



Universidade Federal do Pará
Instituto de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ricardo Evandro Santos Martins

A ATUALIDADE HERMENÊUTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO: uma
interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito

Belém
2017

Ricardo Evandro Santos Martins

A ATUALIDADE HERMENÊUTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito

Tese de Doutorado como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, sob orientação do Professor Doutor Paulo Sérgio A. Costa Weyl e co-orientação do Prof. Dr. Saulo de Matos.

Belém
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Martins, Ricardo Evandro Santos

Título/ Ricardo Evandro Santos Martins; orientador, Paulo Sérgio A. C. Weyl. Belém, 2017.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2017.

1. Direito - Filosofia.- 2. Epistemologia jurídica. – 3. Gadamer, Hans-Georg, 1900-2002.- I. Costa, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque.- II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDDir :340.1

Ricardo Evandro Santos Martins

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio A. C. Weyl.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Sérgio A. C. Weyl Orientador - UFPA

Prof. Dr. Saulo Monteiro M. de Matos
Co-Orientador - UFPA

Prof. Dr. Ricardo de Araújo Dib Taxi
UFPA

Prof. Dr. Ernani Chaves
IFCH – PPGFIL - UFPA

Prof. Dr. Roberto Wu
PPGFIL – UFSC

Apresentado em: 28/03/2017.

Conceito: Aprovado.

Belém
2017

A fera

*Das cavernas do sono das palavras, dentre
os lábios confortáveis de um poema lido
e já sabido
voltas*

*para ela - para a terra
maleável e amante. Dela
de novo te aproximas*

*e de novo a enlaças firme sobre o lago
do diálogo, moldas
novo destino*

*Firme penetra e cresce a aproximação
conjunta
E ocupa um centro: A morte, a fera
da vida
te lambendo*

(Pra ter onde ir, 1992. Max Martins)

Dedico este trabalho a todas as pessoas que
perdi,

AGRADECIMENTOS

Deixo aqui meus agradecimentos a minha família e aos meus amigos. Dos meus amigos, especialmente agradeço aqueles que apostaram e confiaram na realização desta tese, mas mais especialmente aqueles que me deram suporte emocional e amor para enfrentar a parte mais irracional de todo o processo filosófico e científico: a solidão da escrita.

Agradeço ao meu orientador e seu apoio sempre incondicional, amplo e geral, e também ao meu co-orientador, pelo cuidado com os caminhos desta investigação. Sem este apoio, esta tese seria impossível.

Agradeço ao investimento da CAPES e do CNPq, instituições que financiaram meus estudos desde a bolsa de doutorado (2015-2017).

RESUMO

A tese é sobre a atualidade do debate oitocentista sobre a epistemologia das Ciências Humanas (Dilthey-Rickert) e os impactos do giro ontológico sobre este mesmo debate. Especificamente, nós estamos interessados em saber sobre as consequências do giro ontológico no pensamento regional sobre a Ciência do Direito a partir da Hermenêutica Filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer no seu *Verdade e Método* (1960). Nosso interesse pelo tema será justificado em tópico próprio. Portanto, a problemática geral desta atual investigação pode ser manifesta pela seguinte pergunta central: Diante da “crise das Ciências” denunciada por Heidegger e a partir de sua interpretação existencial da Ciência, quais são os impactos da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer na Ciência do Direito vista como Ciência Humana? No Capítulo 1, tratamos sobre como a tradição jurídica cientificizou a antiga *jurisprudencia* romana. Esta tradição tem seu ápice no século XIX, quando o Positivismo cientificista alcança as Humanidades. No Capítulo 2 passamos a tratar sobre o momento de “crise das ciências” que Husserl e Heidegger identificaram no início do século XX. Exploramos o conceito de “crise” e também de “niilismo”. Falamos sobre como este período significou um momento de “declínio” cultural (Spengler), mas também de perdas significativas na relação “ciência” e “vida”. A partir disto, problematizamos a concepção de verdade tradicional, enquanto adequação, correspondência, e o modo como o Ser se desvela para a Ciência, enquanto *Positum*, aquilo que fora “dado” como objeto de estudo científico, derivado da verdade originária enquanto *alétheia*. No Capítulo 3, aprofundamos a noção de *Positum* e mostramos que a Ciência do Direito poderia ser reinterpretada a partir das “descobertas” de Heidegger a fim de recuperar a perda do caráter prático de seu conhecimento. Esta interpretação existencial somente ganhou corpo argumentativo quando invocamos a Hermenêutica filosófica de Gadamer, enquanto desenvolvimento da Fenomenologia hermenêutica aos *status* de Filosofia, preocupada com o “acontecimento” da compreensão na arte, nas Ciências Humanas e na Linguagem.

Palavras-chave: Ciência do Direito; Ciências Humanas; Heidegger; Gadamer; Crise

ABSTRACT

The thesis is about the current debate on the epistemology of the Human Sciences (Dilthey-Rickert) and the impacts of the ontological debate on this same debate. Specifically, we are interested in knowing about the consequences of the ontological turn in regional thinking on the Science of Law from the Philosophical Hermeneutics developed by Hans-Georg Gadamer in his *Truth and Method* (1960). Our interest in the subject will be justified in topic itself. Therefore, a general problem of this situation can be presented following a central question: In the face of the "crisis of the sciences" denounced by Heidegger and from his existential interpretation of Science: which are the impacts of Hans-Georg Gadamer's Philosophical Hermeneutics on Science of Law seen as Human Science? In Chapter 1, we deal with a scientific legal tradition of ancient Roman jurisprudence. This tradition has its apex in the 19th, when the scientific positivism reaches as Humanities. In Chapter 2 we turn to the moment of the "science crisis" that Husserl and Heidegger did not identify at the beginning of the 20th. We explore the concept of "crisis" and also of "nihilism". We talk about how this period meant a time of cultural "decline" (Spengler), but also of significant losses in the relation "science" and "life." From a traditional de facto conception, as suitability, correspondence and similarity, it is necessary to consider that there is an object of study. In Chapter 3 he adopted a notion of *Positum* and showed that Law Science could be reinterpreted from Heidegger's "discoveries" in order to recover a loss of the practical character of his knowledge. This interpretation exists only when it comes to a hermeneutic philosophy of Gadamer, while the development of the hermeneutic Phenomenology for the state of Philosophy, concerned with the "happening" of understanding in art, in the Human Sciences and in Language.

Keywords: Legal Science; Human Sciences; Heidegger; Gadamer; Crisis.

RESUMÉ

La thèse porte sur le débat actuel sur l'épistémologie des sciences humaines (Dilthey-Rickert) et les impacts du débat ontologique sur ce même débat. Plus précisément, nous sommes intéressés à connaître les conséquences du virage ontologique de la pensée régionale sur la Science du Droit à partir de l'Herméneutique Philosophique développée par Hans-Georg Gadamer dans *Truth and Method* (1960). Notre intérêt pour le sujet sera justifié dans le sujet lui-même. Un problème général de cette situation peut donc être posé à la suite d'une question centrale: face à la "crise des sciences" dénoncée par Heidegger et de son interprétation existentielle de la Science: quels sont les impacts de l'Herméneutique philosophique de Hans-Georg Gadamer sur Science du droit vue comme science humaine? Dans le chapitre 1, nous traitons une tradition juridique scientifique de la jurisprudence romaine ancienne. Cette tradition a son sommet au 19ème, quand le positivisme scientifique atteint comme humanités. Au chapitre 2, nous nous tournons vers le moment de la «crise scientifique» que Husserl et Heidegger n'ont pas identifiés au début du XXe siècle. Nous explorons le concept de «crise» et aussi de "nihilisme". Nous parlons de la façon dont cette période a signifié un temps de "déclin" culturel (Spengler), mais aussi de pertes importantes dans la relation "Science" et "vie". D'une conception traditionnelle de fait, comme adéquation, correspondance et similitude, il faut considérer qu'il y a un objet d'étude. Dans le chapitre 3, il a adopté une notion de *Positum* et a montré que Law Science pourrait être réinterprété de Heidegger "découvertes" afin de récupérer une perte du caractère pratique de sa connaissance. Cette interprétation existe seulement quand il s'agit d'une philosophie herméneutique de Gadamer, tandis que le développement de la Phénoménologie herméneutique pour l'état de Philosophie, concerné par le "happening" de la compréhension dans l'art, dans les sciences humaines et dans la langue.

Mots-clés: Science juridique; Science humaine; Heidegger; Gadamer; Crise.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 A CIÊNCIA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA HUMANA..... | 18 |
| 1.1 O NASCIMENTO DAS CIÊNCIAS HUMANAS E A BUSCA POR UMA CIÊNCIA DO DIREITO NO SÉCULO XIX..... | 18 |
| 1.1.1 Reação ao Idealismo alemão e o nascimento das Ciências Humanas..... | 18 |
| 1.1.2 A Ciência do Direito no século XIX: entre o naturalismo positivista e o historicismo jurídico..... | 26 |
| 1.1.3 A Jurisprudência dos Conceitos como último paradigma..... | 31 |
| 1.2 HANS KELSEN E O PROJETO DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO AUTÔNOMA..... | 38 |
| 1.2.1 Fases do pensamento jurídico de Hans Kelsen e seus principais conceitos teóricos..... | 38 |
| 1.2.2 Os dois limites metodológicos para a Ciência do Direito..... | 43 |
| 1.2.3 As teses centrais da Ciência do Direito de Kelsen..... | 52 |
| 2. A CRISE TRIPLA DAS CIÊNCIAS ACUSADA POR MARTIN HEIDEGGER..... | 65 |
| 2.1. HEIDEGGER E AS TRÊS CRISES DA CIÊNCIA..... | 65 |
| 2.1.1. Crise da Ciência?..... | 65 |
| 2.1.2. A crise tripla da Ciência no tocante à sua posição no todo de nosso <i>Dasein</i> histórico-social..... | 71 |
| 2.1.3. A crise na relação do indivíduo com a própria prática..... | 78 |
| 2.2 ONTOLOGIA FUNDAMENTAL E CONCEPÇÃO DE VERDADE ENQUANTO “DESVELAMENTO”..... | 80 |
| 2.2.1 Ontologia fundamental: diferença ontológica e as estruturas existenciais do <i>Dasein</i> | 80 |
| 2.2.2 Da essência da verdade: <i>alétheia</i> | 89 |
| 2.2.3 A apropriação de Aristóteles por Heidegger e o precedência da prática sobre a teoria..... | 92 |
| 3. A CIÊNCIA DO DIREITO COMO UMA “PRÁTICA” OU COMO “TEORIA SOBRE A PRÁXIS”?: UMA QUESTÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA..... | 102 |
| 3.1 A ESSÊNCIA DA CIÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO EXISTENCIAL DAS CIÊNCIAS E DA CIÊNCIA DO DIREITO..... | 102 |
| 3.1.1 A essência da Ciência desde a verdade enquanto desvelamento..... | 102 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.2 A perda do caráter prático da Ciência e da Ciência do Direito..... | 108 |
| 3.1.3 Interpretação existencial da Ciência do Direito..... | 112 |
| 3.2 O IMPACTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA EPISTEMOLOGIA DAS CIÊNCIAS HUMANAS..... | 119 |
| 3.2.1 Gadamer e a questão da Ciência..... | 119 |
| 3.2.2 A Hermenêutica filosófica de Gadamer e o debate com Betti..... | 127 |
| 3.2.3 Hermenêutica filosófica e formação de conceito..... | 134 |
| 3.3. A CIÊNCIA DO DIREITO COMO “CIÊNCIA PRÁTICA”..... | 145 |
| 3.3.1 A reabilitação da retórica e da prudência na Ciência do Direito..... | 145 |
| 3.3.2 A Ciência do Direito e a verdade retórica..... | 155 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 163 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 167 |

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é um desenvolvimento da nossa tese de mestrado, quando estudamos os fundamentos neokantianos, do projeto de Hans Kelsen, de dar autonomia epistemológica para a Ciência do Direito a partir de sua *Teoria pura do direito* (1934). Agora, nossa tese de doutorado é sobre a atualidade do debate oitocentista sobre a epistemologia das Ciências Humanas (Dilthey-Rickert) e os impactos do giro ontológico sobre este mesmo debate. Especificamente, nós estamos interessados em saber sobre as consequências do giro ontológico no pensamento regional sobre a Ciência do Direito a partir da Hermenêutica Filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer no seu *Verdade e Método* (1960). Nosso interesse pelo tema será justificado em tópico próprio. Por isto, neste Tópico acerca da problemática de nossa pesquisa, é urgente já adiantar o nosso questionamento central.

Portanto, a problemática geral desta atual investigação pode ser manifesta pela seguinte pergunta central: Diante da “crise das Ciências” denunciada por Heidegger e a partir de sua interpretação existencial da Ciência, quais são os impactos da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer na Ciência do Direito vista como Ciência Humana?

Apresentado o problema da nossa pesquisa, que questiona sobre quais seriam os impactos da Hermenêutica filosófica sobre a Ciência do Direito enquanto Ciência Humana, resta-nos justificar a importância desta pesquisa. Aqui, a tarefa é responder o porquê de estudar as transformações que a Ciência do Direito possivelmente sofre com a Hermenêutica filosófica, enquanto desenvolvimento do “giro ontológico” forjado por Heidegger.

Assim, para deixarmos os termos padronizados, vamos chamar tal “giro”, desenvolvido por Gadamer, simplesmente de “giro hermenêutico” na Filosofia, pois esta expressão aparece de maneira muito acertada como título da edição espanhola de *Hermeneutik im Rückblick* (1995), traduzida como *El giro hermenêutico*, pela Editora Catedra. A obra, em verdade, trata-se de uma coletânea de trabalhos e, dentre eles, há um do qual partiremos para desenvolver as nossas justificativas da relevância desta pesquisa de doutorado, pois justifica e incentiva as investigações acerca do conhecimento produzido pelas Ciências Humanas.

No texto traduzido para o espanhol, que ficou intitulado como *Sobre la transformación de las ciencias humanas* (1985), Gadamer traça uma breve reconstrução histórica da tradição

das Ciências do Espírito. O filósofo alemão parte dos grandes nomes da epistemologia do século XIX que trataram do tema, como Mill, com seus estudos sobre as “Ciências Morais”, Dilthey, inserido na tradição idealista herdeira de Kant e de Hegel, com seu estudo paradigmático sobre as “Ciências do Espírito”, e Rickert, com o seu Neokantismo de Baden, debruçado sobre a epistemologia das “Ciências Culturais”.

Mas Gadamer avança, fala sobre como os estudos sobre os fundamentos das Ciências Humanas sofreram impacto nas primeiras décadas do século XX. Segundo Gadamer, influenciados pela tomada da consciência histórica, de Dilthey; pela exaltação da existência, vinda por Kierkegaard e, já no século XX, pelo método fenomenológico, de Husserl, autores como Weber, Jaspers e Heidegger também tiveram forte parcela de influência nas Ciências Humanas (GADAMER, 1995, p. 127).

Desses autores citados no parágrafo anterior, Weber, com o seu neokantismo, foi determinante para Kelsen, quando na elaboração de uma Ciência do Direito normativa e autônoma, e Heidegger, por sua vez, foi determinante para romper com as amarras neokantianas, colocando, em suspenso (*epoché*), aquilo que ele mesmo chamava de *Faktum* da Ciência, ao elaborar a noção de que há um conhecimento mais originário que o teórico-científico – aqui, estamos falando dos primórdios da filosofia heideggeriana, do tempo da chamada Fenomenologia crítica, que foi avançando até se tornar Fenomenologia hermenêutica a partir de *Ser e tempo* (1927).

Assim, diz-nos Gadamer, Heidegger pôde fazer uma crítica às Ciências, inclusive às Humanas, ao mostrar um tipo de conhecimento mais originário do que o científico. Algo semelhante ele mesmo fez, seu ilustre aluno, o próprio Gadamer, quando em *Verdade e método* explorou a experiência das Ciências Humanas como algo menos ligado a um eventual produto de “descrição” dos fatos psicofísicos (Dilthey), “avaliação” de valores transcendentais (Rickert) ou “imputação” de valores jurídicos impressos nas normas jurídicas ordenadas (Kelsen), e mais como algo ligado à experiência da arte e do jogo.

Contudo, mesmo com tantas tentativas de avanços, nos estudos das Ciências Humanas nas primeiras décadas do século XX, Gadamer foi categórico ao afirmar que esta progressão de estudos sofreu uma dura interrupção depois dos acontecimentos de 1933 na Europa (GADAMER, 1995, 126-127).

Mas, afinal, do que Gadamer está se referindo? E quais seriam os motivos que causaram este “dura interrupção” no progresso das Ciências Humanas”? E quais seriam as consequências desta interrupção?

Todas estas questões levar-nos-ão a responder, finalmente, o porquê seria importante dar continuidade aos estudos sobre Ciências Humanas, conforme o próprio Gadamer, neste texto de 1985, defendeu, justificando-se, deste modo, esta pesquisa. Numa passagem importante, Gadamer vem nos dizer que, quando as consequências nefastas do ano de 1933 se fizeram notar sobre as Ciências Humanas, estas consequências foram muito piores do que nas Ciências Naturais (GADAMER, 1995, p. 127).

Gadamer não é muito claro nesta afirmação. Parece pressupor que o leitor já sabe qual foi o fato de 1933 que causou “consequências nefastas”. Nós entendemos que ele se refere à nomeação de Hitler como chanceler da Alemanha, mas, de modo implícito, está também se referindo à filiação de Heidegger ao partido nazista e ao fato de se tornado reitor da Universidade de Freiburg.

Gadamer, então, sugere que estes fatos afetaram fortemente a continuidade da tradição das Ciências Humanas, pois este foi um período de perseguição e de emigração intensa de investigadores judeus de renome internacional, tanto nas Ciências da Natureza, quanto nas Ciências Humanas. E, além deles, muitos outros humanistas abandonaram a Alemanha, levando as raízes românticas da tradição das Ciências Humanas para o novo mundo – isto é, para os Estados Unidos (GADAMER, 1995, p. 127).

