas.

Em seguida, investigaremos o retorno gadameriano à *phrónesis* aristotélica; este será compreendido como um passo para trás em busca de um enraizamento do processo de tomada de decisão. Gadamer chama a atenção para o modo de vida comum, para a formação e para responsabilidade de quem decide. **Experiência** e **formação** (*Bildung*) ganham um sentido bastante específico na hermenêutica gadameriana. São noções chave para a compreensão do sentido mais próprio de sabedoria prática; irão, outrossim, iluminar os estudos acerca de educação e direito.

Finalizaremos trazendo à tona, mais uma vez, a necessidade de zelar pela história e pelo enraizamento do direito. O “direito à memória” se mostra, nesse contexto, como uma exigência fundamental para a mudança e para o estabelecimento de práticas efetivamente democráticas.

6.2. Os excessos da modernidade: tecnologia, ansiedade e desencargo

Durante todo o percurso deste trabalho foram levantadas questões que dizem respeito à configuração atual do direito. Mas, como também foi observado, tal questionamento não deve “passar por cima” do direito tal como se dá historicamente; deve sim, tendo em conta sua estruturação atual, procurar fortalecer práticas que se dirigem à abertura – este é o sentido da *Destruktion*. Sob a ameaça de que a técnica cresça cada vez mais, a tarefa atual envolve o cultivo de modos de vida e de um pensamento que resistem a tal estruturação.

A hermenêutica não fornece uma hierarquia de valores abstratos, não constrói um modelo capaz de dirigir o processo de tomada de decisão, nem quer responder às demandas e desafios da sociedade atual, hipercomplexa. Não responde a tais exigências, porque pretende pôr em jogo a

maneira que aprendemos a pensar e a tomar decisões: rapidamente, ansiosamente, descuidadamente.

Há apenas a indicação do caminho, factual e histórico, para que possamos escolher de maneira enraizada. Devemos pensar e decidir cientes dos condicionamentos e, ao mesmo tempo, da liberdade; esta última está conectada ao sentido mais próprio de escuta e à consciência de que a história que fala através de nós. Loparic chama isso de “*ética situacional do morar no mundo-projeto*”⁵⁰⁵

*“Ambas as objeções, a do decisionismo arbitrário e a do fatalismo cego, ignoram a problemática de escolha dos cursos de ação em condições de finitude: escolha simultaneamente livre e enraizada; problemática que é a de uma ética situacional iniciada e desenvolvida, ainda que só muito parcialmente por Heidegger em Ser e Tempo.”*⁵⁰⁶

Prestar atenção ao direito na história ajuda a lembrar o que foi perdido no processo de modernização. Não se indaga mais sobre o bem, pelo menos não de maneira descompromissada com uma serventia.

O positivismo jurídico surge com o legalismo. A lei estatal é eleita a principal fonte do direito, isto acontece junto com o rompimento com o Antigo Regime (a lei deveria frear a vontade dos juízes ainda comprometidos com a situação anterior) e, posteriormente, com início da Revolução Industrial. Para que as relações comerciais pudessem prosperar, era preciso que houvesse segurança jurídica e um direito capaz de adaptar-se às demandas geradas pelas rápidas transformações tecnológicas.

A técnica ganha proporções gigantescas na modernidade, quando as conquistas da razão e da ciência dão a tom de uma sociedade crente no progresso. São as demandas de um mundo estruturado pela técnica que dirigem as investigações científicas e orientam o desenvolvimento de

⁵⁰⁵ LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 67.

⁵⁰⁶ LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 67.

doutrinas jurídicas; pois são aquelas exigências que determinam quais são problemas relevantes e quais as respostas aceitáveis.

É interessante observar com Ferraz Jr. que, no âmbito do positivismo, a lei mostra-se, à primeira vista, maleável; mas um olhar mais cuidadoso percebe que ela se torna também manipulável⁵⁰⁷. Os jusnaturalistas pretendiam adequar o direito a uma justiça transcendente, cujo força era capaz de repelir demandas fáticas (sociais ou econômicas, por exemplo) que viessem a contradizê-la. O positivismo, atualmente marcado pelo procedimentalismo, constitui um direito plenamente adaptável às demandas de mercado.

Marcelo Neves explica:

*“Em Weber, a racionalidade formal do direito moderno corresponderia à racionalidade-com-respeito-a-fins prevalecente na sociedade moderna. O direito formal apresenta-se como um instrumento do capitalismo: “o que ele (este) precisa é de um direito que possa ser calculado de maneira semelhante a uma máquina”. Nesse sentido, a positivação significaria que o direito é posto e revisável permanentemente por decisão conforme exigências racional-finalísticas.”*⁵⁰⁸

Esta investigação quer olhar para o direito, antes de qualquer coisa, como uma prática. Engloba atividade de quem detém o poder de tomar decisões, bem como o trabalho dos cientistas do direito, que fornecem subsídios teóricos (supostamente desligados de pretensões políticas) para a tomada de decisão.

A chamada “ciência do direito” conforma doutrinas que têm o escopo de pensar os ordenamentos jurídicos vigentes, tendo em conta, também, exigências práticas. Têm, para Ferraz

⁵⁰⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 76.

⁵⁰⁸ NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 57

Jr., uma função social de natureza tecnológica (problema da decidibilidade), por isso elas não só explicam, mas ensinam e dizem como deve ser feito⁵⁰⁹.

A chamada doutrina, cuja função explícita restringe-se a descrever o direito, veladamente, conforma fórmulas persuasivas que influem no comportamento, sem que haja uma obrigação expressa em seguir suas recomendações.⁵¹⁰ O senso comum teórico cria consenso a respeito do direito, determina quais problemas são relevantes e qual a melhor estratégia para solucioná-los, enquanto que desvia a atenção sobre outras questões. O saber da “ciência do direito” tem uma função pedagógica, (pois conforma um estilo de pensar a partir do qual os juristas tratam conflitos sociais); de desengano (além de estruturar uma maneira de lidar com problemas, dá a direção das possíveis soluções para a interpretação e aplicação do direito, de modo que, o operador do direito não precisa tomar consciência de argumentos que esteja fora do repertório do senso comum teórico); finalmente, a ciência do direito institucionaliza o saber da tradição e gera uma base comum (segurança) para a argumentação dos técnicos do direito⁵¹¹.

A doutrina, então, auxilia a suprir a demanda pela tomada de **decisões rápidas** e com um mínimo de desgaste social (que devem estar revestidas de cientificidade) que vem de uma sociedade marcada pela **ansiedade** e pelo medo da perda de controle.

A ciência dogmática pretende descrever normas abstratas, encontra-se, portanto, em um segundo grau de abstração⁵¹². Acontece que, a obsessão do cientista em analisar categorias criadas pela própria ciência e a partir de um método já estabelecido leva-o a descuidar da investigação do direito como fenômeno histórico.

Importa sublinhar que o sentido de técnica, atribuído por de Ferraz Jr. (de teor pragmático) é mais restrito que a técnica heideggeriana. Para o brasileiro, o debate da ciência

⁵⁰⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980. P. 108.

⁵¹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 86.

⁵¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 89.

⁵¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 86.

como “discussão-com”, em busca da verdade, difere do caráter tecnológico da “discussão-contra” do direito.⁵¹³

Habermas está ciente dos limites do positivismo e chama a atenção, sobretudo, para questões ligadas à falta de legitimação de um direito que se reproduz de maneira autônoma (autopoiese) e desvincilhada da moral. Modernização é um processo de diferenciação. Subsistemas sociais como direito, política e economia, operam a partir de um código próprio (lícito/ilícito, poder/não poder, ter/ não ter). Cada um deles funciona pela decodificação de situações vitais a partir de sua estrutura (fechamento operacional), e, dentro de seus próprios termos (código binário), respondem a elas. O problema, segundo Habermas, é que o excesso de autonomia dos sistemas os torna insensíveis para efeitos que não podem ser decodificados em toda sua extensão por seu código interno. Uma decisão jurídica, por exemplo, é tomada a partir do código lícito/ ilícito, abstraindo os resultados econômicos (a não ser que estes últimos sejam considerados relevantes para o direito, que poderá os englobar e dar-lhes um sentido a partir do código lícito/ilícito). A razão comunicativa pretende estruturar um modelo capaz de coordenar a comunicação entre os vários subsistemas, através de um processo que se sustenta também por bases morais. A dimensão moral é resguardada pela preservação da autonomia do sujeito e participação deste no procedimento de tomada de decisão.

Há aí alguns pontos de encontro com a hermenêutica gadameriana. Gadamer escreve sobre o equívoco da ideia segundo a qual decisões são melhor tomadas por especialistas (voltaremos a essa questão adiante). Outrossim, recorda a distinção kantiana entre imperativos condicionais - em que impera a racionalidade teleológica - e o imperativo incondicional - relativo a preceitos morais. O imperativo categórico incondicional reserva um espaço exclusivo para a decisão individual, que jamais pode ser retirado pelo saber alheio (como o de um especialista).⁵¹⁴

Em Habermas, a liberdade subjetiva deve ser garantida pela proteção aos direitos humanos e à participação política, que salvagam a autonomia do sujeito. A racionalidade instrumental deve ser contida pela razão comunicativa. Há que se garantir espaços para o

⁵¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 34-47.

⁵¹⁴ GADAMER: Hans-Georg: *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 115

confronto de opiniões, em que preconceitos ideológicos ou quaisquer crenças desarrazoadas poderão ser apontadas pelo outro e assim corrigidas. O processo dirige-se a alcançar um consenso racional obtido quando se chega a uma pretensão de validade capaz de convencer qualquer interlocutor racional. Habermas crê que, desse modo, a modernidade pode vir a curar seus próprios vícios.

O modelo habermasiano adequa-se ao cenário atual, visto que parte de suposições e crenças que estão na base da comunicação cotidiana, mas aspira ir além; pretende ser atualmente viável, eficaz, bem como trazer legitimidade para o discurso.

Uma boa maneira de compreender a crítica da hermenêutica é interpretá-la não como negação de um ponto de vista, mas como um alerta para riscos ligados ao excesso. Especificamente, a hermenêutica aponta para o perigo da fé excessiva na ciência e também para riscos ligados à confiança demasiada na razão comunicativa. A grande ameaça é que a crença em determinado modo de lidar com as coisas faça desvanecer outras possibilidades.

A hermenêutica, cética quanto ao que se pode alcançar pela via da razão comunicativa, compreende que os vícios mais arraigados – prévios a ações intencionais e atos de fala -, que determinam a estrutura da racionalidade moderna, não vão se mostrar no jogo argumentativo. Do mesmo modo, a proposta de convencer pela razão dos argumentos – de maneira indiferente aos afetos –, tendo em vista algo semelhante a um auditório universal de ouvintes racionais, conforma uma hipótese contrafactual, que pode vir a se tornar um obstáculo à compreensão de como acontece de fato a persuasão; da mesma forma, pode obstruir o questionamento pelo modo de ser de uma solidariedade vivida.

