

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
CURSO DE MESTRADO

DA EPISTEMOLOGIA POPPERIANA À HERMENÊUTICA JURÍDICA: O
SENTIDO DE JUSTIÇA COMO CAMINHO PARA A CONCILIAÇÃO
SOCIAL.

RODRIGO SILVA ROSAL DE ARAÚJO

Recife, Junho de 2003.

RODRIGO SILVA ROSAL DE ARAÚJO

DA EPISTEMOLOGIA POPPERIANA À HERMENÉUTICA JURÍDICA: O
SENTIDO DE JUSTIÇA COMO CAMINHO PARA A CONCILIAÇÃO
SOCIAL.

Dissertação final elaborada como condição parcial à obtenção do grau de mestre
em Filosofia.

Linha de pesquisa: epistemologia das ciências humanas

Orientador: Professor Doutor Marcelo Pelizzoli

Recife, Junho de 2003.

Araújo, Rodrigo Silva Rosal de
Da epistemologia popperiana à hermenêutica
jurídica : o sentido de justiça como caminho para a
conciliação social / Rodrigo Silva Rosal de Araújo. —
Recife : O Autor, 2003.
85 folhas.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Pernambuco. CFCH. Filosofia, 2003.

Inclui bibliografia.

1. Filosofia - Epistemologia. 2. Hermenêutica
jurídica - Estudo comparativo. 3. Sentido de Justiça.
I. Título.

165.6 CDU (2.ed.) UFPE
121.686 CDD (21.ed.) BC2004-317

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO SILVA ROSAL DE ARAÚJO

Dissertação de Mestrado em Filosofia aprovada, pela Comissão Examinadora formada pelos professores a seguir relacionados, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Filosofia, pela Universidade Federal de Pernambuco.

Aos professores da Comissão Examinadora, da UFPE, que consideraram aprovada a Dissertação de Mestrado intitulada "Teoria da Argumentação Jurídica e a sua aplicação ao direito penal",

Aos professores do Curso de Mestrado em Filosofia da UFPE, que consideraram aprovada a Dissertação de Mestrado intitulada "Teoria da Argumentação Jurídica e a sua aplicação ao direito penal",

Dr. Marcelo Pelizzoli

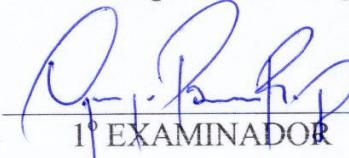
Aos professores do Curso de Mestrado em Filosofia da UFPE, que descreveram a Dissertação de Mestrado intitulada "Teoria da Argumentação Jurídica e a sua aplicação ao direito penal",

ORIENTADOR

Ao professor Marcelo Pelizzoli, que não é só orientador, mas uma pessoa que consegue esperar e impulsionar, que trata com respeito e generosidade o Outro,

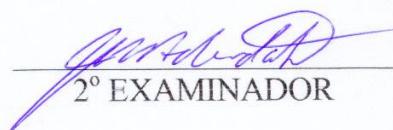
Aos professores, alunos e funcionários do Mestrado em Filosofia da UFPE, por permitirem a minha produção.

Dr. George Browne Rego



1º EXAMINADOR

Dr. João Maurício Adeodato



2º EXAMINADOR

RECIFE/2004

Agradecimentos,

À vida, pela oportunidade de existir;
A família, pela vigilância amorosa;
A Vivianne Marie, por compartilhar o Sonho;
Ao Grupo Espírita Kardecista Pedro Paulo de Aquino, pelo sublime propósito “Confia, espera e procura ser bom”;
Aos alunos do 5º período do Curso de Direito da Faculdade Integrada do Recife – FIR que me ajudaram a construir a disciplina Teoria da Argumentação Jurídica e a desenvolver o presente estudo;
Aos alunos do Curso de Pedagogia da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, pela consideração e pelo afeto que me dispensaram nas disciplinas História Geral da Educação e História da Educação no Brasil;
Aos professores do Curso de Direito da FIR, pelo amor com que desempenham as suas atividades e pela doação intelecto-moral à nossa missão;
À UFRPE, pela beleza e atualidade do ideal “Ex Semine Seges”;
Ao professor Marcelo Pelizzoli, por não ser apenas um orientador, mas uma pessoa que comunga esperanças e inquietações, que trata com respeito e generosidade o Outro;
Aos professores, alunos e funcionários do Mestrado em Filosofia da UFPE, por respeitarem a minha proposta.

Dedico este trabalho aos amigos que ainda não conheci, pelo auxílio que me darão na construção do sentido de justiça e na promoção da conciliação social.

“todos nós desejamos ajudar uns aos outros. Os seres humanos são assim. ..., Por que havemos de odiar ou desprezar uns aos outros? Neste mundo há espaço para todos.

(...) Nossos conhecimentos fizeram-nos célicos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas duas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido.

A aviação e o rádio aproximaram-nos muito mais. A própria natureza dessas coisas é um apelo eloquente a bondade do homem... um apelo à fraternidade universal... à união de todos nós.

(...) Não sois máquina! Homens é que sois! E com o amor da humanidade em vossas almas! Não odéis! Só odeiam os que não se fazem amar... os que não se fazem amar e os inumanos.

(...) Lutemos por um mundo de razão, um mundo em que a ciência e o progresso conduzam à ventura de todos nós.

(...) O sol vai rompendo as nuvens que se dispersam! Estamos saindo da treva para a luz! Vamos entrando num mundo novo- um mundo melhor, em que os homens estarão acima da cobiça, do ódio e da brutalidade. Ergue os olhos Hannah! A alma do homem ganhou asas e afinal começa a voar. Voa para o arco-íris, para a luz da esperança. Ergue os olhos, Hannah! Ergue os olhos!” (Charles Chaplin)

RESUMO

Nossa abordagem concentra-se na investigação sobre a construção do sentido de justiça como caminho para conciliação social. Para tanto, apesar de nossa empreitada buscar o enfoque nos problemas e não nos autores, travamos diálogo com a contribuição epistemológica de Popper, mormente no que chama de racionalismo crítico, bem como temos ponto de contato com o pensamento de Gadamer no que se refere à hermenêutica filosófica.

Por esse fato, discutiremos de que modo a proposta epistemológica popperiana, tida como racionalista e crítica, constitui elemento fundamental para a teoria da argumentação jurídica. E vamos mais além, dizemos que seu próprio método crítico pode ser aproximado da atitude hermenêutica, pois reconhece o outro enquanto indivíduo potencialmente capaz de apresentar boas razões às próprias idéias.

Continuando, veremos como certos problemas sociais concretos resultam de uma deficiência estrutural e não podem ser compreendidos por meios fragmentários, assim como o positivismo jurídico por si só é incapaz de alcançar o sentido de justiça. E por essa razão a hermenêutica filosófica tem papel fundamental no raciocínio jurídico e na aplicação do direito, como um horizonte auspicioso a ser alcançado na construção da conciliação social.

ABSTRACT

Our approach is to focus on the investigation of the sense of justice as a way to social conciliation. To do that, in spite of our search being based on problems instead of authors, we wage a dialogue, between Popper's epistemologic contribution, mainly about "critic's rationalism", and Gadamer's thoughts referring to philosophical hermeneutic.

Due to that fact we are going to discuss how Popper's hermeneutic proposal, known as rationalistic and critic, is a fundamental element to legal argumentation. Besides, we will affirm that his own critical method may be closer to the hermeneutic attitude because it recognizes the other as a potential individual that's capable to present good reasons to his own ideas.

Continuing, we'll see how certain social concret problems are a result of a structural deficiency that may not be comprehended through fragmental ways, just like legal positivism that a sense of incapable to reach justice only by itself. For this reason the philosophical hermeneutic has a fundamental place on legal's reasoning and on the application of law as an auspicious north to be reached in the construction of social conciliation.

SUMÁRIO

Introdução.	09
1. Colocação do problema.	09
2. Justificação do assunto abordado.	12
3. Metodologia.	17
Capítulo 1. A filosofia de Popper: elementos para construção do sentido de justiça.	22
1.1. Horizonte Epistemológico.	26
1.2. Argumento sobre método: a compreensão como possível interseção entre as ciências naturais e as ciências humanas.	33
1.3. Hermenêutica crítica e ruptura metodológica.	39
Capítulo 2. Ciência e Hermenêutica no Direito Moderno.	48
2.1. A hermenêutica e a aplicação do direito.	54
2.2. O positivismo jurídico e a argumentação jurídica como instrumentos de dominação.	60
2.3. O discurso jurídico caminha para a conciliação social: em busca do sentido de justiça.	65
Referências Bibliográficas.	76

INTRODUÇÃO

1. Colocação do problema.

Discute-se aqui a questão da possibilidade de um conhecimento fundante em filosofia, que possa clarificar o sentido de justiça. No contexto contemporâneo da epistemologia das ciências humanas e nas transformações paradigmáticas, desde já é oportuno afirmar que se exigir um conhecimento demonstrativamente correto, à maneira da lógica formal e da matemática, então cabe reconhecer que é, em tese, inatingível. Se se exigir um conhecimento comprovado pelo caminho único da empiria, também cabe afirmar que não é satisfatório, posto que sentido de justiça não se reduz a um axioma matemático, nem se aprisiona na experiência.

Entretanto, em filosofia, se considerarmos fundamentado um conhecimento para o qual nós apresentamos razões e argumentamos, então devemos perquirir esse tipo de conhecimento. Eis um dos motivos precípuos da oportunidade de utilizar a abordagem hermenêutica como um caminho profícuo na investigação filosófica, mormente na pragmática jurídica e na teoria da argumentação jurídica.

É preciso que fique esclarecido o nosso entendimento sobre a epistemologia não apenas como uma filosofia da ciência, mas também como uma ambiência onde se reflete sobre as implicações éticas da cientificidade, na qual a hermenêutica desempenha um papel muito importante. Implica também uma mudança de paradigmas: na qual não mais se trata do método indutivo, dedutivo ou dialético, mas de uma abordagem hermenêutica do sentido.

Por outro lado, quando nos referimos à contribuição da epistemologia popperiana no Direito, é porque cremos que a epistemologia tem colocações a fazer em qualquer área da pesquisa, especialmente a filosófica. Notadamente no campo da aplicação, interpretação e argumentação jurídicas, no qual o ponto de esteio reside na segurança de se conseguir conhecer a facticidade a partir da leitura das normas jurídicas, encarando o direito e a argumentação jurídica não como técnicas de dominação, mas sim como propostas de conciliação social.

Ademais, é oportuno salientar que o falibilismo tem um aspecto positivo para o desenvolvimento moral do ser humano, porquanto está de certa forma associado ao princípio da tolerância de que podemos sempre estar errados e nosso interlocutor certo. Essa tolerância, em Popper, é, de certa forma, uma herança do que encontrou em seu lar, sob influência do seu pai, o qual tinha grande preocupação com as questões sociais e com o pacifismo.¹ E tal atitude tem razão de ser se e somente se a conciliação for o supedâneo da faculdade argumentativa como um todo, e do discurso jurídico em particular. Uma vez que “o princípio do discurso encontra aplicação a outros tipos de normas de ação, assumindo ele próprio uma figura jurídica ao lado do sistema dos direitos, ..., e, por esta razão, a comunhão das convicções obtidas discursivamente pelo legislador político se expressa na figura do poder comunicativo.”²

E um tal princípio do discurso, que leva em conta a validade de qualquer norma de ação, considera também que a legitimidade de qualquer argumento jurídico está imbricada à cultura e à história da comunidade

¹ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, p.17.

² HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p.197. A citação de Habermas aqui se justifica pela proximidade com a Teoria do Direito e com o enfoque que estamos adotando. Apesar dos diversos pontos de divergência que a proposta de Habermas tem em relação à proposta popperiana, ambas têm em comum a convicção na racionalidade dialógica como forma de superar o conflito.

jurídica, ou seja, está ligada à aceitação social, ao sentido de justiça. E para que o sentido de justiça possa ser alcançado, o falibilismo e o racionalismo crítico de Popper podem contribuir efetivamente no momento em que coloca os argumentos, e as idéias que eles carregam, em contato, submetendo-os à prova.

Evidente que não se poderá compreender o contributo do falibilismo ao Direito fora do contexto de seu racionalismo crítico, que se coloca em oposição ao empirismo e ao método indutivo, os quais representam heranças do positivismo. Positivismo esse que consideramos como inapto para explicar a complexidade das relações sociais, e, dentre elas, o Direito.

Por conseguinte, as proposições gerais, para Popper, jamais são encontradas a partir de caminhos lógicos, mas fabuladas pelo cientista que estabelece a suposição. Nesse aspecto, o sentido de justiça será um desafio ao modelo epistemológico popperiano, que poderá encontrar na hermenêutica a validação que tanto procura.

Então, é preciso testar as proposições gerais hipotéticas obtidas através de conjecturas, na medida em que se procura refutá-las. Se resistirem às críticas, podemos usá-las para esclarecer fatos e prever acontecimentos. O problema, no Direito, é que muitas vezes não dispomos do tempo necessário ou razoável a fim de testar todas as possibilidades.

Ora, se nosso conhecimento é hipotético, conjectural, se pode ser falseado, como podemos estabelecer um caminho seguro que conceda sentido de justiça ao Direito, o qual trata de enunciados calcados em juízos de valor, com uma forte herança cultural e histórica, obedecendo a uma dinâmica própria que parece não se coadunar ao modelo epistemológico popperiano e à hermenêutica filosófica? Trata-se da diferença entre

causalidade e normatividade. E o Direito é uma ciência normativa, a própria ontologia jurídica é uma ontologia do dever-ser.

Por conseguinte, a pergunta é: à luz da epistemologia popperiana e da hermenêutica filosófica contemporânea o sentido de justiça e da argumentação jurídica pode ser a conciliação social? É o que tentaremos responder no presente trabalho.

2. Justificação do assunto abordado.

Neste estudo, procurar-se-á demonstrar até que ponto o critério de cientificidade proposto por Popper, introduzido por seu racionalismo crítico, pode contribuir ou não para encontrarmos argumentos bastantes com o fito de identificar que o sentido de justiça e da argumentação jurídica é a conciliação social. Para tal finalidade, estudaremos o Direito enquanto ciência que trata de valores, em particular do valor justiça, posto “que os valores não podem existir sem problemas; e que nem valores nem problemas podem derivar ou ser de outra maneira obtidos a partir dos fatos, a despeito de, freqüentes vezes, concernirem aos fatos ou com eles se relacionarem.”³ Nesse ponto, note-se que uma característica fundamental do pensamento de Popper é sua recusa de uma concepção científica que pretende a detenção da verdade, porquanto tal empresa decorreria de um falso racionalismo, fonte, por sua vez, de um autoritarismo científico. O que deve ser encarado com seriedade são questões de fato e asserções a propósito de fatos.⁴

³ POPPER. Autobiografia intelectual, São Paulo: Cultrix, 1977, p. 204.

⁴ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.25.

Por outro lado, o método científico seria apenas um critério para a escolha entre as diversas teorias e, nesse sentido, nenhuma teoria pode ser considerada definitivamente estabelecida, permanecendo como hipótese, suscetível de ser criticada. E essa crítica, na seara do Direito, levaria necessariamente em conta algumas categorias do raciocínio jurídico, como: a justiça, a eqüidade, o bem comum. Por isso, “os discursos de fundamentação e de aplicação precisam abrir-se também para o uso pragmático e, especialmente, para o uso ético-político da razão prática. Tão logo uma fundamentação racional coletiva da vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas de auto-entendimento e da compreensão de interesses.”⁵

Vê-se, de logo, que esta nova racionalidade é baseada sobre uma dinâmica perpétua do conhecimento, na qual uma teoria não é jamais totalmente justificável ou verificável. No entanto, a verdade é o princípio regulador fundamental quando se efetua a crítica das teorias; outro princípio é a capacidade que as teorias têm de colocar e resolver novos problemas.⁶ É aqui que pode se colocar a hermenêutica filosófica, e a hermenêutica jurídica em particular, para uma proposta de conciliação entre valores conflitantes, tentando revelar o sentido de justiça, apontando para os casos concretos, em cada caso.