Assim, Gadamer afirmou que as Ciências Humanas necessitam de continuidade e que seria preciso décadas para a superação do trauma de 33. Gadamer afirma, também, que as Ciências Humanas, desde então, tem mudado bastante nas últimas décadas, restando, portanto, a tarefa de se lograr que a “*relación de fuerzas de las diferentes tendencias, de peso variable, alcance um nuevo equilibrio, y al final, nuevos conocimientos sobre el mismo ser humano, conocimientos que hagan honor al término ‘ciencias humanas’*” (GADAMER, 1995, p. 129).

E este diagnóstico de Gadamer, que gera este chamado para a continuidade da tradição e do avanço nas Ciências Humanas, reflete-se na tradição das Ciências do Direito. Pois, conforme Gadamer (1995, p. 128) disse neste mesmo texto, as Ciências filológico-históricas terem sido as únicas que puderam, após 33, reconectar-se com a tradição viva das Ciências Humanas, defendemos que a tradição da Ciência do Direito também foi afetada e nunca mais recuperou seu lugar de destaque, nem entre as Ciências Humanas, nem como estudo possível

das normas jurídicas. Sobre isto, basta lembrarmos das duríssimas críticas ao maior representante desta tradição no mundo jurídico: Hans Kelsen e sua doutrina pura do Direito.

De acordo com Moreira, sobre o Positivismo jurídico normativista de Kelsen, devido a sua Tese da separação no âmbito da validade e no estudo das normas jurídicas pela Ciência do Direito, não foi difícil para que seus críticos culpassem estas ideias pelo surgimento do Nazismo ou, ao menos, pela indiferença dos juristas-cientistas quanto à validade de normas flagrantemente injustas. Conforme a acusação muito conhecida no tempo do pós-II Guerra, no seu texto, *5 minutos de filosofia do direito*, Radbruch atribuiu parcela de culpa para o positivismo jurídico de Kelsen quanto ao sucesso do totalitarismo nazista na Alemanha (MOREIRA, 2008, p. 235).¹

Acreditamos que estes fatos, aliados a um outro não menos relevante, que foi a emigração de Kelsen para os Estados Unidos, podem ser alguns dos motivos que causaram uma estagnação nos avanços dos estudos jurídicos enquanto Ciência.

Acreditamos que isto, inclusive, deu espaço para o predomínio, no mundo anglo-saxão, do debate pertencente à tradição da Filosofia Analítica sobre o Direito, e, no mundo continental e América Latina, de teorias críticas ao cientificismo de Kelsen – como os estudos pós-coloniais, desconstrucionistas, pós-estruturalistas, de teoria crítica, *Critical legal studies* etc.

Assim, nascida em Roma como *jurisprudencia* e depois transformada em Ciência teórica pelo cientificismo moderno, mesmo tendo sido diversificada com as tentativas de Dilthey em garantir a autonomia epistemológica das Ciências Humanas, ficou a tradição da Ciência do Direito estagnada no pós-II Guerra até os dias de hoje.

Contudo, acreditamos que, com a publicação de *Verdade e método*, em 1960, Gadamer pôde renovar a tradição das Ciências Humanas. Ainda que Gadamer tenha dito expressamente que não era sua intenção retomar o debate entre Ciências Humanas e da Natureza ou mesmo refundar os fundamentos filosóficos das Humanidades, defendemos que sua Hermenêutica filosófica acabou por ultrapassar estes limites.

Uma prova disto foi o fato de Gadamer ter ficado impressionado pelo jurista e epistemólogo italiano, Betti, logo que *Verdade e método* fora publicado. Mas os reflexos e as

¹ Sobre Radbruch e a sua própria noção de Ciência do Direito e de interpretação, indicamos o artigo do Prof. Dr. Saulo de Matos, quando publicou na *RECHTD* o artigo *A hermenêutica jurídica de Gustav Radbruch*, publicado neste ano de 2016.

polêmicas sobre as Ciências Humanas, causadas pela Hermenêutica filosófica de Gadamer, não é um fato apenas detectado por Betti, tampouco pela nossa modesta investigação.

O tema sobre a relação entre Ciências Humanas e Hermenêutica filosófica tem estado presente no pensamento filosófico mais contemporâneo. Segundo nossa pesquisa bibliográfica, encontramos os seguintes autores e suas respectivas obras que trataram da relação entre a Hermenêutica filosófica e as Ciências Humanas, desde a publicação de *Verdade e método*, em 1960. Só para citar os mais conhecidos e de debate mais frutífero, seguindo uma ordem cronológica:

- 1) Betti, com o seu *L'ermeneutica storica e astoricità dell'intendere* (1961);
- 2) Hirsch, com o seu *Validity in interpretation* (1967);
- 3) Apel, em *Analytic philosophy of language and the Geisteswissenschaften* (1967);
- 4) Rorty, em *Philosophy and the mirror of nature* (1979);
- 5) Habermas, em *Zur Logik der Sozialwissenschaften – Erweiterte Ausgabe – II Hermeneutik* (1982);
- 6) Vattimo, em *La finne de la modernité* (1985);
- 7) Warnke, em *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason* (1987);
- 8) Bernstein, em *Beyond objectivism and relativism* (1988);
- 9) Stein, em *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas* (1988);
- 10) Taylor, em *Gadamer on human sciences* (2002);
- 11) Grondin, com o seu *The philosophy of Gadamer* (2003);
- 12) Figal, com o seu *Gegenständlichkeit* (2006).

Desse modo, acreditamos que pensar as Ciências Humanas a partir da Hermenêutica filosófica, não é uma empresa “antiquada”, ou mesmo “exótica”, vinda de uma investigação feita na América Latina, no século XXI. Em verdade, trata-se de uma importante discussão que vem sendo travada, desde o primeiro ano da publicação de *Verdade e método*, tendo sobrevivido até o século XXI, como se pode ver pelas datas das obras mencionadas.

Por isso, retomar esta discussão para tratarmos da tradição da Ciência do Direito se justifica porque se trata de um empreendimento jus-filosófico sobre a atualidade e a relevância

de uma tradição que também formou a tradição jurídica brasileira, por exemplo, mas que vem perdendo espaço, já há algumas décadas, para o predomínio do debate de matiz analítico/anglo-saxão. Assim, esta tese trata-se, portanto, de uma tentativa de se dar continuidade à tradição dogmática e doutrinária que nos formou historicamente, no Brasil, por meio:

- 1) da influência da jurisprudência alemã neokantiana no pensamento de Tobias Barreto, no século XIX;
- 2) pela influência positivo-naturalista, mas de matiz continental, no início do século XX, com Pontes de Miranda;
- 3) pela influência direta de Kelsen no Brasil, nos anos 1930;
- 4) e pela versão brasileira da Jurisprudência dos valores, de traços egológicos (Cóssio), por Reale, nos anos 1960.

E também estamos cientes que esta tese não tem sua originalidade no fato de estudarmos o Direito e sua compreensão a partir da Hermenêutica filosófica de Gadamer. Pois, lembramos aqui que, mesmo no mundo analítico/anglo-saxão, Dworkin, no seu famoso *Law's empire* (1986), ainda que de modo bem breve, mencionou Gadamer, lembrando do “giro hermenêutico” como um dos pressupostos de seu interpretativismo jurídico.²

E já por aqui, no Brasil, Streck, com o seu *Verdade e consenso* (2011), de modo mais robusto e substancial, tratou dos problemas brasileiros de hermenêutica jurídica, mostrando a necessidade de se reformular a Teoria da decisão no Brasil, desde a Hermenêutica filosófica. Deste modo, a partir do breve histórico e de uma generalização do estado atual da Ciência do Direito, a originalidade e a importância de nossa tese reside, de modo central, seguindo Gadamer, no nosso estudo sobre o evento que sobrevém enquanto experiência de verdade (*alétheia*) na Ciência do Direito, e, de modo secundário, no estudo das alterações possíveis no processo de formação de conceitos jus-científicos.

A pesquisa será feita primeiro pelo recolhimento da literatura básica sobre a tradição da Ciência do Direito, Fenomenologia e Hermenêutica. E do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa será baseada na revisão de literatura sobre o trabalho de Hans-Georg Gadamer, a fim de encontrar bases ontológicas para apoiar as Ciências Humanas desde a atualização hermenêutica, especialmente, considerando o tema central sobre a ciência jurídica.

² Sobre esta possível, ou não, relação entre Dworkin e Gadamer, indicamos o artigo do Prof. Me. André Coelho, quando publicou o artigo *Dworkin e Gadamer: qual conexão?*, na revista *Peri*, em 2014.

A partir disso, a pesquisa pode chegar a uma conclusão, confirmando, ou não, as hipóteses. No entanto, é preciso estabelecer, aqui, o método a ser utilizado para a confirmação destas hipóteses. E isto é um ponto de tensão nesta pesquisa, uma vez que ele é “meta-epistemológico”.

Aqui, partindo da própria suspensão (*epoché*) hermenêutico-fenomenológica que Gadamer, inspirado em Heidegger, fez em relação ao conhecimento científico das Humanidades, também não poderíamos nos escusar de realizar o mesmo, até por uma questão de não nos contradizermos.

Assim, partindo do pressuposto hermenêutico-fenomenológico da versão do “giro hermenêutico” desenvolvido por Gadamer em *Verdade e método*, a “verdade”, em Ciências Humanas, tem menos a ver com esta metodologia inspirada no Idealismo moderno, e muito mais a ver com a experiência do desvelamento da verdade (*alétheia*), que vem sem a necessidade de método. No entanto, isto também não significou uma rejeição de qualquer método para as Humanidades por Gadamer.

Mas, mesmo para tratar desta hipótese, precisamos, aqui, deixar claro o *modus operandi* de nossa investigação. O “método” de estudo sobre o método. Por isto, o “método”, aqui, aparece entre aspas. Pois o ato de compreensão do objeto da pergunta-guia desta investigação, “Quais os impactos da Hermenêutica Filosófica forjada por Hans-Georg Gadamer, enquanto desenvolvimento do giro ontológico, na Ciência do Direito vista como Ciência Humana?”, é muito mais um modo de ser-no-mundo do nosso *Dasein*, do que um procedimento metódico, como se defendia no século XIX.

Como se vê, nossa formação de conceito, aqui, dar-se-á sobre o próprio tema da formação de conceito em Filosofia, partindo do pressuposto hermenêutico-fenomenológico na versão de Gadamer. Ou seja, para sermos rigorosos com as nossas próprias hipóteses, consideramos que a verdade a ser produzida por esta investigação ocorre por um abrangente “evento” pelo qual nossos preconceitos da tradição da Filosofia continental e das Ciências Humanas, bem como da Ciência do Direito, serão explicitados e confrontados, considerando a linguisticidade de toda compreensão, com o que diz a “coisa do texto” das obras em estudo e também com a atualidade histórico-hermenêutica de nossas práticas jus-científicas, mostrando.

Nossa tarefa, aqui, é colocar em suspenso (*epoché*) os conceitos fundamentais de Ciência Humana e de Ciência do Direito para, ao fim, construir argumentos fundamentados na nossa reconstrução histórica da tradição jurídica que pode, ou não, confirmar nossas hipóteses

já apresentadas. Assim, nossa tentativa de investigar e responder a nossa problemática se dará por 3 Capítulos, dividimos de modo resumido da seguinte forma:

1) o Capítulo 1 tratará da tradição da Ciência do Direito até Hans Kelsen, explorando a perda do seu caráter prático, passando pelo processo de cientificização do Direito, naturalização da Ciência do Direito até a tentativa kelseniana de aferir autonomia epistemológica por meio de sua doutrina pura do Direito;

2) o Capítulo 2 tratará da crise das Ciências que Husserl brilhantemente já escrevera sobre, mas, essencialmente, tratará da crise tripla que as Ciências sofreram no fim do século XIX e início do século XX, conforme Heidegger denunciou no seu *Introdução à filosofia*;

3) por fim, no Capítulo 3, última parte desta tese, finalizaremos nossa construção histórica e a apresentação da crise das Ciências sobre a qual Heidegger se debruçou para, de modo original, propor uma interpretação existencial da Ciência do Direito e estabelecer seus limites e o modo como Gadamer reinterpretou as Ciências Humanas e a Ciência do Direito a partir de sua Hermenêutica filosófica, para que, assim, possamos mostrar de que modo há atualidade da Ciência do Direito enquanto Ciência Humana, desde o paradigma hermenêutico gadameriano.

1 A CIÊNCIA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA HUMANA: DELIMITANDO A PROBLEMÁTICA

1.1 O NASCIMENTO DAS CIÊNCIAS HUMANAS E A BUSCA POR UMA CIÊNCIA DO DIREITO NO SÉCULO XIX

1.1.1 Reação ao Idealismo alemão e o nascimento das Ciências Humanas

Marcado pelo Idealismo Transcendental, de Kant, e pelas suas tentativas de fundamentar filosoficamente as Ciências Naturais, procurando pelas condições de possibilidade de se produzir juízos sintéticos *a priori* a partir de toda experiência possível, a Filosofia no século XIX estava preocupada com os pressupostos epistemológicos do conhecimento científico. Mas esta nova configuração da Filosofia somente se tornou essencialmente uma espécie de “filosofia das ciências” com a crise daquele Idealismo que, a despeito do Idealismo de Kant, tentou reinstaurar o santuário da Metafísica. Estamos falando do Idealismo Absoluto, de Hegel.

A Filosofia, enquanto “Doutrina das Ciências”, preocupada com as suas limitações e possibilidades e que gerou consequências interessantes quanto à diversidade da abordagem filosófica, bem como muitas correntes filosóficas do século XX, dividida entre Filosofia Continental e Filosofia Analítica, somente surgiu após a crise do Idealismo hegeliano, reagente ao Idealismo de Kant. Trata-se do período iniciado após a morte de Hegel em 1840.

Em seu *After Hegel* (2014), Friedrich Beiser, explica-nos que as três primeiras décadas do século XIX foram algumas das mais criativas de toda a Filosofia Moderna, pois foi o tempo em que coincidiram a formação e a consolidação da tradição idealista – de origens cartesianas – com o desenvolvimento de um dos mais influentes movimentos intelectuais, que ficou conhecido como Romantismo Alemão. A questão é que mesmo ambas as tradições, idealista e romântica, acabaram por se estabelecer nas universidades e, na consciência pública europeia

nos primeiros anos do século XIX, o declínio da tradição idealista, que também levou consigo, para o crepúsculo da romântica, marcando um tempo de desordem e de confusão na Filosofia. Por outro lado, Beiser também vem nos dizer algo de que não poderíamos jamais discordar e que justifica o ponto de partida deste presente trabalho, o fato de que a decadência do Idealismo, de um modo geral, com a morte de Hegel em 1840, também foi responsável pelo surgimento de uma nova era para a Filosofia, era de intensa criatividade, como veremos ao longo deste tópico (BEISER, 2014, p. 2-3).

Sobre a criatividade da segunda metade do século XIX, podemos afirmar que compreendê-la é de extrema importância para se traçar o ponto de partida de nossa investigação. Pois se se quiser ir a fundo na tentativa de se reconstruir a tradição científica do Direito, ao ponto de poder lidar com tal tradição a partir da Hermenêutica Filosófica, e, com isto, buscando saber os impactos da Filosofia de Gadamer na Ciência do Direito, mostrando como seria possível responder à crise tripla das Ciências apontada por Heidegger em *Introdução à Filosofia*, para que se possa, ao fim, tentar atualizar a Ciência do Direito enquanto Ciência Humana, é preciso compreender as diversas direções que a Filosofia tomou no tempo pós-hegeliano.

González Porta consegue nos mostrar, pelo menos, quatro direções principais da Filosofia depois de Hegel: a) a virada à “faticidade” do hegelianismo de esquerda, de Feuerbach, Marx e outros; b) o irracionalismo, de Schopenhauer, Nietzsche, Kierkegaard e outros; c) o Positivismo Filosófico francês e britânico; e d) a reação idealista de caráter antimaterialista e antipositivista, a saber, a promovida pelos neokantianos e suas Escolas (GONZÁLEZ PORTA, 2011, p. 16-17).

De modo um pouco distinto, Beiser traça as diferentes direções tomadas pela Filosofia pós-hegeliana da seguinte maneira, mostrando que estes seriam os maiores desenvolvimentos pós-1840: a) o surgimento do Neokantismo, que foi um movimento filosófico dominante na Alemanha de 1860 ao ano de 1914; b) A controvérsia do Materialismo, que foi uma das disputas mais importantes deste mesmo período; c) O nascimento do Historicismo, enquanto um dos maiores movimentos filosóficos oitocentistas – que, como veremos oportunamente, terá impacto importante na epistemologia jurídica, e não apenas na Escola Histórica do Direito; d) As raízes da lógica de Frege – inaugurando, aqui, os primeiros passos da Filosofia Analítica; e e) O nascimento do pessimismo na Filosofia, conjuntamente com a intensa discussão sobre o valor da vida – em outras palavras, o movimento filosófico que também pode ser chamado de Vitalismo – o qual teve Nietzsche como interlocutor (BEISER, 2014, p. 8).

Dos dois espectros de escolas e movimentos filosóficos surgidos a partir da decadência do Idealismo e do Romantismo alemão, destacamos três movimentações do pensamento para reconstruirmos a tradição da Ciência do Direito como via aberta para trabalharmos no propósito central deste trabalho, que é saber sobre os impactos da Hermenêutica Filosófica na Ciência do Direito. Destacamos: i) o Positivismo, de Comte e Mill; ii) o Historicismo – de fortes traços hegelianos, vitalistas e neokantianos, de Dilthey; e o Neokantismo, de Rickert (Escola de Baden). Mas por qual motivo nos interessa falar sobre estas três direções pós-hegelianas?

Pelo decorrer do trabalho, não tocaremos no tema da relação entre Ciências Humanas e Filosofia Analítica, herdeira da lógica de Frege, assim como da relação entre Ciências Humanas e crítica das ideologias, típico do Materialismo marxista. A questão é: deixaremos estas correntes de fora, porque Comte, representando o Positivismo, Dilthey, representando certo de tipo de Historicismo e de Vitalismo, e Rickert, representando o Neokantismo, pensado pela Escola de Baden, já formam teorias fundamentais para a devida compreensão do surgimento das Ciências Humanas, que se deu neste período pós-Hegel.