Questões que não estão dirigidas a um fim prático tendem a não aparecer como problemas relevante para os modernos. A hermenêutica convida a exercitar uma maneira de pensar e “participar de um âmbito, teoricamente” - sem vínculos a uma serventia. Tal exercício pode não vir a resolver rapidamente problemas práticos, mas é capaz de pôr em jogo a nossa ansiedade que exige tanta rapidez.

Faz parte do questionamento hermenêutico o estabelecimento de um momento para parar, silenciar, frear ansiedades para responder demandas e expectativas sociais. As coisas se mostram de outro modo quando deixamos de agir em busca dos resultados do processo e, ao invés disso, prestamos atenção ao processo e ao movimento da experiência. O ser humano age a partir da vontade de poder, que se mostra hoje pela técnica – conformada e respaldada pela ciência moderna – que sujeita as coisas à manipulação calculadora.⁵¹⁵

Eduardo Bittar encontra no impulso de domínio, que está no cerne do tipo de racionalidade instrumental desenvolvida na modernidade, uma falta de equilíbrio entre animus (masculino) e anima (feminino) (termos provenientes da psicologia analítica junguiana).

“A história do ocidente se confunde com uma história em cuja narrativa se encontra necessariamente marcada pelo predomínio do racional, pelo predomínio do masculino.”⁵¹⁶

6.3. Sobre a razão prática e o papel do especialista na modernidade

Importa distinguir o saber do especialista moderno e o saber ao qual compete decidir algo em vista do bem.

A importância crescente do papel desempenhado pelo especialista científico em nossa sociedade é, até certo ponto, justificada⁵¹⁷. O aumento de complexidade e a decorrente ignorância a respeito dos detalhes e dos aspectos mais específicos sobre o funcionamento de estruturas administrativas, econômicas, políticas, etc, por parte de quem decide, exige a ajuda de alguém

⁵¹⁵ LOPARIC, Zejljo: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 11-12.

⁵¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B.: “Razão e Afeto, Justiça e Direitos Humanos: dois Paralelos Cruzados para a Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução pelo Afeto.” In BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quatier Latin, 2008. P. 71.

⁵¹⁷ GADAMER: Hans-Georg: *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 109 e s.

que detém um saber específico. A questão que se quer levantar diz respeito às expectativas que os indivíduos têm depositado na ciência e àquilo que o especialista pode alcançar.⁵¹⁸

Os ganhos efetivos alcançados pelo progresso da ciência e da tecnologia auxiliaram na difusão do ideal de uma sociedade de especialistas, dentro da qual poderíamos dirigir-nos a um profissional racional, treinado e informado para a tomada de decisões práticas; isto até mesmo no campo da política e do direito. Um exemplo da repercussão de tais pressupostos é a ideia marcusiana de que um “cálculo histórico” deve determinar decisões políticas⁵¹⁹ (como foi estudado no terceiro capítulo). Outra evidencia atual que ilustra a difusão desta crença diz respeito ao conhecimento exclusivamente técnico que se requer em concursos públicos para cargos como o de Juiz ou Promotor no Brasil.

Eduardo Bittar - a partir de uma base frankfurtiana - refere-se ao caráter alienante da configuração atual do ensino jurídico brasileiro, pautado exclusivamente em um conhecimento instrutivo e técnico e desligado de um aprendizado conectado a uma leitura histórica, fundada na dinâmica da vida social.⁵²⁰ A educação que se restringe à transmissão de informação e sua articulação por meio de raciocínios técnico-operativos perde-se do sentido do todo e de sua capacidade de libertar. Treina e fornece instrumentos para fazer funcionar uma estrutura.

Quando perguntado a respeito do que falta quando tudo funciona, em entrevista ao *Der Spiegel*, Heidegger responde:

*“Tudo funciona! É muito inquietante que funcione, e que esse funcionamento arraste sempre um novo funcionamento e que a técnica arranque cada vez mais o homem da terra, o desenraíze.”*⁵²¹

⁵¹⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 44.

⁵¹⁹ MARCUSE, Herbert: *Cultura e Sociedade*. vol. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. P. 144-151.

⁵²⁰ “Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico” In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. P. 321.

⁵²¹ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 232.

Loparic observa que há a substituição da busca por uma justiça de base metafísica – dirigido por éticas calcadas em fundamento apreensível -, pela busca da administração total dos conflitos. Agir na modernidade não significa (como significou) fazer o bem, mas sim agir planejadamente. Do ceticismo quanto a existência de valores universais e imutáveis (como no jusnaturalismo), surge a crença na ação planejada e na engenharia social.⁵²²

O direito de países periféricos é marcado pelo que Adeodato (a partir de referências luhmannianas) chama de alopoiese. Quer dizer, há uma interação destrutiva entre os subsistemas sociais, e decisões jurídicas acabam sendo tomadas em função de critérios econômicos, políticos, afetivos, etc. A demanda por um controle técnico de decisões neste cenário específico tem o sentido de fazer cessar tal disfunção operacional, que, além de tudo, deslegitima o direito. Este problema tem levado alguns juristas brasileiros de inclinação analítica a procurar vincular a reprodução normativa, o mais possível, a critérios lógicos (ligados também ao estabelecimento de uma linguagem técnica) e tornar a atividade do operador do direito estritamente técnica.⁵²³ Isso porque almeja-se que o direito funcione melhor em Estados em que ele não funciona tão bem.

O perigo de tal postura está no poder excessivo atribuído ao pensamento exercido pelo especialista; que, no caso, toma os espaços que, segundo Aristóteles, pertenceriam à deliberação e à razão prática. Não há nada de errado com a técnica, se pudermos colocá-la dentro de seus limites e estabelecer uma relação “serena”, próxima à sua essência (de modo que ela não nos domine). Quer-se alertar para a relação excessiva com a técnica e para a distância que nos encontramos de sua essência; o risco é que ela continue a crescer e tome o lugar da liberdade de decidir. tendo em vista o bem comum.

Importa esclarecer também que a técnica não domina apenas quando tudo funciona (como nos países centrais), sua força também está presente quando as coisas não funcionam perfeitamente (como nos países periféricos), mas há o projeto de ação que visa seu bom funcionamento; por exemplo, quando os padrões de modernidade europeus dão o sentido da ação (especificamente das práticas jurídicas) em países periféricos.

⁵²² LOPARIC, Zejljo: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 9-10.

⁵²³ Como exemplo da inclinação para formalização da linguagem jurídica CF. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2000.

Gadamer ensina que o especialista é alguém que se consulta e pode auxiliar no processo de tomada de decisões que dizem respeito a questões éticas, mas não deve substituir quem as toma - o tipo de sabedoria necessária para isso não é da mesma índole que o saber especializado.

A especialização é uma tendência evolutiva de socialização, claramente presente desde o surgimento do sedentarismo. Havia o pastor, o caçador, o artesão, do mesmo modo que hoje há o cientista especializado; em todos os casos há o domínio - pelo especialista - de um âmbito ou estado de coisas.

Atualmente a função de especialista adquire traços peculiares. O aumento de necessidades e a busca de satisfação é uma característica da economia das sociedades em todos os tempos. Marcante, no momento atual, é que a relação entre produção e procura inverteu-se: o sistema econômico (antes baseado na satisfação das necessidades) passa a alicerçar-se na excitação de novas necessidades. O papel do especialista deve ser compreendido a partir da função que a ciência desempenha nesse contexto de excitação de consumo.⁵²⁴

Determinações da técnica fornecem o sentido dos fatos que devem ser comprovados mediante teste científico. A experimentação provoca uma resposta a uma problematização determinada e ocorre em um contexto de compreensão, que fornece importância ao que se quer comprovar (é sempre bom lembrar que demonstrar a existência dessas determinações prévias à investigação não retira a importância do empenho por objetividade e poder de auto-crítica do investigador).⁵²⁵

Gadamer chama especial atenção para o fenômeno da “tecnificação da formação da opinião”. O excesso de informação cria, evidentemente, uma necessidade de selecioná-las. Pior seria se não houvesse processos de filtragem - já tivemos a oportunidade de falar sobre como o excesso de informação é prejudicial ao pensamento – mas, estes geram estratégias ocultas de seleção. É inevitável que a técnica de comunicação atual leve a uma poderosa manipulação e à possibilidade da opinião pública ser planificadamente dirigida para determinada direção.

⁵²⁴ GADAMER, Hans-Georg: *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 111.

⁵²⁵ GADAMER, Hans Georg: *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998. P. 112

Excesso de informação, desenraizamento da tradição, indiferença, todas essas características típicas da sociedade moderna conectam-se àquilo que Gadamer caracteriza como grande ameaça à nossa civilização: o privilégio dado à capacidade de adaptação do ser humano⁵²⁶..

A técnica enfatiza a adaptabilidade e a funcionalidade em detrimento do potencial criativo do ser humano. O que se requer de quem trabalha é a habilidade específica para fazer com que uma estrutura possa funcionar apropriadamente⁵²⁷. Configura-se o que Gadamer chama de “sociedade de funcionários”, que servem a uma engrenagem. Requer-se mais adaptabilidade e menos resistência, logo pensamento autônomo e livre de vinculações funcionalistas é desvalorizado:

Com a modernização, a palavra teoria – que já se referiu a contemplação e participação em algo, suficiente por si – tornou-se um conceito instrumental, dentro de um contexto no qual a investigação científica deve servir para a aquisição de novos conhecimentos, capazes de satisfazer e criar necessidades. É este mesmo ambiente que fornece o sentido de *práxis*. Somos dirigidos a compreender a *práxis* como aplicação da ciência.

Pensa-se a *práxis* a partir da referência a um projeto prévio (isto é, antecipadamente estabelecido e não construído dentro de um processo), perde-se, nesse modo de lidar com as coisas, a flexibilidade no trato com o mundo⁵²⁸. O ser humano deve estar vinculado a uma engrenagem (adaptar-se a ela) e, a partir dessa estrutura (já formada), retirar o que se requer das coisas (não adaptar-se ao mundo, mas dominá-lo); por exemplo, na relação um rio o que importa é a extração da energia hidroelétrica. Esse tipo de relação exploradora conforma um modo de vida pautado pela técnica.

Gadamer lembra a lição de Aristóteles a qual dizia que um ser que possui linguagem caracteriza-se pelo distanciamento em relação ao presente. A linguagem torna presentes as coisas, fins longínquos podem, portanto, ter sua presença mantida. É possível, por sermos seres de

⁵²⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P 45.

⁵²⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P 45.

⁵²⁸ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 43.

linguagem, escolher meios para alcançar objetivos, bem como conservar normas em relação às quais a ação humana projeta-se como social. À práxis pertence o escolher em favor de algo e contra algo, tendo em conta fins.