Num estudo sobre utopia e violência, ao explicar que a violência precisa ser combatida de modo racional, Popper nos lembra que “na vida social existem várias divergências de opinião que têm de ser resolvidas de qualquer forma. Há perguntas que têm de ser esclarecidas, pois a negligência em fazê-lo pode levar a novas dificuldades, cujo efeito

⁵ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.194.

⁶ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.29.

cumulativo pode causar uma tensão insuportável.”⁷ E essa tensão insuportável, geralmente, é resolvida pelo Direito nos tribunais. O que também queremos sugerir, nesse trabalho, é a possibilidade de o Direito agir de forma mais preventiva, por meio da educação, não como último recurso, mas como recurso primeiro de tentativa de conciliação.

E para se chegar à decisão inevitável entre duas ou mais opiniões conflituosas o caminho deveria ser o argumento racional nas relações sociais, à luz do diálogo de caráter hermenêutico. Ora, os juízos jurídicos de valor são juízos que devem poder ser postos à prova objetivamente por fatos. Portanto, são admissíveis em uma teoria do direito, que disciplina o conviver.

No entanto, “um modo de vida pode ser incompatível com outro, quase no mesmo sentido em que uma teoria possa ser logicamente incompatível com outra. Essas incompatibilidades aí estão, objetivamente, ainda que não demos por elas. E também nossos propósitos e finalidades, à semelhança de nossas teorias, podem conflitar e serem comparados e discutidos criticamente.”⁸

Com isso, Popper parece sugerir que, assim como no campo da ciência natural, também no campo das ciências sociais e humanas não se determina o valor de uma teoria sem colocá-la à prova. A resistência à crítica não nos conduz ao conhecimento da verdade, mas à possibilidade de outorgar à hipótese um estatuto precário de científicidade. No caso do Direito, um caminho seguro para o sentido de justiça, e para a conciliação.

Trata-se, pois, de uma teoria epistemológica essencialmente negativa da ciência, que apenas admite a falseabilidade de uma hipótese,

⁷ POPPER. Racionalismo crítico na política. Brasília: editora UNB, 1994, p.4.

⁸ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, p.205.

sua verificação positiva sendo assim impossível. Respeitamos esse argumento de Popper, mas entendemos que enquanto não foi falseada, a hipótese foi efetivamente verificada, foi verdadeira, válida, ainda que só por alguns instantes. Todavia, a fertilidade não é decorrência da exatidão, mas da percepção de novos problemas onde ninguém os havia visto antes e da invenção de novas maneiras de resolvê-los.⁹

Dessa maneira, Popper não aceita mais a idéia do eixo V – F (Verdade-Falsidade) como determinante do caráter científico de um enunciado. A verdade não existe, porque a ela nunca poderemos chegar. Apenas podemos provar que uma afirmação é falsa, mas nunca que ela é verdadeira.

Seguindo o raciocínio, procuraremos desdobrar a questão colocada no início do trabalho na seguinte direção: como se demonstra o sentido de justiça, a partir da argumentação jurídica? Outrossim, outra questão correlata é: se tal sentido de justiça é permanente na humanidade, ou seja, acompanha o direito em todas as suas manifestações, então ele se revela na linguagem? Esse seria um novo paradigma à teoria do direito.¹⁰

Destarte, fácil é perceber o real objetivo da ciência para Popper: a busca de leis universalmente válidas, só se conhece cientificamente o que é universal, ou seja, aquilo que tende à universalidade. E o universal na seara jurídica, não é apenas o caráter heterônomo e geral das normas, mas, no campo da teoria hermenêutica do direito, o sentido de justiça, o qual confere uma nova espécie de poder à comunidade: o poder de conciliar.

A epistemologia popperiana é também marcada por sua negação em relação à teoria da evolução da sociedade, principalmente quando diz: “é

⁹ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.31.

¹⁰ KELSEN. O que é justiça?. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.261.

simplesmente errônea a suposição de que uma seqüência ou sucessão de eventos, ..., possa ser explicada por meio de uma única lei ou por qualquer conjunto de leis. Não existem leis de sucessão nem leis de evolução.”¹¹ Ressalte-se, no entanto, que com isso Popper não estaria negando o progresso, no sentido de uma adaptação do organismo ao meio. Apenas olha com certa cautela a possibilidade de fazer profecias. Por outro lado, encaramos este ‘progresso’ não como mera adaptação, mas sobretudo como criatividade.

Face às considerações expendidas, lançamos nossas questões: É missão da hermenêutica aplicada aos fundamentos epistemológicos do direito identificar o sentido de justiça? É possível entender o sentido de justiça como “uma ordem por meio da qual a conduta humana é regulamentada de uma maneira específica”¹²?

Na formulação de tais hipóteses, estamos demarcando, ainda que de forma provisória, os confinantes de nossa pesquisa, na qual buscaremos não um ponto final, o que acreditamos ser inviável em filosofia, mas algumas elucidações para que possamos ampliar a discussão acerca da epistemologia jurídica e do sentido de justiça.

Se for tomado como ciência, “o Direito deve, antes de tudo, definir seu objeto, diferenciando-o de outros objetos similares, ao responder à pergunta: o que é o Direito na condição de objeto de uma ciência particular?”¹³ Temos a ousadia de aduzir que o Direito precisa passar pelo crivo da abordagem hermenêutica, enquanto arriscamos delinear o seu objeto na conciliação social. Esse é o motivo pelo qual optamos por tentar formular pressupostos filosóficos ao sentido de justiça a partir da

¹¹ POPPER. A miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 92.

¹² KELSEN. O que é justiça? São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 262.

¹³ Ibidem. p. 286.

contribuição da epistemologia popperiana e passando pela hermenêutica filosófica. Principalmente porque desejamos ultrapassar a concepção do direito como dominação organizada, fruto de uma visão fulcrada no seguinte princípio: os seres humanos estão em permanente conflito de interesses. Por esse mesmo motivo, entendemos que os seres humanos estão em permanente tentativa de conciliação.

E Popper conclamou “aqueles que acreditam no homem tal como ele é e que, por conseguinte, não enterraram a esperança de vencer a violência e a ausência de razão, deveriam, ..., proporcionar a cada pessoa o direito de organizar por si mesma a sua própria vida, na medida em que isso é compatível com direitos iguais dos outros.”¹⁴ Esse é o nosso convite com o presente trabalho.

3. Metodologia

No desenvolvimento deste estudo, nos pautaremos primeiramente numa abordagem sobre como a filosofia de Popper pode fornecer elementos para construção do sentido de justiça. Sobretudo a contribuição para a moderna teoria da argumentação jurídica, como instrumento de conciliação e emancipação social, em que a manifestação da racionalidade no Direito se revele numa hermenêutica jurídica como prática de liberdade e respeito à alteridade.¹⁵ E vamos mais além, dizemos que seu próprio método crítico pode ser aproximado da atitude hermenêutica, no tocante ao reconhecimento do outro enquanto indivíduo potencialmente capaz de apresentar boas razões às próprias idéias.

¹⁴ POPPER. Racionalismo Crítico na política. Brasília: UNB, 1994, P. 9. Apenas a título de esclarecimento, quando Popper diz “o homem tal como ele é” entenda-se o ser humano complexo, inacabado, indeterminado.

¹⁵ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.43.

Num tópico seguinte, procuraremos demonstrar a forma pela qual a sua concepção de ciência influenciou, para além dos círculos teóricos das ciências chamadas naturais, os conceitos e métodos relativos às Ciências Sociais e Humanas. Ainda nesse ponto, Popper parece argumentar em favor da unidade de método no campo das Ciências como um todo, de validade universal. Vale ressaltar que Popper acreditava “que cada definição pode continuar a ser esclarecida por meio de uma teoria de maior universalidade: e não pode haver nenhuma definição que não careça de mais nenhuma explicação, porque nenhuma pode ser uma descrição explicativa de si mesma de uma qualidade intrínseca.”¹⁶

Embora não acreditasse na possibilidade de descrever uma essência última do mundo, não abria mão de explicações que penetrassem cada vez mais no mundo. Não obstante, à luz da hermenêutica, pensamos que essa penetração somente é factível por meio da compreensão, da historicidade, da finitude, da arte, e de quantos instrumentais formos capazes de criar para orientar e limitar tal empresa. Porque para cada teoria proposta, é o seu conteúdo, isto é, a sua demonstrabilidade que decide sobre o seu interesse, assim como é a saída que tem a sua efetiva demonstração que decide sobre o seu futuro.

Esperemos, contudo, que essa forma de atribuição de científicidade a uma teoria, não nos faça retornar ao relativismo, igualmente pernicioso nos dias de hoje. E que nos leve a estabelecer interpretações possíveis relacionadas ao sentido de justiça. Para tal desiderato, a hermenêutica filosófica contemporânea, capitaneada no nosso estudo por Gadamer, tem grande colaboração, uma vez que o conceito de hermenêutica utilizado no presente trabalho “designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual

¹⁶ POPPER. Racionalismo crítico na política. Brasília: editora UNB, 1994, p.16.

perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo”¹⁷.

No segundo capítulo, levantaremos a questão da ciência no direito, a partir da teoria pura do direito de Hans Kelsen, como referencial teórico, em razão da sua pertinência ao tema da presente dissertação, bem como pela sua posição de que há um juízo de valor que um cientista pode pronunciar legitimamente: o juízo de que algo é verdadeiro ou falso. Mas também para demonstrar que a teoria da interpretação kelseneana foi fortemente influenciada pelo positivismo lógico, não sendo, hodiernamente, suficiente para dar conta dos problemas colocados pela moderna teoria da argumentação jurídica.

No programa kelseneano, a ciência do direito seria a ciência das normas jurídicas, porque a existência, e isso significa a validade, de uma norma positiva é condicionada pela existência de fatos. Ao descrever seu objeto como normas, a ciência do Direito refere-se a esses fatos; e a positividade do Direito consiste apenas na relação com eles. Nesse contexto, a teoria de Popper, ao reivindicar uma solução única aos problemas sociais, significa que haveria uma sociedade que seria regida de acordo com normas ideais e que se comportaria de modo linear. Kelsen também comungava dessa opinião, e isso se revela de maneira bastante clara quando traça um quadro de possibilidades de interpretação da norma .

Continuando, veremos como certos problemas sociais concretos resultam de uma deficiência estrutural e não podem ser compreendidos por meios fragmentários, bem como o positivismo jurídico por si só é incapaz de alcançar o sentido de justiça. E por esse fato a hermenêutica

¹⁷ GADAMER. Verdade e Método. Vol.I. Petrópolis: vozes, 2002, p.16.

filosófica tem papel fundamental no raciocínio jurídico e na aplicação do direito.

Isso se torna mais complexo quando “embora se possa dizer que um desenvolvimento racional da metodologia depende de um objetivo pressuposto, ou desejado, do empirismo, ele não depende certamente de uma hipótese metafísica, e muito provavelmente falsa, de que a verdadeira teoria estrutural do mundo (se é que existe) se possa exprimir em linguagem humana.”¹⁸ Noutros termos, a linguagem seria suficiente para tratar da facticidade? No caso da teoria kelseneana, as normas seriam suficientes para dizer o sentido de justiça?

Culminando nossos esforços, chegaremos ao ponto de formular a seguinte indagação: no intercâmbio da ciência com a sociedade, à luz do racionalismo crítico, é possível estabelecer o sentido de justiça como uma categoria do raciocínio jurídico? E pode a hermenêutica alcançar tal sentido no contexto da conciliação? A autocompreensão é o caminho seguro para isso?

Nesse item, examinaremos a própria fecundidade e estabilidade da teoria de Popper, testando a eficácia do seu método, no que diz respeito ao Direito. Porquanto, “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.”¹⁹

Nesses termos, percebemos que o característico da ciência é a postura crítica, onde a “falsificabilidade” é uma consequência do método crítico da procura do erro. Procuraremos demonstrar se esse procedimento é suficiente para compreender o sentido de justiça no Direito. E mais, se

¹⁸ POPPER. Racionalismo crítico na política. Brasília: UNB, 1994, p.23.

¹⁹ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p.172.

ele pode colaborar na reconstrução da teoria do direito com esteio na conciliação social. E a conciliação, por sua vez, tem a sua garantia na capacidade para o diálogo entre os seres humanos, os atores sociais.

Para este desiderato, utilizaremos a pesquisa bibliográfica, com especial atenção para as obras “A lógica da pesquisa científica”, “A sociedade aberta e seus inimigos”, “Autobiografia Intelectual” e “A miséria do historicismo”, todas de autoria de Popper, anotando-lhes os prós e os contras. Outrossim, utilizaremos, quando necessário for, textos complementares de outros autores, como por exemplo Hans Kelsen que já foi citado neste projeto, e Gadamer, especificamente “Verdade e Método”, no que diz respeito à hermenêutica jurídica. Bem como Habermas, notadamente em sua obra ‘Direito e democracia: entre facticidade e validade’, por ser referencial teórico indispensável à pesquisa de filosofia que ora realizamos, e por seu impacto no mundo das idéias epistemológicas e jurídicas. Ou seja, o objetivo principal é mostrar como a epistemologia popperiana e a hermenêutica filosófica de Gadamer podem conjugar o sentido de justiça com a operacionalidade jurídica, levando à conciliação social. E a Filosofia é a ambiência própria para tal estudo.

Cabe, ainda, ressaltar que todo o nosso esforço foi impulsionado pelo pensamento criativo ou inventivo, o qual exige uma combinação de elementos: interesse profundo por um problema com pensamento altamente crítico; aptidão para considerar até mesmo aqueles pressupostos que determinam os limites dentro dos quais as alternativas devem ser escolhidas; e liberdade de imaginação.²⁰

²⁰ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.54.

Capítulo 1º. A filosofia de Popper: elementos para a construção do sentido de justiça.

Ao tentar promover a ruptura com a tradição subjetivista, o pensador Karl R. Popper promoveu a abertura de novas perspectivas no âmbito da discussão epistemológica na segunda metade do século XX. E uma dessas perspectivas é possibilitar, a partir da idéia do racionalismo crítico e da discussão sensata, que a teoria da argumentação e a hermenêutica ingressem no campo de estudos da epistemologia contemporânea.

No despontar do século XX pode-se falar em duas grandes orientações gerais nos estudos epistemológicos, a saber: a teoria ou tendência analítica, a partir dos anos 20; e a nova filosofia da ciência, ou tendência histórica, a partir do final dos anos 50. A primeira se localiza num vetor teórico que remonta a Hume, passando pelo positivismo de Comte e pelo formalismo de Russel e Wittgenstein, recebendo uma certa unidade no chamado Círculo de Viena, o qual propunha uma epistemologia que buscasse uma exigência de rigor metodológico para a investigação científica mediante a análise lógica da linguagem. Já a tendência histórica surge como reação à tendência analítica, e defendia que toda a observação está carregada de teoria.²¹

Em conformidade com as tendências pós-analíticas, científicidade não é mais sinônimo de racionalidade, mas tão-somente uma das vozes da razão. Nesse sentido, será então a ética que vai dar a indicação do caminho a ser seguido, considerando-se racionalidade como pertencente à idéia humana de conciliação social e de sentido de justiça.²² É assim que o paradigma centrado na capacidade de conciliação social dá ênfase ao

²¹SEIDEL. Racionalidade, historicidade e ética. Perspectiva filosófica, Recife, vol. VII, n.13, p.154, janeiro-junho/2000.

sentido de justiça enquanto regulador da argumentação jurídica, que é espécie da argumentação racional. E não falamos de uma razão instrumental ou razão comunicativa, mas de uma razão afetiva.