Sobre Dilthey, como vamos sustentando desde a Dissertação, entendemos que a primeira característica a ser dita aqui sobre o epistemólogo alemão é que sua Filosofia é marcada pelo hibridismo (MARTINS, 2014, p. 35). Pois traz consigo o fetiche cientificista do Positivismo, quando tenta “elevar” as Humanidades ao nível de estudo científico, a preocupação historicista com o conhecimento objetivo da história e o transcendentalismo do Neokantismo, já que tal preocupação com a cognição dos fatos históricos se trata da tarefa de se fazer uma “crítica da razão histórica”, estabelecendo-se as condições de possibilidade do conhecimento histórico. E, por meio da busca por estas condições de possibilidade, Dilthey estabelecerá o método e o objeto de estudo não apenas da Ciência da História, mas também de todas as Ciências Humanas, como a Psicologia (Analítico-descritiva), Sociologia e Ciência do Direito.

O método e o objeto das Ciências Humanas não poderiam ser os mesmos das Ciências Naturais. Quanto ao objeto, Dilthey fala-nos sobre um mundo que não seria constituído por fatos naturais, fenômenos da natureza enquanto objeto de estudo de Ciências Naturais, como a Física, por exemplo, quando estuda o fenômeno da dilatação dos metais. O mundo a ser estudado pelas Ciências Humanas é o mundo sócio-histórico, um mundo que desponta do mundo natural, mas que não é dado pela natureza, tampouco regido pelo Princípio da Causalidade. Por isto, o método também não será o da “explicação”, que procura pela causa dos fenômenos naturais, mas o da “compreensão” dos fatos históricos, um processo cognitivo o qual opera de modo bem distinto do da explicação científica e sua busca por Leis Naturais.

Dilthey acreditava que havia um segundo centro de realidade. Este outro “centro” é o mundo histórico-social, ou, ainda, também podendo ser chamado de mundo espiritual. Neste segundo centro de realidade é o lugar abstrato onde ocorre um retorno. O retorno do homem para o interior da vivência. No mundo espiritual, a natureza nunca poderia se ausentar. Ela é o palco da Histórica, da Cultura.

No entanto, somente no mundo espiritual, é que há espaço para significação. O mundo histórico-espiritual é também o lugar exclusivo da significação. O lugar de valores e de finalidades. Tal “mundo” é o interior do homem, enquanto que o mundo natural é externo. Dilthey está nos dizendo que é no mundo espiritual que o sistema de fins, valores, memórias etc, que a humanidade e suas organizações sociais ganham unidade.

Desse modo, aos moldes de Kant, quando escrevera a *Crítica da razão pura*, na época, preocupado com as Ciências Naturais, o projeto de uma “crítica da razão histórica”, empreendida por Dilthey, é a tarefa que implica saber quais são as condições de possibilidade de todo conhecimento possível deste mundo histórico-espiritual pelas Ciências Humanas. Esta empreitada faz-se pela distinção das faculdades particulares que operam simultaneamente para a realização das conexões internas no mundo espiritual.

Um exemplo muito interessante, usado pelo próprio Dilthey, é das *Confissões*, de Santo Agostinho. Segundo Dilthey, caso se queira compreender a vida de Santo Agostinho, a sua vivência, no início da Cristandade, o desafio é ter a ciência de que “a compreensão de sua vida se realiza na relação entre as partes dessa vida e a concretização de um valor absoluto” (DILTHEY, 2006, p. 177).

Com essa citação do parágrafo anterior, estamos tentando mostrar como Dilthey buscou “resolver” o problema de se conectar ao passado com a objetividade que um conhecimento científico exige. O exemplo de Santo Agostinho, usado por Dilthey, é importante, porque elucida muito bem a sua proposta de uma Ciência Histórica enquanto Ciência Humana, capaz de fazer com o que o sujeito do conhecimento se conecte com o passado. Conforme Dilthey, a vivência particular de Santo Agostinho, em sua época, é única, singular e impossível de ser repetida.

Ao menos de um ponto de vista pretensamente antimetafísico, como é o de Dilthey, não se vive de novo, nem a História se repete. Mas a despeito disto, a Ciência da História seria possível, porque o acesso ao passado se daria pela via da empatia com o espírito de Agostinho via a objetividade do Espírito que se objetiva nas suas *Confissões*, o que possibilitaria um

retorno ao passado com objetividade, caso, por exemplo, queira-se saber o processo de conversão do Santo à vida católica.

E esse processo de “revivência”, “empatia”, que se dá por meio da compreensão (*Verstehen*), viabilizada pela interpretação da vivência do passado, trata-se do próprio legado da teoria geral de interpretação, de Schleiermacher. Influenciado por Trendelenburg, Schleiermacher desenvolve um método de interpretação que, em verdade, trata-se de um processo de recriação do processo de criativo do autor que se está interpretando.

Essa recriação é uma revivência. Um ato de conexão que, por vezes, exige um retorno ao tempo de criação do autor. Tal ato é feito de modo espontâneo pelos gênios. Eles conseguem superar a singularidade de suas consciências, suas subjetividades, para atingir a universalidade e a objetividade do sentido produzido pelo autor de sua interpretação no momento da criação.

Dilthey foi relevante para o início do século XX na Filosofia. Sua apropriação de Schleiermacher foi muito importante para dar não apenas continuidade à sofisticação da tradição hermenêutica, mas também por ter facilitado o processo de construção da Fenomenologia, de Husserl; a Fenomenologia hermenêutica, de Heidegger e, também, a Hermenêutica filosófica, de Gadamer.

Conceitos, como “mundo da vida” (*Lebenswelt*), importantíssimo para se entender a Fenomenologia na fase transcendental de Husserl, foram criados por Dilthey. E seu papel também foi o de intensificar o movimento de autonomização da epistemologia das Ciências Humanas. Dilthey acabou por influenciar e também criar oposição à sua própria Epistemologia por parte dos neokantianos, como Windelband e Rickert.

Como se vê, o projeto de se garantir autonomia epistemológica para as Ciências Humanas não esteve sob o monopólio de Dilthey. O Neokantismo de Baden, desenvolvido por Windelband e Rickert, procurou refutar o Historicismo de um modo geral. Quanto ao Neokantismo, de Rickert, especificamente, o filósofo da Escola de Baden tentou refutar não apenas o Positivismo e o Historicismo mais arcaico (Herder, Droysen e Rank), mas também a Filosofia de Dilthey, mais diretamente. Rickert acreditava que Dilthey e o Historicismo, de um modo geral, não teriam conseguido desenvolver bases seguras para uma Epistemologia das Ciências Humanas que consiga fugir do relativismo e que garanta objetividade. Mas qual foi, então, a proposta oferecida por Rickert, no avanço dos fundamentos das Ciências Humanas?

Rickert propôs uma saída contra o relativismo e a falta de objetividade nas Ciências Humanas, recorrendo a uma abordagem epistemológica para, agora, chamada Ciências

Culturais, por meio de um aporte formal, teórico. E o neokantiano fez isto partindo de uma Filosofia dos valores. O que antes era chamado por Dilthey de *Geisteswissenschaften*, ou seja, “Ciências do Espírito”, conforme os traços hegelianos renascentes em Dilthey, Rickert passa a chamar estas Ciências não-naturais de Ciências Culturais, de *Kulturwissenschaften*. Esta mudança não é aleatória. Estas Ciências, agora, não mais se relacionavam com conceitos tão hegelianos como “Espírito objetivo”.

Tais Ciências passam a se referir a um mundo não-natural, como pensava Dilthey. Porém, este mundo não-natural será designado por Rickert como “mundo cultural”, um mundo dos valores culturais, que não possui “existência”, mas “validade”. O mundo da cultura é um mundo formal, transcendental, universal e necessário. Assim, Rickert pensava conseguir garantir a objetividade necessária para um tipo de conhecimento não-naturalista que quisesse se apresentar como científico, rigoroso. Sua via foi uma alternativa à Metafísica por demais hegeliana, de Dilthey.

No entanto, também não podemos deixar de perceber que Rickert aposta no Idealismo transcendental, ao seguir o “retorno a Kant”, iniciado por Trendelenburg, desenvolvido pela Escola de Marburg e continuado no século XX pelo próprio Rickert, mas ligado a Baden, Cassirer e Vahinger – que parecia não pertencer nem a Marburg, nem a Baden.

Em *Ciência cultural e ciência natural* (1899), Rickert via a Ciência como um tipo de conhecimento que deveria “descobrir o mundo” como tal. A questão problemática, todavia, era que a realidade empírico-natural “é dada”, dá-se (*es gibt*) para o sujeito cognoscente como uma “incalculável multiplicidade”. O que isto significa?

Seguindo Kant, Rickert afirmava que a mínima parcela desta realidade multifacetada de modo incalculável é muito mais complexa do que a capacidade do homem, na sua finitude, poderia apreender. Logo, baseado no Construtivismo, de Kant, Rickert sabe que o mero ato de reproduzir a realidade, reduzindo-a em conceitos, juízos ontológicos, não seria possível.

Assim, Rickert afirmava que, caso se queira ostentar o produto de uma investigação científica como tal, seria preciso assumir que a tarefa de descrição científica não é a da reprodução. A tarefa da Ciência não seria a da produção de conceitos que mimetizam a realidade, porque ela é irreprodutível, não-conceituável. A Ciência não seria a da mera descoberta pura e simples daquilo que “se dá” no real, como poderiam pensar os ingênuos positivistas e os historicistas mais tradicionais. A tarefa das Ciências seria, portanto, a de transformação. Pois toda subsunção da realidade pelos conceitos científicos seria, em verdade,

uma simplificação do não-simplificável. Diante da incalculável multiplicidade do real, não poderia o cientista traduzi-lo pelos seus conceitos descritivos reprodutivos (RICKERT, 1922, p. 33-34).

A conclusão que Rickert é levado a chegar a partir desta impossibilidade de se apreender a realidade por meio de conceito reprodutivo feito pela Ciência corresponde a uma compreensão bastante kantiana, a de que a realidade seria, em tese, irracional, justamente devido à impossibilidade de subsumi-la a conceitos (RICKERT, 1922, p. 34).

Entretanto, Rickert exigiu uma maior reflexão sobre esta impossibilidade. E a saída oferecida pelo filósofo neokantiano foi a de pensar que os conceitos/juízos científicos poderiam “construir” a realidade, transformando-a de irracional para racional. Mas isto somente poderia ser possível a partir de uma nova compreensão da atividade científica, ou, ao menos, uma retomada do “construtivismo” kantiano, que transformaria a realidade natural de *heterogeneous continuum* em *homogeneous continuum*.

Assim, para Rickert, é através da ruptura conceitual entre heterogeneidade e continuidade que pode ser possível “construir” conceitualmente a realidade, como um mundo racional. A realidade “contínua”, pois está no tempo, só pode ser subsumida por um conceito científico se for transformada em uma realidade “homogênea”, isto é, em uma realidade em que a multiplicidade, a sua deveniência contínua, possa ser vista como se fosse dotada de homogeneidade.

Mas isso vale apenas para as Ciências Naturais. Pois são as Ciências que buscam encontrar o universal na natureza. Elas buscam reconstruir conceitualmente o real, que é uma continuidade heterogênea no sentido que estamos dizendo aqui. O mesmo não ocorre com o que Rickert chamou de Ciências Culturais. E quando se fala da Ciência do Direito, Rickert formula um outro Princípio. Por enquanto, temos que dizer que Rickert formula outro Princípio de Formação de Conceito para as Ciências Culturais, porque estas encaram a realidade que lhe é objeto de estudo, de modo diverso da “heterogeneidade contínua” que é o mundo natural. As Ciências Culturais também transformam o real em racional, mas fazendo da sua “heterogeneidade contínua” uma “discrição heterogênea” (RICKERT, 1922, p. 36). O que isto quer dizer?

De acordo com Bambach, Rickert estabeleceu que havia dois caminhos para a existência de conhecimento científico: 1) um transformaria a realidade a partir de um “conceito

universal”; e 2) o outro transformaria a realidade desde um “conceito particular” (BAMBACH, 1995, p. 98).

De modo mais simples, como as Ciências Culturais da História, por exemplo, não lidam com a natureza e sua contínua heterogeneidade, até mesmo porque seu objeto de estudo não é contínuo. Pois um fato passado não se repetirá, como a Revolução Francesa ou a recusa da coroa prussiana por Frederico Guilherme IV, não há o que se falar em um conceito científico que permaneceria com a noção de continuidade, mesmo tornando o real homogêneo, universal e necessário.

Assim, no caso da História, a tarefa de seu cientista é a de somente atribuir um valor histórico-cultural a um fato ou a um ato, transformando o que há de contínuo em “discreto”, “discrição heterogênea”, conforme o Princípio de Formação de Conceitos científicos próprios das Ciências Culturais.

A questão mais importante, contudo, é que a Ciência do Direito ocupa, segundo Rickert, um lugar intermediário entre os princípios de formação conceitual. Pois a Ciência do Direito produz um conceito universal e necessário, como são os das Ciências Naturais, mas, ao mesmo tempo, realizam a tarefa de atribuição de valor a um ato ou a um fato, como os conceitos “discretos” das Ciências Culturais. E isto foi muito influente em Kelsen.

Mas veremos isto no subtópico a seguir, no qual mostraremos como Kelsen produziu uma alternativa neokantiana para o naturalismo positivista e para o historicismo idealista de sua época, sempre no intuito de salvar a Ciência do Direito de teorias psicologizantes ou sociológicas por meio de uma Epistemologia que pudesse fazer do conhecimento científico um conhecimento não-empírico, mas que seu envolvimento com os valores respeitasse o caráter formalista do Direito, teórico, descritivo.

A grande questão é saber como seria isto possível. E Rickert foi quem possibilitou tal feito para as Humanidades, tendo influenciado não apenas Kelsen, mas, essencialmente, Weber (quem também influenciou Kelsen), nesta tarefa de se fundamentar uma Ciência que produzisse “juízos de avaliação”, que são juízos que envolvem valores, mas que, ao mesmo tempo, são valorativamente neutros (*Wertbeziehung*).

1.1.2 A tradição da Ciência do Direito: entre o naturalismo positivista e o historicismo jurídico

O historiador alemão Wieacker, em seu *História do direito privado* (2010) alemão, mostra que a tradição jurídica deste período do surgimento das Ciências Humanas, que foi a segunda metade do século XIX, é marcada pelo Positivismo Filosófico, também chamado de “Científico”, originado por Comte. É possível dizer que o Positivismo formou uma “Visão de mundo”.

O Positivismo primava pelo método científico causalista, mas acabou por ser um tipo de pensamento ampliado, fazendo com que a explicação da vida natural sempre estivesse sob a perspectiva do Empirismo científicista. Muitos pensadores e cientistas foram influenciados pelo Positivismo, como, por exemplo, a influência sobre as descobertas de Charles Darwin e, inclusive, com algumas restrições, também sobre a Filosofia de Nietzsche e sua confiança na Ciência. Assim, não foi difícil para que o Positivismo Filosófico adentrasse na agenda da teoria do Direito.

Desse modo, as vias de pensamento sobre o Direito, nesta segunda metade do século XIX, ainda que incompatíveis entre si, podem ser definidas como modos de pensar com uma base em comum positivo-científicista, como, por exemplo: 1) a Jurisprudência Analítica de Bentham até Mill, que criticaram o Idealismo e o Realismo conceitual da época por meio do Utilitarismo; 2) a Jurisprudência nacionalista, herdeira do Jus-historicismo e da Jurisprudência dos Conceitos, que tinha caráter autoritário, conservador e nacionalista, de base hegeliana; e 3) a crítica socialista, que tinha sua versão científicista, fundamentada no Materialismo histórico-dialético, de Karl Marx (WIEACKER, 2010, p. 513).

Assim como no contexto essencialmente filosófico, sobre a tradição jurídica, interessamos, aqui, muito mais a corrente oitocentista da Filosofia germânica do Direito. No contexto oitocentista da Filosofia alemã do Direito, na segunda metade do século XIX, a ideia de codificação estava fora de questão. Resistindo à codificação francesa, os povos germânicos tinham uma compreensão romântica e historicista sobre o Direito. Eles se diziam herdeiros do Direito Romano, via Sacro Império Romano-Germânico.

Por causa do *Código de Justiniano*, os juristas tedescos dispensavam o impulso codificador – apesar de Thibout, que representava a defesa de um Código Civil para os alemães. Nascido do movimento romântico e hermenêutico, o Historicismo jurídico, pertencente à Escola História do Direito, era contrário às abstrações e ao universalismo iluministas, bem como a sua culminação, dada com o *Code Napoléon*, que codificou os Direitos (subjetivos) Naturais na França de Bonaparte.

A Escola História do Direito encontrava-se em dificuldades quanto aos fundamentos filosóficos da onda codificadora iniciada pelo *Code Napoléon*, de 1804. O Jus-historicismo opôs-se à ideia de “Homem” em geral. Esta ideia era tipicamente iluminista. Vinha de uma noção de “Razão natural universalista” e de um ideal de “progresso material constante”, que resultaria na emancipação do Homem e na ruptura com a tradição.

Desse modo, do mesmo jeito que é possível dizer que o Racionalismo jurídico tem o Iluminismo como fundamento, a Escola Histórica do Direito tem não apenas o Historicismo, mas também o Positivismo e o Romantismo alemão como bases epistemológicas.

Sobre as raízes do Historicismo jurídico, temos que retornar ao pensamento do primeiro romântico e, ao mesmo tempo, o primeiro historicista: Herder. Ele foi um pensador alemão do início do século XIX, responsável pela formulação do conceito mais básico da Escola Histórica do Direito: a noção de Espírito do povo (*Volksgeist*). Foi a partir desta ideia, obviamente legatária do Idealismo de Hegel, ainda que com tantas ressalvas, que o Jus-historicismo, de Hugo e de Savigny, puderam se desenvolver.