Contudo, razão prática não deve se resumir à elaboração de uma estratégia para alcançar um objetivo considerado bom. Ela é mais que uma ação que visa chegar a um fim por meio de astúcia ou engodo, por exemplo. Razão prática distingue-se da racionalidade técnica, pois o fim, o geral, é determinado através do individual (os objetivos são conformados junto com o processo).

Esse é um ponto crucial (que será melhor desenvolvido adiante): a hermenêutica exige mais adaptabilidade ao processo da experiência, que é capaz de formar (*Bildung*), e menos apego a antecipações e a projetos. A ênfase está no processo e não nos resultados universais alcançados através dele.

Gadamer usa o direito para ilustrar a situação. Segundo ele, a determinação unívoca do sentido da lei só ocorre na “cabeça de perigosos formalistas”⁵²⁹. A aplicação do direito consiste em pensar conjuntamente caso e lei. Isso implica que o sentido de uma norma só pode ser realmente configurado na concretização.

Práxis não é atuação no sentido de realizar planos, de acordo com o próprio arbítrio, ela é atuação junto com os outros, co-determinação de assuntos comuns.⁵³⁰ É aí que a *praxis* adquire seu sentido ético (lembrando que ética em Gadamer refere-se a modo de vida). A preocupação com a co-determinação de ação em uma prática, parece levar a uma aproximação com a teoria do discurso de Habermas. No entanto, as concepções distanciam-se em razão de que Gadamer assenta a razão prática em uma solidariedade espontânea e não em uma solidariedade alcançada no consenso construído no procedimento, através de um convencimento racional.

Práxis é comportar-se e atuar com solidariedade. Esta é a condição decisiva e a base de toda razão social. Gadamer compreende a palavra razão como ligação com algo que se apresenta

⁵²⁹ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 52.

⁵³⁰ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 52

para todos como convincentemente desejável. Desejabilidade não requer funcionalidade. Eis o ponto de ligação com o belo grego (*Kalon*). Para os antigos, o belo não diz respeito só a criações artísticas, mas a tudo aquilo que ninguém se opõe a qualificar como desejável.⁵³¹

Práxis é o reencontro do indivíduo com o grupo, a reunião do saber especializado (posto no seu lugar, dentro de seus limites) com a capacidade humana de pensar fins comuns, sem submetê-los à funcionalidade.

Dentro de um contexto da especialização e da técnica, em que as necessidades tornam-se mais complexas e contraditórias, o que importa é fazer viva a correta razão (neste sentido que se aproxima do belo grego), como antecipação de fins comuns.⁵³²

6.4. O retorno gadameriano à *phrónesis* e à solidariedade vivida

Ainda dentro da exploração de problemas ligados à abordagem analítica do direito, importa chamar a atenção para o que Ferraz Jr. chama de “astúcia da razão dogmática.”⁵³³ A expressão refere-se à estratégia da dogmática analítica, utilizada para decidir conflitos, ao tratar problemas concretos em termos de normas e abstrações. Casos concretos são decodificados por critérios normativos que lhes atribuem uma consequência jurídica, de modo a permitir que o sistema dê uma resposta ao problema em questão.

É interessante atentar para a palavra escolhida pelo autor. A “astúcia” qualifica a abordagem analítica do direito. Astúcia não é o mesmo que cálculo, não se refere a nenhuma operação lógica, está, contudo, por trás da escolha do pensamento dogmático em enfatizar a lógica e o cálculo. Ferraz Jr. não afirma que tratar o direito de maneira dogmática é uma decisão razoável ou lógica (a opção pela lógica não encontra justificativa na própria lógica), mas astuta. Astúcia também não é o mesmo que sabedoria; tem sim a conotação de uso de uma tática (ardil

⁵³¹ GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 48

⁵³² GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 47

⁵³³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 308.

ou engodo, na pior das hipóteses) para atingir fins previamente concebidos (a dogmática não seria astuciosa se os objetivos fossem determinados no processo).

A pergunta diz respeito aos motivos da escolha da abordagem analítica. São muitas as vantagens de lidar com problemas conforme critérios internos ao sistema, tal estratégia permite que sociedades complexas suportem enormes incertezas e riscos. O tratamento universalista – vinculado ao sistema – neutraliza a pressão social imediata, ao transportar o problema para dentro do sistema jurídico, espaço em que ele é decodificado e solucionado em termos abstratos⁵³⁴. No entanto, parece que o uso da palavra astúcia quer lembrar-nos também da capacidade para o engodo, que há na razão dogmática. A aparência lógica das decisões as legitima, do mesmo modo que gera desengano para quem decide. A função social legitimadora está calcada na crença segundo a qual a aplicação de normas jurídicas garante a impessoalidade das decisões.

O problema é que pôr excessiva ênfase na lógica forja um direito insensível ao mundo concreto. Isto não é novidade, estamos diante da tensão entre segurança e justiça.

A hermenêutica gadameriana dá um direcionamento factual à decisão jurídica e vincula-a a uma ética ao clamar por mais sabedoria prática e por menos astúcia. O direito ganha em sabedoria prática quando se deixa atingir pela experiência e aprende com sua história. Tal orientação leva Gadamer de volta à *phronesis* aristotélica. Resgatar a *phronesis* não significa abandonar por completo configuração do direito moderno, mas apenas cuidar para que a ênfase no método de análise fria de normas não obstrua um tipo de prática capaz de formar pela experiência. Princípios e regras hão de ser compreendidos de maneira mais flexível, para que possam ser adaptados às circunstâncias.

A *phronesis* conforma um tipo de ligação com a experiência, em que esta última não é amortecida no seu impacto. Tal relação contrapõe-se à fixação em um sistema abstrato, que estabelece uma forma peremptória de interpretar situações, transformando-as, de modo a lidar exclusivamente com generalidades controláveis. A universalidade do fenômeno hermenêutico e a constatação de que estamos sempre em uma situação histórica e de que ao compreendermos

⁵³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. P. 254.

participamos do “objeto” e de um âmbito compreensivo vai nos levar a pensar o tempo como um processo capaz de formar. O que se quer chamar a atenção aqui é que existe um modo de se relacionar mais solícito, em que as coisas podem se mostrar em sua alteridade e por força própria, sem que sejam reduzidas a um conceito fixo, por exemplo. Este contrapõe-se a relação de domínio, em que as coisas são submetidas a determinações prévias e desaparecem em sua alteridade; eis o risco que vem da técnica.

O propósito de uma filosofia prática – estabelecida pela leitura gadameriana de Aristóteles – não é a apreensão de essências, mas, acima de tudo, aprendermos a nos relacionar (aí entra em jogo o tipo relação que se pode estabelecer com coisas e também com pessoas). Falar uma língua é pertencer a uma tradição e a uma comunidade, é um aspecto fundamental do ser-no-mundo. As coisas se dão na linguagem e têm força expressiva, dirigem-se a nós como um Tu. O relacionamento com o Tu, implica, antes de tudo, um posicionamento no sentido moral.

Segundo Gadamer, filósofos tendem a levar todas as questões até o máximo de sua generalidade, mas permanecem imaturos no que diz respeito à realidade política e social. Tal déficit prático leva a perguntas sobre a natureza do conhecimento filosófico e sobre os riscos de se pensar uma ética naqueles termos. A crítica aristotélica à ideia platônica de bem – que alcançaria nada mais que conceitos vazios – já carregava o impulso de aproximação do que é bom concretamente e dentro dos limites do agir.⁵³⁵

Gadamer traz de Aristóteles a ideia de que razão e saber não estão separados do lugar de onde vieram: estão radicados no Ser e são determinantes para o Ser. O saber tem de estar enraizado no que acontece, atento para a vida e para a natureza temporal e relacional de todas as coisas.

Aristóteles distingue *episteme*, *techné* e *phrónesis*. A primeira aponta para o saber teórico que se dirige a universais. A segunda diz respeito ao saber fazer determinados produtos, como na arte e no artesanato. *Phrónesis* é sabedoria prática e envolve a deliberação moral dentro das contingências da vida. Sua finalidade é aplicar (para Gadamer, há uma unidade indissolúvel entre

⁵³⁵ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*.. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 412

compreensão, interpretação e aplicação) normas gerais a um caso particular. *Phrónesis* difere de *techné*, pois, como lembra Gadamer: “o homem não dispõe de si mesmo como o artesão dispõe da matéria com que trabalha.”⁵³⁶

Na *techné*, a imagem final do objeto a ser fabricado já está previamente dada, o material usado pelo artesão é disponível como meio fungível. O saber moral não permite que uma imagem ou conceito absorva a situação concreta e use-a para que se alcance o fim desde o início estabelecido. O repertório de ideias como justiça, bem comum e solidariedade são, sem dúvida, diretrizes, mas necessitam ser adaptadas ao contexto.

Quando um artesão, por exemplo, não tem disponível o material que gostaria de possuir para a produção de seu trabalho, pode renunciar a seu plano ideal e adaptá-lo (como acontece na *phrónesis*). Entretanto, esta não é uma exigência própria da sua ocupação (diferente da *phrónesis*), é sim, para ele, um problema. O artesão provavelmente ficará frustrado pela imperfeição dos meios. Na aplicação do direito ou na deliberação moral, há que se adaptar conceitos genéricos ao caso e isso não é assim por causa de uma concessão feita em função de uma dificuldade prática. A adaptação é uma exigência de justiça.⁵³⁷

Diferente do saber-fazer da *techné* - que é específico e serve a fins determinados - não há um fim específico na *phrónesis*, há um zelo pela vida em geral. Fins justos não podem ser objetificados. O bem jamais deve ser tratado da maneira que os objetos são investigados pela ciência, envolve a responsabilidade por algo inefável e um saber que precisa superar a arrogância que nos faz tentar ultrapassar todo o conflito da nossa existência finita.

Aprende-se a *phrónesis* com a experiência integral de vida, o acúmulo de informações ou desenvolvimento de uma habilidade específica não são suficientes. Por isso, Aristóteles dizia que a *phrónesis* não pode ser ensinada como uma *techné*. Ao invés de diretrizes que determinem como agir em cada situação, o que se deve buscar é uma sabedoria mais profunda sobre o ser humano e sobre a vida.

⁵³⁶ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 418.

⁵³⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P 418 e s.

A palavra grega *ethos*, na leitura gadameriana, designa um modo de vida; envolve convicções e costumes que conformam a maneira pela qual habitamos o mundo. Pensar a ética de maneira a reabilitar a tradição não é conservadorismo, requer sim zelo pelo que é comum, sem deixar de lado o potencial criativo que há na abertura à singularidade de um acontecimento. A *phrónesis* é uma espécie de moralidade encarnada⁵³⁸. E como pensar tal agir, integrado às nossas marcas mais humanas e ao lugar onde habitamos, senão como agir estético?

A estética é capaz de trazer de volta a sensibilidade à experiência; que tende a ficar sublimada quando impera o treinamento técnico, já que aí há uma espécie o contato com o que acontece é amortecido. A afinidade entre *phrónesis* e estética mostra-se também na inclinação de ambos à crítica a uma moral afastada da vida e de conexões afetivas.