Podemos dizer que a proposta da epistemologia popperiana está construída sobre três pilares, que são: o princípio da falibilidade, da discussão crítica e no princípio da busca da verdade. Estas idéias pretendem constituir um seguro estatuto ao conhecimento científico moderno e contemporâneo.

Para Popper, há uma realidade objetiva que podemos descobrir e entender por meio de uma discussão racional e aberta. Seu racionalismo se sustenta na idéia de que se deve buscar a refutação, por meios de testes críticos, das teorias aceitas como verdadeiras. E nesse sentido é fecundo o seu posicionamento em relação ao que hoje sustenta a teoria hermenêutica, levando em alta consideração a capacidade para o diálogo.

No buscar de tal realidade, “o melhor que as chamadas leis sociais podem fazer é exatamente o que de melhor podem fazer as chamadas leis naturais, a saber, indicar certas tendências... nem as ciências sociais, nem as naturais, são capazes de prever quais as condições que efetivamente ocorrerão e ajudarão determinada tendência em particular a materializar-se.”²³ E é justamente no reconhecimento de que mais de uma interpretação é possível, e, por conseguinte, mais de uma aplicação do Direito que se estrutura a credibilidade das correntes filosóficas contemporâneas no discurso racional como instância de solução dos conflitos. E, obviamente, os operadores jurídicos têm a pretensão de que quando argumentam, o fazem de forma racional.

²² SEIDEL. Racionalidade, historicidade e ética. Perspectiva filosófica, Recife, vol. VII, n.13, p.155, janeiro-junho/2000.

²³ POPPER. A sociedade aberta e seus inimigos. São Paulo: USP, 1980, p.284.

Também podemos aproximar com Habermas, para o qual “o direito coercitivo não pode obrigar os seus destinatários a aceitar as normas cegamente; deve ser-lhes facultado renunciar ou não, conforme o caso, ao exercício de sua liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito, ou seja, deve-se permitir que abandonem, num caso concreto, o enfoque performativo em relação ao direito, trocando-o pelo enfoque de um ator que calcula as vantagens e que decide arbitrariamente. Normas jurídicas devem poder ser seguidas com discernimento.”²⁴

Considerando a amplitude desse campo de reflexão epistemológica, podemos concluir que a polarização se dá da seguinte maneira: enquanto alguns salientam a unidade epistemológica, outros salientam a especificidade das ciências humanas; enquanto uns se centram no modelo explicativo, outros dispensam maior atenção ao processo de interpretação. Praticamente todos têm em comum a tentativa de conciliar, até onde é possível, as ciências humanas e as ciências naturais.²⁵

No entanto, essas teorias supracitadas não fazem justiça ao fato que está ligado à exigência de correção de julgamentos de valor e de obrigação. Se alguém duvidar de um tal julgamento, sua justificação fica então aberta à discussão. Isso é perceptível sobretudo no tempo presente, no qual a divergência existente entre as posturas filosóficas e ideológicas contemporâneas no que se refere aos preceitos fundamentais do Direito Internacional humanitário é uma das causas profundas do desequilíbrio social. Enquanto não tivermos aderido a um certo número de princípios

²⁴ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol.I. Rio de janeiro: Templo brasileiro, 1997, p.158.

²⁵ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de janeiro: graal, 1989. p.55.

éticos gerais, não se pode alcançar o sentido de justiça, e, por conseguinte, a conciliação social.

E nessas razões de discussão se pode aduzir a favor e contra as disputadas afirmações normativas. A simples menção ao fato de que afirmações normativas estão abertas à discussão ainda não é razão conclusiva para se falar que podem ser aperfeiçoadas pela sua correção ou justificação.²⁶ Percebe-se uma concepção de razão mais abrangente que tenha a capacidade, dentre outras, de fundamentar o direito mediante a superação do cientificismo.

Nesse contexto, a epistemologia popperiana surge com seu racionalismo crítico, elegendo o método hipotético-dedutivo que formulassem leis gerais na tentativa de se buscar a verdade. É tal epistemologia, corrigida e complementada com elementos hermenêuticos, que pode oportunizar o paradigma da conciliação para a teoria do direito contemporânea, enquanto aborda o problema de como as regras do discurso racional podem ser justificadas, num caminho em direção à emancipação por meio da construção do sentido de justiça, através da comunicação e da linguagem. E é esse horizonte epistemológico que analisaremos a seguir.

²⁶ ALEXY. Teoria da Argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p.12.

1.1. Horizonte epistemológico.

No pensamento de Popper está caracterizado o racionalismo crítico definido por ele mesmo como aquela vontade do homem “em compreender o mundo e aprender através da discussão com outros homens. Por discutir com outros homens entendo, mais em especial, criticá-los, solicitar a crítica deles; e tentar aprender com isso”²⁷. Veja-se, nesse ponto específico do pensamento popperiano, quão importante se nos mostra a relação discussão-compreensão-cooperação, que de grande importância se coloca para a problemática da argumentação jurídica como proposta de conciliação. Na concepção hermenêutica, significa dizer que cada um tem pontos de interpretação diferentes, mas igualmente válidos; é preciso assumir o ponto de vista do outro com seriedade.

Tal atitude indagadora e sempre insatisfeita permite o prosseguir na pesquisa e principalmente o avanço do conhecimento humano, cuja natureza, no entender de Popper, é essencialmente provisória. Assim, revela-se um erro o objetivo defendido pelos cientistas clássicos de encontrar o conhecimento último, certo e absoluto. Isso implica sempre uma crítica da prática social quotidiana a que se coaduna o senso comum, numa tentativa de separar conhecimento de ilusão. E isso é particularmente importante quando trabalhamos com o direito, conforme veremos no segundo capítulo.

Essa concepção (de encontrar o conhecimento último, absoluto), segundo Popper, pode levar ao dogmatismo e ao autoritarismo, elementos que costumam estagnar o conhecimento. Este movimento é contínuo, já que não há conhecimento definitivo. De acordo com essa concepção, as

²⁷ POPPER. A sociedade aberta e seus inimigos. São Paulo: USP, 1980.,p.312.

teorias científicas, se não forem refutadas, devem continuar com o caráter de hipótese ou conjecturas.²⁸

Popper aponta condições para a expansão do conhecimento científico: primeiro, o progresso científico consistia num movimento em direção a teorias que nos dizem sempre mais, teorias de conteúdo sempre maior. Entretanto, quanto mais um teoria afirma, tanto mais ela exclui ou proíbe, de modo que crescem as oportunidades para seu falseamento. Assim, a teoria de maior conteúdo é a que admite as provas mais severas. Tais considerações levaram a uma teoria em que o progresso científico demonstrou consistir, não em acumulação de observações, mas em superação de teorias menos satisfatórias, e sua substituição por teorias de maior conteúdo. E devem ser testadas na prática.²⁹ No Direito, o teste empírico são as próprias lides, ou litígios, que pressupõem sempre uma pretensão resistida. Embora acreditemos que nos domínios do Direito a exigência do sucesso empírico não deva se limitar à análise dos casos judiciais, nem às decisões dos juizes, mas também deve levar em consideração a própria compreensão que a sociedade tem do Direito e o seu interesse na construção do sentido de justiça e da conciliação.

Popper nega a busca de leis da natureza como até então eram encaradas pelo velho sistema newtoniano: enunciados gerais sobre observações de uma série de fenômenos singulares, isto é, o chamado método indutivo. Esse sua crítica também é pertinente ao Direito, no exemplo de se querer transformar em regra geral aquilo que se decidiu num caso particular. No entanto, problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam freqüentemente a

²⁸ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, p.86.

²⁹ ibidem. p.87.

capacidade analítica do indivíduo. E tal indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito.³⁰

A indução, baseada num grande número de observações é um mito. E a observação e experimentação repetidas funcionam na ciência como teste de nossas conjecturas e hipóteses, isto é, como tentativas de refutação.³¹ Por esse fato, “as teorias científicas não estão aptas a fornecer uma descrição definitiva da realidade; são meras aproximações da natureza das coisas: os cientistas não lidam com a verdade, mas com descrições limitadas e aproximadas dela.”³²

O método da ciência consiste, então, nas tentativas experimentais para a solução de problemas propostos por meio de conjecturas, que devem ser testadas por críticas sensatas. É um desenvolvimento crítico através do consciente método de ensaio e erro.³³ Embora isso não seja oficialmente assumido, no Direito as normas são testadas diuturnamente para que a sociedade coloque-se favorável ou desfavoravelmente em relação a elas.

A argumentação de Popper coloca a indução num terreno movediço, minando assim as bases de grandes correntes epistemológicas, tal como a explicação biológica do evolucionismo, bem como o positivismo jurídico. Pode comprometer também “o chamado cartesianismo epistemológico vindo da Revolução Científica, ponto crucial da lógica e da práxis reorganizadora e reapropriadora nas Ciências

³⁰ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p.151.

³¹ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, P.88.

³² PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2003, p.60.

³³ POPPER. A lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: tempo objetivo, 1978, p.16.

Naturais/Ciências Humanas e, então, da tecnologia e, assim, da produção e economia, até chegar aos estilos de vida e consumo.”³⁴

O método científico popperiano, de conjecturas e refutações, é chamado de hipotético-dedutivo. A ciência deve sempre buscar hipóteses e testá-las com o objetivo de tentar refutá-las, substituindo uma teoria por outra que responda mais satisfatoriamente sobre o problema proposto. Percebe-se, então, a necessidade discursiva que implica a possibilidade discursiva. Ou seja, a ciência só existe na discussão racional, e sua finalidade deve ser constituir espontaneamente a harmonia do indivíduo e a comunhão espiritual entre toda a humanidade, a organizar a sociedade na direção da conciliação.

Popper é contrário às teorias subjetivistas do conhecimento, porque se apoiam na condição de estado mental, ou em convicções na forma de crença. Irá criticar as teorias subjetivistas da verdade, como a teoria da coerência, a qual confunde consistência com veracidade; a teoria instrumentalista, que confunde utilidade com verdade; e a teoria da evidência, que confunde o que se sabe ser a verdade com o que é verdade.³⁵

Popper rejeita qualquer forma de idealismo, seja do tipo platônico, de que tudo não passa de uma ilusão dos sentidos, a realidade sempre oculta ao ser humano; seja na forma de empirismo puro, como o de Locke, que reduz o conhecimento às próprias experiências dos sentidos. E delega para o âmbito da intersubjetividade a instância capaz de emitir um juízo racional, utilizando os argumentos apresentados por todos os interessados

³⁴ PELIZZOLI. Educação : resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. Revista Educação PUCRS, Porto Alegre, ano XXV, n.46, p.175, março/2002.

³⁵ POPPER. Conjecturas e refutações. Brasília: UNB, 1994, P.250.

e aptos ao diálogo. Fato esse que não foi contemplado pela epistemologia moderna, a qual não questionou a dicotomia ciência *versus* sabedoria.³⁶

Afirma Popper que o conhecimento objetivo não precisa de um sujeito conhecedor, pois ele é autônomo. Isso vem esboçado na sua idéia dos “três mundos do conhecimento”: o primeiro, o mundo dos estados materiais; depois, o mundo dos estados mentais, de fato um mundo subjetivo; e o terceiro mundo, o de conteúdos objetivos de pensamento.³⁷ Entretanto, pensamos que os mundos não possuem uma independência absoluta, mas caminham numa relação de interdependência, ou melhor, de complementaridade, pois têm pontos de contato inelimináveis. E esse ponto será de fundamental importância quando trabalharmos a questão da hermenêutica e do direito.

Popper aponta dois grandes equívocos do pensamento subjetivo: a) a crença de que é possível alcançar o conhecimento absolutamente certo; b) a suposição de que todo conhecimento depende de um sujeito conhecedor. O ponto decisivo, no que concerne ao caráter hipotético de todas as teorias, parecia uma consequência razoavelmente trivial da revolução einsteniana, a qual mostrara que nem mesmo a teoria mais satisfatoriamente submetida a prova, como a de Newton, de ser encarada como algo situado acima do nível das hipóteses, como uma aproximação da verdade.³⁸

Ele tentou afastar o conhecimento científico da dependência irrestrita dos fenômenos psicológicos. O critério de Popper é impessoal na medida em que não depende do estado mental, crença ou disposição

³⁶ PELIZZOLI. Educação : resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. Revista Educação PUCRS, Porto Alegre, ano XXV, n.46, p.176, março/2002.

³⁷ POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, p.191.

³⁸ Ibidem. p.89.

cultural de uma pessoa, embora termos que dizer que sempre estejam presentes os preconceitos, os pré-juízos do intérprete.

Para Popper, absoluta imparcialidade científica é algo impossível. Por isso, trabalha com o conceito de intersubjetividade: não é um único cientista que vai estruturar uma objetividade, mas é a partilha do conhecimento pela comunidade científica, em meio à livre crítica, que se vai conquistando o caráter objetivo da pesquisa científica.

Assim, mesmo que não tivesse a intenção, Popper nos dá motivo para afirmar a necessidade da hermenêutica como atitude filosófica de superação do individualismo num caminho, mesmo que ainda não muito claro, de compartilhar das limitações individuais dos cientistas, para o surgimento de uma comunidade (no sentido de intenções comungadas) de conciliação das teses aparentemente conflitantes na filosofia das ciências.

Com isso, muda-se a perspectiva da própria função social da ciência: não mais um competir, mas um cooperar. Não mais um conhecer para dominar, mas um conhecer para conciliar. Ou seja, um conhecimento emancipatório e solidário, no qual a conciliação seja um tópico argumentativo presente no discurso jurídico. A justificação das normas, portanto, não é possível de uma vez por todas, mas para todos através de um discurso racional contínuo. Esta construção não estaria a nos mostrar que a conciliação social, enquanto sentido de justiça, “como aquela que aponta para o respeito a todas as formas de vida, dialogal-integradora, não é apenas uma interface, mas o fundamento e sentido primeiro?”³⁹

Mais do que histórico ou científico, trata-se de um processo de maturação da sabedoria humana, na qual “é preciso acima de tudo parar

³⁹ PELIZZOLI. Educação : resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. Educação, Porto Alegre, ano XXV, n.46, p.178, março/2002.

não só para refletir, mas para ouvir, sentir, inserir-se na Natureza, no tempo, na vida das pessoas e nas experiências mais humanas e éticas da nossa vida diária.”⁴⁰ Assim também com relação ao Direito, mesmo que ele (o direito) consiga um estatuto de racionalidade, apoiando-se apenas em seus aspectos internos, não poderá fugir da armadilha em que se encontra: instrumento de dominação legal. É preciso que se supere tal idéia, substituindo-a por uma idéia de conciliação.

Para isso, agiremos como um filósofo do direito “que procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei.”⁴¹ Ou seja, a hermenêutica dá sentido ao direito positivado.

Por outro lado, “a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade.”⁴² E a hermenêutica filosófica colabora com a teoria do direito e da argumentação jurídica por garantir uma troca discursiva, por meio da qual são resgatadas pretensões de validade criticáveis. A hermenêutica implica, assim, “uma abordagem que sabe que a penetração direta do real, do objeto, é sempre permeada de interpretações por parte do sujeito; e sabe que é necessário fazer vários rodeios, desvios e resgates de elementos que aparentemente não teriam importância ou mesmo que passam ocultos, pois o objeto envolve uma rede viva e não dita.”⁴³

⁴⁰ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2002, .p.81.

⁴¹ GADAMER. Verdade e método. V.I. Petrópolis: vozes, 2002. p.483.

⁴² HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p.60.

⁴³ PELIZZOLI. Educação : resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. Educação, Porto Alegre, ano XXV, n.46, p.179, março/2002.