Assim, Herder pôde permanecer com a ideia de progresso dos iluministas – posteriormente, apropriado pelo Positivismo de Comte –, mas também pôde tentar abandonar a noção de que a história possui uma “evolução”. Além disto, Herder também rejeitava a noção de “progresso material” como sinônimo de evolução histórica. Herder traz consigo traços do Idealismo, de Hegel, como dissemos, mas a composição filosófica do Historicismo é antimetafísica e antirracionalista. Muito antes do Historicismo, Kant já havia feito sua crítica ao Racionalismo, de Wolff. Logo, o contexto de Herder é criticista.

O historiador do Direito Alemão, Wieacker, mostra-nos que o Historicismo, de Herder, fundamentou a Escola Histórica do Direito, causando alguns impactos na tradição jurídica. A Escola História do Direito fundamentou-se nas três “críticas” kantianas para desenvolver a sua própria concepção de Ciência do Direito. E as consequências disto se refletiram nas concepções antijusracionalistas de que: 1) o Direito é diferente de uma Ética abstrata e universalista; e 2)

que, também, a Ciência do Direito é autônoma em relação ao Direito Positivo (WIEACKER, 2010, p. 402).

A primeira (1) consequência trata-se da influência no Historicismo jurídico da distinção feita por Kant, em sua *Doutrina do direito*, entre Ética e Direito. Para o filósofo de Königsberg, a Ética é o conjunto de leis que faz de uma ação um dever. Além disto, o motivo desta ação, que a fundamenta, tem que ser o próprio “dever”. Já quanto ao Direito, Kant entendia tratar-se de um conjunto de leis o qual faz da ação também um dever, mas o seu motivo fundamentador jamais seria o próprio “dever”, pois, em se tratando de questões jurídicas, o motivo que fundamenta uma ação pautada em uma lei jurídica deve ser um “motivo externo”, um motivo que constranja o sujeito, que exerça força coerciva o suficiente para fazê-lo agir de acordo com o dever previsto pela lei jurídica. A partir deste raciocínio, Kant pôde nos dar um conceito de Direito: Direito é a soma das leis as quais constroem coercitivamente a ação humana, formando, tal soma de leis, a Doutrina do Direito Positivo (KANT, 2008, *MC*, 71-72; 75-76).

Desse modo, 1.1) como já vamos falando desde trabalhos anteriores, queremos e sustentamos a tese de que a Escola Histórica do Direito adotara a distinção paradigmática entre Direito e Ética. E esta desidentificação explica o interesse científico dos jus-historicistas sobre o Direito Positivo, sobre o Direito criado. Todavia, mesmo essa aproximação entre historicistas jurídicos e a Filosofia do Direito de Kant é limitada. Levando em conta outro texto importante de Kant, a *Metafísica dos costumes*, esta relação, aparentemente próxima entre Kant e a Escola Histórica do Direito, finda quando o filósofo do Idealismo transcendental quis fundamentar o Direito sobre os Princípios *a priori* da Razão pura prático-jurídica. Esta pretensão de Kant, que garantiria um caráter universal para o Direito, não poderia ser endossada pelos jus-historicistas, já que concebiam a ideia de “Espírito do povo” como parâmetro legitimador/fundamentador das fontes do Direito, que é relativo, histórico, contextual, em vez de Princípios *a priori*, universais e necessários.

Já a segunda consequência (2) de Kant sobre a Escola Histórica do Direito, trata-se da influência do caráter “constitutivista” do Idealismo kantiano no Jus-historicismo. Com esta Escola, a Ciência do Direito ganha autonomia científica, distanciando-se do mero Empirismo naturalista. O kantismo, em Savigny, fará com que sua Escola entenda que os conceitos jurídicos surgem da espontaneidade do sujeito transcendental. A realidade passa a ser construída na Ciência do Direito. Este é o papel produtivo do cientista do Direito. Aliado a isto, o cientista do Direito produz conceitos jurídicos que são fontes do Direito. Assim, a doutrina,

produzida pelos juristas, não se trata mais de mera “cópia” da dogmática jurídica. Os juristas produzem a própria dogmática jurídica. Dessa forma, um avanço proporcionado pela Escola Histórica do Direito foi a de ter “elevado” a antiga *jurisprudencia* romana ao *status* estado de Ciência do Direito autônoma. Os positivistas já tinham tornado a *jurisprudencia* uma Ciência, mas foram os jus-historicistas quem a tornaram algo mais distante do naturalismo, via fundamentação no “Espírito do povo”. O cientista do Direito seria, agora, capaz, de conectar com a essência da tradição jurídica alemã.

Com a Escola Histórica do Direito, ensina-nos Mario Losano que a Ciência do Direito pôde sair da fase “dogmática” para a fase da “construção jurídica”. A construção de conceitos. Segundo o mestre italiano, esta transformação já tinha sido feita por Savigny por meio de sua outra obra de juventude, chamada de *Das Recht des Bestzes (O direito das posses)*, de 1803 (LOSANO, 2008, p. 330). E, na sua obra magna, o *Sistema de direito romano atual*, Savigny dizia que os jurisconsultos, que constroem a “doutrina”, influenciavam fortemente o Direito Positivo. Assim, era a Doutrina a verdadeira fonte do Direito. E este “direito”, construído pelos juristas, era chamado de “Direito científico”, o “Direito dos jurisconsultos” (SAVIGNY, 1878, p. 49). Um Direito produzido pela Ciência, que possibilitava a conexão entre o jurista e o passado, entre uma consciência particular e uma tradição, um Espírito geral, mas que também era relativo à cultura germânica e ao seu passado romano.³

Um último impacto (2) o qual consideramos que fora causado pela Escola Histórica do Direito, foi o da “tomada da consciência histórica” na tradição jurídica. Pois a ideia herderiana de “Espírito do povo” é absorvida por Savigny, o maior jurídico continental do século XIX. Savigny entendia que o Espírito do povo é a fonte verdadeira do Direito alemão.

³ Enquanto nas demais nações o direito romano era aplicado de modo subsidiário, nos territórios alemães, este direito tinha autonomia, sendo aplicado ora subsidiariamente ao direito local, ora com peso hierárquico maior. De acordo com Losano, o *Digesto*, que pode ser chamado também em grego como *Pandectas*, teria sido encontrado pelo Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Lotário III, em 1137 (LOSANO, 2007, p. 56). Assim, o Sacro Império Romano-Germânico é importantíssimo para a devida compreensão da tradição da *civil law*. Não apenas por esta tradição levar o nome deste Império, mas porque a sua história explica a sistematização que o direito romano sofrerá no século XIX pela Escola Histórica, de Savigny, e pela Jurisprudência dos Conceitos, de Puchta e de Jhering. Este Império dizia-se herdeiro do Império Romano Ocidental. Mas, agora, numa versão “santa”, em que o imperador seria o representante do mundo espiritual e secular. O Sacro Império também pode ser conhecido como o *I Reich*, que durou um pouco mais de mil anos, entre 800 d.C e 1806, findando no período das guerras napoleônicas. A Alemanha, como estado nacional, ainda não existia. Ela era dividida em principados e, dentre eles, o Sacro Império, reunindo povos germânicos. Losano ensina-nos que o mito da descoberta do *Digesto*, por Lotário III, em verdade, mistifica a formação dos juristas germânicos em Bolonha, onde aprenderam sobre direito romano na versão bizantina. Assim, de modo gradual, o direito romano estabeleceu-se como o “direito comum” entre os povos germânicos, tendo sido, “(...) portanto, aplicado no território do Sacro Império Romano-Germânico não através da atividade legislativa, mas através da atividade de jurisprudência” (LOSANO, 2007, p. 57).

Assim, o Direito passa a ser fruto do “Espírito”, que se objetiva na tradição histórico-cultural do povo germânico (WIEACKER, 2010, p. 405-406).

Wieacker, então, vem nos ensinar que, como “Ciência histórica”, a Ciência do Direito exploraria feita pelos juristas adviria do Espírito do povo. O objeto de estudo, agora, já estaria determinado, mas não pelas abstrações – via *more geométrico* – do jus-racionalistas ou pelo Código. A pré-determinação do objeto de estudo do Direito dar-se-ia pela tradição romana atualizada pela ação do Espírito. O jurista estudaria o passado romano, o Direito do *Código de Justiniano*, que o Sacro Império Romano-Germânico herdou, construindo, ao mesmo tempo, conceitos jurídicos aplicáveis na atualidade de sua era (WIEACKER, 2010, p. 403).

Para a Escola Histórica de Savigny, não haveria de se falar em um Direito universal. Cada povo, cada cultura, tem sua tradição, seu Espírito de fundo. O Espírito é a essência de cada povo. Ele, ao mesmo tempo em que dá unidade a um povo, sob um nome só, também o particulariza, individualizando o povo numa universalidade restrita. A universalidade restringe-se ao povo e a sua história. Segundo o próprio Savigny, o Direito Romano era análogo ao Direito Comum Alemão. Aliás, tão análogo, que este Direito não seria outra coisa senão o próprio Direito Romano aplicado desde os anos do Sacro Império. Deste modo, o objetivo de Savigny, no seu *Sistema de direito romano atual*, seria investigar, na essência do Direito Romano, os “Princípios fundamentais do Direito” que fundamentam o Direito Alemão atualizado na sua época (SAVIGNY, 1878, p. 23-24).

De tudo o que falamos sobre o Historicismo até aqui, o que mais nos interessa, neste subtópico, são as origens de um pensamento relativista que dominou o século XIX, tendo reflexos determinantes no antijusnaturalismo da doutrina pura do Direito, de Kelsen via Max Weber e Georg Simmel. Ainda que o Neokantismo tenha intermediado o Culturalismo historicista mais puro e as formulações metodológicas das Ciências do Espírito, de Dilthey por Weber, entendemos que o preceito de que vivemos em um mundo de pluralidade de visões de mundo, e que nenhuma destas visões estaria em um patamar ontológico superior aos demais, é fruto da tradição historicista.⁴

⁴ Neste sentido, lembramos de Leo Strauss, quando alega que a rejeição contemporânea do Direito Natural pelo “argumento histórico” não está baseada exatamente na evidência histórica – que defende a impossibilidade de se pensar um universalismo diante das diferentes visões de mundo na história e entre as culturas. Strauss entende que tal rejeição advém de uma crítica filosófica à própria possibilidade ou cognoscibilidade do Direito Natural. De certo modo, alinhado com o Cientificismo, o pensamento historicista não acreditava que se poderiam extrair normas do decurso histórico. Assim, o processo histórico acabou por se revelar sem sentido para os historicistas. Strauss diz-nos que, baseado nesta concepção, o Historicismo culminou no Niilismo, uma vez que os únicos padrões que permaneceriam no tempo estariam ligados à subjetividade do teórico – recaindo, deste modo, em um

Assim, todos estes pressupostos serão, ainda que indiretamente, considerados na construção da Doutrina pura do Direito, de Kelsen. Seguindo os passos da construção de uma Epistemologia das Ciências do Espírito sobre bases neokantianas da Escola de Baden, é bem verdade que Kelsen buscou fugir dos reducionismos positivistas e historicistas do século XIX.

1.1.3 A Jurisprudência dos Conceitos como último paradigma do século XIX

O papel jus-criativo do cientista do Direito ganha força com Savigny. Então, a Ciência do Direito passou a ser uma fonte jurídica importante devido à noção do “construtivismo”. Esta noção permanecerá, mesmo com a decadência da Escola Histórica do Direito. Foi com Puchta, ilustre aluno de Savigny, que a “construção” seguiu entre os juristas germânicos, tendo sido expandida, inclusive, aliando-se até, paradoxalmente, com o racionalismo e o formalismo exegético francês. Assim, Puchta “conseguiu fazer impor o [F]ormalismo conceitual rigoroso da pandectística” (WIEACKER, 2010, p. 455).

Mesmo tendo herdado o construtivismo de Savigny, Puchta foi mais além. As normas jurídicas confundiam-se com os conceitos construídos. O cientista, que é o jurista, o doutrinador, estava autorizado a criar normas jurídicas em formas de conceitos. Desse modo, Puchta entendia que as normas jurídicas formavam um conjunto de conceitos jurídicos hierarquicamente ordenados. Estes conceitos formavam também verdadeiros axiomas.

Uma imagem aqui é introduzida na Ciência alemão do Direito, que é a imagem da “pirâmide”. Ela será passada herdada por Kelsen no século XX, mas foi Puchta quem a elaborou primeiramente e com a significativa diferença sobre o conteúdo da pirâmide. Enquanto Kelsen fala de uma pirâmide de normas jurídicas, que seria objeto de estudo da Ciência do Direito, produtora de conceitos a partir destas normas, Puchta entendia que tal pirâmide era formada por

ceticismo quanto à possibilidade de se poder julgar algum fato histórico ou mesmo uma escolha individual a partir de um critério seguro, imutável, a-histórico (STRAUSS, 2014, p. 14-15).

conceitos criados pelos juristas e que tinham normatividade, sendo, como já dissemos, as próprias normas.

Com isso, Puchta inaugurou a Jurisprudência dos Conceitos. Mesmo tendo sido formado no Jus-historicismo, o aluno de Savigny forma uma nova Escola, que relaciona o construtivismo com o rigor lógico do Racionalismo jurídico exegetico francófono. As normas jurídicas seriam deduzidas de conceitos “construídos” pela Ciência do Direito e, destas normas, deduzir-se-iam decisões jurídicas.

Estamos com Wieacker, quando defende que o pensamento de Puchta é a própria consumação da essência da Escola Histórica do Direito. Puchta teria, com sua Jurisprudência dos Conceitos, aberto caminho, por meio de suas obras *Pandekten (Pandectas)* e *Cursus der Institutionen (Curso de instituições)*, para a retomada do Princípio metodológico da dedução lógica das normas jurídicas a partir de conceitos abstratos, próprio do Racionalismo exegetico, já mencionado no parágrafo anterior (WIEACKER, 2010, p. 456-457).

É claro que esta relação entre Puchta e o Racionalismo jurídico é muito limitada. Puchta é historicista. E, como tal, ele é pós-kantiano. Sua Jurisprudência não cairia nos raciocínios pré-criticistas. Puchta não defenderia, por exemplo, qualquer ideia jusnaturalista. Como historicista, o Direito é contextual. Assim, defendemos que Puchta está na transição entre a decadência da Escola Histórica do Direito e o surgimento da Jurisprudência dos Conceitos na sua versão mais madura e densa. Que versão é esta? A desenvolvida por Jhering, Gerber, Laband e Jellinek.

A Alemanha ainda não havia se unificado. Tampouco o *BGB* existia. A unificação e o Código civil alemão ocorrem quase que ao mesmo tempo. A Jurisprudência dos conceitos antecede tudo isto. Aliás, podemos dizer que ela contribuiu para o surgimento tardio da codificação germânica. E Jhering e Gerber estavam neste contexto histórico. Ambos elaboraram uma abordagem original sobre a Ciência do Direito. Gabriel Nogueira Dias vem nos ensinar que a Jurisprudência dos Conceitos, de Jhering e de Gerber, pôde ser caracterizada como a “Jurisprudência da Construção”, ou, simplesmente, como o “Positivismo Jurídico-científico do século XIX” do contexto teutônico (DIAS, 2010, p. 94).

Ainda com Dias, é possível dizer que este construtivismo da Jurisprudência dos Conceitos teve duas fases: 1) a da “delimitação” e a da “abstração”: ponto de partida da abordagem construtivista. É o momento em que se analisam os conceitos jurídicos, os costumes e as decisões, conjuntamente com a história jurídica de cada objeto estudado para que se possa,

então, conhecer os “Princípios condutores do Direito”; e 2) a da “fase científica”: momento em que o material reunido, a partir da interpretação histórica em torno da gênese dos conceitos jurídicos, é uniformizado de maneira sistemática, transformando-se em institutos jurídicos organizados lógico-hierarquicamente (DIAS, 2010, p. 95).

Um dos grandes nomes da Jurisprudência dos conceitos foi Jhering, mesmo que, em fase tardia, tenha seguido uma postura sociológica. Sua posição, mesmo na juventude, era nebulosa. Losano ensina-nos que Jhering procurou concretizar um sistema de Ciência do Direito rigoroso, sem necessariamente relacionar a Jurisprudência com uma Ciência Natural na sua totalidade. Esta aproximação da Ciência jurídica com as Ciências Naturais tinha a ver com os objetivos jheringianos de trazer o rigor metodológico da “linguagem” científico-natural de sua época ao estudo do Direito (LOSANO, 2008, p. 353-356).

O que é importante destacar, aqui, é que tal pretensão de rigor científico possibilitou o descarte de elementos não-científicos. Assim, a Jurisprudência do século XIX estava a caminho de sua autonomia epistemológica. Deste modo, seguindo o cientificismo positivista e, antes disto, o impulso moderno pela cientificização e desencantamento do mundo (Weber), foram excluídos da Ciência do Direito elementos que já tinha sido essências para a antiga “arte do bom e do justo”, como, por exemplo, questões filosóficas (éticas) ou políticas (ideológicas).

Mas a pretensão de garantir autonomia epistemológica para a Ciência do Direito foi um processo que se deu por etapas. A exclusão das preocupações filosóficas e políticas, na agenda dos objetivos de estudo da Ciências do Direito, não foi radical. Isto só iria se concretizar com Kelsen. Assim, no final do século XIX, a perspectiva formalista da Jurisprudência dos Conceitos convivia com elementos psicologizantes, ainda que o estudo tenha se voltado para o Direito Público.

A Alemanha oitocentista vivenciava um período de conservadorismo político, além de um processo de industrialização iniciante e tardio. Por isto, Gabriel Nogueira Dias vem nos dizer que a Alemanha continuou predominantemente agrária até, pelo menos, o ano de 1873 (DIAS, 2010, p. 103). Deste modo, Jurisprudência dos Conceitos, que formava a Pandectística alemã, foi quem teve de garantir a unidade política da nação germânica por meio do Direito.