A *phrónesis* requer abertura às sutilezas da situação e não permite que se passe por cima delas em prol da obediência aos ditames de uma regra geral. As objeções de Gadamer a estética hegeliana têm esse mesmo sentido: para a hermenêutica jamais se pode deixar para trás o volume e a densidade de uma obra de arte tendo em vista a ascensão a uma ideia abstrata. A obra de arte resiste ao encaixe. Na experiência estética, algo está em obra, devemos deixar-nos atingir e, assim, em um certo sentido, somos formados por ela. É um agir e um deixar que envolve nossas experiências passadas e ganha com a experiência atual em uma relação que não é controlada por projetos e metas.

A *phrónesis* conforma um saber que leva a sério a singularidade e a novidade de um acontecimento integral. Acontece no tempo e por isso está sempre exposto à revisão, requer o reconhecimento e submissão à alteridade que está aí.

“O homem compreensivo não sabe nem julga a partir de uma situação externa e não afetada, mas a partir de uma pertença

⁵³⁸ HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a Relação quase Esquecida*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. P. 105 e s.

específica que o une ao outro, de modo que é afetado com ele e pensa com ele.”⁵³⁹

A base da ética gadameriana está em relações fáticas e afetivas com o outro. A solidariedade vivida está nos fundamentos da formação da comunidade e de toda decisão ética tomada dentro dela. A capacidade de julgamento está atrelada a uma compreensão empática, como em uma conversa com um amigo.

Importa pensar o sentido mais profundo de conversação que, como na antiga retórica, envolve um discurso que persuade (não só convence, mobiliza também afetos). A conversação se dá, em seu sentido mais concreto e autêntico, pela palavra falada e com a presença física de um interlocutor em uma comunicação capaz de criar alianças afetivas. Configura-se, assim, um espaço de criação que não negligencia a tradição e o sentido mais fundamental de ser com o outro.

Não há garantias a respeito da decisão a que se chegará a partir de tais práticas, mas nisso reside um ponto crucial: a hermenêutica mostra os perigos do apego a sistemas morais impostos de antemão, que retiram do ser humano a responsabilidade pela decisão. Carregar o encargo de pensar autonomamente os fins e os fundamentos, ao invés de simplesmente seguir procedimentos, é uma prática que precisa ser socialmente fortalecida para evitar o alastramento do mal no sentido arendtiano.

6.5. Formação (*Bildung*) em Gadamer como aquisição de um potencial para a *phronesis*

O termo alemão *Bildung* é traduzido frequentemente como formação ou educação. *Bildungsprozess* é um processo de auto-formação no sentido de um movimento pessoal ou cultural de crescimento e desenvolvimento⁵⁴⁰. A idéia de auto-formação não quer implicar a realização de

⁵³⁹ GADAMER: Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 395.

⁵⁴⁰ WALLULIS: Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievement and History in Gadamer, Habermas and Erikson*. Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32.

um plano antecipado, mas de uma dinâmica, da qual quem está em formação participa. Gadamer explica que a palavra tem suas origens na mística da Idade Média, mas foi Hegel quem elaborou, de maneira nítida, a definição de *Bildung*⁵⁴¹. Gadamer usa a definição hegeliana como ponto de partida de sua argumentação, mas não se prende a ela: a palavra *Bildung* ganha um sentido bastante original dentro da investigação hermenêutica.

Em Hegel, formação (*Bildung*) envolve o progresso além da imediatez e particularidade, para a universalidade. Até aí não há desacordo, já que, como vimos, para a hermenêutica, ser um ser de linguagem é o que torna o ser humano capaz de se distanciar do imediato e fazer presente o universal. O ponto central é que a universalidade na dialética hegeliana conecta-se ao movimento em direção a um conhecimento absoluto, no qual a história ficaria completamente transparente, pois alcançaria o nível de conceito. Já para a hermenêutica universalidade tem um sentido radicalmente distinto, o fato de a linguagem tornar presente o universal tem como consequência derradeira sua capacidade de carregar o fim, a mortalidade (a tese de que uma das principais marcas da humanidade é antecipação da morte não é só defendida pela hermenêutica; investigações antropológicas detectam marcas presentes em rituais fúnebres que desde os primórdios distinguem nossa espécie⁵⁴²).

Segundo Gadamer, o projeto da hermenêutica pode ser compreendido ao se refazer o trajeto hegeliano do fim até o começo. O percurso é de retorno do espírito absoluto para a substancialidade da tradição. Crucial para caracterizar esse movimento é a força da história efetiva, que atua além da ação e da vontade da subjetividade. Para a hermenêutica, a consciência é finita e o Ser, que se dá na história, supera o que podemos conhecer.⁵⁴³

Isto posto, o sentido que o termo *Bildung* adquire nas duas perspectivas é determinado pelos diferentes sentidos do movimento (progresso até o espírito absoluto ou retorno ao Ser) e pelo significado que experiência adquire nos dois casos.

⁵⁴¹ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 45-47

⁵⁴² MORIN, Edgar: *O Homem e a Morte*. Rio de Janeiro: Imago, 1997. P. 83 e s.

⁵⁴³ WALLULIS, Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievement and History in Gadamer, Habermas and Erikson*. Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32-37

Hegel enfatiza o resultado da experiência: aquilo que o sujeito ganha com ela em termos de conhecimento. A experiência leva a um auto-conhecimento que, no final de tudo, não terá mais objeto.⁵⁴⁴ A alteridade desvanece. O resultado de uma experiência é conhecimento, em seu ápice, conhecimento absoluto; por isso, para Hegel, a dialética da experiência deve ter seu fim com a superação de toda experiência.

Gadamer opõe-se ao tipo de relação com a alteridade que leva ao seu desaparecimento. Se alguma coisa é infinita, é o movimento experiência e não o conhecimento que se adquire a partir dele - a ênfase não é colocada no resultado, mas no processo. Com formação (*Bildung*), aprende-se a estar aberto à experiência (ao invés de preocupar-se em adquirir um conhecimento capaz de superá-la).

Já deve estar claro que experiência não é aqui compreendida no sentido que lhe conferiram os primeiros positivistas, como percepção sensorial. Os dados de nossos sentidos articulam-se em contextos interpretativos; o “agora” (instante de uma experiência) não é fragmento ou um ponto recortado⁵⁴⁵. Algo está presente na experiência, este algo está presente ou se revela de uma maneira específica, dependendo da situação histórica em que nos encontramos. Por exemplo, a nossa compreensão da natureza a faz presente de um modo determinado; pode ser compreendida como reserva de energia a se explorar ou, de outro modo, como um mistério a ser contemplado.

O ser humano experiente não é aquele que possui um conhecimento ou habilidade particular, é sim quem sabe lidar com as incertezas de toda predição, com os limites e as frustrações da vida - sem procurar vencê-las e ascender a um mundo de idéias. *Bildung*, para Gadamer, tem a ver com a obtenção de uma potência. A aquisição não pode ser separada do processo em que a potência é conquistada⁵⁴⁶. Ao adquirir uma formação, o que aconteceu no processo não desaparece, aquilo em relação ao qual nos sobrepomos ou superamos não fica no passado – a psicanálise explica como o passado está sempre presente.

⁵⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994. P. 135.

⁵⁴⁵ HEIDEGGER, Martin: *Lógica. La Pregunta por la Verdad*. Madrid: Alianza, 2004. P. 315.

⁵⁴⁶ WALLULIS, Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievement and History in Gadamer, Habermas and Erikson*. Evanston: Northwestern University Press, 1990. P. 32-37

O sentido atribuído à palavra “superação” evidencia outro ponto em que as diferenças em relação ao projeto hegeliano mostram-se. Para Hegel, alcançar algo (uma síntese, por exemplo) é superar, deixar para trás o que havia antes (superar o conflito). Para a hermenêutica, o conflito (a diferença entre Ser e ente) está sempre aí apaziguar sua força é distanciar-se da verdade. Gadamer explica que a superação da dor de uma perda (talvez de alguém querido), por exemplo, não consiste em seu esquecimento. O luto não leva à extinção da dor, mas à aceitação da perda e à elaboração emocional de um modo de carregar a dor. O sofrimento não vai embora sem deixar marcas, aprendemos a lidar melhor com ele, quando o admitimos como parte de nossas vidas. A dor está lá, modificada, ainda quando nos havemos sobreposto a ela.

Vattimo explica a relação da hermenêutica com o passado e com a metafísica através da investigação do sentido da noção heideggeriana de *Verwindung*.⁵⁴⁷ A palavra aparece em “*Identidade e Diferença*,” dentro de um contexto que se refere à superação da metafísica, indica uma ultrapassagem que carrega a aceitação e o aprofundamento. O vocábulo *Verwindung* aponta para uma convalescença (como recuperação de uma doença, de uma perda ou dor) e de distorção ou torção (*winden*). A metafísica não é algo que pode ser deixado para trás, seus vestígios permanecem em nós⁵⁴⁸. È possível conviver com a metafísica ou lidar melhor com ela se nos aproximarmos de sua essência e nela nos demoramos; desse modo é possível “torcer”, “virar” a direção que estava aí determinada e seguir para um outra orientação.

Bildung é para Gadamer a tomada de consciência do processo em que, nós, seres humanos finitos, estamos situados. A abertura para tal processo é condição para lidar com a vida de maneira própria. A atitude de abertura é, ela mesma, uma potência adquirida. O ser humano aberto tem uma atitude não dogmática, sabe que a tradição é uma grande professora e que é preciso se posicionar com humildade perante as coisas para que possamos aprender. Aprende-se com a experiência, quando se presta atenção ao que ela é. É acontecimento, é Outro em relação a planos e à consciência.

⁵⁴⁷ VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 179.

⁵⁴⁸ VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 180.

É também possível passar pela vida com a atenção detida em planos ou projetos e ter a ação fixada em cumprimento de metas, desse modo, desatento à experiência, não há uma formação apropriada. Determinar a vida pela planificação é uma maneira de fugir da falta, da transitoriedade e da particularidade⁵⁴⁹. Deixar-se atingir pela dor e formar-se pela força de um acontecimento é abrir caminho para um saber que é também ético.⁵⁵⁰

“Parece-me que é na linguagem da coisas, que quer ser ouvida como vêm à linguagem, e não na natureza da coisa (Sache), que se contrapõe à opinião diferente e força o respeito, que se pode fazer à experiência.”⁵⁵¹

6.6. Educação como lugar estratégico de abertura para o saber jurídico

Eduardo Bittar distingue ensino e educação. Esta tem um sentido mais amplo, de processo social e cultural, aquele aponta para um processo pontual ligado à relação entre educador e educando, ao aprendizado de saberes historicamente acumulados e ordinariamente organizados em disciplinas. Segundo Bittar a educação tem o escopo de formar, mas pode também deformar, quando se firma como um treinamento que atrofia certas capacidades do indivíduo.⁵⁵²

O ensino jurídico, tal como vem sendo estabelecido nas universidades brasileiras, carrega um forte legado moderno e racionalista. O processo de aprendizado é, a partir de tais parâmetros, associado a um ato cognitivo de apreensão conceitual: quanto mais informações forem acumuladas pelo aluno, supostamente, maior será o aprendizado. Quanto à articulação do conteúdo, a preocupação é, sobretudo, com o desenvolvimento de habilidades para o raciocínio lógico. Outrossim, o ensino jurídico, afinado ao padrão racionalista, tende a hipertrofiar o aspecto cognitivo e fazer obscurecer uma outra dimensão do processo de aprendizado: o relacionamento.