1.2. Argumento sobre o método: a compreensão como interseção entre as ciências naturais e as ciências humanas.

Uma das grandes questões que se apresentou desde o final do século XIX, no campo epistemológico, consistiu em definir a posição das chamadas ciências humanas e sociais frente às ciências denominadas da natureza. Assim, a própria Física serviu de parâmetro para as outras disciplinas quanto aos procedimentos metódicos na atividade científica. Isso ocorreu junto à prevalência da filosofia positiva das ciências naturais, para designar o real em oposição ao quimérico; o útil em oposição ao inútil; a certeza em oposição à indecisão, o que é preciso ao que é vago.

O moderno positivismo passa então a concentrar-se no estudo da linguagem e dos significados e, através de teses tidas como reducionistas, procura circunscrever a sua análise aos conceitos típicos das ciências factuais, uma vez que só estes seriam susceptíveis de observação e verificação empíricas.⁴⁴

O problema estava em saber se os métodos exercidos pela Física eram ou não aplicáveis nos arraiais das ciências humanas e sociais. Nesse sentido, Popper criticou pesadamente a prática dos historicistas em busca de leis que regessem as transformações sociais como um todo, distinguindo entre os que defendem a aplicação dos métodos da Física às ciências humanas (escolas naturalísticas) e os que se opõem à utilização de tais métodos (escolas anti-naturalísticas).⁴⁵

⁴⁴ REGO. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. *Perspectiva Filosófica*, Recife, vol. 4 e 5, p.142, janeiro-junho e julho-dezembro/1994.

⁴⁵ POPPER. A miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p.57.

As principais dificuldades colocadas pelos antinaturalistas versam em termos de questões como generalização, experimentação, complexidade, inexatidão das previsões e valoração/objetividade. No que se refere à generalização, parte-se do princípio de que enquanto as ciências físicas tratam do que é geral, as ciências sociais tratam do que é único e particular. As leis da natureza seriam válidas em situações diferentes, em tempo e lugar, enquanto no caso da Sociologia ou do Direito, seria impossível descobrir as regularidades da vida social, devido à relatividade da situação.

Aceitamos isso até certo ponto, e podemos identificar um elemento aparentemente universal na abordagem das ciências humanas: o próprio ser humano concebido como objeto positivado, posto, dado. E para superar tal concepção, deve a abordagem hermenêutica tentar descobrir a autoconsciência específica que cada sociedade desenvolve em relação a suas convicções morais e jurídicas, a partir do sentido de justiça.⁴⁶

Dessa forma o estudo do Direito é complementado pelo estudo da Sociologia, da Antropologia, da História, que enquanto visões de mundo sobre o ser humano podem estabelecer regularidades da vida social, e por corolário da vida jurídica. Por exemplo, um elemento do direito que esteve, está e provavelmente estará presente em qualquer forma de organização social: um sujeito que diga tal direito, um sujeito que aplique a lei. O que se torna um óbice ao Direito é “o vazio e relativismo ético reinantes na desordem do atual modelo de Poder, e que exige compor novas formas de imputar o dever e os princípios orientadores que assegurem a humanidade.”⁴⁷

⁴⁶ FLICKINGER. A legalidade da moral. Veritas, Porto Alegre, vol.40, nº157, p.15, março/1995.

⁴⁷ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2002, p.96.

Popper, por outro lado, entende que os obstáculos às ciências sociais na compreensão da realidade se manifestam de maneira semelhante ao da ciência física. É justamente a má interpretação das possibilidades e dos métodos da Física que levam a colocações equivocadas. Não há certeza, também, na validade universal de suas leis.⁴⁸ Eis uma abertura à abordagem hermenêutica, que dá uma nova definição de ciência às ciências humanas, considerando ciência não apenas ‘uma forma sistemática de abordagem da realidade que visa obter conhecimentos dotados de um suficiente grau de rigor e verificados pelos fatos com um uso do método adequado’.⁴⁹

No tocante à experimentação, a idéia é de que as ciências sociais e humanas não podem utilizar o método experimental da Física, porque não trabalham com o controle, isolamento e reprodução das condições similares que desejam estudar.

Consoante Popper, não há obstáculos para a utilização da experimentação em si no caso das ciências humanas. “Serão os experimentos que nos levarão a descobrir a transformação ocorrida nas condições sociais; os experimentos é que nos ensinarão que as condições sociais variam com os períodos históricos, assim como os experimentos ensinaram o físico que a temperatura da ebulação da água pode variar com a posição geográfica.”⁵⁰

No caso do Direito, os experimentos, se podemos assim chamar, serão os discursos que fundamentam os casos concretos. No entanto, os discursos não podem ser controlados, há sempre um quê de imprevisível, de fuga, de não controlável. Então, não se trataria mais da questão de se as leis são justas ou injustas. Todo sistema jurídico contém espaços que

⁴⁸ POPPER. A Miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p.73.

⁴⁹ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.59.

⁵⁰ POPPER. Op.cit. p.76.

podem ser preenchidos com discursos jurídicos, com o fito de redimensionar a função normativa da lei, tendo como diretriz o sentido de justiça e a conciliação social, de modo dialético.

A vida social e seu tratamento científico encontrariam resistência na questão da complexidade para a utilização dos métodos da física. No entender de Popper, “o fato de a sociologia colocar-se no último degrau dessa hierarquia de ciências patenteia claramente a extrema complexidade dos fatores presentes na vida social.”⁵¹ Complexos, mas não inabordáveis, uma vez que na seara jurídica, todo litígio reclama uma decisão, ou seja, uma palavra final, ainda que valha apenas para aquele caso específico. Essa é uma grande diferença entre o Direito e as outras ciências humanas. Outra diferença é o grau de penetração (interferência) que o Direito alcança nas relações sociais.

O problema da inexatidão das previsões é outro fruto de mal-entendido em relação ao uso dos métodos da física nas ciências sociais, por se considerar que a ciência é capaz de prever o suceder de fenômenos conhecidos. Na sua crítica ao historicismo, Popper afirma que a “crença historicista de profecia histórica é impossível. Através de recursos e métodos racionais ou científicos não se pode antecipar os resultados de fatos futuros.”⁵²

Da mesma forma que nas ciências ditas da natureza, onde o que se pode inferir são afirmações de tendências ou hipóteses, nas ciências humanas pode-se chamar de previsão apenas hipóteses provisórias. Para este novo positivismo, só se tornam objeto de interesse e investigação

⁵¹ POPPER. A miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 13.

⁵² Ibidem. p. 20.

aqueles problemas que a ciência e a técnica podem epistemológica e praticamente formular e resolver.⁵³

No caso da objetividade e valoração, como podem as ciências sociais desejar uma equiparação com as ciências físicas no sentido objetivo, quando o sujeito e objeto pertencem à mesma categoria interagindo entre si? No dizer de Popper, “defrontamo-nos, em ciências sociais, com ampla e complexa interação entre observador e observado, entre sujeito e objeto.”⁵⁴ Isso também ocorre no Direito, só que de forma mais contundente, porquanto a obrigação de uma decisão final pode comprometer, por algum tempo, a solução dos conflitos futuros. Isso aconteceria porque a jurisprudência tem um papel fundamental na tópica e retórica do discurso jurídico, abrindo o que em Direito chamamos de precedente.

A participação direta do homem no estudo do próprio homem pode encadear efeitos negativos e positivos na pesquisa, tendo em vista a influência cultural, um preconceito ineliminável ou outro agravante pelo lado do cientista. No Direito, o receio de que venha a estar numa situação semelhante a que se posicionou de forma desfavorável pode ser um fator inibitório ao discurso racional e à lógica do razoável, e, por conseguinte, à compreensão do sentido de justiça.

Nesse ponto, Popper vai afirmar que “por ser contrário a isto, eu enfatizei que a objetividade da ciência natural e social não está baseada num estatuto imparcial da mente dos cientistas, mas meramente no fato do caráter público e competitivo da empresa científica, ..., a objetividade está baseada, em suma, num critismo racional mútuo, numa abordagem crítica, numa tradição crítica. Se há mais objetividade nas ciências

⁵³ REGO. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. *Perspectiva Filosófica*, Recife, vol. 4 e 5, p.150, janeiro-junho e julho-dezembro/1994.

⁵⁴ POPPER. A miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 15.

naturais, então é porque existe melhor tradição e padrões mais elevados de clareza e de critério racional.”⁵⁵ Eis aqui a fundamental importância da hermenêutica enquanto instância de discussão para a construção da conciliação social. Por esse fato, talvez exista menos treinamento por parte dos estudiosos e operadores do direito no debate aberto, franco e racional de suas teses.

Nesse sentido, a hermenêutica tem uma clara contribuição a ofertar: a idéia de que a afirmação da própria finitude, e, portanto, do reconhecimento das nossas razões, se dá, ou se legitima, a partir do reconhecimento e da escuta das razões alheias. É isso que fundamenta o Direito, como consequência da nossa “inarredável vocação para a felicidade, para o bem e para a virtude, tanto do ponto de vista da pessoa como do seu transbordamento à coletividade.”⁵⁶

Isso quer dizer que “devemos caminhar em direção a uma solidariedade ou socialidade que não deve necessariamente pressupor a reciprocidade entre iguais ou igualados, por um Sistema homogeneizador mundial por exemplo, onde todas pensariam mais ou menos da mesma forma. Solidariedade que mantém o distinto, que prioriza o Outro em relação ao Mesmo.”⁵⁷

⁵⁵ POPPER. Lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1978, p.40.

⁵⁶ REGO. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. 4 e 5, p.154, janeiro-junho e julho-dezembro/1994.

⁵⁷ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p.117.

1.3. Hermenêutica crítica e ruptura metodológica.

Segundo Popper, não há problemas tão sérios para que seu critério de científicidade não seja utilizado pelas ciências sociais da mesma forma que é coerente para as ciências naturais. Propõe “uma doutrina de unidade de método, ou seja, a doutrina de um só método, sejam elas ciências naturais ou ciências sociais”.⁵⁸ No entanto, a expressão método não é de todo adequada, uma vez que, ao leremos os textos de Popper, entendemos que se trata de uma atitude permanentemente aberta, crítica e criativa diante do conhecimento como um todo.

Outrossim, é equivocada e errônea aquela abordagem metodológica do naturalismo ou científicismo de que “está na hora das ciências sociais aprenderem das ciências naturais o que é método científico”.⁵⁹ Posto que “um sentido para o Universo está em jogo, mesmo que isso não possa ser decidido, ou ainda, “de-finido”, acabado e dominado por alguém ou pela soma de muitos.”⁶⁰

As diferenças mais sensíveis existentes entre a ciência natural e a ciência social em termos de método seriam diferenças de grau e não de espécie. Percebe-se, assim, que Popper procura centralizar na semelhança para tentar garantir não uma dependência ou subordinação entre as ciências, mas que a prática científica tal qual se nos apresenta é similar, quer estejamos nos horizontes do Direito, quer estejamos nos horizontes da Química, quer estejamos nos horizontes da Filosofia. O que de fato investigamos são relações, e o sentido que delas emerge.

⁵⁸ POPPER. A miséria do historicismo. São Paulo: Cultrix, 1980, p.102.

⁵⁹ POPPER. Lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro, 1978, p.17.

⁶⁰ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2003, p.12.

Não obstante, ‘trata-se, pois, de saber se, à semelhança do debate antropológico, caracterizar as ciências sociais a partir das ciências naturais é ou não uma forma de etnocentrismo epistemológico. (...) admitida a possibilidade do etnocentrismo epistemológico, há que preencher teoricamente o espaço que ele cria. É necessário estabelecer os critérios, os limites, as possibilidades da fertilização cruzada entre os dois campos científicos, critérios que permitam distinguir entre o que há de futuro e de passado nesses desenvolvimentos de modo a rentabilizar seletivamente as dinâmicas futurantes.’⁶¹

Analizando mais detidamente o raciocínio supracitado de Boaventura, é possível redefinir a problemática contida na tentativa de unicidade metodológica a partir do paradigma da ciência moderna: o homem ganhou autonomia em relação à natureza, utilizando o conhecimento para dominá-la, arrancando-lhe confissões num claro processo de dominação. O interessante é que tal processo de dominação fora trasladado às ciências humanas e à filosofia, onde o ser humano parece dispensar o diálogo, atrofiando a capacidade de ouvir, tornando-se um objeto entre iguais, quando pode ser um eu entre vários tu, resgatando “os elementos espirituais, estéticos e éticos do conhecimento.”⁶²

Então, não cabe mais discutir se as ciências naturais são epistemologicamente prioritárias em relação às ciências humanas. O que importa é a colocação de um outro paradigma que preexiste, coexiste e subsiste aos possíveis métodos para as ciências, por ser uma atitude filosófica presente desde o surgimento da filosofia: a pergunta. E com a pergunta, constata-se também a compreensão, a capacidade para o diálogo e para a conciliação das diferenças, e não uma tentativa de enfraquecer o

⁶¹ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.64.

⁶² PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2003, p.19.

posicionamento do outro, mas talvez de identificar os pontos em que erramos.

Noutros termos, a hermenêutica filosófica, conforme nos parece, tenta chamar a atenção dos estudiosos para a questão de que o método não é auto-suficiente, ou melhor, o método pode limitar as abordagens do conhecimento. Do contrário, seria como forçar pessoas sem nenhum problema de visão a utilizarem óculos de grau, isto é, ao invés de facilitar-lhes a visão, estariam criando um óbice para que pudessem exercer a faculdade visual plenamente. Assim também raciocinava Popper, porquanto não se considerava positivista e seu princípio da refutação é prova empírica não da verificação da hipótese, ao estilo dos empiristas lógicos, mas de sua aceitação, ainda que parcial ou momentânea. Outrossim, Popper insurgiu-se contra a eliminação da metafísica do processo do conhecimento, reafirmando o papel que esta pode desempenhar na construção das teorias.⁶³ Por esse fato, a hermenêutica é uma profunda reflexão sobre as relações, quer entre os seres humanos, quer entre esses e a natureza, dentro daquilo que acontece quando conhecemos. E ‘a reflexividade amplia-se e aprofunda-se a partir do momento em que a ortodoxia positivista entra em crise. Não se trata de simples coincidência temporal, trata-se de uma relação lógica, ainda que a lógica dessa relação não seja unívoca: a reflexividade é concebida por uns como o sinal mais dramático dessa crise e, por outros, como um dos expedientes indispensáveis para a superar.’⁶⁴

Com isso estamos argumentando que a prática da interpretação, enquanto aplicação da postura hermenêutica, é o que dá condição de validade da própria ciência. Ou seja, a eficácia das teorias científicas está diretamente relacionada com a compreensão hermenêutica que lhes dá

⁶³ BARRETO. Positivismo versus teoria crítica. Perspectiva filosófica, Recife, vol. VIII, n.15, p.147-148, janeiro-junho/2001.

⁶⁴ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.78.

suporte. E uma tal compreensão hermenêutica não chega senão pelo caminho da argumentação, do discurso racional. Principalmente no campo do Direito, no qual a verdade jurídica é construída ou constatada a partir do confronto entre as razões apresentadas.

O que nós queremos sugerir é a utilização da hermenêutica filosófica por parte dos operadores jurídicos. Mas não como uma simples teoria da interpretação com categorias de raciocínio jurídico já estabelecidas (bem comum, fins sociais, igualdade, justiça). E sim como uma nova proposta de teoria do direito, que tome por ponto de partida para a argumentação a possível disposição entre as pessoas para a conciliação, para o respeito, para o amor.⁶⁵

E para isso, adotamos a hermenêutica não apenas como a arte da compreensão e da interpretação correta dos textos e dos discursos, mas sobretudo como estudo das relações intersubjetivas, e, uma vez que a intersubjetividade é discursiva, a argumentação jurídica é o campo privilegiado da construção do sentido de justiça. Embora saibamos que, para alguns teóricos do direito, “não há nada mais improvável do que as realizações de integração do direito moderno virem a se alimentar somente ou, em primeira linha, de um acordo normativo já pronto ou conseguido em fontes de solidariedade.”⁶⁶

Mas a visão de que o Direito pode ter como fundamentação racional, epistemológica e deontológica, a conciliação entre as pessoas é um ponto de partida para uma síntese do fenômeno jurídico com uma interpretação sensata do sentido de justiça, que possui como enteléquia a conciliação social. Pois, na verdade, só a norma jurídica não é capaz de

⁶⁵ Se pudéssemos exprimir em forma de poesia, então diríamos: “o amor não possui nem tampouco é possuído; pois para o amor basta o amor, o amor não deseja senão realizar a si mesmo”. GIBRAN. O profeta. São Paulo: Madras, 2003, p.21-22.