Enquanto a Escola Histórica acabou por atrasar a unificação jurídica da Alemanha, a Pandectística alemã (Jurisprudência dos Conceitos) garantiu a unidade da dogmática jurídica, do ensino e do próprio estudo científico do Direito. A Pandectística chegou a antecipar a unidade jurídica que, mais tarde, o Código Civil alemão, o *BGB*, finalmente, alcançou, em 1900.

Paulatinamente, o Positivismo Jurídico construtivista da Jurisprudência dos Conceitos foi perdendo espaço para o Positivismo Jurídico legalista, mais preocupado com a interpretação e à aplicação do Código Civil alemão (*BGB*). É claro que a Pandectística já havia facilitado tal mudança devido ao seu formalismo, inspirado na Escola da Exegese, mas foi somente com a unificação que o Direito alemão ganha unidade.

Essa mudança refletiu nas fontes do Direito: por causa da perda da força da Doutrina feita pelos pandectistas, o Direito positivado pelo Estado é que passou a ser a fonte central. Como diz Wieacker, tal fato coincide com a mudança no estudo jurídico, pois, o que Savigny e Puchta tinham conquistado com o construtivismo, agora cede lugar para a “vontade do povo” presente na lei (no Código e na Constituição) via dedução lógica (WIEACKER, 2010, p. 505; 525).

Representando a última geração de cientistas do Direito, anterior a Kelsen, Gerber, Laband e Jellinek formaram o movimento jurídico nascido do Construtivismo da Jurisprudência dos Conceitos, mas, agora, preocupados com o Direito Público. E, paralelamente a eles, encontramos um dos maiores juristas do século XIX, junto com Savigny, alguém que desenvolveu uma escola paralela a esta Jurisprudência dos Conceitos publicista, estamos falando do Jhering tardio, daquele que fundara uma Jurisprudência sociologizante, a Jurisprudência dos Interesses.

Quem chamamos de “Jhering tardio” também é conhecido como “segundo Jhering”. Mário Losano denomina estas duas fases do pensamento jurídico de Jhering como “Jhering pandectista”, referindo-se a sua fase ligada à Jurisprudência dos Conceitos, e de “Jhering sociologizante”, referindo-se à fase da Jurisprudência dos Interesses (LOSANO, 2008, p. 352).

Nossa tese é a de que Jhering foi tão importante para a Teoria do Direito do século XIX, que ele chegou ao ponto de ter causado uma verdadeira bifurcação na História do Direito germânico oitocentista. Jhering dividiu a Jurisprudência juspositivista de sua época entre: a) os que seguiram a Jurisprudência formalista preocupada com o Direito Público (Gerber, Laband e Jellinek); e b) os que aderiram e desenvolveram as críticas feitas pelo “Jhering sociologizante” ao Formalismo jurídico da Jurisprudência dos Conceitos, como a Escola do Direito Livre, encabeçada por Kantorowicz.

Sobre essas duas ramificações surgidas da Escola Histórica e da Pandectística, de Puchta, tanto a Jurisprudência dos publicistas alemães, Gerber, Laband e Jellinek, quanto a Jurisprudência dos interesses e a Escola Livre do Direito, de Jhering e de Kantorowicz, são

chamadas pelo Prof. Gabriel Nogueira Dias de “Pseudo-Juspositivismo”. Ele denomina-as assim, porque misturam elementos alheios ao Direito Posto (Jhering e Kantorowicz) ou porque não conseguiram se livrar das amarras psicologistas (Gerber, Laband e Jellinek).

Começando com os que seguiram adiante com a Pandectística, mesmo que preocupados com o Direito Público, Losano ensina que Gerber, o qual fora aluno de Jhering, quando este ainda era ligado à Jurisprudência dos conceitos, foi quem sistematizou a doutrina do Direito Público Alemão. Porém, de maneira distinta dos pandectistas, que antecederam, a preocupação de Gerber voltava-se para o desafio de aferir unidade ao Direito Público Positivo Alemão.

Como a unificação alemã ainda não tinha ocorrido, o projeto de um Código Civil e de uma Constituição da Alemanha ainda estava por ser realizado. O maior problema para a concretização deste projeto era a fragmentação do Direito pelas nações alemãs ainda não unificadas. E o publicismo alemão, ao menos, pôde oferecer sistematização do Direito para a futura codificação (LOSANO, 2008, p. 381-382).

Na obra chamada de *Princípios de um sistema do direito público*, de 1865, Gerber buscou reconstruir o Direito Público Alemão ainda fragmentado por meio da Ciência do Direito. Segundo Losano, como Gerber tinha uma posição política conservadora, este projeto científico sobre o Direito Público, por mais que tivesse a neutralidade como pretensão de rigor metodológico, em verdade, desempenhava a função de legitimar a monarquia alemã.

Desse modo, Gerber pôde aplicar o Princípio científico privatista da Jurisprudência dos conceitos, que fundamentava o Direito na vontade individual do sujeito de Direito, para a sua construção publicista. Assim, a vontade individual transformou-se em vontade geral. O conceito de “organismo” torna-se o modelo de compreensão do sistema pelo qual o Direito do Estado se apresenta. Gerber, portanto, tinha uma perspectiva psicorgânica do Direito Público Alemão. Sua teoria organicista via o Estado como um organismo vivo, volitivo. E o Direito Público seria a expressão do Soberano.

Direito Público pode ser conceituado, então, como sendo o conjunto normativo formado pelo Direito Constitucional e que poderia ser considerado produto do poder do Estado, visto como ponto de expressão de vontade. Segundo Gerber, a tarefa da Ciência do Direito seria, então, a de descrever o sistema de Direito Público Positivo. Os juristas descrevem o Direito “posto” pelo Estado, deduzindo conceitos (LOSANO, 2008, p. 381-384; 401-406; 409).

A Jurisprudência dos Conceitos possibilitou não apenas a unificação jurídica por meio dos Códigos e da Constituição, mas também passou a ser a doutrina jurídica oficial. Dias lembra que a Jurisprudência publicista alemã estava tão ligada ao poder monárquico germânico, que a Teoria de Laband ganhou o estatuto de “opinião oficial” do Império (DIAS, 2010, p. 102).

Fica claro, portanto, que as Teorias de Gerber e a de Laband são teorias juspositivistas. O Direito posto é o objeto de estudo. E o Estado representa uma pessoa, ainda que fictícia, que possui vontade. Assim, o Estado, enquanto “sujeito” volitivo, representa é tratado como a Jurisprudência dos Conceitos tratava a pessoa física individual. Estado e cidadão tem o mesmo estatuto jurídico: são pessoas dotadas de juridicidade e de vontade. Estas teorias podem ser consideradas como “psicologistas”, pois o Direito surge de alguém, de uma *psyché*, mesmo que por ficção.

E esta linha, herdeira do Pandectismo, como já dissemos, conviveu com a linha desenvolvida pelo Jhering tardio. Este “Jhering sociológico” fez a “abertura teórica” da Teoria do Direito para a facticidade. Dias ensina que isto se deu porque Jhering se desencantou. O construtivismo da Pandectística alemã não lhe parecia suficiente para explicar os fins do Direito e sua relação com a sociedade. Tal “desencantamento” levou Jhering a estabelecer a “finalidade do Direito” como o ponto de partida do estudo científico do Direito.

Assim, podemos resumir as teses centrais deste segundo Jhering pelos seguintes pontos:

- 1) A Jurisprudência dos Conceitos havia se afastado da “vida real”. Jhering acreditava que a Jurisprudência dos Conceitos ficara presa ao mundo abstrato e irreal dos “conceitos”, mundo que ele também denominava de “mundo da abstração conceitual”;
- 2) Deste jeito, Jhering formulou uma Jurisprudência pela qual os juristas se libertariam da abstração jurídico-conceitual da tradição jus-formalista alemã, redirecionando, desde então, os juristas para o estudo daquilo que é concreto, que vem da sociedade. Jhering achava que seria preciso que estes mesmos juristas “subissem” ao chamado “céu do jurista prático”, lugar posterior à formação dos conceitos. Um cientista do Direito deveria estar pronto para ter o contato com o real, com os fatos.

Para Jhering, um jurista só pode ser considerado criador de conceitos jurídicos abstratos caso suba ao “mundo dos fatos”, alcançando o objetivo central que é o de alcançar a

mesma finalidade do ato de vontade juscriativo das normas. Sobre esta finalidade da ação legisladora, Jhering alerta para que o cientista não confunda o seu próprio interesse com o da Lei. A finalidade dos interesses de um jurista deve ser a mesma da vinda do Legislador.

Logo, Dias mostra-nos que o Direito passa a ser visto como instrumento de garantia da existência da sociedade. E o Estado asseguraria os interesses da sociedade por meio da regulação do seu poder coativo. Assim, percebemos que o “segundo Jhering” foi responsável por ter inserido, nos estudos jurídicos germânicos, a noção de que o Formalismo da Jurisprudência dos Conceitos, isto é, do Pandectismo alemão e de sua versão publicista, não era suficiente para explicar o fenômeno jurídico na sua inteireza social e finalística.

De acordo com Jhering, a Ciência do Direito não se limita à formação de conceitos abstratos. Ela tem o “real interesse da sociedade” como elemento essencial de sua tarefa de estudo rigoroso. Para o “segundo Jhering”, a Jurisprudência rigorosa e completa é aquela que traz consigo uma “análise sociológica sobre a finalidade social” (ou “dos interesses”) sobre os conceitos jurídicos construídos pela doutrina. Esta análise sociológica feita pela Ciência do Direito torna-se, então, a “porta de entrada” para a faticidade na Jurisprudência alemã (DIAS, 2010, p. 105).

Como se vê, a encruzilhada da Ciência do Direito continental estabelece-se entre os herdeiros da Jurisprudência dos Conceitos. De um lado, os formalistas preocupados com o Direito Público, e, de outro, Jhering e a Kntorowicz preocupados com a finalidade, interesse e sociedade. Temos, aqui, tentativas ou psicologizantes (Gerber, Laband e Jellinek), ou sociologizantes (Jhering e Kantorowicz).

Assim, foi justamente contra ao que Gabriel Nogueira Dias chamou de “Pseudo-Juspositivismo”, que Kelsen voltou suas críticas, elaborando uma doutrina do Direito purificada dos aspectos sociológicos e psicologistas sobre a Ciência do Direito. Foi o Mestre de Viena quem tentou estabelecer limites para a garantia da pureza metodológica da Ciência do Direito, livrando tal estudo das amarras positivo-naturalistas, finalísticas e psicologistas, por meio de uma Ciência normativa e cultural do Direito, de acordo com a suas bases neokantianas (Rickert e Weber).

1.2 HANS KELSEN E O PROJETO DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO AUTÔNOMA

1.2.1 As fases do pensamento jurídico de Hans Kelsen e seus principais conceitos teóricos

Stanley Paulson, muito bem nos explica sobre as dificuldades que Kelsen encontrou na Jurisprudência do século XIX, especialmente com o Construtivismo jurídico. De acordo com Paulson, o Mestre de Viena também não aceitava a Tese da facticidade, do Jhering tardio. Em vez disto, Kelsen introduziu a Tese da normatividade. Esta mudança foi marcante. Por quê? Paulson diz-nos que a chamada Tese da normatividade, elaborada por Kelsen, viabiliza a sua compreensão de que a fonte do Direito é o Direito Positivo e os conceitos construídos desde esta fonte são frutos de descrições, que não têm valor coercitivo. Isto significou que Kelsen fora contra qualquer teoria que reduzisse o Direito a mera questão de fato.

Kelsen quer instaurar uma nova fase para o construtivismo jurídico. Sua oposição ao Positivismo jurídico continental oitocentista, marca o início da versão “crítica” do “construtivismo juscientífico”. Esta é a fase no pensamento de Kelsen chamada de “fase clássica”. Ela é caracterizada, por Paulson, como sendo o momento final do construtivismo da Pandectística alemã publicista. Kelsen fez isto pela introdução da concepção de que o Estado e o Direito, enquanto conceitos idênticos, são “centro de imputação” (PAULSON, 1998, p. 22-25).

A ideia do Estado-Direito, enquanto “centro de imputação”, foi desenvolvida por Kelsen com base em outra Tese, a do dualismo metodológico, fundada no Neokantismo de Baden. A “insuperável” distinção entre “ser” e “dever-ser” dos neokantianos fundamentou a perspectiva kelseniana de ver o Estado com as lentes da normatividade. Por estas “lentes”, o Estado, mesmo sendo pessoa jurídica, não poderia ser compreendido como um organismo volitivo, como pensava Gerber. A pessoa-Estado passa a ser vista pelas lentes do “dever-ser”, da validade, e não da existência.

Por isso, o Princípio próprio do mundo do dever-ser não poderia ser o da Causalidade. Enxergar os fatos e os atos, estatais ou individuais, pelas “lentes da normatividade”, é ver um mundo por meio dos valores jurídicos, que são as normas e encontrar possíveis relações via

imputação. Logo, em vez de Causalidade, é o Princípio da imputação que possibilita o mundo do dever-ser, da normatividade.

Kelsen inspirou-se em Rickert para desenvolver uma Teoria do Direito, cujo objeto de estudo é a norma, e não a conduta ou os fatos. Em verdade, atos e fatos não são excluídos do espectro de estudo, mas eles são estudados desde um ponto de vista normativo, de valores. A imputação dá-se por aqui, no imputar de um valor jurídico, próprio da norma, a um fato ou a um ato, oferecendo-lhe “valor de juridicidade”.

Segundo Paulson, o objeto de estudo é a norma jurídica “positiva” e a Ciência que a descreve é a Ciência do Direito, cuja descrição da norma se faz pela construção de uma proposição que tem o “dever-ser” como verbo de cópula, imputando uma sanção ao seu primeiro elemento propositivo. Assim, Paulson chamou de “Construtivismo Crítico” a Teoria do Direito, de Kelsen nesta sua fase inicial, crítica da Jurisprudência do século XIX (PAULSON, 1998, p. 24).

“Construtivismo Crítico” é um termo que caracteriza muito bem as pretensões kelsenianas. O termo é uma continuação da linha genealógica que se iniciou com o Construtivismo da Escola Histórica do Direito, com Savigny, passando pela Jurisprudência dos Conceitos (privatista e, posteriormente, publicista) e por Jhering tardio, até chegar ao início da própria formulação da doutrina pura do Direito.

Mas por que Kelsen é um teórico “construtivista”? O Mestre de Viena deu continuidade à concepção de que a Ciência do Direito “constrói” os conceitos jurídicos a partir das normas jurídicas. A construção não é fonte do Direito, contudo. Trata-se de uma “reconstrução” destas normas através de proposições jurídicas. Kelsen segue a Filosofia transcendental kantiana e neokantiana. A realidade é reconstruída por conceitos científicos.

Toda esta tradição oitocentista é pós-criticista e anti-hegeliana. E a leitura de Kant, feita especificamente por Kelsen, mas, antes, também por Jellinek, está enviesada pela leitura neokantiana do construtivismo científico. Assim, com base na fundamentação epistemológica das Ciências Humanas proposta pelos neokantianos de Baden, Kelsen levou às últimas consequências o projeto de Ciência do Direito metodologicamente pura e autônoma.

Mas para que Kelsen pudesse levar às últimas consequências o seu projeto de assegurar autonomia epistemológica à Ciência do Direito, foi preciso uma radicalização da separação entre ser e dever-ser, do seu dualismo metodológico. Somente assim foi que Kelsen concretizou

o projeto de fazer uma Teoria Jurídica, a qual estabelecesse que a Ciência do Direito seria uma Ciência não-natural e de abordagem normativa, e não fática, sobre o Direito.

Mas a contribuição de Kelsen para a Teoria do Direito e para toda a tradição que tentou assegurar a autonomia epistemológica da Ciência do Direito não se resumiu em um trabalho apenas. O projeto de uma Ciência do Direito verdadeiramente autônoma se deu por toda a vida de Kelsen. Toda a vida e a obra, que quase se confundem. Assim, para melhor apresentarmos seus conceitos centrais, precisamos, antes, mostrar um panorama geral da doutrina pura do Direito através da apresentação de suas principais obras, que são:

- a) a primeira edição da obra magna de Kelsen, a *Teoria pura do direito* (1934);
- b) a *Teoria geral do direito e do estado* (1945);
- c) a segunda edição da *Teoria pura do direito* (1960); e
- d) a *Teoria geral das normas* (1979), obra póstuma publicada.

Na primeira edição da *Teoria pura do direito*, de 1934, a “Teoria pura do Direito” é logo delimitada por Kelsen como sendo uma Teoria do Direito Positivo. O que isto significa? Significa dizer que tal doutrina não se refere a um Direito Positivo específico de uma determinada nação, já que se trata também de uma Teoria Geral do Direito, mas sim, uma Teoria preocupada com a descrição rigorosa do fenômeno jurídico formulado pelo Estado.

A partir desta grande obra, Kelsen quis separar a sua Teoria do Direito, que é uma teoria também sobre as condições de possibilidade da “Ciência do Direito”, de qualquer formulação de “Política jurídica”. Kelsen seguia Weber quanto à separação rigorosa entre Ciência e Política. Pois o Mestre de Viena estava preocupado com as perguntas sobre “o que é o Direito” e “como o Direito é produzido”, e não com “o que o Direito deve ser” ou “como o Direito deve ser produzido”.

Assim, podemos afirmar que a Ciência do Direito, pensada por Kelsen, é o estudo do Direito por meio de uma metodologia que pressupõe o dualismo entre ser e dever-ser, preocupada com a ontologia jurídica, e não com a sua deontologia (KELSEN, 2002, p. 8).

Tendo emigrado para o EUA, fugido da perseguição nazista na Áustria, Kelsen escreve o seu *Teoria geral do direito e do estado*, em 1945. Kelsen conceitua a Ciência do Direito como Jurisprudência Normativa. Ele distinguia a Ciência do Direito da Sociologia Jurídica. Para Kelsen, a Ciência jurídica é o estudo de um objeto específico: do Direito enquanto sistema de normas válidas.