⁵⁴⁹ LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004. P. 9.

⁵⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg: *O problema da consciência histórica*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998. P. 55.

⁵⁵¹ GADAMER, Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 94

⁵⁵² BITAR, Eduardo C. Bianca: *Estudos sobre Ensino Jurídico – Pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. São Paulo: Atlas: 2006. P. 11-12.

O resultado é um ensino estruturado pela relação entre um professor – detentor do conhecimento – que tem a função de transmitir informações e, na melhor das hipóteses, ensinar a processá-las de maneira lógica para um aluno, que, na maior parte do tempo, ocupa uma posição passiva. As aulas das faculdades de direito brasileiras são quase todas teóricas e restringem-se, praticamente, ao comentário de leis. Ainda, a universidade estrutura-se pelas demandas de mercado, o objetivo é preparar para concursos públicos – que, como vimos, exigem apenas memorização de leis, jurisprudência e conhecimento técnico - ou, de maneira geral, inserir o indivíduo no mercado de trabalho, tornando-o a apto a contribuir para o mecanismo de produção. O objetivo é adaptar, fazer funcionar. Estes são traços de uma educação voltada à técnica e marcada pelas exigências da sociedade de consumo.

O racionalismo e a técnica dirigem um ensino voltado à formação de um profissional adequado. Funcionar adequadamente na sociedade individualista envolve uma perspectiva auto-centrada e uma postura presa à “visão de gabinete”⁵⁵³. É sintomático que nas faculdades de direito o estudo da ética restrinja-se à memorização do que o código de ética prescreve e ao cumprimento do estrito dever legal.⁵⁵⁴

Se deixarmos de lado, por ora, preocupações com os vínculos políticos de Heidegger em 33, poderemos conectar estas observações com aquilo que ele procurou evocar s no “*discurso do reitorado*”.

*“Administrar-se a si mesmo não é possível a não ser sobre o fundo da meditação que retoma a si mesma. O retorno meditativo sobre si mesma, por sua vez, não tem lugar a não ser que a Universidade alemã tenha a força de se manter ela mesma frente a tudo e contra tudo.”*⁵⁵⁵

⁵⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. : “Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico”. In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. Acesso em dezembro /2008. P. 322.

⁵⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. : “Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico” In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. Acesso em dezembro / 2008. P. 322.

⁵⁵⁵ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 93.

Os críticos de Heidegger, como vimos, afirmam que o clamor à independência da universidade e a primazia atribuída à filosofia frente à política expressavam o desejo do filósofo em ser ele mesmo o *Führer*. Contudo parece-nos, nesse momento, que procurar o que Heidegger procura tornar presente nesse texto, pondo-o em conexão com o resto de sua obra, é um exercício mais rico que especular sobre suas aspirações íntimas,

A exigência de “fidelidade a si própria da Universidade Alemã”⁵⁵⁶ afina-se à reivindicação de espaço para um pensamento livre de quaisquer serventias – desvinculado de demandas tanto do Partido (em 33) como da sociedade de consumo (atual). Trata-se de algo semelhante ao que Gadamer busca resgatar ao tentar trazer de volta a *theoria* grega.⁵⁵⁷

Deve estar claro que independência em relação a exigências funcionais não é sinônimo (está mais próximo de ser antônimo) de desenraizamento. O pensamento deve pensar de onde veio (suas raízes), mas não deve estar determinado pelo devir (pela serventia prática de uma idéia, por exemplo). O retorno ao passado guarda o potencial de abrir novos caminhos para o futuro. Eis a necessidade especial de salvaguardar a memória e, como veremos mais adiante, institucionalizá-la como direito fundamental.

A reestruturação do ensino envolve a desconstrução do modelo moderno de aprendizado pela acumulação de informações e a abertura a novas referências, que dão espaço à criatividade e à estética. Portanto, para um ensino capaz de transformar.

Pensar a educação como um processo integral, que faz parte da formação leva a pôr em jogo o relacionamento com os outros (por exemplo, professor e outros alunos), bem como com as coisas. Em um aprendizado aberto à estética, há a preocupação com o **envolvimento em um âmbito em que a coisa está em questão** (ao invés da análise fria de um objeto de estudo); este tipo de ligação permite que a coisa tenha impacto e atue no corpo e nas emoções. Há que se cultivar também outras formas de pensar que liberam a criatividade e a descoberta de associações inusitadas. Isso vem à tona, quando o aprendizado estrutura-se menos pela recepção de conceitos fixados em um sistema abstrato e mais em torno da experiência e de um problema concreto que

⁵⁵⁶ HEIDEGGER, Martin: *Escritos Políticos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P. 219.

⁵⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001. P. 37

não tem ainda uma resposta determinada. É a coisa em questão que irá determinar uma maneira de nela se demorar; trata-se de aprender a ouvir e deixar que as coisas se mostrem em sua alteridade.

A referência a um pensamento que tem sua força geradora na coisa em questão é uma exigência da hermenêutica e nela ganha contornos específicos. Contudo, podemos encontrar orientações semelhantes na “*Retórica*” de Aristóteles⁵⁵⁸ e na tópica em Viehweg⁵⁵⁹.

Uma das questões mais urgentes e que ganha maiores proporções no âmbito do ensino jurídico, se comparado com outros saberes, é o enclausuramento disciplinar. As faculdades de direito brasileiras treinam para uma técnica que parece sobreviver autonomamente, sem necessidade de dialogar com outras áreas do conhecimento. Isso é alimentado por uma prática insular. O operador do direito é capaz de realizar seu trabalho, dentro das exigências atuais, mesmo que não tenha preocupações com ciência política, sociologia, até mesmo com a matéria das disciplinas da parte geral, como introdução ao estudo do direito ou teoria do Estado.

Algumas recomendações práticas e atualmente viáveis para a reconstrução desse quadro é o estabelecimento da comunicação interdisciplinar ou, mais ainda, transdisciplinar. Esta diferencia-se daquela por apontar para um momento de unidade, em que os limites entre as disciplinas são transcendidos. A abordagem transdisciplinar é bastante fecunda, pois permite o confronto de paradigmas que orientam as diferentes áreas do saber de modo a repensar seus fundamentos.⁵⁶⁰

Nas faculdades de direito, é fundamental fortalecer o estudo de disciplinas como história, sociologia e filosofia do direito e o estabelecimento do diálogo entre elas. O intercâmbio pode ser efetivado através de cursos, palestras, bem como pelo estímulo à participação em outros cursos. As disciplinas dogmáticas devem ir além de seu escopo atual de memorização da lei e da doutrina tradicional, necessitam, além da análise dogmática, procurar realizar um estudo histórico-crítico e ético social dos temas.

⁵⁵⁸ ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1999.

⁵⁵⁹ VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

⁵⁶⁰ MORIN, Edgar: *Ciência Com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. P. 135.

Um ponto crucial refere-se ao papel da pesquisa de campo e à sua ligação com a ética e a estética. Ao invés de restringir seus estudos à sala de aula e à análise de normas, faz-se necessário encorajar o estudante a ir a comunidades do interior do país, a “favelas”, a fóruns e tribunais para investigar e participar do direito que aí acontece (esse ponto será aprofundado adiante).

A questão da participação, aqui compreendida nos termos gadamerianos, como participação estética na experiência de um objeto (não objetificado) ou âmbito, passa pelo envolvimento em práticas jurídicas, pelo relacionamento em sala de aula e também conduz à exigência de reestruturar os moldes da relação entre professor e aluno. Este último não deve estar sempre preso a uma atitude passiva e monótona de memorização de informações. Ao professor cabe, antes de tudo, mobilizar o aluno. Há de haver um investimento afetivo na experiência de sala de aula. O papel do professor é “despertar” alunos que tendem a estar entediados, sonolentos ou excessivamente focados na memorização de leis, tendo em vista, sobretudo, a aprovação em concursos públicos.

Mas, o que é que se encontra na educação, por parte dos professores, senão: a pressuposição de que o aluno está consciente da importância da disciplina em sua formação (o aluno precisa ser convencido); a erudição vazia do discurso (da qual o aluno se sente simplesmente alijado); o distanciamento da realidade entre ser e dever-ser (o aluno não percebe a conexão entre realidade ideada e realidade vivida); o apelo excessivamente teórico (aluno não constrói a ponte com a prática); o amor pela obscuridade da linguagem técnico-especializada (com a qual o aluno não se identifica).

561

Bittar chama a atenção para possibilidades de envolvimento da arte no processo pedagógico e para o estabelecimento de práticas que tocam os sentidos dos alunos como a

⁵⁶¹ BITTAR, Eduardo C. B. : “Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico” In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos teóricos metodológicos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. Acesso em dezembro de 2008. P. 322.

utilização de filmes, imagens, fotos. Os esforços devem dirigir-se a tornar o aluno produtor, que reage autonomamente e procura respostas próprias para as situações problemáticas, dadas pelo professor (este último não deve apresentar de pronto as respostas, mas fazer o aluno pensar), a opinião do aluno deve ser valorizada e não trivializada.

“Se não há direitos humanos sem respeito, o respeito significa aqui a capacidade de amar e deixar se desenvolver integralmente, e não o dominar, o castrar, o manipular. Uma ética do cuidado exala respeito porque cultiva o poder do afeto como forma de olhar com atenção.”⁵⁶²

6.7. Educação para a *phrónesis*: vivências em diferentes contextos e sensibilização para o direito como acontece na sua diferença

Vimos que a *phrónesis* não pode ser ensinada como uma *techné*, contudo, pensar um modelo de educação que estimule uma vivência receptiva de outros contextos, pode proporcionar uma atmosfera que ajude a estabelecer outras formas de lidar com a experiência e um aprendizado conectado à ética (isto é, que diz respeito a um modo de vida).

O trabalho em pesquisa de campo tem relevância especial, pois põe o indivíduo em contato com outros modos de vida a serem, de fato, vivenciados. Relações reais mostram-se vigorosamente e chamam à participação; o aprendizado prático, com força estética, precisa ser fortalecido e estabelecer-se como uma outra via para a educação, além da cultura hegemônica do ensino jurídico pela memorização.

Sem negligenciar a importância do direito institucionalizado (que sem dúvida fornece certa segurança para as relações jurídicas), é fundamental investigar outras maneiras pelas quais o fenômeno jurídico revela-se na sociedade.