⁶⁶ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p.55.

dar origem a uma decisão bem definida, bem delineada em cada caso, porque as expressões usadas para formulá-las são vagas. Para isso, deve-se ver os pré-conceitos, a questão social. Então entenderemos que, por trás da visão de Kelsen, bem como do positivismo jurídico, há a convicção de que julgamentos de valor e julgamentos de obrigação não têm valor de verdade e não são racionalmente justificáveis e, portanto, não podem ser objeto de investigação científica. Por outro lado, os julgamentos de valor não existem sozinhos, existem em virtude dos fatos que lhes dão sustentabilidade, bem como temporalidade (historicidade). E a tarefa da hermenêutica, nos arraiais do Direito, é se voltar sobre o sentido de justiça, encontrando critérios para construir interpretações que favoreçam a conciliação social.

Assim, “entende-se por que o olhar sobre a coisa mesma é a tarefa primeira, constante e última da hermenêutica, pois a caminhada fenomenológica inicia na coisa projetada (antecipada no projeto de compreensão), continua se processando a partir das medições entre o projeto e a coisa, e termina quando se encontra a verdadeira possibilidade ou as verdadeiras possibilidades de interpretação a partir da convalidação do projeto na coisa. Houve aí um diálogo em que o intérprete põe em discussão seus pré-juízos – os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de conhecê-la -, tendo, desse modo, ampliado seu horizonte de compreensão através da abertura efetivada.”⁶⁷

Observe-se que não se trata de melhorar métodos de interpretação, mas de revelar as condições da compreensão, trazer à tona aquilo que está obscuro. Eis por que, um ponto final, a que chega um diálogo, manifesta o verdadeiro sentido de uma coisa, sem esgotar-lhe outras possibilidades.

⁶⁷ ALMEIDA. Hermenêutica e dialética: hegel na perspectiva de Gadamer. In. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: edipucrs, 2000. P.63.

Desse modo, o ponto final deve ser atribuído ao discurso, mas, em relação à coisa mesma, ele é um ponto médio, isto é, um *medium* ou aproximação possível. A tensão permanente entre a objetividade da coisa, constatada por sua distância histórica, e o seu pertencimento a uma tradição marcam, tanto a inesgotabilidade de possibilidades de manifestação de sentido, quanto a finitude ontológica do intérprete.⁶⁸

Se os argumentos apresentados até agora contra a possibilidade de uma limitação epistemológica ou temática do âmbito do sentido de justiça forem corretos, então se pode dizer que a força de validade das regras jurídicas pode ser confirmada pela via hermenêutica, haja vista que o Direito reconhece na conciliação um elemento necessário à sua realidade discursiva universal. É um movimento também de superação do paradigma cartesiano, posto que na postura hermenêutica o sentido de justiça não é impedido “de ser orientado pela literatura, pelos mitos, pelas religiões, pela sensibilidade e experiências sociais.”⁶⁹

Ademais, a racionalidade do discurso não seria definida apenas pela observação das regras do discurso, pois o cumprimento das regras do discurso não pode sempre garantir que os argumentos são bons. Portanto, é justificável apresentar uma ligação da idéia do discurso com os conceitos como os de verdade, correção e sentido de justiça. Seria a oportunidade de superação da racionalidade técnica e instrumental que teria dominado a sociedade contemporânea, desenvolvendo a racionalidade emancipatória em nome da conciliação social, e, por conseguinte, em nome de uma maior efetivação do Direito.⁷⁰

⁶⁸ ALMEIDA. Hermenêutica e dialética: hegel na perspectiva de Gadamer. In. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: edipucrs, 2000. P.66.

⁶⁹ PELIZZOLI. Educação : resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. Educação, Porto Alegre, ano XXV, n.46, p.189, março/2002.

⁷⁰ Mais uma vez, com Gibran: “e o que é validar as leis, senão curvar-se e traçar suas sombras sobre a terra? Mas vós que caminhais encarando o sol, que imagens esboçadas na terra poderão retê-los?” GIBRAN. O profeta. São Paulo: Madras, 2003, p.57.

Dessa maneira, os retrocessos que estigmatizam a marcha do processo civilizatório não foram suficientemente deletérios para conter o curso do afã humanista nem destruir a crença e os esforços do homem na intransigente defesa da sua dignidade. Muito pelo contrário, eles têm ajudado, ao longo da história, como paradigmas da perversidade que são, a fortalecer a chama que ilumina as cidadelas éticas no seu incansável embate contra o obscurantismo, a intransigência, a intolerância.⁷¹ E um embate também contra a idéia de que a concorrência e a competitividade seriam “não só naturais mas necessárias ao aprimoramento da economia, eficiência e produtividade..., contrariamente à visão ecossistêmica e da interdependência dos seres, num modo mais complexo e profundo de entender os sistemas do planeta”⁷²

Então, o vértice da indagação filosófica poderia ser colocado da seguinte maneira: “a prioridade seria antes conhecer o universo, classificá-lo, transformá-lo e dispor dele como o fez a ciência e o pensamento vindo dos gregos e a ciência e a Revolução Científica até os nossos dias, ou o sentido primeiro seria o ético, no modo mais profundo da palavra? Ou seja, o sentido primeiro não estaria em lidar com as questões humanas mais caras, tais como as questões do Outro, do fazer valer a vida antes de tudo, de fazer valer o diálogo, a diferença e por conseguinte o acolhimento do excluído?”⁷³ Noutros termos, não seria construir o sentido de justiça? Não seria caminhar em direção à conciliação social?

Nisso reside a riqueza do Direito, que contém ao mesmo tempo filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a

⁷¹ REGO. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. 4 e 5, p.161-162, janeiro-junho e julho-dezembro/1994.

⁷² PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: vozes, 2003, p.24.

⁷³ ibidem. p.110.

aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebeldia, como consequência da sua prática hermenêutica.

E como tarefa dessa prática hermenêutica, bem como da epistemologia jurídica, devemos invocar a possibilidade de proporcionar uma reflexão sobre o papel da teoria da argumentação jurídica como uma alternativa à conciliação social. E isso seria factível, consoante a teoria popperiana, após termos construído o sentido de justiça a partir de critérios aceitáveis de demarcação. Tais critérios de demarcação devem ser encarados como proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção.

Acreditamos que uma discussão razoável é sempre possível quando os interlocutores se interessam pela verdade e estão dispostos a dar atenção ao que dizem as várias pessoas que se manifestam. Para tanto, não podemos abdicar da esperança em idéias que têm o seu lastro na possibilidade de conciliação social. Essa conciliação social põe em xeque o Direito Moderno, o qual supõe o necessário aniquilamento de qualquer tentativa de construção de uma razão de conteúdo, rejeitando qualquer possibilidade de justiça material que ameace o primado da justiça formal.

Um tal primado da justiça formal é consequência de uma posição extremada do positivismo jurídico, que confere um alto grau de precisão à lógica do seu método autoreferente, sem levar em conta o fundamento ético. Ao perder suas bases éticas comuns em um ambiente social grandemente diferenciado, no qual as pessoas e os grupos humanos não concordam sobre questões vitais para a vida em comum, as normas jurídicas precisam de uma grande maleabilidade interpretativa. No entanto, as possibilidades de interpretação, aplicação e integração do direito precisam ser balizadas por pré-juízos marcados pela historicidade e

finitude, mas que almejam a universalidade: o sentido de justiça e a conciliação social. Entendemos que tais pré-juízos se coadunam com a complexidade que caracteriza a sociedade contemporânea.

Numa ruptura epistemológica a caminho de uma hermenêutica crítica, Popper percebeu que não existe nada a que se possa chamar observação destituída de preconceitos. Qualquer observação é uma atividade com um objetivo (encontrar ou verificar alguma regularidade que foi pelo menos vagamente vislumbrada); trata-se de uma atividade norteada pelos problemas e pelo contexto das expectativas (o horizonte das expectativas). Não há experiência passiva, não há recebimento passivo de idéias previamente concatenadas. A experiência é resultado de uma exploração ativa executada pelo organismo, da busca de regularidades ou fatores invariantes. Não existe outra forma de percepção que não seja no contexto de interesses e expectativas, e, portanto, de regularidades e leis.⁷⁴

Resta-nos evidente que as obras de Popper pretendiam ser uma defesa da liberdade contra idéias totalitárias e autoritárias (idéias de dominação). Por outro lado, parece não poder existir sociedade humana sem conflito. Mas devemos, decerto, conseguir uma redução dos conflitos.

⁷⁴POPPER. Autobiografia intelectual. São Paulo: Cultrix, 1977, p.59.

Capítulo 2º. Ciência e Hermenêutica no Direito Moderno.

Foi apenas a partir do final do século XVIII e início do século XIX, que alguns teóricos do direito passaram a reivindicar a construção de uma filosofia autenticamente jurídica, isto é, uma reflexão elaborada por juristas com inquietações filosóficas específicas e direcionada aos problemas evocados pela experiência jurídica concreta. Isso ocorre a partir do momento em que o ser humano prescinde do elemento divino e forja a sua própria criatura: a ciência moderna. Nesta perspectiva, “se pensa também o papel legitimador do viés trazido pelo cartesianismo antropocêntrico enquanto desencantador e desconstituidor do mundo natural e seus fatores estéticos e as formas de sensibilidade, abrindo o caminho da razão instrumental.”⁷⁵

E foi por essa razão que despontou entre os juristas a ambição de superação da própria abordagem filosófica do direito, por meio da constituição de uma teoria científica do jurídico, que tinha por traço característico o formalismo, ou seja, a idéia de que o direito positivo em vigor constitui um objeto independente, passível de ser descrito e conhecido por uma ciência jurídica, sem referência alguma a elementos alheios ao direito ou a um ideal de justiça qualquer. Forma-se, então, “um grande corpo filosófico e de filosofia do direito que, até hoje, no mundo capitalista, é o esteio vulgar do pensamento, dos valores, do direito e da ação social.”⁷⁶ E esse tal corpo filosófico, no limiar da Modernidade, privilegiou a concepção formalista do direito. Quanto a esse formalismo, “que foi efetivamente buscado sobretudo no século XIX, a experiência

⁷⁵ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, P.38.

⁷⁶ MASCARO. Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002, p.19.

histórica demonstrou a grande dificuldade dessa pretensão. Ela conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico.”⁷⁷

Conforme tal formalismo, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, nos fornece a justificativa mais completa e sistemática deste projeto de uma constituição autônoma do jurídico, que por certo recebeu os reflexos do positivismo lógico e da filosofia da linguagem, os quais despontavam como doutrinas dominantes no início do século XX. Tal conjunto de doutrinas remonta ao início da filosofia moderna, inaugurada com Descartes, e corresponde à chamada teoria tradicional. Seria preciso superá-la, missão que caberia à hermenêutica filosófica, entre outras.

Na verdade, das entrelinhas do pensamento kelseneano emerge a nítida recusa da própria validade do método filosófico como modelo explicativo do direito. E tal modelo pode nos fornecer subsídios para uma relação entre ordem, hermenêutica e sentido de justiça. “Temos então de tomar como algo necessário esta tensão entre o ser da ordem, que afinal depende do pensar específico que o confirma, e o pensar latentemente compreendedor, que pressupõe a ordem mas que a torna inteligível a partir de uma constatação que a explicita.”⁷⁸ O que confirma a interdependência e a complementaridade entre ciência social, hermenêutica, argumentação e direito.

E justamente no tempo presente, no qual se questiona modelos, métodos, teorias, é por demais oportuno o contributo da hermenêutica com uma nova visão de mundo, em que o conceito de ciência permita ao direito alcançar o sentido da justiça. Ou seja, que a nova ciência do direito seja construída a partir da descoberta do sentido da justiça, o qual parece

⁷⁷ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, P.148.

⁷⁸ SALDANHA. Ordem e hermenêutica. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. P. 6.

conduzir os seres humanos, por meio dos diversos momentos históricos, à uma possível conciliação.

Um tal sentido da justiça deveria possuir a função de ordenar, coordenar e até mesmo reordenar as diretrizes humanas, o que parece igualmente válido considerar nos grupos humanos primitivos que o sentido de justiça existiu como experiência fundamental: existiu como o necessário arranjo das coisas, onde o instinto já se completava com o hábito, mas sem certas complexidades, nem questionamentos.⁷⁹

Assim, a função precípua da hermenêutica seria a de possibilitar o diálogo entre os atores sociais, para que percebessem a finalidade de toda argumentação: voltar ao sentido de justiça, isto é, à conciliação social. E isso ocorreria porque não poderia ser de outra forma, dado que aquilo que aqui chamamos de sentido da justiça, seria o impulso irresistível para a concórdia, sendo apenas uma questão de tempo até que se desse a sua compreensão pelo ser humano. Dessa maneira, “situam-se as possibilidades humanas para que, mesmo a partir de minorias, conscientes, se implemente gradativamente uma nova configuração, com o novo paradigma.”⁸⁰ E esse novo paradigma, no campo do direito, deverá suplantar o paradigma ainda prevalecente que coloca o jurista na condição de convededor tendo em vista apenas as condições de aplicabilidade da norma.

Com essa proposta, estamos tentando recolocar o papel da retórica e da argumentação, que “se interrompeu com Descartes e a influência determinante que ela exerceu nos últimos três séculos. O domínio da argumentação é o razoável, o plausível, o provável, e não o certo ou o falso”.⁸¹

⁷⁹ SALDANHA. Ordem e hermenêutica. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, P. 7.

⁸⁰ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p.54.

⁸¹ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.98.

Aproveitamos também para asseverar “que é sempre possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.”⁸² Pergunta-se, no entanto, como seria possível garantir a coincidência dos interesses particulares das pessoas com seu dever de respeitar a liberdade dos demais? Será possível encontrar um mecanismo capaz de conciliar estes dois lados?⁸³

Já podemos então delinear possíveis funções da hermenêutica na construção desse modelo de ciência embasado no sentido da justiça: a) criar o ambiente adequado para a argumentação jurídica; b) convocar os estudiosos do direito a uma postura de não-litigância; c) mostrar que o modelo científico moderno metodologizante, mesmo o popperiano, não é suficiente para compreender o sentido da justiça; d) motivar os operadores jurídicos a descobrirem que todos os aparentes embates levam à conciliação, porquanto a linguagem moral que está por trás do discurso jurídico ordena, coordena e reordena a argumentação ao sentido da justiça.

Nesse raciocínio, “a revalorização do conceito de sentido de justiça, que aparece em algumas passagens, se prende a uma visão objetiva da realidade social, ligada à convicção de que sem aquele conceito não se tem o entendimento da vida dos homens desde as mais antigas cidades. Essa visão, entretanto, não impede de nossa parte uma coerente recusa do dogmatismo e do absolutismo.”⁸⁴ Assim, entendemos que o conceito de

⁸² GADAMER. Verdade e método. Vol. I. petrópolis: vozes, 2002, p. 490.

⁸³ FLICKINGER. legalidade da moral. Veritas, Porto Alegre, vol.40, nº157, p.18, março/1995.

⁸⁴ SALDANHA. Ordem e hermenêutica. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, P.13.

justiça, verdade e conciliação se aproximam. Em consequência disso, pode-se já constatar a necessária dependência da definição da moralidade do contexto jurídico-legal.