Por serem os enunciados que se expressam como proposições produzidas pela Ciência do Direito, elaboradas pelo verbo de cópula “dever-ser”, pode-se considerar a Teoria do Direito kelseniana como uma Teoria Normativa. Mas o sentido, aqui, de “normativa” refere-se ao que já falamos sobre Normatividade, isto é, “normativa” é a teoria kelseniana porque estuda normas, e não porque as produz. Deste modo, o cientista do Direito não prescreve sobre “o deve ser feito”, mas sim apenas decreve a norma jurídica como ela é. A tarefa do cientista do Direito é a de reconstruir conceitualmente uma norma jurídica via descrição sobre o que ela é.

O que Kelsen estava querendo fazer era elaborar uma doutrina que finalmente garantisse autonomia para a Ciências do Direito, além de objetividade científica. Desde o início do século XX, seguindo o debate do século XIX, as doutrinas jurídicas buscavam uma Teoria Jurídica em que não se descrevesse “o que as pessoas deveriam fazer” a partir de normas jurídicas. O ideal de cientificidade deveria ser tal, que o papel do cientista seria o de somente descrever as normas jurídicas, o que eles tinham a dizer sobre o que deveria ser feito, descrevendo a prescrição das normas jurídicas.

Kelsen pensava assim em uma contraposição ao que a Sociologia jurídica deste período pretendia fazer. Ambas, Sociologia do Direito e Ciência do Direito, descrevem. Mas a Sociologia não tem a norma como objeto. Seu objeto de estudo é o que as pessoas efetivamente fazem a partir das normas, enquanto que a Ciência do Direito descreve o que a norma jurídica tem a prescrever sobre o que deve ser feito. Segundo Kelsen, a Sociologia Jurídica descreve o Direito em termos de “leis gerais” de “ser”, em que suas proposições sociológicas seriam feitas pelo verbo de cópula “ser”. Sendo assim, de acordo com o Neokantismo de Rickert, a Sociologia possuiria um caráter generalizante, como são as proposições das Ciências Naturais. A Sociologia jurídica seria, portanto, uma espécie de Jurisprudência Realista, algo como os norte-americanos pensaram melhor.

Sobre esta diferença entre Ciência do Direito e Sociologia, em que a distinção não reside no ato de descrever, mas sim nos seus modos de descrever, Kelsen explica-nos sobre o Neokantismo de Baden ao dizer que não são os objetos de estudo que distinguem as Ciências, e sim os seus métodos respectivos, com suas peculiaridades. (KELSEN, 2005, p. 235-238). Deste modo, afirmamos que é evidente, inspirado no Neokantismo de Baden, que Kelsen aceitava a possibilidade de coexistência entre Jurisprudências com métodos diferentes.

Agora precisamos falar da segunda edição da *Teoria pura do direito*, publicada em 1960. Esta edição precisa ter destaque aqui porque nela há a presença de um acréscimo importante para a compreensão da Ciência do Direito pensada por Kelsen. Nesta edição, Kelsen

afirmava que a Ciência do Direito é o conhecimento que apreende o mundo de forma jurídica. Os atos e os fatos são apreendidos “juridicamente”, tudo é visto sob o ponto de vista do Direito.

Mas nessa edição dos anos 60, Kelsen também vai considerar a conduta como objeto de estudo, contanto que apreendida “juridicamente”. Tanto um fato quanto um ato podem ser considerados objeto de estudo da Ciência do Direito se forem entendidos “como” conteúdo de uma norma jurídica. Assim, Kelsen acabou por afirmar que fatos e atos também são objeto de estudo da Ciência jurídica, porém, com a ressalva de que ato/fato deveriam ser visto segundo a norma jurídica.

Para sermos mais claros, o que Kelsen está querendo dizer é que a conduta humana somente pode ser considerada objeto de estudo da Ciência do Direito se ela, a conduta, for determinada como “conteúdo” da norma jurídica. Ela precisa ser considerada como pressuposto ou como consequência da norma. Assim, quando a Ciência do Direito estuda a conduta humana enquanto norma jurídica, aqui, quer-se dizer que há uma verdadeira interpretação normativa de fatos e de condutas. A norma jurídica, portanto, passa a ser um “esquema da interpretação”, as lentes por meio das quais a descrição científica se realiza, reconstruindo fatos e ato em termos de proposições jurídicas, partindo do valor jurídico, que é a norma do Direito.

O que é importante dizer é que as proposições jurídicas, estruturadas como juízos hipotéticos (“Se A, deve-ser B”), tratam da norma e somente dela. Não se pode, portanto, insinuar que esta segunda edição da *Teoria pura do direito* tenha desrespeitado o “segundo limite metodológico”. Aqui, fato/ato são vistos desde a norma e sempre por ela. Nunca poderiam ser objeto da Ciência do Direito porque são conteúdo material, e não formal, como deve ser o modo de abordagem jus-científico, conforme o segundo limite metodológico estabelece, como melhor explicaremos no subtópico a seguir.

Já na obra póstuma, *Teoria geral das normas*, de 1979, não encontramos evidências suficientes acerca de uma abordagem diferente por Kelsen sobre o conceito de Ciência do Direito, a qual pudesse ser considerada realmente distinta das obras anteriores. Contudo, não se pode negar que há mudanças nesta obra póstuma. Elas estão mais relacionadas ao conceito de norma jurídica e especialmente ao fundamento de todo o sistema: a *Grundnorm* (Norma Fundamental).

Na *Teoria geral das normas*, Kelsen passa a dizer que o Direito é essencialmente ordem de coação. Enquanto ordem que faz coação, uma vez que prescreve uma certa conduta ao ligar um ato de coação a uma conduta antijurídica, caberia à Ciência do Direito realizar a

ligação imputativa por meio de proposições jurídicas. Proposição jurídica seria, então, o conceito prescrito pela Ciência do Direito que descreve a validade de uma norma jurídica geral, que conecta uma sanção coercitiva e uma conduta humana. (KELSEN, 1986, p. 30-31).

Terminando este subtópico, podemos afirmar que a Ciência do Direito pensada por Kelsen se trata de uma Ciência Humana. Mas enquanto tal ela não pode ser entendida como pensavam os positivistas, os historicistas, Dilthey e os neokantianos. A contribuição original de Kelsen à Teoria da Ciência do Direito trouxe pressupostos filosóficos sofisticados. A objetividade, a pureza, a autonomia epistemológica e o respeito pela Tese da separação entre Direito e Moral foram os seus elementos contributivos centrais. Deste modo, concluímos este subtópico, afirmando que a Teoria do Direito kelseniana esteve mais ligada à tradição da Filosofia Continental. Dizemos isto porque Kelsen esteve constantemente preocupado em manter a posição de que a Ciência do Direito não é uma Ciência Natural, nem “análise lógica da linguagem” (Círculo de Viena).

Como veremos no subtópico que se segue, Kelsen foi um herdeiro do longo debate que se estendeu pelas décadas do século XIX em torno da autonomia das Ciências Humanas, tendo figurado entre os contributos de Dilthey e de Rickert sobre a Epistemologia das Ciências Humanas.

1.2.2 Os dois limites metodológicos para a Ciência do Direito

Não é possível dizer que Kelsen teria mantido a minha posição sobre sua doutrina pura do Direito ao longo de sua vida. Sua teoria está dividida em fases. Interessa-nos a chamada “fase clássica”, quando Kelsen confessadamente desenvolveu sua Teoria do Direito sobre as bases vindas da Neokantismo da Escola de Baden, especialmente do Neokantismo de Rickert. A Tese dos mundos e o Princípio da formação de conceitos pensados Rickert estão presentes na primeira relevante obra kelseniana, a *Problemas fundamentais do direito publico* (1911).

Nesta obra de 1911, Kelsen estabeleceu as diretrizes epistemológicas, funcionando como limites metodológicos, para a Ciência do Direito. Tais diretrizes perduraram ao longo de todo o desenvolvimento de sua doutrina pura do Direito pelas décadas. As diretrizes das quais

estamos falando são em verdade os “dois limites metodológicos” estabelecidos por Kelsen para a Ciência do Direito. Estes “limites” teriam a função de garantir o rigor científico e a autonomia epistemológica da Ciência do Direito perante as abordagens psicologistas, sociológicas e jusnaturalistas sobre o fenômeno jurídico. Com os “dois limites metodológicos” Kelsen estava seguro de que teria conseguido formular as bases firmes para a construção de uma Ciência autônoma, capaz de compreender seu objeto de estudo, que é a norma jurídica, de modo teórico-formal.

Assim, já podemos dizer que o “primeiro limite metodológico” estabelece que, de modo distinto do que funciona com as Ciências Causais, como a Psicologia e a Sociologia, vistas, obviamente somente enquanto Ciências Causais, a Ciência do Direito é uma “Ciência Normativa”. “Normativa”, aqui, está no sentido de ser um limite pelo qual a Ciência do Direito opera, sendo somente estudiosa da norma, jamais sendo uma produtora de normas jurídicas. O cientista descreve o fenômeno jurídico enquanto “norma jurídica” positiva, validada por uma autoridade competente, nunca podendo ser, este cientista, um produtor de norma jurídica, pois ele nunca prescreve norma alguma, somente diz o que ela formula como dever. Como se vê, é o objeto de estudo da Ciência do Direito a norma, pertencente ao “mundo do dever-ser”. A norma não faz parte do mundo natural, não é “fato psíquico-natural”, que pertence ao “mundo do ser”. Dito isto, Kelsen está afastado já das concepções organicistas sobre o Estado, que entendia que o Direito seria produto da vontade do soberano. O Direito é valor abstrato.

Sobre o “segundo limite”, Kelsen estabelece que ele restringe a Ciência do Direito a estudar a norma de maneira puramente formalista. O que isto significa? Significa dizer que não interessa à Ciência do Direito o conteúdo da norma, a sua materialidade. Aqui, podemos ver uma influência direta de Max Weber em Kelsen. Pois, apesar da norma jurídica pertencer ao mundo do dever-ser, a Ciência do Direito kelseniana descreve o Direito “como ele é”, e nunca “como deve ser”. Isto é muito importante porque Kelsen se aproxima, por um lado, do normativismo jusnaturalista, pois torna o objeto do estudo científico do Direito a norma, e não mais fato/ato, mas se afasta dos jusnaturalistas quando estabelece que este estudo sobre as normas é amoral, meramente descritivo.

Kelsen pôde realizar a distinção entre Ciência Causal e Ciência Normativa por meio da separação entre ser e dever-ser, entre disciplina explicativa, que procura explicar pela causalidade o “mundo do ser”, e disciplina normativa, que procura entender o “mundo do dever-ser” pelo princípio da imputabilidade. A meta de Kelsen era a de fazer da Ciência do Direito uma disciplina de consideração puramente normativa. De acordo com o Mestre de Viena,

“normativa”, quando relacionado com a Ciência do Direito, não pode ser entendida como a atividade que positiva uma norma para um comportamento de um determinado sujeito. “Normativa” significa dizer que se trata de Ciência que se interessa por normas. Por exemplo, segundo o próprio Kelsen, a Ética, enquanto estudo da Moral, não pode ela mesma ser produtora de preceitos morais, e do mesmo modo é a Gramática, enquanto Ciência das regras da linguagem. A Gramática não pode impor o modo como se fala uma língua. É a comunidade social quem formula o uso da linguagem. Resta à Gramática ser somente a disciplina que estuda as regras deste uso. E Kelsen incluiu a Ciência do Direito como uma Ciência “normativa” neste sentido mesmo dado para a Ética e para a Gramática: disciplina que estuda normas, e que não as produz.

Logo, Kelsen afirma que a Ciência do Direito é “normativa” no sentido de ser uma Ciência que não é voltada para o “mundo do ser”. Ela somente deve se preocupar com o “mundo do dever-ser”. Assim, Kelsen sustenta a nossa tese, a de que ele estava muito ligado à tradição das Ciências Humanas, quando afirma que a atividade do cientista do Direito não é a de “explicação” (*erklären*) causal dos acontecimentos fáticos que produz uma Lei Natural, mas sim, uma atividade de “compreensão” (*verstehen*) da norma em estudo, construtura de conceitos jurídicos. A Ciência do Direito, portanto, reconstrói as normas jurídicas por meio de proposições jurídicas (KELSEN, 1997, p. 8).

O objetivo, segundo Kelsen, era o de eliminar por completo o ponto de vista explicativo, próprio das Ciências Naturais. Ao fazer isto, deveria-se acentuar, então, de modo máximo, a exclusividade do ponto de vista normativo para a construção, ou formação, dos conceitos jurídicos pela Ciência do Direito. Deste jeito, o Mestre de Viena tinha a pretensão de delimitar o máximo possível a “construção jurídica”, ou, em outros termos, chama formação de conceitos, de proposições jurídicas. Contudo, Kelsen chegou a admitir que talvez não seja fácil para Ciência do Direito manter seu olhar fixo para o “mundo do dever-ser”, seu olhar normativo. Kelsen falava que seria tentador ao espírito humano estudar a realidade, isto é, o “mundo do ser”, onde os fatos efetivamente acontecem, em detrimento do mundo abstrato dos valores jurídicos, por exemplo.

Kelsen quer que o cientista do Direito possa olhar para o mundo através da “lente da normatividade”. Segundo ele diz, o jurista, enquanto cientista do Direito, não pode ocupar-se de problemas postos pela Psicologia ou pela Sociologia. O cientista do Direito não pode correr o risco de cair no mesmo erro das Teorias de Direito Natural. Do que se está falando? O cientista do Direito deve considerar o Estado como sendo o próprio Direito, o próprio sistema normativo

abstrato. O Estado não é um conjunto de pessoas, quando olhado pela lente da normatividade. Por esta lente, tudo é norma. E norma jurídica. Assim, o Estado, por exemplo é uma ficção. O estudo da Ciência do Direito não pode considerar o contrato social ou a vontade do soberano. Tudo isto está fora do mundo do dever-ser e das lentes da normatividade (KELSEN, 1997, p. 9-10).

Kelsen quis nos mostrar que o erro fundamental da Teoria orgânica do século XIX, ou, simplesmente chamadas de teorias psicologistas do Direito, era o de tentar demonstrar a vontade estatal como sendo um evento psíquico (KELSEN, 1997, p. 217). Conforme a Tese da separação entre ser e dever-ser, a Teoria kelsenina entende que qualquer Teoria a qual pretenda intitular-se a si mesma de “Jurisprudência”, ou “Ciência do Direito”, nunca poderia defender que as normas jurídicas seriam algum tipo de expressão volitiva do Estado, tampouco entender que o Estado seria uma pessoa jurídica, de “vontade” psicológica capaz de impor comandos de dever-ser aos seus súditos. A Teoria possível, segundo Kelsen, seria aquela que considerasse o Estado uma ficção. O próprio ordenamento jurídico, enquanto mundo do dever-ser, feito de valores abstratos e relativos.

A Teoria do Direito de Kelsen é uma Teoria da Ciência do Direito. Seu objeto de estudo é somente a norma jurídica. A metodologia desta Ciência se funda no método das Ciências Normativas. O olhar do cientista do Direito sobre o ordenamento jurídico não pode ser pela lente causalista, naturalista. O Direito Público Positivo deve ser visto pela Ciência do Direito como norma jurídica. A Ciência do Direito não admite a expressão volitiva psicorgânica do Estado. É fato que o Direito vem da vontade política do soberano, dos partidos políticos, da histórica, da luta social, etc., mas a Ciência do Direito não pode chegar em conclusões psicologistas. O Princípio pelo qual a Ciência do Direito opera não pode ser o mesmo que legisla o mundo do ser. A Causalidade não funciona com a Ciência do Direito, mas a Imputabilidade, que é regente. A Ciência do Direito conecta seu objeto pela imputação de valor, e não pelo nexo causal.

Estamos falando aqui sobre o Princípio da Imputabilidade. Tal Princípio significa que a Ciência do Direito adota a Tese da normatividade em vez da facticidade. O que isto significa? Significa dizer que pela lente da normatividade o Estado não pode ser visto como uma pessoa jurídica que expressa a sua vontade soberana pelo Direito Positivo. Esta pessoa jurídica não é orgânica. Assim, a versão kelseniana da Jurisprudência vê o Estado como um sistema de normas jurídicas passível de sofrer um processo de formação de conceitos jurídicos descritivos. O

Direito operado pela sua Ciência, então, torna-se aquilo que falávamos com Paulson como “centro de imputação”.

Sobre “centro de imputação”, Paulson define “imputação” como a atribuição de um ato a um “ponto de imputação” no ordenamento jurídico, sendo o Estado aquele “centro”. Isto significa dizer que o sistema jurídico é um “centro”, um “ponto” que possibilita fazer de um ato e de um fato como se “jurídicos” fossem, e não fenômenos naturais. Paulson afirma, então, que o “centro de imputação” é uma espécie de *cluster of legal relations* (cachos de relações jurídicas), pois é a própria “central” caracterizadora de juridicidade. Com o seu Construtivismo jurídico crítico, Kelsen pôde propor uma teoria alternativa à antiga formulação da Jurisprudência publicista germânica oitocentista. O Mestre de Viena, então, propôs o entendimento de que o Estado seria um ente análogo ao sujeito de Direito, como se pessoa jurídica ficta fosse (PAULSON, 1998, p. 33).

Até aqui, apresentamos resumidamente os dois limites metodológicos à Ciência do Direito, mas aprofundando o “primeiro”. Chega a hora de falarmos mais do segundo limite. Kelsen defendia que a devida separação entre as dicotomias de ser/dever-ser e Ciência Explicativa/Ciência Normativa não era suficiente. É necessário que haja separação entre “conteúdo” e “forma”. Para entendermos isto, retomamos aqui a passagem em que Kelsen disse que é da natureza do espírito humano preocupar-se mais sobre “o que são” as coisas do que se procurar saber “como elas são”. Tal passagem significa que nós tendemos mais a nos preocupar com as questões materiais (“o que”) do que com as formais (“como”).