⁵⁶² BITTAR, Eduardo C. B.: “Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto.” In BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quatier Latin, 2008. P. 87.

Trata-se de retirar da dogmática analítica o poder de interditar a pergunta sobre como os conflitos são resolvidos, por exemplo, em comunidades do interior do Brasil, em favelas e, do mesmo modo, como se dão as práticas nos fóruns e tribunais. Quanto ao primeiro caso, é crucial observar que a estrutura de comunidades no interior do nordeste do país aproxima-se de um modelo de organização pré-moderna: o poder local ordena as relações, que carregam uma forte herança do coronelismo e de resolução privada dos conflitos pelo uso da força através de pistoleiros e grupos de extermínio. Nas favelas, há regras muito mais eficazes do que as estatais, como a “lei do silêncio”, “o toque de recolher”, que não devem ser ignoradas se pretendemos pensar um direito conectado a problemas sociais. Nas práticas dos fóruns e tribunais, há que ser ter em conta alguns fenômenos específicos da realidade brasileira, tais como o “jeitinho” e estratégias que nem sempre vão de encontro à lei e procuram a celeridade na resolução de conflitos⁵⁶³.

Olhar para esse “outro” direito (ou para o que se chamou, na década de 90, de direito alternativo⁵⁶⁴) não é o mesmo que legitimá-lo; trata-se simplesmente de atentar para a sua ocorrência, para, a partir daí, pensar soluções que envolvem também – e não exclusivamente – a elaboração e concretização de normas jurídicas. Esse tipo de aprendizado, estético, em que as respostas aos problemas não se encontram já estabelecidas ensina a pensar a partir da prática. Tal enraizamento prático é capaz de dar ensejo a novas soluções. Além disso o que se quer enfatizar é que, quando se pode estabelecer uma relação aberta a uma afetação estética, **perguntas** novas surgem da experiência e chamam a um modo de pensar diferentemente.

Tais vivências devem estar calcadas em um preparo para uma disposição solícita: não de se partir e dirigir-se à escuta do outro. Quer dizer, não haverá ganho (em termos de formação), caso se aborde tais contextos com um ânimo catequizador, que está presente na atitude que interroga, por exemplo, por que o direito estatal não funciona nesse local e procura pensar estratégias para melhor impô-lo e, astuciosamente, legitimá-lo dentro da comunidade. Por trás de tal postura não há efetiva abertura; a pergunta já está colocada e, da mesma maneira, a direção de

⁵⁶³ ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 124-137.

⁵⁶⁴ Cf. Sobre o movimento pelo Direito Alternativo Cf. ADEODATO, João Maurício: *Ética e Retórica – para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 119-124. e MAIA, Alexandre da: *Ontologia jurídica – o problema de sua Fixação Teórica com Relação ao Garantismo Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

possíveis respostas. No outro polo (que como em toda oposição carrega o que nega⁵⁶⁵), está o tipo de abordagem – a qual muitas vezes apela ao pensamento marxista – cuja pretensão é ensinar às classes dominadas a tomar consciência da situação e impulsionar uma “revolução”. Não se quer criticar o movimento de um grupo social dirigido a compreender a si mesmo dentro de um processo histórico mais amplo, a pretensão de organizar-se e procurar mudar as coisas (como Marx ensina). O risco de “cartilhas marxistas” e de seus “doutrinadores” (a crítica se dirige a uma espécie de marxismo, o dogmático, e não pretende retirar a importância do que se pode de fato aprender com Marx) é que a tendência aí é impor um modo específico de pensar a si mesmo e apenas uma via para a solução do problema (o maniqueísmo evidencia-se ainda mais, quando se incita à mudança pela violência). A relação é unilateral: os professores-doutrinadores, conscientes do processo social, estariam ali para ensinar a jovem comunidade ainda inconsciente de sua situação.

Encontrar soluções, tendo-se em conta o Outro é não impor sempre a Lei do Estado (muito embora algumas vezes isso seja necessário), mas repensar o direito, considerando-se relações reais de poder. Nesse aspecto, o modelo habermasiano parece responder melhor ao problema do que qualquer outro em voga atualmente, já que propõe meios práticos de conectar a democracia com a participação efetiva do cidadão.

Não é de se estranhar a incapacidade do julgador de fazer justiça no caso concreto, quando se tem como referência conflitos que ocorrem em mundos radicalmente distintos do círculo das classes A e B brasileiras, já que não exige que, por exemplo, o juiz – quase sempre proveniente de classes privilegiadas – saia do seu círculo de convivência e possa experimentar por algum tempo o que é estar em outro contexto. Tal distanciamento desumaniza: leva a encarar o outro não a partir do que aproxima (empatia em relação ao sofrimento), mas o reifica, pela falta de compreensão e solidariedade que um solo comum possibilitaria.

A vivência de outros contextos sociais ensina a não olhar para os indivíduos de outra linhagem sócioeconômica de uma perspectiva elitista (como “bandidos”) ou romântica (como “heróis” ou “vítimas” de um mundo injusto). Ambos os pontos de vista “coisificam”. A busca é

⁵⁶⁵ DERRIDA, Jacques: *Of Grammatology*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976. P. 158-159.

por uma relação realista e empática (o que não significa dizer excessivamente tolerante) de quem já pôde estar mais perto do outro.

Thomas Leithäuser escreve sobre solidariedade fática e a evocação de alguns traços universais da humanidade.

“Solidariedade deve ser pensada como a capacidade de ver cada vez mais que diferenças tradicionais (entre tribos, religiões, raças, costumes etc.) podem ser negligenciadas se comparadas com a dor e a humilhação – esta é a capacidade que permite considerar como pertencentes ao nosso grupo pessoas completamente diferente de nós.”⁵⁶⁶

Existe algo em comum entre os seres humanos, todos compartilhamos sentimentos e vivências concretas análogas. Para Leithäuser, é a ênfase nestas experiências que pode aproximar, reforçar a empatia, a compaixão, fazer ver o outro não como “coisa”, mas como semelhante. São práticas que impulsionam um processo em direção à solidariedade. Ter em conta e vivenciar a comunhão (não simplesmente pensá-la) é o que pode fazer com que evitemos causar a mesma dor que nos foi causada.⁵⁶⁷ É, certamente, enriquecedor olhar a ética sob tal perspectiva, que, aliás, nesse ponto, aproxima-se da biologia de Maturana, fundada, muito mais em emoções concretas do que em racionalizações.⁵⁶⁸

A orientação para vivências de outros contextos aparece como parte de um processo que se dirige ao aprendizado pela experiência, fundamental para *phronesis*. Tal exigência não ocupa um lugar essencial na razão comunicativa, devido ao peso que a racionalidade aí adquire. Talvez a teoria do discurso habermasiana não tenha dado o devido valor à experiência por faltar-lhe uma conexão mais aprofundada da estética.

⁵⁶⁶ RORTY, Richard apud LEITHÄUSER, Thomas: “Por uma Microfísica da Tolerância”. In: Souza, Jessé (Org.) *Democracia Hoje – Novos Desafios para a teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UNB, 2001. P. 453.

⁵⁶⁷ LEITHÄUSER, Thomas: “Por uma Microfísica da Tolerância”. *Democracia Hoje – novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 441-470.

⁵⁶⁸ MATURANA, Humberto: *Ontologia da Realidade*. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2001, p. 203

*“Também aqui se torna claro que o homem que compreende não sabe nem julga a partir de um simples estar postado frente ao outro sem ser afetado, mas a partir de uma pertença específica que o une com o outro de modo que é afetado com ele e pensa com ele.”*⁵⁶⁹

Eis a base de uma solidariedade prática nos termos gadameriano: experienciar novos mundos, formar vínculos em tais contextos. A linguagem conforma o mundo, mas faz isso de maneira tal que nos permite transcender os limites deste mundo (o ser humano ex-iste no sentido de que se move para fora dele mesmo⁵⁷⁰). A travessia do familiar para o estranho (como percebemos quando aprendemos uma nova língua) propicia um ganho, um novo horizonte. A fusão de horizonte, o exercício de se posicionar no lugar do outro ensina uma solidarização empática com o outro, sem transfigurá-lo.

6.8. Preservação da memória como direito humano fundamental

A preocupação em salvaguardar a história, na hermenêutica, encontra-se radicalmente conectada à ética e à liberdade. Heidegger escreve que a significação da palavra alemã *Denken* (pensar) procede de *Gedanc*. Este último termo designa memória, recordação, gratidão⁵⁷¹.

Falta liberdade quando não há cuidado com a história, portanto, este é um assunto fundamental para a política e para o direito caso haja preocupação com o estabelecimento de uma democracia efetiva. Não se quer propor aqui que o direito memória tem primazia com relação a outros direitos humanos, mas que sua preservação é essencial para que se possa pensar estruturas que determinam nosso modo de vida.

Habermas escreve sobre a vaidade do espírito moderno, que olha para si mesmo com orgulho por ter triunfado diante do antigo. A pré-história imediata é desvalorizada, pois mitos

⁵⁶⁹ GADAMER: Hans-Georg: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. P 395

⁵⁷⁰ HEIDEGGER, Martin: *Sobre o Humanismo*: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1967, p. 69.

⁵⁷¹ HEIDEGGER, Martin: *Que Significa Pensar?* Buenos Aires: Editorial Nova, 1964. P. 234.

antigos teriam sido detectados e deixados para trás. Para os modernos, novas crenças devem estar fundadas apenas na razão, esta é a única autoridade que resta.⁵⁷²

Tal forma de pensar, racionalista, pretensamente instituinte, parece não compreender a força atual do passado ou da história efetiva (como prefere Gadamer). Crê-se em uma liberdade calcada na razão, emancipada de determinações históricas. Daí o sentido pouco profundo e ligado apenas eventos deixados para trás atribuído à história.

Aprendemos com Freud que a repetição pode dirigir nossas ações quando somos incapazes de recordar, em função da resistência. O sujeito atua de modo a repetir conflitos pretéritos. Quanto maior a resistência, maior a tendência do sujeito permanecer fixado no passado, representando um papel antigo, projetar em pessoas e situações figuras que não estão mais aqui. Nesse modo, o aparente diálogo com outrem não é mais do que a relação narcísica do sujeito com seu espelho.⁵⁷³ Não há Outro.

O esquecimento pode ter a aparência a superação do passado, como algo que ficou para trás e não tem efeitos atuais. Contudo, quando há esquecimento (como na amnésia infantil), o passado está mais forte do que nunca.

Algumas repercussões jurídicas e sociais da questão ficarão mais claras se tomarmos como exemplo o instituto da anistia política. Esta, como é em geral concebida, aponta para uma regra, segundo a qual o cometimento de um ato ilícito em um tempo específico não terá as consequências esperadas. Permite que as coisas corram como se nada houvesse acontecido, de modo a impor silêncio no que diz respeito a eventos pretéritos.