Outrossim, representa-se uma dialética, de certo modo, na própria conexão entre a ordem social, que se interpreta, e a hermenêutica, que revela a facticidade ao entendê-la como algo aplicável: elas se contradizem, são o dado e o não-dado, o assente e a crítica. A contradição se resolve dentro do fato de que a hermenêutica retorna à facticidade, e esta provoca outros tantos momentos hermenêuticos.⁸⁵

No caso do Direito, ganha força a figura dos fundamentos, os princípios, base da hermenêutica, adquirem vigência para validar os valores. E no curso do sentido da justiça, “a história faz-se do que permanece e do que muda. Uma forma de ordem sucede a outra, mas organizar-se e ordenar relações sempre foi próprio do homem; e cada alteração que se tenta, ou que ocorre, implica alegações e debates que são formas de interpretação.”⁸⁶

E a hermenêutica jurídica pode evocar a responsabilidade de tentar ao menos perguntar melhor, orientando a universalização do discurso moral por meio da norma jurídica, mesmo com a ousadia de pretender universalizar o sentido de justiça. Percebe-se, no entanto, que não estamos utilizando a teoria da argumentação para classificar argumentos e demonstrar as ligações entre eles. Mais que isso, queremos que o sentido de justiça possa impulsionar a autonomia do homem e propiciar a sua mais profunda liberdade.⁸⁷

⁸⁵ SALDANHA. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, P.16.

⁸⁶ *ibidem*. P.20.

⁸⁷ BARRETO. *Positivismo versus teoria crítica. Perspectiva filosófica*, Recife, vol. VIII, n.15, p.162, janeiro-junho/2001.

Por outro lado, também não estamos procurando determinar as relações entre retórica e ciência. O que tentamos delimitar é a construção de uma teoria do direito a partir das contribuições da teoria da argumentação, da epistemologia popperiana e da hermenêutica filosófica, e que tenha como finalidade a conciliação nas relações sociais, ou seja, uma maior e mais segura aproximação do sentido de justiça.

Outrossim, é igualmente interessante notar que a hermenêutica e a teoria da argumentação desvendaram a existência de “um conjunto de verdades incontroversas que funcionam como verdade, ou seja, como moldura vazia que torna possível a sucessão das imagens verdadeiras produzidas pelo animatógrafo da ciência. Essas verdades-molduras correspondem no plano científico (enquanto premissas da argumentação) ao paradigma ou matriz disciplinar de Kuhn. Essas verdades-molduras são teorias, conceitos e fatos.”⁸⁸

E no Direito, um desses paradigmas é o sentido de justiça. Percebemos assim, dentro da historicidade e finitude humanas, toda sociedade que almeja perdurar no tempo, com uma certa coesão, tem que criar e fixar uma opinião acerca do que considera como *justum*. Ou seja, o sentido de justiça é o elemento unificador da sociedade. Eis o porquê de levar-nos à conciliação social. E para manter-se como elemento unificador, é preciso apresentar uma teoria que responda concretamente à pergunta acerca do que é, em última instância, o sentido de justiça. Essa é sua função social, mostrando-se ao mesmo tempo disciplinadora e libertária.⁸⁹

⁸⁸ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.101.

⁸⁹ VIEHWEG. Tópica y filosofía del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997, p.16-17.

2.1. A hermenêutica e a aplicação do direito.

Como consequência da busca do sentido de justiça, não é “acaso para todos uma tarefa do pensamento o fazer-se claro que a solidariedade é o pressuposto básico, sobre o qual a gente pode desenvolver, ainda que só lentamente, convicções comuns?”⁹⁰ Isto é, a conciliação é o pressuposto para a argumentação jurídica, bem como para o Direito.

Então, “sem levar a falar os conceitos, sem uma língua comum, não podemos encontrar palavras que alcancem o outro”⁹¹, e estaríamos negando a possibilidade de realização do direito, o qual se manifesta através da linguagem. Dessa forma, a conciliação social, por meio da argumentação jurídica, passa a ser o elemento que preocupa toda a teoria do direito.

Precisamos testar as várias maneiras de integração do direito, ou seja, aplicação da norma ao caso concreto a fim de encontrarmos a interpretação que mais se aproxime do sentido de justiça, já que admitimos a presença da busca por esse sentido em todas as fases da história. Contudo, é necessário superar o cientismo jurídico, ou seja, superar o próprio cientismo que se configura como um dos pressupostos do paradigma epistemológico da ciência moderna. Tal cientismo sustenta que os fatos falam por si.⁹² Assim, o direito a aplicar formaria, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desta moldura.

⁹⁰ GADAMER. Da palavra ao conceito. In. Hermenêutica Filosófica. P.23.

⁹¹ ob. Cit. P.25.

⁹² SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.103.

A consequência disso no Direito é o famoso adágio ‘*contra fatos não há argumentos*’. O que somente corrobora o cientificismo da ciência moderna, o qual consiste em que ela objetiva a tradição e elimina metódicamente qualquer influência do presente do intérprete sobre sua compreensão.⁹³ Por isso a construção do sentido de justiça mediante a argumentação jurídica não apenas supera tal cientificismo, como também torna ultrapassada a violência.

Ora, na prática jurídica constata-se que a clareza é de difícil alcance, e o consenso em torno do sentido de um texto jurídico afigura-se mais como uma utopia hermenêutica, haja vista as múltiplas interpretações que uma mesma querela recebe. Mas isso não pode ser motivo bastante para que se descarte a hermenêutica como iluminadora do método, atitude filosófica e facilitadora do processo conciliatório. Pelo contrário, a hermenêutica é fundamental no questionamento do ideal positivista da completude da norma jurídica. Para o positivismo jurídico, completo é “o que está feito, plena e completamente, isto é, o que possui tudo o que lhe convém, tudo o que lhe é próprio. Tudo o que lhe é próprio significa ter a plenitude do que compõe o seu tipo.”⁹⁴ Se tal dificuldade de se buscar o sentido verdadeiro da norma é fruto de um mau procedimento interpretativo e da utilização de premissas que já se encontram superadas, então a hermenêutica tem muito a contribuir na construção do sentido de justiça. E no processo de aplicação e interpretação do direito, enalteceremos o autoconvencimento, porquanto ele se nos apresenta como o ponto de partida para a capacidade de abertura ao outro, ao argumento diferente, e como o início da disposição para a conciliação.

⁹³ GADAMER. Verdade e método. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002, p.494.

⁹⁴ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, P.126.

Dizer que há mutação não é simplesmente dizer que as leis, decretos, regulamentos, etc. são alterados, mas que o sentido jurídico, já que não é algo pré-dado no texto-em-si, constrói-se por meio de uma dialética intensa de argumentos destacados de uma fonte primeira de discussão: a legislação positivada.⁹⁵ Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma se torne direito positivo no ato de aplicação. Nessa perspectiva, não menos importante é a colocação de um novo *topoi* na teoria da argumentação jurídica: a conciliação social.

Entretanto, o Direito não pode abrir-se em leques de sentidos infinitos, caso contrário essas vastas amplitudes comprometem sua finalidade primordial, causando-se insegurança jurídica e inaplicabilidade das normas jurídicas, cunhadas que foram para a resolução de conflitos suscitados no mundo fático, na esfera do ser.⁹⁶ A Hermenêutica teria por objetivo, entre outros, investigar e coordenar os princípios que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido de justiça e da restauração do conceito de direito, um modo de entender a necessidade de fundar a norma sobre facticidade que lhe confere compreensão. A relação entre dogma e liberdade mostra o caráter deontológico e normativo da interpretação, que podem favorecer a conciliação social. No momento da decisão, os critérios interpretativos são apenas diretores para a ação, esses critérios são conjuntamente importantes para oferecer resposta a uma ou a outra possível hipótese de sentido por uma mensagem normativa.

⁹⁵ GADAMER. Verdade e método. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002, p 26.

⁹⁶ BITTAR. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001, p.479.

No início do século XIX, as teorias jurídicas de tendência positivista pressupuseram que podia haver uma certeza na relação entre alternativa e consequência, na medida em que o Direito aparecia como um sistema fechado de normas. Na verdade, o pressuposto básico desse modelo faz dele um modelo normativo que se aproxima do ideal socrático da ação racional, segundo o qual há um critério para se dizer como convém que as pessoas ajam.⁹⁷

A resolução de conflitos e a busca de coerência significativa são *topoi* marcantes, assim como determinantes, na constituição de um estudo hermenêutico. Ou seja, no âmbito do Direito, a hermenêutica teria a função precípua de revelar o sentido de justiça, uma vez que o mesmo se coloca como condição necessária à própria existência do ordenamento jurídico. Obviamente, na construção de tal sentido, levamos também em consideração a emoção, o sentimento e a vontade como fatores endógenos que podem determinar o sentido de justiça para certo sujeito da interpretação.

Verifica-se, pois, que a interpretação é construtiva do direito. Não cabe ao legislador, mas ao sujeito-da-interpretação, ou ao usuário da linguagem jurídica de modo geral, atribuir sentidos a textos normativos.⁹⁸ Isso nos conduz a um nível metacrítico em que a norma é questionada no seu sentido metanormativo, isto é, para além da sua vigência, na sua eficácia e no seu fundamento axiológico.⁹⁹

É nesse sentido que se pode dizer que a completude do sistema jurídico é um mito. O sistema jurídico, em si e por si, não pode ser completo; pode, sim, apresentar soluções para necessidades aplicativas,

⁹⁷ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, P.94.

⁹⁸ BITTAR. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001, p. 480.

⁹⁹ FERRAZ JR. Op.cit.p.102.

para hipóteses de lacunas, mas nada disso se faz sem que o sujeito-da-interpretação atue construindo o sentido de justiça, preenchendo uma lacuna.¹⁰⁰

A racionalidade persuasiva pressupõe, pois, a fundamentação e o embasamento aceitável das escolhas de uma perspectiva interpretativa, o que desloca o ato interpretativo do universo da verdade para o da argumentação e da coerência.

É principalmente no tocante ao reducionismo da ética à técnica que discordamos do paradigma da ciência moderna, “sobretudo na sua construção positivista, que procura suprimir do processo do conhecimento todo elemento não cognitivo (emoção, paixão, desejo, ambição, etc.) por entender que se trata de um fator de perturbação da racionalidade da ciência, ..., a paixão é incompatível com o conhecimento científico, precisamente porque a sua presença na natureza humana representa a exata medida da incapacidade do homem para agir e pensar racionalmente.”¹⁰¹

Para enunciar alguns critérios em torno da interpretação e de sua compreensão, deposita-se nos fatores infra-referidos a possibilidade de redução da instabilidade na cognição da discussão. Assim:

- a) a plausibilidade argumentativa sustenta premissas e embasa proposições jurídicas, de modo que todo ato de sentido deve conter um respaldo jurídico possível;
- b) a coerência entre meios e fins é o cerne para o entendimento de um instituto jurídico, que se aplica e interpreta para a resolução

¹⁰⁰ BITTAR. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001, p.481.

¹⁰¹ SANTOS. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.117.

- de conflitos, práticos e sociais, de modo a equacionar axiologia e tecnologia no uso dos conceitos jurídicos;
- c) a juridicidade, como conjunto de práticas textuais, sustenta-se, cria-se, e re-cria-se, à medida que vive em dialética com outras práticas de sentido;
 - d) o ato interpretativo é útil à medida que concentra em si uma tensão constante entre a axiologia do sujeito-da-interpretação e a ideologia social vigente.¹⁰²

É aqui que se destaca a questão de regulação da juridicidade por um elemento que a torna um exercício razoável de sentido a partir de textos; destaca-se o papel da razão prática (*phrónesis*). Nesse sentido, o fazer jurídico é um *logos* que se constrói sobre a instabilidade do dever-ser, mas não deixa de ser um *logos* do razoável, na medida em que revela o sentido de justiça. Por esse fato, sobretudo quando se pensa na aplicação do Direito, deve-se afirmar que se está a utilizar o *logos* do razoável, em outros termos, o bom senso.¹⁰³ E o bom senso será orientado pelo sentido da justiça, que caminha em direção à conciliação.

Nesse ponto, note-se que uma característica fundamental do instrumental hermenêutico é sua recusa de uma concepção puramente formalista da interpretação, pelo contrário, volta-se sobretudo à uma visão humanística dignificante, bem como tenta tornar a argumentação racional acessível tanto quanto possível também no âmbito específico dos julgamentos de valor.¹⁰⁴

¹⁰² BITTAR. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001, p.482.

¹⁰³ ibidem. p.484.

¹⁰⁴ “Pois a alma anda por todos os caminhos. A alma não caminha sobre uma linha reta, nem tampouco eleva-se como um juncos. A alma desabrocha, como uma lótus de incontáveis pétalas”. GIBRAN. O profeta. São Paulo: Madras, 2003, p.70.

2.2. O positivismo jurídico e a argumentação jurídica como instrumentos de dominação.

Como pressuposto do modelo positivista, é recolocada a questão do chamado paradigma cartesiano da modernidade científica, questionando-se a transmutação problemática de valores, de reflexão sobre o mundo e no processo de edificação do que chamamos civilização, tendo como uma das consequências a razão objetificadora e instrumental.¹⁰⁵ Por esse fato, a visão da Natureza como máquina já não se basta para corresponder aos novos desafios que a empreitada humana nos coloca diuturnamente, porque os reclamos da vivência sócio-espiritual e a historicidade/compreensão do ser não se deixam desvendar por tais abordagens, sejam mecanicistas, científicas e positivistas. Tudo com ênfase no método de inspiração cartesiana, com influências as mais marcantes na epistemologia das ciências.

E como consequência desse olhar matematizante sobre o real, no qual tudo parece recorrer aos ditames da exatidão e do formalismo, da certeza e da segurança, também o Direito, enquanto técnica de controle social específica e dita “ciência do espírito”, recebe os efeitos de tal corrente de idéias e modo de proceder, que tem sua expressão máxima no positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen. Direito positivo, pode-se dizer, é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado.¹⁰⁶ No entanto, pensar a gênese das ciências humanas- e de modo especial, o aparecimento do homem de

¹⁰⁵ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, P.1.

¹⁰⁶ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.157.

que elas falam- exige a retomada do percurso que, no Ocidente, resultou na criação da Ciência Moderna.¹⁰⁷

Esta reviravolta na epistemologia representará uma arma de intervenção do homem sobre a Natureza, alterando a concepção de mundo e impondo o triunfo do reducionismo científico. Passa a predominar a linguagem matemática e a abordagem geométrica, o que representa o triunfo da mentalidade cartesiana. Além disso, se instala um antiteologismo: Deus é expulso do mundo. Ocorre, pois, um triplo acontecimento: o eclipse de Deus, o aparecimento e desaparecimento do Homem como criatura condenada a fundar o seu próprio conhecimento, e um Mundo que se torna um problema, pois a afinidade intrínseca entre ele e o Homem, que era dada por Deus, está perdida.¹⁰⁸

Por esse fato, para se instalar o racionalismo científico, foi necessário que a Natureza perdesse sua finalidade, com efeitos consideráveis na cultura. Então, no âmbito jurídico, se tal acontecimento culminou na formulação da teoria pura do direito, em que Kelsen tentou reduzir a ciência jurídica ao estudo das normas sob o prisma da lógica formal, é preciso que se registre a ineficácia de tal procedimento para trabalhar as questões fulcrais da filosofia do direito contemporânea¹⁰⁹. Na qual a dialogicidade fundamental do discurso está ligada ao sentido de justiça.

Assim, para nos auxiliar na construção de uma nova abordagem acerca do direito e de sua aplicação, a hermenêutica, como “interpretação

¹⁰⁷ GOMES. As ciências humanas e o racionalismo científico. *Veritas*, Porto Alegre, v.40, n.157, p.79, março/1995.

¹⁰⁸ Ibidem. P.81.