Todavia, a Ciência do Direito, sendo “normativa” no sentido de ser um conhecimento que descreve a norma jurídica, também é um tipo de conhecimento que deve estar preocupado apenas com a forma da norma. O segundo limite metodológico é o que faz com que a Ciência aborde a norma jurídica de modo formal. Sobre isto, Kelsen diz expressamente que seguiu as “palavras” de Weber para desenvolver uma Ciência do Direito em que sua metodologia operaria de maneira formalista com o seu objeto de estudo. O que significa “abordagem formalista do Direito”? Com base em Weber, Kelsen firmou o entendimento de que seu trabalho somente serve para “necessidades teóricas”, e nunca “práticas” (KELSEN, 1997, p. 10-11).

Tendo sido considerado como um continuador do Neokantismo, Weber seguiu Rickert na formulação de sua Sociologia. Sabemos que não apenas Rickert, Weber seguiu também a Hermenêutica de Dilthey quando adotou elementos do método “compreensivo. Kelsen, por sua vez, seguiu os passos de Weber, quando o sociólogo estabeleceu os limites metodológicos da Sociologia no seu famoso texto, publicado como *A “objetividade” do conhecimento nas*

ciências sociais (1904). Neste texto clássico, Weber diz-nos que as Ciências Humanas costumavam ser consideradas como produtoras de conhecimento “técnico” voltado mais para a “prática” – como era considerada, por exemplo, a antiga Medicina com as suas orientações de “como fazer” e “como agir” no trato das enfermidades (WEBER, 2006, p. 13). A fala de Weber coincide com a de Dilthey quando no seu *Introdução às ciências humanas* falava que, até antes do Cientificismo positivista, as chamadas Ciências do Espírito tinham a característica de ser uma espécie de conhecimento prático da vida (DILTHEY, 2010, p. 34).

Sobre este processo de “perda” do caráter prático das Ciências, Weber nos fala que não foi acompanhado de uma devida distinção entre os conhecimentos que dizem “o que são as coisas” e os conhecimentos que dizem “como as coisas devem ser” (WEBER, 2006, p. 13). E isto tem muito a ver com o que estamos falando sobre a distinção feita por Kelsen entre Ciências Explicativas e Ciências Normativas. Para Weber, o que está em jogo é a distinção entre as Ciências que se preocupam em investigar seus objetos de estudo “como eles são” e as que investigam seus objetos “como devem ser”. De acordo com Weber, as Ciências que investigam seus objetos “como eles devem ser” correspondem às Ciências que buscam dar “receitas” de “como agir” ou “como fazer”, são Ciências em um sentido prático. O importante é dizer aqui que Weber via como problemática a falta de distinção entre estas duas formas de conhecimento. Para Weber, somente pode ser considerada Ciência efetivamente produtora de “conhecimento científico” aquela que nunca poderá prescrever “receitas” de “como agir”, pois não seria da essência da Ciência oferecer mandamentos de caráter prático (WEBER, 2006, p. 14).

Como é possível perceber, Weber e Kelsen estavam estreitamente relacionados. A Teoria jurídica kelseniana jamais aceitaria que a Ciência do Direito pudesse produzir normas jurídicas. Kelsen entendia que a Ciência do Direito deveria estudar o Direito Positivo de modo ontológico, e não deontológico: buscando saber “como ele é”, e não “como deve ser”. Esta distinção entre estes dois modos de investigação é muito importante. Pois separar estas duas perspectivas é garantir a inviolabilidade do rigor da Tese da separação entre Direito e Moral na Teoria do Direito kelseniana, concordando-se com o Relativismo axiológico pressuposto pela doutrina pura do Direito.

A questão do relativismo é importante porque Kelsen adotava em sua doutrina não apenas a Tese dos mundos, mas também a Tese da separação (entre Direito e Moral) como um dos fundamentos jurídico-epistemológicos. E Weber teve participação efetiva no fundamento relacionado ao Relativismo axiológico.

Precisamos agora falar da Tese da separação entre Direito e Moral em Kelsen e sobre como isto tem a ver com o Relativismo axiológico e o dever de neutralidade científica nas Ciências Humanas, vindos da Epistemologia de Weber. Porém, para que isto seja melhor entendido, temos que falar antes de Rickert e do que ele chamou de “juízo avalorativo”.

Sabemos que Weber e Kelsen adotaram o Princípio da formação de conceitos de Rickert. Este Princípio rege o “construtivismo” de conceitos que são, em verdade, “juízos de avaliação”. Sobre o tema, podemos afirmar que a “avaliação” das Ciências Culturais consiste em relacionar seus respectivos objetos de estudo a um “valor” objetivamente válido no “reino dos valores”. Lembramos que não há “valoração”, ou, ainda, “avaliação”, do objeto. O procedimento da formação de conceitos pelas Ciências Culturais faz-se por um ato que relaciona, ou, ainda, conforme Kelsen, “imputa”, “valor” a um objeto (fato/ato).

Os conceitos produzidos segundo os juízos que relacionam um objeto e um valor subjetivo ou que determina como dever ser um objeto trata-se de uma tarefa de “avaliação”. Isto não é o que a Ciência Cultural faz. Pois um tipo de julgamento que trata de dizer “como deve ser” um objeto, e não “como ele é”, ou seja, um julgamento que fala sobre a relação com um valor subjetivo ou que oferece como ele deveria ser, não é um juízo teórico-formal e, portanto, não é um juízo científico. Os juízos científicos são juízos de “avaliação”, e não de “valoração”, “avaliação”.

Assim, afirmamos que, enquanto “avaliação”, os juízos feitos pelas Ciências da Cultura são em verdade juízos de fato, e não de “valor”. São juízos que envolvem valores, mas que ao mesmo tempo são neutros. É claro que leitor pode estar estranhando ou estar se sentindo confuso. Então, confirmamos: Ciências Culturais fazem juízos avalorativos, e não de valor. O que isto significa? Significa dizer que estes juízos realizam uma relação de um ato/fato a um valor, mas não de avaliação valorativa sobre como deveriam ser estes objetos ou, ainda, como estes objetos são valiosos segundo um valor subjetivo. O julgamento científico deste tipo é de valor, mas neutro porque somente relaciona um valor objetivo a um fato/ato. Funcionam como juízos de fato das Ciências Naturais, mesmo que operando com valores.

Com exemplo, podemos dizer que a Ciência Cultural da História, é uma “construção” conceitual que relaciona um fato a um valor, e não uma “avaliação” que atribuiria um “valor” a um “fato”. Pois não é função da Ciência Cultural Histórica dizer como os fatos deveriam ser. Um juízo científico é sempre um juízo formal e de fato: diz o que é, imputa um valor a um fato/ato, um valor objetivo, que jamais avalia este mesmo objeto, sobre se ele é bom ou ruim, justo ou injusto ou como deveria ser.

O ponto importante de nossa argumentação que tenta concenver o leitor de que Kelsen estava vinculado ao pensamento de Weber e de Rickert é de que o Mestre de Viena adotou o Princípio de formação de conceito neokantiano de Baden e a noção de que os juízos avalorativos devem ser neutros por um rigor epistemológico de fundo, que é coerente com um importante pressuposto, ainda que seja algo weberiano, e não rickertiano: o de que há uma relatividade dos valores que obriga o cientista a ser neutro, ainda que ele mesmo trabalhe com valores, uma vez que estes mesmos valores são relativos.

Em *O sentido da neutralidade axiológica nas ciências sociológicas e econômicas*, Weber alegava que é um dever de probidade intelectual a confissão, por parte do professor universitário, sobre a natureza de seus enunciados científicos: se eles são, de um lado, fruto de uma atividade científica dotada de objetividade e neutralidade axiológica, como são o raciocínio puramente lógico e a constatação puramente empírica, ou se são, de outro lado, fruto de uma avaliação prática – que é “valorativa” (ou “avaliativa”) (WEBER, p. 2003, 77). Ele dizia isto porque sabia que cada pessoa tem valores subjetivos e que a tarefa científica, mesmo de uma Ciência da Cultura, não comprota juízos práticos, valorativos.

Dias ensina-nos que Kelsen era um “relativista moral subjetivo”. O que é isto? Significa que Kelsen era um teórico que não era cético quanto à possibilidade de se conhecer os valores morais, mas que, ao mesmo tempo, não aceitava a possibilidade haver uma “moral absoluta, atemporal e independente de um povo, território e cultura. Dias diz-nos que Kelsen era uma “relativista moral subjetivo” porque acreditava em diversas Visões subjetivas de mundo (DIAS, 2010, p. 145). Assim, o “segundo limite metodológico” impera aqui como um limite à tarefa do cientista: seu estudo tem um caráter formalista, que pressupõe pluralidade de valores.

A compreensão formal sobre o “dever” jurídico revela a essência da abordagem jus-científica sobre o Direito Positivo que Kelsen estava propondo. A essência sobre a qual falamos é a de que a doutrina pura do Direito entende que as proposições jurídicas são construídas pelos cientistas do Direito independentemente do conteúdo substantivo das normas. E por quê? Porque o Direito estudado continuará sendo “Direito” válido, ainda que considerado por uma determinada visão de mundo como sendo de conteúdo “injusto” ou “imoral”. O interesse da Ciência do Direito é voltado sempre à forma, e não ao seu conteúdo (KELSEN, 1989, p. 138-139).

A partir destes pressupostos, neste mesmo texto de 1916, Kelsen conseguiu responder às tentativas de se inserir a Ciência do Direito no sistema filosófico do Neokantismo, de Rickert,

por meio de críticas às Teorias sociologizantes do Direito, como a de Kantorowicz. Por meio da rejeição de um certo “Neokantismo jurídico”, como era o de Lask e o de Radbruch, que tinham Rickert como fundamento de suas Teorias, Kelsen pôde desenvolver sua própria epistemologia jurídica de um certo modo neokantiana (SALDANHA, 2005, p. 14). Assim, mostramos aqui que Rickert afirmara que a Ciência do Direito seria aquela que ocuparia um “território intermediário” entre Ciências Naturais e Ciências Culturais. E por quê?

As investigações de um “mundo intermediário” podem empreender tanto uma exposição “generalizadora” via conceitos (Ciências Naturais), quanto uma exposição “individualizante” (Ciências Culturais). Assim, por causa desta congruência de uma pluralidade de objetos advinda da composição e da reunião feitas pela conceituação científica, Rickert concluiu que a congruência do conteúdo generalizador de um conceito com o seu outro conteúdo formado pelo método “avalorativo” possibilita que o investigador trabalhe com ambos os métodos sobre um mesmo objeto. Deste modo, a Ciência do Direito produz conceito “avalorativo” e também generalizador, construído como “leis” (RICKERT, 1922, p. 113).

O que Rickert entendia por Ciência do Direito estava muito próximo da concepção de Kelsen sobre o tema. Do mesmo modo como pensava Rickert, para Kelsen a Ciência do Direito atribuiria valor de juridicidade a um ato ou a um fato, construindo, com isto, “leis jurídicas”, também chamadas de “proposições jurídicas”. Todavia, em um texto pouco conhecido, *Ciência do direito como ciência normativa ou cultural* (1916), Kelsen fez algumas considerações importantes sobre as semelhanças e diferenças ele mesmo e Rickert. Neste texto, Kelsen afirma que o resultado de seu confronto crítico com o Neokantismo, especificamente com o de Rickert, quanto às tentativas de se entender a Ciência do Direito como uma Ciência Cultural, foi somente o de se passar a ver, acrescentando ao que a epistemologia rickertiana dizia sobre o Direito, que:

- a) a “Jurisprudência”, que era “dogmática”, como Ciência Normativa;
- b) e sob a condição de se ter que reconhecer o caráter puramente formal do “dever-ser” das normas e a relatividade do valor jurídico positivo destas (KELSEN, 1989, p. 152).

Por fim, podemos concluir este subtópico resumindo que o projeto de Kelsen somente poderia aceitar ver a Ciência do Direito como uma Ciência Cultural se esta fosse compreendida como uma Ciência que estuda normas jurídicas por uma abordagem teórico-formalista, pressupondo, também, o postulado da relatividade dos valores.

1.2.3 As teses centrais da Ciência do Direito de Kelsen

A concepção dual entre o “mundo do ser” e o “mundo do dever-ser” faz parte da base epistemológica que torna possível a realização de uma Ciência do Direito. Desta diferenciação, pode-se explicar a relação possível entre a Ciência do Direito enquanto Ciência Humana do tipo Normativa e as normas jurídicas por meio da teoria normativista de Hans Kelsen.

Como vimos, Kelsen baseava-se em Weber quando entendeu que as Ciências são uma forma de investigação do conhecimento humano que deve se realizar por “juízos de fato”, e não de “valor”. Isto significa dizer que a Ciência deve buscar descrever seu objeto de estudo através de constatações da realidade, mas sem “valorá-la”. E, por isto, a metodologia das Ciências teria que ser constituída de avaliações fáticas do objeto em estudo, ou seja, a Ciência “descreveria” o que o objeto “prescreve” em forma de norma jurídica positivada por uma autoridade competente.

É possível explicar melhor esta relação entre descrição e prescrição no âmbito da atividade científica pela comparação entre a atividade descritiva e o objeto prescritivo entre a Ciência da Natureza e a Ciência Humana/Cultural do tipo Normativa que Kelsen propôs com a sua doutrina pura do direito.

Assim, para começarmos com a Ciência da Natureza, damos o exemplo da Física. Segundo Kelsen, a Física descreve a Natureza quando diz que, no caso da dilatação do metal, a Natureza, primeiramente, “prescreve” um dado fático. Este “dado” ocorre quando o metal é dilatado pelo aquecimento. A Física, então, descreve este “dado”, que é “posto”, “positivo” naturalmente, produzindo com tal descrição a seguinte proposição: “Se o metal for aquecido, será dilatado”.

De modo distinto, a Ciência do Direito, ao descrever uma norma jurídica, emitirá uma proposição jurídica construída com outro verbo de cópula, que não o do “ser”. O “dado”, aquilo que é “positivo” em termos jus-científicos, é a própria norma jurídica. E a norma jurídica não é um dado natural, pois é fruto da criação valorativa humana, oriunda da sua vontade.

Segundo Kelsen e sua doutrina pura do direito, a norma jurídica é um “valor”. Como a Ciência do Direito é uma Ciência da Cultura, seu objeto de estudo envolve a atribuição de

valor a um fato ou a um ato. Acontece que, no caso do Direito, este “valor” não é qualquer valor (moral, religioso etc.).

O valor que participa do labor descritivo e, seguindo os termos neokantianos de Baden (Rickert), trata-se de um valor criado e que participa de um “mundo objetivo”, o mundo dos valores jurídicos positivados por uma autoridade competente.

É importante dizer isto, porque a Ciência do Direito é uma Ciência Normativa como a Ética, contudo, diferentemente desta última, as normas sob descrição da Ciência do Direito não fazem parte de qualquer sistema relativo de moral, mas de um ordenamento jurídico objetivo, ou seja, determinado por uma autoridade competente específica e, ela mesma, também determinada.

De modo mais simples, a norma jurídica é um valor objetivo, criado pela vontade humana, com validade e vigência determinadas no tempo e no espaço. Assim, Kelsen pôde afirmar, como explicamos no tópico anterior, que a norma jurídica é um esquema de interpretação: um modo de ver o mundo do ser, o mundo fático, pelas lentes da normatividade dos valores jurídicos frutos da criação de alguém com autoridade e, por isto, subjugado por uma Norma Fundamental.

Desse modo, a Ciência do Direito pode descrever uma norma como a que diz: “Matar alguém: pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos”, produzindo, desta sua tarefa descritiva, a proposição que atribui a um ato (o de matar) o valor de juridicidade de homicídio com a pena prevista segundo a norma da qual se parte nesta tarefa de “avaliação”: “Se alguém matar, ‘deve ser’ punido de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

Assim, conforme Kelsen, estas proposições jurídicas são juízos hipotéticos, ou proposições condicionais, porque elas descrevem a conduta humana, caso esta conduta tenha alguma relação com a norma jurídica. Logo, a Ciência do Direito deve descrever o fenômeno jurídico. Porém, neste caso, o processo de descrição do seu objeto de estudo, que é a norma jurídica, dar-se-á pela emissão de “juízos de fato” hipotéticos, que são as chamadas “proposições jurídicas” (KELSEN, 2001, p. 360).

E, não obstante serem feitas pelos mesmos princípios metodológicos das Ciências naturais (por descrição do fenômeno), estas proposições jurídicas não serão iguais às proposições formuladas pelas Ciências da Natureza.

Pois a Ciência do Direito, por ser uma Ciência do Espírito, partirá de categorias lógicas distintas, uma vez que, diferentemente do que ocorre com a dilatação dos metais quando

aquecidos, a conduta humana e a sua relação com as normas jurídicas não são regidas pela Lei da Causalidade, mas sim, pela da Lei da Imputabilidade, devido ao elemento “vontade” existente nesta referida relação entre o que está “posto” no ordenamento jurídico, e a conduta humana a ser cometida.

Deste modo, devido à liberdade humana, sua conduta pode ser imputada por uma sanção como efeito. O homem, portanto, não está submetido à causalidade como os fatos naturais estão, já que, é “livre”, logo, “sua vontade é, de veras, causa de efeitos, mas não é ela mesma o efeito de causas” (KELSEN, 2006, p. 105).

Como já dissemos, Kelsen somente considerava como objeto de estudo da Ciência jurídica o Direito positivado, ou seja, posto no ordenamento. As normas são os sentidos de um ato, que prescreve algo em que cria a ligação entre fatos. E a conexão funcional descrita pela Ciência jurídica, através de proposições jurídicas, será realizada através do elemento de cópula “dever-ser”, e não pelo “será”, como ocorre nas proposições feitas pelas Ciências naturais, quando descreverem os fatos.

Portanto, na regra de Direito de que “se um homem comete roubo, outro homem deve punir o ladrão”, a sanção não é descrita como o efeito, nem o roubo é descrito como a causa, porque o termo “dever” expressa o significado específico da ligação imputacional entre condição e consequência da conduta humana, de acordo com o estabelecimento normativo (KELSEN, 2001, p.361-362).