Diferente da anistia é o perdão. Este não apaga a memória, ao contrário, requer a lembrança da dor a ser perdoada e reinscrita como memória modificada.⁵⁷⁴ Perdão, para Derrida, deve ser assimétrico e incondicional, alguém realizou um mal e teve um bem como retorno (esta

⁵⁷² HABERMAS, Jürgen: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 168 e s.

⁵⁷³ FREUD, Sigmund. *Obras Completas V. XII.* “A Dinâmica da Transferência” (1912). Rio de Janeiro: Imago, 1974.

⁵⁷⁴ Krapp, Peter: “Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting”. In *German Law Journal* No. 1 Janeiro, 2005. P. 8.

é outra diferença em relação à anistia, que é, na maiorias das vezes, uma troca alcançada pela negociação).

Para que o perdão aconteça, é preciso sentir (não apenas pensar) de novo a dor. Ser mais uma vez atingido pelos efeitos do evento que se quer esquecer permite reelaborá-lo e é a preparação para cessar uma cadeia repetitiva.

É esta também a finalidade da *Destruction*. Como vimos, não se trata de um niilismo (que, na verdade, foi inventado pela lógica⁵⁷⁵) que pretende abandonar a lógica e, com ela, a articulação de conceitos legais e visões sociais que o informam. Também não é um convite para esquecer o que se diz hoje sobre a moral. Pretende lembrar aspectos da vida, que processos históricos ocultam, dimensões das práticas jurídicas que foram marginalizadas pelas necessidades da concepção legal do dominante⁵⁷⁶. É reafirmar possibilidades humanas esquecidas, que envolvem o movimento para fora do modo de ser atual; processo que ensina a ser na diferença e a habitá-la propriamente.

⁵⁷⁵ HEIDEGGER, Martin: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005. P 58-61

⁵⁷⁶ BALKIN, J. M: "Deconstructive Practice and Legal Theory". In *Yale Law Journal* n. 96, 1987. <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>. Acesso em dezembro/2008.

BIBLIOGRAFIA

A. Livros

AARNIO, Aulis: *Lo Racional como Razonable – Un Tratado sobre la Justificacion Jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATIENZA, Manuel: *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick e Outros*. São Paulo: Landy, 2000.

ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

___: *Filosofia do Direito – uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996,

___: *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1999.

AFTALION, Enrique e VILANOVA, José: *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

ARENDR, Hannah: *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

___: *Eichmann in Jerusalém*. New York: Penguin Books, 2004.

___: *Responsabilidade e Julgamento*: Companhia das Letras. 2004.

ARISTÓTELES: *Retórica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B.: *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos: Estudos Filosóficos entre Cosmopolitismo e Responsabilidade Social*. São Paulo: Manole, 2004.

_____: *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____: *Estudos sobre Ensino Jurídico – Pesquisa, Metodologia, Diálogo e Cidadania*. São Paulo: Atlas: 2006.

_____: *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2007

BOBBIO, Norberto: *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

BULYGIN, Eugenio e Alchourrón, Carlos E: *Introducción a La Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

CABAS, Antônio Godino: *Curso e Discurso da Obra de Jacques Lacan*. São Paulo: Moraes, 1982.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2000.

CHEMAMA, Roland. *Dicionário de Psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CORETH, Emerich: *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: Ed da Universidade de São Paulo, 1973.

DELECAMPAGNE, Cristian. *História da Filosofia no Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DERRIDA, Jacques: *Of Grammatology*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976.

___: *Posições*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

___: *Adeus a Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

___: *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René: *Discurso do Método – Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

DEWEY, John: *Art as Experience*. New York: Perigee Books, 1980

___: *The Political Writings*. Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993.

___: *Reconstruction in Philosophy*. Mineola: Dover, 2004.

DOR, Joël: *Introdução á Leitura de Lacan – O Inconsciente Estruturado como Linguagem*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

ECO, Umberto: *Os Limites da Interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1990.

ERBER, Pedro Rabelo: *Política e Verdade no Pensamento Martin Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2003.

FARREL, Martin Diego: *La Metodologia del Positivismo Lógico – Su Aplicación al Derecho*. Editorial Astrea.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

___: *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

___: *Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997.

___: *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGAL, Günter. *Oposicionalidade – o Elemento Hermenêutico e a Filosofia*. Petrópolis, Vozes, 2007.

FOUCAULT, Michel: *Ditos e Escritos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FREUD, Sigmund : *Obras Completas* V. II. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

___: *Obras Completas*. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

___: *Obras Completas* V. XI. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

___: *Obras Completas* V. XII.. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

___: *Obras Completas* V. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

___: *Obras Completas*. V.XXIII. Rio de Janeiro: Imago, 1974..

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GADAMER, Hans-Georg: *Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

___ *A Atualidade do Belo – A Arte como Jogo Símbolo e Festa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

___: *Poema e Dialogo*. Barcelona: Gedisa, 1993.

___: *La Dialética de Hegel – Cinco Ensayos Hermenêuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994

___: *O Problema da Consciência Histórica*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

___: *El Inicio de la Filosofía Occidental*. Barcelona: Paidós Studio, 1999.

___: *Heidegger`s Ways*. New York: State University of New York Press, 1993.

___: *Acotaciones Hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002.

___: *En Conversación com Hans-Georg Gadamer – Hermenéutica, Estética, Filosofía Práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

___: *The Relevance of The Beautiful and Other Essays*. Cambridge University Press, 1998.

___: *Herança e futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998.

___: *Diálogo y Deconstrucción – los Limites del Encuentro entre Gadamer e Derrida*. Madrid: Cuaderno Gris, 1998.

___: *Antologia*: Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.

___: *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001

___: *Verdade e Método I - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002.

___: *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

___: *Acotaciones Hermenêuticas*. Madrid: Trotta, 2002.

___: *Quem Sou Eu? Quem És Tu?* Rio de Janeiro: EDUERJ: 2005.

___: *O Caráter Oculto da Saúde*. Petrópolis, Vozes, 2007.

___: *Hermenêutica em Retrospectiva V. I – Heidegger em Retrospectiva*. Petrópolis, Vozes, 2007.

___: *Hermenêutica em Retrospectiva V. II – a Virada Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.

___: *Hermenêutica em Retrospectiva V. III – Hermenêutica e a Filosofia Prática*. Petrópolis, Vozes, 2007.

___: *Hermenêutica em Retrospectiva V. IV – a Posição da Filosofia na Sociedade*. Petrópolis, Vozes, 2007.

GUSDORF, Georges: *Tratado de Metafísica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

HABERMAS, Jürgen: *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982

___: *Dialética e Hermenêutica*. São Paulo: L&PM, 1987.

___: *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

___: *Técnica e Ciência como Ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1994

___: *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Barcelona: Península, 1996.

___: *Teoría de la Acción Comunicativa – Complementos y Estudios Previos*. Madrid: Catedra, 1997.

___: *Teoría y Praxis – Estudios de Filosofía Social*. Madrid: Tecnos, 1997.

___: *Teoría de la Acción Comunicativa I – Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Madrid: Taurus, 1999.

___: *Teoría de la Acción Comunicativa II – Crítica de la Razón Funcionalista*. Madrid: Taurus, 1999.

___: *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Madrid: Trotta, 2000.

___: *Textos e Contextos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

___: *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 2000.

___: *A Constelação Pós-Nacional – Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

___: *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

___: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002

___: *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.

___: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade V. I.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

___: *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade V. II.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

___: *Verdade e Justificação.* São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin: *Que Significa Pensar?* Buenos Aires: Editorial Nova, 1964.

___: *Sôbre o Humanismo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967

___: *Escritos Políticos.* Lisboa: Instituto Piaget, 1997

___: *Introdução à Metafísica.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

___: *Ser e Tempo- Parte I.* Petrópolis: Vozes, 2000.

___: *Ser e Tempo – Parte II.* Petrópolis: Vozes, 2000.

___: *Ensaio e Conferências .*Petrópolis, Vozes, 2001.

___: *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica – Mundo, Finitude, Solidão.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

___: *Serenidade.* Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

___: *A Caminho da Linguagem.* Petrópolis: Vozes, 2003.

___: *Lógica – La Pregunta por la Verdad.* Madrid: Alianza Editorial, 2004.

____: *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005.

____: *Que é Isto – A Filosofia? / Identidade e Diferença*. Petrópolis, Vozes, 2006.

____: *A Essência do Fundamento (edição bilingue)*. Lisboa: Edições 70, 2006.

____: *A Origem da Obra de Arte*. Lisboa: Edições 70, 2006.

____: *Ser e Verdade 1. A Questão Fundamental da Filosofia 2. Da Essência da Verdade*. Petrópolis: Vozes, 2007.

HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a Relação quase Esquecida*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

HOW, Alan: *The Habermas-Gadamer Debate and the Nature of the Social*. Brookfield: Ashgate Publishing Ltd, 1995.

KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAN, Jacques: *O Seminário Livro 1 – os Escritos Técnicos de Freud*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

LARENZ, Karl: *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LEVINAS, Emmanuel: *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980.

___: *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2007.

LOPARIC, Zejljco: *Ética e Finitude*. São Paulo: Ed. Escuta. 2004.

MAIA, Alexandre da: *Ontologia jurídica – o Problema de sua Fixação Teórica com Relação ao Garantismo Jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATURANA, Humberto: *Ontologia da Realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

___: *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MARCUSE, Herbert: *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999.

___: *Cultura e Sociedade*. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997

MENDONCA, Daniel: *Los Derechos em Juego – Conflicto y Balance de Derechos*. Madrid: Tecnos, 2003.

MORIN, Edgar: *O Homem e a Morte*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

___: *Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Peirópolis, 2000,

___: *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

___: *O Método V – A Humanidade da Humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PELIZZOLI, Marcelo: *A Emergência do Paradigma Ecológico: Reflexões Ético-Filosóficas para o Século XXI*. Petrópolis: Vozes, 1999.

PERELMAN, Chaïm: *Tratado de Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POPPER, Karl: *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: UNESP, 1988.

_____: *The Open Society and its Enemies. Hegel and Marx*. V.2. London: Routledge II, 2002.

PRIGOGINE, Ilya: *O Fim das Certezas: Tempo, Caos e Leis da Natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.

Plato: *Symposium*. Oxford: Oxford University Press (Digital Classics), 1995.

RICOEUR, Paul: *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

_____: *A Metáfora Viva*. São Paulo: Loyola, 2000.

RORTY, Richard: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

_____: *Philosophy and Social Hope*. New York: Penguin Books, 1999.

ROUANET, Sérgio Paulo: *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Um Mestre na Alemanha – Heidegger e seu Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SALDANHA, Nelson: *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa: *Um Discurso Sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento, 1999.

SHOOK, John. R.: *Os Pioneiros do Pragmatismo Americano*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003

SMITH, Bárbara Herrnstein: *Crença e Resistência. A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. São Paulo: Unesp, 2002

STAMFORD, Artur: *Decisão Judicial – Dogmatismo e Empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000

STEIN, Ernildo: *Diferença e Metafísica – Ensaio sobre Desconstrução*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2002.