¹⁰⁹ Hans Kelsen desenvolveu sua Teoria Pura do Direito com o fito de tirar toda influência externa do fenômeno jurídico, analisando sobretudo a construção formal do direito. Recebeu forte influência do positivismo lógico e sua doutrina teve relevância no pensamento jurídico brasileiro.

e relação compreensiva entre seres humanos e com o ambiente”¹¹⁰ , mostra-se como um possível instrumento de aproximação entre direito e sentido de justiça. Ou seja, como método adequado para a apreensão do sentido de justiça, no horizonte do direito. Isso se justifica, também, para superarmos a limitada concepção de ciência que se impôs a partir do século XVII, como um atavismo epistemológico ocidental. E para superar tal atavismo, o sentido de justiça pode colaborar a fim de que o sentimento de profundo abandono e crise espiritual seja minorado.¹¹¹

Sempre que nos referimos ao sentido de justiça, é porque entendemos o Direito como instância de realização da conciliação entre os seres humanos, principalmente se pautado na solidariedade, a qual serve de esteio ao discurso prudente, e, por conseguinte, ao entendimento. A interpretação tem a ver, aqui, não tanto com o sentido intencionado, mas com o sentido oculto, e que precisa ser revelado, na medida do possível e interpretável.¹¹²

Ademais, hermenêutica é, muito antes, “uma visão fundamental acerca do que significa em geral, o pensar e o conhecer para o homem na vida prática, mesmo se trabalhando com métodos científicos”¹¹³. Além de possuir um aspecto positivo para o desenvolvimento moral do ser humano, porquanto está de certa forma associada ao princípio da tolerância de que podemos sempre estar errados e nosso interlocutor certo. Isso significa que a dogmaticidade não esgota o discurso da norma, que tem uma opção axiológica latente no bojo da regra jurídica positivada, tentando conciliar disposições aparentemente incompatíveis. Sob o enfoque discursivo, ‘a positivação expressa, assim, de um lado, o domínio dos valores e

¹¹⁰ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, P.7.

¹¹¹ GOMES. As ciências humanas e o racionalismo científico. Veritas, Porto Alegre, v.40, n.157, p.83, março/1995.

¹¹² GADAMER. Verdade e método. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002, p.498.

¹¹³ GADAMER. Da palavra ao conceito. In. Hermenêutica filosófica, p.19.

finalidades valorados ideologicamente, onde se permite apenas a discussão técnico-instrumental. A passividade do ouvinte nessa situação comunicativa, em que o homem desempenha o papel de objeto da positivação, donde a determinação do objeto do discurso da norma como um *certum*, permite, porém, o controle de relativamente poucas expectativas de comportamento.”¹¹⁴

Torna-se claro que nenhum procedimento é melhor que o do discurso para desenvolver e ao mesmo tempo controlar racionalmente a capacidade de descobrir e de julgar, e, dessa maneira, aproximar-se mais do sentido de justiça. Em princípio, sendo o discurso jurídico uma ação social, ele é, nesses termos, uma relação bilateral entre outras. Vale dizer, o conjunto das ações sociais constitui o seu mundo circundante, e, pois, o limite externo da sua situação comunicativa, ..., a configuração de uma situação comunicativa discursiva ocorre, pois, pela ação dos seus participantes em termos de mútuo entendimento.¹¹⁵

É necessário, então, “reconhecer todas as formas da vida humana e articulações de cada uma de suas respectivas imagens de mundo. É a arte do compreender. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa. Compreender não é, portanto, uma dominação do que nos está à frente, do outro e, em geral, do mundo objetivo”¹¹⁶.

É, simultaneamente, um ato de racionalidade e de vontade. No qual o diálogo segue progressivamente o caminho para a universalidade do sentido de justiça, à medida que a discussão lança luz sobre a aparência da certeza jurídica empírica e da opinião que se sustenta nela, até atingir o pensamento que se pensa a si mesmo. Só que o pensar a si mesmo deverá superar o fazer a si mesmo da Ciência Moderna, que implica moldar um

¹¹⁴ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.159.

¹¹⁵ ibidem. p. 59.

¹¹⁶ Ibidem. p.24.

homem à imagem da ordem social nascente: o capitalismo. Há, pois, um laço não determinístico, mas inevitável, entre o racionalismo científico e a nova ordem econômica.¹¹⁷ E para garantir essa ordem é que se manifesta o direito como instrumento de dominação. E no campo pragmático, trata-se de desvendar as leis jurídicas para melhor dominar o outro.

Essa tendência faz do discurso jurídico uma ação lingüística entre partes que teriam por objeto questões alternativas do tipo verdadeiro-falso. Como latente herança dos sistemas dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo formalismo positivista do século XIX, o discurso jurídico seria visto como um conjunto de proposições normativas, cuja movimentação em direção a uma integração e coordenação mais íntimas seria feita para garantir a estabilidade.¹¹⁸

No entanto, uma outra postura contempla o direito e o discurso jurídico, bem como a epistemologia, como possíveis vias legítimas para se alcançar a conciliação social. Tal postura é a nova hermenêutica jurídica que busca o sentido de justiça, enquanto anterior e posterior a qualquer ordem. E o sentido de justiça pode ser entendido como fórmula integradora e sintética para a representação do consenso social.

Com isso, “é possível determinarem-se diversas reações avaliativas dos partícipes: cooperativas, contestativas, indiferentes etc., com a conseqüente qualificação do objeto do discurso e seu controle (função estimativa do discurso). Assumimos, assim que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, isto é, têm, em princípio, interesse pelo que se diz, certeza de que algo vai ser alcançado e incerteza sobre o que será alcançado.”¹¹⁹

¹¹⁷ GOMES. As ciências humanas e o racionalismo científico. Veritas, Porto Alegre, v.40, n.157, p.85, março/1995.

¹¹⁸ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.92.

¹¹⁹ *ibidem*. p.60.

Percebemos então que a partir da construção do positivismo jurídico passamos a ver a relação argumentativa jurídica como uma discussão-contra (discussão de dominação). E como tal, envolve um tipo característico de questão que denominamos conflito, uma função típica que é a obrigatoriedade de uma decisão. Essa especificidade, “em oposição a outros meios de solução de conflitos (sociais, políticos, religiosos etc.), revela-se na sua capacidade de terminá-los e não apenas de solucioná-los, ..., as normas assim terminam conflitos no sentido de que elas os institucionalizam.”¹²⁰ Como há compromisso com o sentido de justiça, uma asserção não verificável intersubjetivamente não é, de logo, denunciada como infundada, mas deixada em aberto.¹²¹

2.3. O discurso jurídico caminha para a conciliação: em busca do sentido de justiça.

No rastro do pensamento que procura a justiça, “há aplicação em que existe o tratamento conjugado do dever-ser com o ser, de modo que o dever-ser torne-se o ser: uma norma jurídica é um pedaço de vida objetivada”¹²² Isto significa que o ato interpretativo, na seara da ciência jurídica, pode enlaçar a própria “condição humana”, no instante em que é apreendida, e a projeta para uma instância ideal, fazendo esta passagem conduzido pelo sentido de justiça.

¹²⁰ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.65.

¹²¹ ibidem. p.162.

¹²² SICHES. Nueva filosofía de la interpretación jurídica. México: Porrua, 1973, p.135.

Não obstante, esta observação põe em manifesto que o sentido da obra cultural – de conhecimento, de arte, de política, de Direito, etc., é sempre um sentido circunstancial, ou seja, um sentido referido às circunstâncias concretas em que se apresenta a necessidade estimulante, mas que se concebeu a convivência e a adequação do fim e no qual se aprecia a idoneidade e a eficácia dos meios adaptados¹²³. Já o sentido de justiça é o testemunho da conciliação social. No qual “a sinceridade do testemunho implica, então, a adesão à ordem sem converte-la em palavra. O anúncio da sinceridade é pura humildade, é confissão, ..., e o testemunho se universaliza à medida que se identifica com a prática da justiça.”¹²⁴

Com isso se afirma que o discurso decisório deve movimentar o sentido normativo na direção do sentido de justiça. Neste processo de individualização normativa detecta-se, fundamentalmente, uma atividade prudencial, conciliadora e emancipatória do espírito humano, pois quem argumenta apela à compreensão do outro. E a “vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, eis que depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico”¹²⁵

Aqui, abri-se espaço teórico para um apelo de contrariedade à lógica matemática na interpretação jurídica, pois todo o tema da aplicação e da interpretação demanda razoabilidade, ou seja, ponderação do que seja e do que não seja razoável, e de acordo com inúmeras variáveis

¹²³ SICHES. Nueva filosofía de la interpretación jurídica. México: Porrua, 1973, p.140.

¹²⁴ MELO. A linguagem como significação e testemunho da transcendência. Veritas, Porto Alegre, v. 47, n.2, p. 139-140, junho/2002.

¹²⁵ NEVES. Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos Luhmanniano e Habermasiano de interpretação da Modernidade e do Estado de Direito: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. Perspectiva filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, p.30, janeiro-julho e julho-dezembro/1995.

valorativas que não podem ser cultivadas no terreno da pura lógica artificial (formal). Nesse sentido, a conciliação social deve ser a fundamentação ética do sistema jurídico, superando a legalidade positivista como imposição ética da sociedade moderna. Superando, de igual modo, o individualismo contemporâneo, que “é o egoísmo da responsabilidade no mero limite individual pela justiça e é a consciência de um justo capitalista que trata a todos pelos mesmos mínimos formais, olvidando da desigualdade social cada vez mais abjeta.”¹²⁶

Porquanto a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser e do não ser (ligando-se depois ao desejo de dominação da ciência moderna), mas não contém pontos de vista de valor nem estimativas sobre correlação dos fins, nem sobre a congruência entre meios em relação com um determinado fim. Mas não é só isso. O fato é que um outro elemento penetra no ato interpretativo: o sentido de justiça. E nele está subentendido que os partícipes da discussão, orador e ouvinte, não discutem um contra o outro, para conservar os próprios direitos, mas sim um com o outro, a fim de encontrar, num esforço comum, um acordo.¹²⁷ É dessa maneira que o sentido de justiça, por meio da hermenêutica e da lógica do razoável, tem como pressuposto o respeito à alteridade. Percebe-se que o cerne do discurso jurídico não é, pois, nesse caso, nem a positivação nem o conjunto das normas positivadas, mas o próprio sujeito humano, que, do interior da positividade que o cerca, representa-se o sentido das normas que ele estabelece.¹²⁸

Com isso se quer dizer que, geralmente, “nas relações sociais, os seres humanos não se vivenciam mutuamente como coisas, mas como pessoas portadoras de perspectivas próprias. Enquanto emissor, o homem transmite essas perspectivas; enquanto receptor ele é capaz de transferir-se

¹²⁶ MASCARO. p.129

¹²⁷ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

¹²⁸ Ibidem. p.171.

para dentro das perspectivas de outrem, isto é, ele pode sentir-se no papel do outro e, nesse papel, encontrar um ponto de vista, a partir do qual lhe é possível olhar-se retrospectivamente.¹²⁹

Dessa maneira, essa lógica da razoabilidade apela para a prudência humana, que extrai soluções e vivencia experiências *in casu*. Fica certo, pois, que a autoridade decisória, ao adotar uma resposta para a problemática fática, antes de qualquer coisa, valora. E valora, para conciliar. Portanto, “a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição através do surgimento de sistemas autônomos de ação, mas apenas negativamente, como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional”¹³⁰.

E é nesse momento de valoração, de suplantação da modernidade desagregadora, no qual se apresentam ao intérprete sentimentos, idéias e vontades, como manifestações da finitude, da tradição, da linguagem, que a hermenêutica pode novamente interferir de forma positiva, no sentido de delimitar e orientar o discurso jurídico, para que a aplicação do direito se aproxime do sentido de justiça, promovendo a conciliação, para uma maior concretização jurídica. Apontando a imperatividade para além da relação sujeito e objeto, na cumplicidade e interdependência dos processos sócio-vitais, na cultura e instituições.

Ora, se entendemos que a visão do mundo mecanicista é inapta para dar boas razões aos problemas atuais e se o clamor pela justiça não cessa, então ou mudamos a forma de perguntar, ou tentamos encontrar outras

¹²⁹ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.48.

¹³⁰ NEVES. Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos Luhmanniano e Habermasiano de interpretação da Modernidade e do Estado de Direito: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. Perspectiva filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, p.33, janeiro-julho e julho-dezembro/1995.

maneiras de responder. O problema reside no fato de que, embora não esteja mais presente o fundamento metafísico do Direito, não se apresentam alternativas com base ético-discursiva.¹³¹ Com a hermenêutica, a abertura do horizonte da pergunta sincera recebe a posição do outro. Eis o diálogo.

Em verdade, verifica-se que a formulação do problema assumiu aspectos diferenciados ao longo do processo histórico, mas no fundo a inquietação parece ser a mesma, no universo jurídico: como determinar o sentido de justiça? E para tal questão, diante de todo o exposto, a proposta hermenêutica criou um espaço novo à construção desse sentido de justiça no qual a compreensão e aceitação do outro é a condição de possibilidade para a própria existência do direito; e que a busca pelo sentido de justiça passa pela noção de alteridade, consolidando-se na solidariedade, porque ser justo é fazer ao outro todo o bem que estiver ao nosso alcance, isto é, acelerar a conciliação social nas diferenças. No campo jurídico, isso significa direitos e deveres mutuamente partilhados. “Portanto, a rigidez legalista, enquanto parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização igualitária dos conteúdos jurídicos. Nessa perspectiva, pode-se também afirmar que o autismo jurídico, em tais condições, é apenas aparente, na medida em que a práxis nele envolvida é ressonante às discriminações sociais, fortificando-as”¹³²

Noutros termos, o sentido de justiça talvez deva caminhar na direção das condições necessárias ao desenvolvimento pleno do direito e

¹³¹ NEVES. Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos Luhmanniano e Habermasiano de interpretação da Modernidade e do Estado de Direito: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. Perspectiva filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, p.36, janeiro-julho e julho-dezembro/1995.

¹³² Ibidem. p.40.

do ser humano num mundo plural, e nisso reside a missão maior da hermenêutica. Outrossim, a hermenêutica abre espaço para a sabedoria e o amor, de modo a se constituir uma instância “que possibilita o encontro entre o Eu e o Tu, mas, também, impõe-se de tal modo que fica impossível reduzir um ao outro. O amor identifica o Eu e o Tu sem, contudo, destruí-los no indiferenciado. Ele é o guardião da identidade e trava uma luta sem tréguas para superar o estranhamento do Tu. A luta do espírito para reconciliar-se consigo mesmo é a sua própria vitalidade, que consiste na sua capacidade infinita de mediação; por isso a morte do espírito se dá na sua impotência para mediar, na sua impossibilidade de superar a positividade do estranho.”¹³³

E com esses esclarecimentos afirmamos que o sentido de justiça, enquanto conciliação social, é o amor, a enteléquia do direito. Isto só confirma que o direito é uma visão específica da facticidade, uma visão que seleciona imagens e atos; o direito diz a facticidade. O princípio da *entelecheia* implica assim igualmente no todo, a realidade completa que está além da mera soma das partes.¹³⁴

Tudo isto se reveste de um sentido de racionalidade: as formas racionalizam, o sentido de justiça define e delimita. As expressões que constituem o logos do direito aparecem, enquanto linguagem, como estruturas racionais e ao mesmo tempo como variáveis históricas.¹³⁵

E tais variáveis históricas, marcadas pela finitude e pelos preconceitos inelimináveis apontados na hermenêutica jurídica, demonstram que a aplicação e interpretação do direito não são uma possibilidade exterior ou secundária que vem juntar-se, ou não, de forma

¹³³ ALMEIDA. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-georg Gadamer. Porto Alegre: edpucrs, 2000. p.100

¹³⁴ SEIDEL. Racionalidade, historicidade e ética. Perspectiva filosófica, Recife, vol. VII, n.13, p.144, janeiro-junho/2000.

¹³⁵ SALDANHA. Filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, P. 160.

suplementar, ao direito. A abordagem hermenêutica, que aqui revelou a conciliação social como o sentido de justiça, coaduna-se à própria força essencialmente implicada no conceito mesmo de justiça como direito, da justiça na medida em que se consubstancia em direito, em lei enquanto direito, em ordenamento enquanto direito.

Sentido de justiça não é aqui um simples exercício de direito ou dominação, mas se refere sobretudo às relações paradoxais onde a questão da compreensão jurídica “se propõe desde todos os níveis de inteligibilidade, e não apenas desde os parâmetros consagrados de interpretação essencialista – ou existencialista- de consideração da moral. A justiça não se deixa refletir em seu conceito, por mais grandioso que esse seja, ou por magnífica que seja a conformação ou a moldura no qual um ato, pretensamente justo, pretende se cristalizar. A justiça não é um julgamento ou uma sentença, ela se dá na temporalidade da ação que fornece elementos para que alguém possa crer poder captá-la em sua realização”.¹³⁶

E como temporalidade, finitude e historicidade, o sentido de justiça encontra o seu fundamento não na lei, na força ou na dominação, mas na necessária conciliação social. Por conseguinte, a conciliação social é a justiça, e a justiça “é o paradoxo propriamente dito, em si mesmo, a paradoxal realidade do real em si mesma, que não se oferece `a idéia clara e distinta de seu reflexo intelectual, que com ela não mantém nenhum parentesco’”.¹³⁷

Trata-se de derivar do núcleo essencial da questão humana fundamental –sua sobrevivência enquanto ser propriamente humano, portanto relacional, intimamente imbricado às dimensões sociais de toda

¹³⁶ SOUZA. Ética e desconstrução: justiça e linguagem desde ‘force de loi: l’être fondement mystique de l’autorité’, de J. Derrida. Veritas, Porto Alegre. Vol. 47, n.2, p.165, junho/2002.

¹³⁷ Ibidem. p.168.

espécie que tornam a vida humana possível- um exercício de racionalidade que seja, simultaneamente, a reiteração por esse essencial; a tal exercício chamamos de conciliação social. O que a conciliação social faz a rigor é inaugurar o novo no campo dos acontecimentos da realidade, na história, na temporalidade, nas grandes e pequenas histórias que existem enquanto sentido de justiça. E um tal sentido é incalculável porque é múltiplo, já que habitam a origem da racionalidade; e são únicos na travessia para a conciliação social. Travessia permeada pela tentativa de fixar o *certum* jurídico, como uma ação lingüística posta fora de discussão, isto é, uma ação cujo orador goza de autoridade, no sentido de capacidade e prontidão na justificação de objetivos e fundamentos.¹³⁸

Dessa forma, o sentido de justiça é um endereçamento, uma atitude, um dirigir-se a; esse endereçamento é que constitui a possibilidade de efetivação, não do sentido de justiça, mas do que, em referência à questão da conciliação social, suporta que seja concebido inclusive como categoria interpretativa ou conceito intelectual operativo: como idéia.¹³⁹ É disso que se alimenta o ser humano, isto é, é isso que o constitui: a esperança no sentido de justiça, ou seja, na construção da conciliação social. A questão do sentido de justiça, assim, não se permite capturar jamais; ela escapa ao instante que sublimaria sua realização, porquanto não se subsume no conceito e, sim, se dá no decorrer do tempo, na conciliação social. Contudo, não se esgota na facticidade, não se resume a ela, pois não suporta a clausura da palavra nem dos acontecimentos. E a legitimidade das leis depende de sua compatibilidade “com a normalidade ambiente, ou seja, de sua harmonia com as concepções éticas dominantes numa coletividade”¹⁴⁰

¹³⁸ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, P.116.

¹³⁹ ibidem. P.173.

¹⁴⁰ SILVA TELLES JR. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2002. P.207.

Ademais, palavras e acontecimentos não conseguem dar significação ao sentido de justiça, “este sentido se propõe antes de todo ser, saber e razão, pois este sentido é deles substrato mais profundo e cuja ocorrência define não só a base por sobre a qual a racionalidade pode se desdobrar, mas também por sobre a qual toda e qualquer relação humana- o mundo desde o menor núcleo individual até a mais grandiosa das instituições- se pode desenvolver”.¹⁴¹

Nesse sentido, a conciliação social é alcançada pela prática da humildade, que significa reconhecer a carência como marca fundamental do ser humano e colocar-se a caminho do sentido de justiça. Em condições ideais, a competência do contato – emocional e gnoseológico- consegue unir o saber e o bom na construção do sentido de justiça.¹⁴² No entanto, o propósito da hermenêutica jurídica deve ser procurar por toda parte a experiência da verdade, que ultrapassa o campo de controle da metodologia científica, e indagar de sua própria legitimização, onde quer que a encontre, pois aí estará o sentido de justiça.¹⁴³

E isso significa “exercer uma subjetividade integrada e solidária com os seres e suas fragilidades, sem restringir o acolhimento a quem quer que seja, celebrando a profunda vibração da vida em cada recôndito da existência. Acima das idéias e ideologias, medos e apegos, estava ali a receptividade, simplicidade e equilíbrio dinâmico do humano no mundo. É significativo que demandemos isto hoje.”¹⁴⁴

Para construir o sentido da justiça, é inadiável que se expurge do coração humano as pechas do egoísmo e do orgulho, os quais representam o óbice à conciliação social, como chagas que não cicatrizam e jorram o

¹⁴¹ SILVA TELLES JR. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p.181.

¹⁴² ADEODATO. A axiologia jurídica de Nicolai Hartmann. Perspectiva filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, p.70, janeiro-julho e julho-dezembro/1995.

¹⁴³ GADAMER. Verdade e método. Vol.1. Petrópolis: Vozes, 2002, p.32

¹⁴⁴ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, P.78.

sangue da dominação, do medo e da paralisia. No entanto, quando a nossa retórica estiver a serviço da nossa capacidade emancipatória, não temos dúvida, o brado de amor sublimará o pacto da conciliação, celebrando a similitude das nossas diferenças. Assim, “ficará cada vez mais evidente que pensamentos e atitudes violentas geram violência, e que o amor é a melhor resposta. Contra a visão de sociedade como luta e competitividade traz-se a noção de cooperação, a partir do mais excelente funcionamento dos ecossistemas naturais, espelho para os seres humanos.”¹⁴⁵

Isso nos aponta para uma possível unidade sistemática que ocorreria em razão da estrutura global, que presidiria as diversas relações de alteridade entre os subsistemas do discurso jurídico, mas que deixa em aberto ou antes encobre uma pluralidade disfuncional entre diferentes modos de fundamentação discursiva, os quais se voltam ao sentido de justiça e à conciliação social¹⁴⁶. E essa conciliação pode ser o sustentáculo do Eros das diferenças. É preciso passar de uma ética da tolerância, em que as diferenças coexistem, para uma ética do reconhecimento mútuo e da interpenetração. A idéia seria não somente formar uma cidadania nacional sensível a todas as diferenças internas, mas também lançar as bases de uma cidadania cosmopolita.¹⁴⁷

Por outro lado, ao afirmarmos que da epistemologia popperiana podem emergir elementos para compor a hermenêutica jurídica, admitimos a dinamicidade do pensamento humano que parece mesclar categorias cognitivas e volitivas favorecedoras da conciliação social, tendo como medianeiro o sentido de justiça. Então poderemos, a partir dessa cosmovisão hermenêutica, trabalhar na construção da conciliação social, como andarilhos que se deixam levar pelas trilhas do sentido de justiça, e

¹⁴⁵ PELIZZOLI. Correntes da ética ambiental. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p.

¹⁴⁶ FERRAZ JR. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997, p.118.

¹⁴⁷ ROUANET. O Eros das diferenças. In Folha de São Paulo Mais! 09 de fevereiro de 2003, p.12.

que se permitem surpreender, nas curvas do bosque da esperança, pelo impactante encontro com o outro, e, por conseguinte, com o amor. Como herdeiros da historicidade, resgataremos a morada do afeto que se escondeu na tradição do conflito, viajando no tempo da docilidade e na linguagem do respeito, atraídos pelo horizonte indeterminado da felicidade. A pergunta deve ser: o que poderá nos impedir de realizar tal viagem?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS CITADAS:

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. e outros. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

----- . *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

----- . *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. Vol. I.

----- . *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIBRAN, Kahlil. *O profeta*. São Paulo: Madras, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia- entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

----- . *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

----- . *O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MASCARO, Alysson. *Introdução à Filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

PELIZZOLI, Marcelo L. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

----- . *Correntes da ética ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

PENNA, Antonio Gomes. *Introdução à epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

PEREIRA, Mirian de Sá(org.). *Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: USP, 1980.

_____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980.

_____. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

_____. *Racionalismo crítico na política*. Brasília: UNB, 1994.

----- . *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1978.

----- . *Conjecturas e refutações*. Brasília: UNB, 1994.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

----- . *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2001.

SICHES, Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación jurídica*. México: Porrua, 1973.

SILVA TELLES JR., Goffredo da. *O direito quântico- ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limond, 1972.

-----. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEHWEG. Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WARAT, Luís Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

OBRAS CONSULTADAS:

ABBAGNANO, , Nicola. *História da filosofia*. Lisboa: Editorial Presença, vol. I e II, 1982.

-----. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Marins Fontes, 2001.

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

-----. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGUILAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. e outros. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Safe, 1986.

-----. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. Porto Alegre: Safe, 1988.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- . *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOUVERESSE, Renée. *Karl Popper ou le rationalisme critique*. Paris: J. Vrin, 1978.
- CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Safe, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FELIPE, J. Franklin Alves. *Introdução à comunicação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- . *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FULLER. Lon I. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Safe, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002. Vol. I.
- . *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GIBRAN, Kahlil. *O profeta*. São Paulo: Madras, 2003.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional- a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedural da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia- entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KARDEC, Allan. *O livro dos espíritos*. São Paulo: EME, 1997.
- KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- . *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- . *O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MAGEE, B. *As idéias de Popper*. São Paulo: Cultrix, 1974.
- MALHERBE, Jean-François. *La philosophie de Karl Popper et le positivisme logique*. Paris: PUF, 1979.
- MASCARO, Alysson. *Introdução à Filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVA, A. *Epistemologia: a Cientificidade em Questão*. Campinas: Papirus, 1990.
- OLIVEIRA, Weimar Muniz de. *A filosofia do direito além da 3ª dimensão*. Goiânia: FEEGO, 1995.
- PELIZZOLI, Marcelo L. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- . *Correntes da ética ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

PENNA, Antonio Gomes. *Introdução à epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

PEREIRA, Mirian de Sá(org.). *Sociologia do direito e do direito alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

-----. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: USP, 1980.

_____. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980.

_____. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

_____. *Racionalismo crítico na política*. Brasília: UNB, 1994.

----- . *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1978.

----- . *Conjecturas e refutações*. Brasília: UNB, 1994.

----- . *Conhecimento objetivo*. São Paulo: USP, 1974.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Safe, 1994.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

----- . *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

----- . *Filosofia, povos, ruínas: páginas para uma filosofia da história*. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

-----. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1988.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1985.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2001.

SICHES, Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación jurídica*. México: Porrua, 1973.

SILVA TELLES JR., Goffredo da. *O direito quântico- ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limond, 1972.

-----. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WARAT, Luís Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

-----. *Semiotica y derecho*. Buenos Aires: Editorial Eikón, s. d.

ARTIGOS:

AARNIO, Aulis. Sobre la mabigüedad semántica en la interpretación jurídica. In. Doxa, n. 4, 1987, p.109-117.

ADEODATO, João Maurício Leitão. A axiologia jurídica de Nicolai Hartmann. In. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, janeiro-junho e julho-dezembro/1995, p.49-71.

ALMEIDA, Custódio. O princípio incondicionado da dialética no Filebo de Platão. In. Veritas, Porto Alegre, v. 47, n.2, junho/2002, p.209-221.

ANTUNES, Alfredo. A sentimentalidade pura- ou a saudade ontológica- como via alternativa de conhecimento. In. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. III, n. 6 e 7, janeiro-junho e julho-dezembro/1995, p.7-23.

ATIENZA, Manuel. Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernego. In. Doxa, n.3, 1986, p.297-311.

BARRETO, Túlio Velho. Positivismo versus teoria crítica. In. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. VIII, n. 15, janeiro-junho/2001, p.141-178.

BORDAS, Miguel Angel Garcia. Análise do discurso vs teoria da ação: uma abordagem epistemológica. In. CD- Rom do I Encontro de Filosofia da Educação do Norte e Nordeste, Setembro/2002.

CARACCIOLLO, Ricardo Alberto. Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. In. Doxa, n. 4, 1987, p. 145-151.

DI MATTEO, Vincenzo. O olhar epistemológico popperiano sobre psicanálise. In. Perspectiva Filosófica, Recife, Vol. VII, n. 13, janeiro-junho/2000, p.11-39.

DOS ANJOS, Márcio Fabri. Ethos cultural e moral. In. Perspectiva Teológica, Belo Horizonte, n.57, ano XXII.

FLICKINGER, Hans-Georg. A legalidade da moral- considerações em torno da dupla moralidade na sociedade liberal. In. Veritas, Porto Alegre, v. 40, n.157, março/1995, p.15-26.

FORTUNY, F. J. La subjectividad convertida por Ockam em psicologismo cientifista. In. Perspectiva filosófica, Recife, Vol. VII, n.13, janeiro-junho/2000, p.143-165.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. In. Doxa, n.4, 1987, p.87-108.

GOMES, Roberto. As ciências humanas e o racionalismo científico. In. Veritas, Porto Alegre, v. 40, n. 157, março/1995, p.79-86.

MELO, Nélio Vieira de. A linguagem como significação e testemunho da transcendência. In. Veritas, Porto Alegre, v. 47, n. 2, junho/2002, p.131-143.

MEURER, Ane Carine. O diálogo gadameriano e a ação do educador. In. CD- Rom do I encontro de Filosofia da Educação do Norte e Nordeste, Setembro/2002.

NEVES, Marcelo. Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos Luhmanniano e habermasiano de interpretação da modernidade e do estado de direito: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. In. Perspectiva Filosófica, Recife, Vol. III, n. 6 e 7, janeiro-junho e julho-dezembro/1995, p.25-47.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. Educação: resgate dialógico-ambiental desde uma postura hermenêutica. In. Educação, Porto Alegre, ano XXV, n.46, março/2002, p.173-194.

RÊGO, George Browne. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. In. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. II, n. 4 e 5, janeiro-junho e julho-dezembro/1994, p. 140-168.

ROUANET, Sergio Paulo. O Eros das diferenças. In Folha de São Paulo Mais!, 09 de Fevereiro de 2003, p.10-12.

SANTOS, André Souza dos. Ciência e espírito científico em educação: a questão do aprendizado das ciências como um problema urgente para uma nova formação humana. In. CD-Rom do I Encontro de Filosofia da Educação do Norte e Nordeste, Setembro/2002.

SEIDEL, Roberto Henrique. Racionalidade, historicidade e ética. In. Perspectiva Filosófica, Recife, vol. VII, n.13, janeiro-junho/2000, p.143-165.

SOUZA, Ricardo Timm de. Ética e desconstrução: justiça e linguagem desde “Force de loi: lê fondement mustique de l’autorité”, de J. Derridá. In. Veritas, Porto Alegre, v. 47, n.2, junho/2002, p.159-186.

TUORI, Kaarlo. Ética discursiva y legitimidad del derecho. In. Doxa, n.5, 1988. P.47-67.

VENTURI, Gustavo. O universalismo ético: Kohlberg e Habermas. In. Revista Lua Nova, São Paulo, n.36, 1995.