_____: *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

VATTIMO, Gianni: *O Fim da Modernidade – Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VIEHWEG, Theodor: *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto: *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____: *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____: *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

THIELE, Leslie Paul: *Martin Heidegger e a Política Pós-Moderna – Meditações sobre o Tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

WALLULIS, Jerald: *The Hermeneutics of Life History – Personal Achievement and History in Gadamer, Habermas and Erikson*. Evanston: Northwestern University Press, 1990.

ZOHAR, Danah: *O Ser Quântico – Uma Visão Revolucionária da Natureza Humana e da Consciência Baseada na Nova Física*. São Paulo: Best Seller, 1990

B. Artigos

AARNIO, Aulis: “La Tesis de la Única Respuesta Correcta y el Principio Regulatorio de lo Razonamiento Jurídico”. *Doxa*, n. 4. Alicante: Universidad de Alicante, 1987, p. 23-38.

ACKERMAN, Bruce: “Un Neofederalismo?” in SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

ALEXY, Robert: “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”. *Doxa*, n. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988, p. 139-151.

BAYON, Juan Carlos: “Derechos, Democracia y Constitución”. *Doxa*, n. 1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000.

BALKIN, J. M: “Deconstructive Practice and Legal Theory”. In *Yale Law Journal* n. 96, 1987. Disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>. Acesso em dezembro/2008.

BIRMAN, Joel: “Herdeiros Assumiram Posição Servil. Inquietação do Mestre foi Substituída pela Repetição Obscurantista dos Enunciados de Lacan, Mal-Digeridos pela Maioria dos

Seguidores”. Disponível em <http://br.geocities.com/jacqueslacan19011981/sobrelacan/herd>. Acesso em dezembro/2008

BITTAR, Eduardo C. B.: “Razão e Afeto, Justiça e Direitos Humanos: Dois Paralelos Cruzados para a Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução pelo Afeto.” In BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quatier Latin, 2008. P. 57-92.

_____: “Educação e Metodologia para os Direitos Humanos: Cultura Democrática, Autonomia e Ensino Jurídico” In *Educação para os Direitos Humanos. Fundamentos Teóricos e Metodológicos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/>. Acesso em dezembro / 2008.

BRUSEKE, Franz Josef: “Heidegger como Crítico da Técnica Moderna”. Disponível em Filoinfo. <http://www.filoinfo.bem-vindo.net/doc/h tecnica.pdf> . Acesso em dezembro / 2008.

CALAZANS, Roberto: “O Sentido da Subversão do Sujeito pela Psicanálise”.. Disponível no site do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal Fluminense <http://www.uff.br/ichf/publicacoes/revista-psi-artigos/2004-2-Cap8.pdf>. Acesso em novembro / 2008.

CASAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”. *Doxa*, n. 21-I. Alicante: Universidad de Alicante, 1998. P.130-155.

CASTRO JR., Torquato da Silva: “Interpretação e Metáfora no Direito”. In: Barreto, Aires Fernandino (Org.): *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005. P. 663-672.

CORREA, Carlos Pinto: “Epistemologia Psicanalítica: A Verdade não Toda”.: *Estudos de Psicanálise*, no. 24. Recife: Círculo Brasileiro de Psicanálise, 2001. P. 85- 91.

COSTA, Jurandir Freire: “Não mais, não ainda: a palavra na democracia e na psicanálise”. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em novembro /2003.

COSTA, Sérgio e LEIS, Hector Ricardo: “Dormindo com uma desconhecida – a teoria social contemporânea enfrenta a intimidade”. *Imprimatur:Revista Virtual de Ciência Humanas*, n 2. UFSC, 1999. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/imprimat/>. Acesso em julho/2007.

_____: “A Globalização e as Políticas Sociais”. *Imprimatur:Revista Virtual de Ciência Humanas*, n. 3, UFSC, 2000.Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/imprimat/>. Acesso em dezembro/2006.

_____: “Complexidade, Diversidade e Democracia: Alguns Apontamentos Conceituais e uma Alusão à Singularidade Brasileira”. In Souza, Jessé: *Democracia Hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*.Brasília: UNB, 2001. P. 461-476.

_____: “Redes sociais e integração transnacional: problemas conceituais e um estudo de caso”. In *Política e Sociedade*, v. 2, n. 2. ISSN 1677-4140. UFSC, 2003. P. 151-174. Disponível em <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/4957/4316>. Acesso em julho/ 2007.

CULLER, Jonathan: “Em Defesa da Superinterpretação”. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p 129-146.

DE LA MAZA, Luis Mariano. “Fundamentos de la Filosofía Hermenéutica: Heidegger y Gadamer”. *Teol. vida*, 2005, vol.46, no.1-2, ISSN 0049-3449. P.122-138.

DEWEY, John: “Experiência e Natureza” (cap I e V). In *Os Pensadores* São Paulo: Abril Cultural, 1985.

ECO, Umberto: “Entre Autor e Texto”. In *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 79-104.

___: “Superinterpretando textos”. In *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 53-78.

FACCHINI, Mark e GROSSMAN, Peter A.: “Metaphor and Metonymy: An Analysis or R.A.V. vs. City of St. Paul Minnesota”. *International Journal for The Semiotics of Law*, no. 12. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1999. P. 215-227.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “Tópica, Derecho y Método Jurídico”. *Doxa*, n. 4. Alicante: Universidad de Alicante, 1997. P. 161-188.

GARGARELLA, Roberto. “Los Jueces Frente al Coto Vedado”. *Doxa*, n.1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. P. 08.

GORENDER, Miriam Elza. “Heidegger e Lacan: Algumas Correlações”. *Estudos de Psicanálise*, no. 24. Recife: Círculo Brasileiro de Psicanálise, 2001. P. 69-76.

HABA, Enrique P.: “Sobre el Derecho como ‘Técnica’ o ‘Tecnología’ –Apostillas a una Polémica entre Dos Visiones Cientificistas sobre las Posibilidades del Discurso Jurídico”. *Doxa*, n. 17-18. Alicante: Universidad de Alicante, 1995. P. 491-498.

___: “Teorización Constructivista como ‘Forma de Vida’ (Sobre ‘Reglas y Formas’ del Discurso Jurídico en los Tribunales Inexistentes)”. *Doxa*, n. 21-I. Alicante: Universidad de Alicante, 1998. P. 147-170.

HABERMAS, Jürgen: “Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos”. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (Org.): *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. P. 67-82

HENNING, Terese: “Judicial Summation: The Trial Judges Version of The Facts or The Chimera of Neutrality”. *International Journal for The Semiotics of Law*, no. 12. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1999. P. 171-213.

JUST, Gustavo: “Nelson Saldanha e a Idéia de uma Teoria Hermenêutica do Direito”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito* (UFPE), v. 17, 2008. P. 117-138,

_____: “Valiosa Contribuição de Nelson Saldanha”. In *Revista Brasileira de Filosofia. Instituto Brasileiro de Filosofia*. São Paulo. P 91-103.

KRAPP, Peter: “Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting”. In *German Law Journal* No. 1, 2005 (janeiro). Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=548>. Acesso em novembro/2008.

LAPORTA, Francisco: “El Ámbito de La Constitución”. *Doxa*, n 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001.

LEITHÄUSER, Thomas: “Por uma Microfísica da Tolerância”. In: Souza, Jessé (Org.) *Democracia Hoje – Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UNB, 2001. P. 441-470

MAIA, Alexandre da: “Conceptual History and Legal Reasoning: Analyzing the Concept of Subjective Right”. *ARSP. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 2007

_____: “O Embasamento Epistemológico como Legitimação do Conhecimento e da Formação da Lei na Modernidade: uma Leitura a partir de Descartes”. *Revista de Hermenêutica Jurídica*, v. 3, n. 3, 2006.

_____: “Dogmática Jurídica e Multiplicidade: uma Análise da Teoria de Robert Alexy”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 5, 2007. P. 23-40,

___: “Pela Dogmática Jurídica da Multiplicidade”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 2004. P.37-45,

___ “Ontologia Jurídica e Realidade – O Problema da ‘Ética da Tolerância’” . *Revista de Informação Legislativa*, n. 143. Brasília: Senado Federal, 1999. P. 335-345.

MATOS, Olgária: “Sociedade, Tolerância, Confiança e Amizade”. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - www.direitoshumanos.usp.br - Acesso em novembro/2003.

MATURANA, Humberto: “La Ciencia y la Vida Cotidiana: La Ontología de las Explicaciones Científicas” in WATZLAWICK, Paul e KRIEG, Peter (comps.): *El Ojo del Observador – Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998, p. 157-194.

MATTEO, Vincenzo di. “A Problemática do Sujeito no Discurso Metapsicológico Freudiano”. Recife: mimeo, 1999.

MORESO, José Juan. “Sobre el Alcance del Precompromiso”. *Doxa*, n.1. Alicante: Universidad de Alicante, 2000.

NEVES, Marcelo: “Da Autoipoiese à Alopoeise do Direito”. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5. Recife: Universitária (UFPE), 1992, p. 273-298.

___: “A Força Simbólica dos Direitos Humanos” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 4, 2005. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em julho / 2008.

ORFORD, Anne: “Critical Intimacy: Jacques Derrida and the Friendship of Politics” . In: *German Law Journal*. N.1. Janeiro de 2005. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/>. Acesso em março/2008.

PALMER, Richard: “Gadamer`s Recent Work on Language and Philosophy *On Zur Phänomenologie von Ritual und Sprache*” in *Continental Philosophy Review* 33: 381–393, Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2000.

PEIRCE, Charles S. : *The fixation of Belive* in “*Popular Science Monthly* 12 (November 1877), 15. Disponível em www.peirce.org/writings/p107.html. Acesso em março/2004.

REGLA, Josep Aguiló: “Sobre La Constitución del Estado Constitucional”. *Doxa* n. 24, Alicante: Universidad de Alicante, 2001.

RORTY, Richard: “Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalidad” in SCHUTE, Stepan e HURLEY, Susan (eds.): *De Los Derechos Humanos – Las Conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Madrid: Trotta, 1998.

___: “A Trajetória do Pragmatista”. In ECO, Humberto: *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 105- 128.

SOBOTA, Katharina: “Não Mencione a Norma!”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. N. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 251-273.

SANCHÍS, Luis Prieto: “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. *Doxa*, n. 23. Alicante: Universidad de Alicante, 2000

SOBOTA, Katharina: “Não Mencione a Norma!”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 251-273.

VENSUS, A., George: “Authentic Human Destiny : the Paths of Shankara and Heidegger”. Site da CUA (Catholic University of America)-www.philosophy.cua.edu/rvp/book. Library of Congress Cataloging-in-Publication. Acesso em Janeiro de 2002.

WARAT, Luis Alberto: “Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade”.
BuscaLegis.ccj.ufsc.Br (05/08/2001) – Revista no. 30, ano 16, junho de 1995, p 1-10.