Kelsen quer deixar bem demarcada a ideia de que o “mundo do ser” é regido pela Lei da Causalidade, enquanto o “mundo do dever-ser” é regido pela Lei da Imputabilidade. Pois somente com a condição de que o Homem seja “livre” para ser conduzido conforme sua própria vontade é que se pode imputar, ou responsabilizar, sua conduta, sancionando-o com o previsto na prescrição da norma jurídica, que, por conseguinte, será descrita pela proposição jurídica, que é uma descrição científico-neutra de valor, mas nem por isto desvinculada de valor, sobre a conduta humana.

Sobre o tema dos valores e da descrição livre e valor, mas que opera na imputação de valor, não podemos nos esquecer de destacar que, pela concepção relativista de Kelsen, segundo suas bases epistemológicas neokantianas já explicadas em tópico anterior, não poderia haver um valor absoluto, único e atemporal.

Justamente pela sua rejeição de conceitos metafísicos. Kelsen não nega a validade dos valores (jurídicos, morais, religiosos, estéticos etc.). O Mestre de Viena apenas não aceita

hierarquia, nem a validade prioritária e única de um tipo de valor. O neokantismo, de Kelsen, é weberiano. Há um traço forte de historicismo, da noção de que não há uma instância de valor transcendental detectável pela Ciência. Falar destes valores é sempre tratar de uma axiologia metafísica, que Kelsen rejeitaria.

É muito importante deixar isto destacado. A influência da filosofia de Rickert em Kelsen é limitada. Há uma relatividade de valores. E o Direito e seu mundo de normas é um mundo de valor, o do valor jurídico. E este mundo seria passível de descrição científica porque tem objetividade. O valor jurídico não está na ordem da subjetividade. Para Kelsen, os demais valores são subjetivos e, por isto, relativos.

São valores que pertencem às infinitas e diversas visões de mundo. Este nível de relatividade e de subjetividade não poderia ser científicável por uma Ciência que se pretenda neutra de valor em sua descrição que almeje garantir a objetividade de seu conhecimento.

A Ciência do Direito lida, sim, por outro lado, com valores. Mas tais valores não são subjetivos. E sua objetividade é restrita à validade da autoridade que cria tais valores. Este ponto é um pouco confuso, mas não é difícil de ser esclarecido. Para Kelsen, as normas jurídicas são valores que não pertencem ao íntimo de alguém.

Contudo, também não são valores universais. São valores restritos à circunscrição de um ordenamento jurídico e da validade última da Norma Fundamental (*Grundnorm*) pressuposta. A questão, aqui, é os valores jurídicos que, em conjunto, formam um ordenamento jurídico, por mais que não possuam superioridade em relação a outros ordenamentos, eles também são objetivos.

Logo, são valores em forma de normas jurídicas que foram criadas por uma autoridade competente determinada. São valores “postos”, dados pela vontade de alguém, que, efetivamente, existe e que possui autoridade juscriativa validada pela Norma Fundamental, independentemente de seu conteúdo moral. E sobre a questão da moral e do Direito, outro ponto a ser esclarecido melhor na teoria kelseniana é a chamada “tese da separação” e a representatividade que estes valores jurídicos possuem em relação à moral determinada de uma autoridade competente.

Diferentemente do que uma leitura apressada sobre Kelsen possa defender, sua doutrina pura do Direito jamais afirmou que o Direito em nada tem a ver com a Moral ou que o Direito deve estar separado da Moral ou, ainda, que a criação do Direito deveria ser amoral.

É preciso que deixemos claro que aqueles valores jurídicos de que falamos representam sempre a moral de uma sociedade, de uma autoridade.

Mas são outros valores. Não são morais. São jurídicos, como afirmamos, e que, muitas vezes, coincidem com os valores morais de alguém. O Direito, segundo Kelsen, não é uma ordem moral. É uma ordem de valores autônoma da moral. Assim, Kelsen não via o Direito como um produto da “Moral” (absoluta e única), nem como um “sistema mínimo moral”. Pois, justamente por rejeitar a existência da “Moral” (absoluta), e por conceber a existência de várias “morais”, é que Kelsen entendia o Direito como sendo independente da “Moral”.

Assim, Kelsen, ao definir o Direito como norma (positiva) e como objeto de estudo da Ciência do Direito, colocou, também, ao lado das normas jurídicas, outras que regulam a conduta humana, como as normas sociais e que, do mesmo modo, abrangem a designação de Moral, que tem a Ética como disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição.⁵

Entretanto, apesar de Kelsen justapor a Ética e a Ciência do Direito como “Ciências normativas”, pois estudam objetos que prescrevem condutas para as relações sociais, o Mestre de Viena entendia que estas disciplinas não se confundiam. Pois a igualdade entre as duas Ciências poderia colocar em risco o princípio metodológico basilar da Ciência jurídica, que é a sua “pureza”. Ciência do Direito estuda somente norma jurídica. Então, Kelsen distingue o Direito (como norma jurídica) da Moral, não pelo o que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas sim, em “como” elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana.

Desse jeito, o Direito só pode ser diferenciado da Moral quando se concebe o Direito como uma ordem de coação institucionalizada e organizada, que tenha uma outra conduta a sancionar a primeira, através de um ato global e objetivo, e que seja validado, não por um valor Moral absoluto, ou por um valor Moral de uma determinada comunidade, mas por uma norma pressuposta fundamental (Norma Fundamental) (KELSEN, 2006, p. 71).

Assim, Kelsen defendia a tese de que pode haver relação entre Direito e Moral. Mas não acreditava que houvesse uma relação que “deva” existir entre os dois sistemas normativos. Com isso, caso haja uma norma jurídica que contrarie uma regra da Moral, tal fato não

⁵ Kelsen (2006, p. 67), ao explicar as diferenças entre Direito e Moral, e Ciência do Direito e Ética, também tenta explicar as confusões comumente feitas entre o termo Direito e Ciência do Direito, e, do mesmo modo, entre Moral e Ética, pois, no uso corrente da linguagem, estes termos acabam por se tornar sinônimos, o que não condiz com a real significação dos mesmos, pois, assim como o Direito é objeto de estudo da Ciência do Direito (Ciência jurídica), a Moral é objeto de estudo da Ética.

invalidaria esta norma jurídica, porque é “injusta” ou “imoral”, pois a validade da mesma baseia-se na sua objetividade e na validação dada pela Norma Fundamental.

E, quanto à tese de que o Direito deve satisfazer uma exigência de “moral mínima”, Kelsen a rejeitava totalmente, pois, para que o Direito correspondesse a tal exigência, seria necessário que se aceitasse a própria existência de uma “moral mínima”, ou seja, uma Moral absoluta (“a Moral”), em que os homens considerassem convergentemente, de forma universal e atemporal sobre o que seria os conceitos de “bom” ou “mau”, “justo” ou “injusto”, o que seria totalmente é incompatível para com o seu juspositivismo normativista (KELSEN, 2006, p. 73-74).

Para o Mestre de Viena, a “Moral” não é empiricamente atestável, nem possível de ser compreendida pela Ciência que somente estuda o Direito. Todavia, Kelsen entendia que o Direito possuía certo valor em seu conteúdo, pois as normas jurídicas são normas sociais que estabelecem uma determinada conduta humana, e, assim, neste sentido, se pode dizer que todo o Direito constitui um valor moral, porém, uma “moral relativa”, e não absoluta (“a Moral”) (KELSEN, 2006, p. 74).

O Direito constitui um valor pelo fato de ser norma, isto é, constitui um “valor jurídico”, que, ao mesmo tempo, pode ser um valor moral, só que relativo. Assim, não se pode dizer que o Direito é igual à “Moral”, ou que faz parte dela, mas sim, que o Direito possui um “valor jurídico”, porque é a própria norma jurídica.

Dessa forma, pode-se concluir que, de acordo com o positivismo jurídico, de Kelsen, o Direito não pode ser justificado pela “Moral” nem pela “Justiça”. Pois não se pode confundir o Direito com o “mundo do ser”. Entretanto, “uma teoria relativista dos valores não significa que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça” (KELSEN, 2006, p. 76).

Esta citação é importante, porque mostra que Kelsen também nunca fora contrário à existência de valores de justiça. Só não poderia aceitar que houvesse um único valor de Justiça ou hierarquia. Como se vê, a relação entre Direito, Moral e Justiça, em Kelsen, não pode ser encarada de modo simples.

Kelsen entendia que ordenamento jurídico possui, em suas normas, “valores jurídicos”, por isso, conforme ensina Matos, não é correto afirmar que o positivismo jurídico kelseniano realizou uma depuração axiológica no Direito, pois o fenômeno jurídico não está desvinculado dos valores, e quem deve estar desvinculado de valores somente, não é o Direito,

mas a Ciência do Direito. Esta, sim, tem de escrever o Direito de modo necessariamente apartado da Moral (MATOS, 2006, p. 115).

Sobre a Ciência do Direito, Kelsen formulou duas teorias para explicar cientificamente a norma jurídica de modo autônomo: a teoria Dinâmica do Direito e a teoria Estática do Direito. De modo resumido, a teoria estática explica o sistema normativo “estático” do Direito, que “tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático” (KELSEN, 2006, p. 80). Enquanto que a teoria dinâmica do Direito aborda-o no seu processo de validação a partir da Norma Fundamental, que cria um vínculo lógico e formal entre as normas, dentro do ordenamento jurídico.

Assim, Kelsen, quando estudou a norma jurídica pela teoria da Estática do Direito, pressupôs tal modo de estudo quando o Direito já estiver validado pela Norma Fundamental. Deste modo, Kelsen define por Estática jurídica, na sua *Teoria pura do direito*, os conceitos de “sanção”⁶, “lícito” e “ilícito”, “dever jurídico”, “responsabilidade”, “direito subjetivo”, “capacidade” e “relação jurídica”.

E, ao explicar sobre o sistema estático do Direito, Kelsen ensinou que na “visão estática do Direito” as normas são “válidas”. Portanto, isto significa que os súditos presumem que suas condutas devem seguir o que prescrevem as normas em virtude do conteúdo das mesmas, pois estas possuem uma qualidade imediatamente evidente, garantindo, assim, a validade destas, por causa de um atrativo a elas inerente (KELSEN, 2005, p. 163-164).

As normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental específica, do mesmo modo que o particular é derivado do geral. A força da obrigatoriedade da Norma Fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que o seja” (KELSEN, 2005, p. 164).

Então fica a pergunta, o que seria exatamente a famosa e polêmica “Norma Fundamental”, tão controversa na obra de Kelsen? E qual sua relação com a dimensão dinâmica do Direito, formulada pelo Mestre de Viena?

⁶ Kelsen (2006, p. 121) explica que a “sanção”, é uma espécie de “ato de coação”, que é gênero, pois a “sanção”, na verdade, é um “ato de coerção” (ato a executar mesmo contra a vontade de quem por ele é atingido, e, em caso de resistência, com o emprego de força física). E, sendo os “atos de coação” um gênero, Kelsen dividiu-os em 2 (dois): a “sanção” (“ato de coerção”, como explicado), e os “atos de coação” propriamente ditos, que não têm o caráter da “sanção”, como a pena de prisão prevista para o crime de furto, porque são atos que independem da conduta humana, já que, estão ligados com alguma condição específica, como convicção política, ou credo religioso.

Assim, para se submeter a dimensão estática da norma jurídica à análise, deve-se presumir, primeiramente, que a norma jurídica esteja em vigor por ter sido validada por outra norma. Desta forma, Kelsen levantou os seguintes questionamentos: o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas? E por que é que uma norma pertence a uma determinada ordem? E, por que é que uma norma vale, e se vale, o que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 2006, p. 216).

Por consequência, exposto a problematização sobre “o que” ou “quem” valida as normas jurídicas, e, “por que” as normas devem ser obedecidas, podemos encontrar uma encruzilhada jusfilosófica que Kelsen herdou da tradição jurídica, e que também se dispôs, arduamente, a responder pela sua epistemologia jurídica normativista.

A encruzilhada está na questão de se saber como a validade das normas acontece e sobre qual fundamento. Segundo Matos explica, à maneira kantiana, Kelsen respondeu sobre como se poderia conhecer o fenômeno jurídico na sua dimensão dinâmica através da formulação do pressuposto lógico-transcendental denominado Norma Fundamental. Como já dissemos, a Norma Fundamental é a norma que confere validade para o ordenamento jurídico (MATOS, 2006, p. 64).

Com ela, diferentemente das doutrinas idealistas do Direito, o pensamento de Kelsen tem quer ser entendido na concepção dualista entre o “mundo do ser” e do “mundo do dever-ser”. O Mestre de Viena acreditava que, valores como “Justiça”, ou “Moral”, por estarem no “mundo do ser”, não poderiam ter vínculo lógico com o mundo normativo no qual o ordenamento jurídico estaria inserido. Por isto, seria preciso um fundamento de validade que pudesse realmente validar as normas jurídicas as quais estivessem inseridas no “mundo do dever-ser”.

Portanto, não há um “valor” ontológico que realize este “salto lógico” dentro da dualidade irreduzível em que Kelsen se baseava (o “mundo do ser” e o mundo do “dever-ser”). Pois, para o jurista, necessitar-se-ia, para tanto, de uma norma que validasse as normas jurídicas do ordenamento.

Logo, a validação do ordenamento jurídico somente poderia advir do próprio “mundo do dever-ser” jurídico. Assim, segundo Kelsen, o simples fato de alguém ordenar um súdito através de normas, não significa dizer que a ordenação faça do respectivo comando válido, ou seja, o comando não pode ter efeito vinculante para seus destinatários sem uma norma que o valide (KELSEN, 2006, p. 216-217).

Como se pode ver, somente uma norma poderia validar outra, e, por consequência, vincular a conduta de seus destinatários objetivamente. E é por isto que Kelsen fez a diferença entre os comandos de um “bando de salteadores” e os comandos de “dever-ser” de uma norma jurídica válida, pois a norma jurídica é validada por outras normas imediatamente superiores a ela, conforme a hierarquia do ordenamento jurídico, nas quais, estas são validadas por outra norma superior a todas, que valida de forma global seus comandos para seus destinatários, a saber, a própria Norma Fundamental.

Porém, a referida norma superior a todas as outras do ordenamento jurídico não pode ser validada por nenhuma outra norma, já que a Norma Fundamental não poderia ser “posta” por “autoridade” alguma, nem por algum conceito pertencente do “mundo do ser”, com a “Justiça” ou a “Verdade”.

Dessa maneira, Kelsen explicou que uma autoridade competente dentro de um organismo estatal pode criar normas válidas, entretanto, esta competência para estabelecer normas vinculativas globalmente somente pode ser fundamentada por uma Norma Fundamental que valide todas as outras e que valide o poder desta “autoridade” em “pôr” aquelas normas vinculativas (as normas inferiores à Norma Fundamental).

Assim, “a esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.” (KELSEN, 2006, p. 217). Pode-se perceber, então, que a autoridade competente para criar normas jurídicas não poderia, por questão de lógica, ter “posto”, positivado, a Norma Fundamental.

Pois, justamente, é esta Norma Fundamental quem suporta normativamente a “autoridade” para fixar as normas jurídicas inferiores. Este ponto é importante, pois a Norma Fundamental não se trata de uma justificativa fática para uma autoridade. Em outros termos, a Norma Fundamental não pode ser confundida com a força política, militar, com a soberania de um ente político-jurídico máximo.

A Norma Fundamental é o suporte do mundo do dever-ser. É a norma fundante. Algo inscrito na ordem da “ficção jurídica”, do “como se” (*als ob*) ou, ainda, do pressuposto lógico-transcendental – lembrando, aqui, que os diversos sentidos para a Norma Fundamental foram se modificando pelo próprio Kelsen, conforme já explicamos em tópico anterior. A Norma Fundamental, portanto, seria uma solução para a problematização sobre quem é que validava as normas jurídicas dispostas no ordenamento.

Esse problema leva o pensamento a desaguar em um problema lógico, porque se se pressupõe que uma norma jurídica tem sua validade determinada por outra superior, ter-se-ia, por consequência, uma interminável corrente de validação, onde uma norma “posta” estaria respaldada por uma imediatamente “posta” acima desta, e, assim, sucessivamente, ao infinito.

Logo, Kelsen afirmava que a Norma Fundamental não poderia ser “posta”, mas sim, “pressuposta”. E, a partir desta tese, é que a Norma Fundamental se torna o ponto inicial de um sistema de normas hierarquizadas, em que se pode deduzir suas respectivas validades, umas pelas outras, das inferiores para as superiores, dando-se unidade lógica na pluralidade das normas pertencentes a um ordenamento jurídico.

Todavia, isso não quer dizer que não haja a possibilidade de haver contradição entre as normas quanto ao seu conteúdo (no seu aspecto estático). Porque tal contradição ou incompletude, conforme Souza Neto afirma, somente poderia ocorrer mesmo sob o ponto de vista estático, já que, formalmente, se estiverem devidamente “postas” pela autoridade competente, as normas sempre estarão coerentes entre si, validando-se por um esquema dinâmico e piramidal e, por isto, formal (aspecto dinâmico) (SOUZA NETO, 2002, p. 116).

Isto quer dizer que a Norma Fundamental é uma norma hipotético-lógico-transcendental⁷ para que o cientista jurídico possa conhecer (descrever), através da Ciência do Direito, o próprio Direito. Por este motivo, a Norma Fundamental não é positiva, pois ela é de natureza essencialmente epistemológica, não possuindo substância normativa, sendo somente pressuposto de validade para que se reconheça a ordem jurídica como globalmente (objetivamente) válida. Por conseguinte, já que a Norma Fundamental cria um sistema normativo escalonado, a primeira norma positiva abaixo da Norma Fundamental é a Constituição de um Estado.

Como a Constituição a primeira norma abaixo da Norma Fundamental, que possui conteúdo, podendo estipular quais os órgãos competentes para aplicar o Direito, produzi-lo, interpretá-lo (KELSEN, 2006, p. 247). Como diz o Mestre de Viena, o processo de aplicação do Direito dá-se por uma operação mental, em que se fixa o sentido das normas deduzidas por uma progressão de norma de escalão superior para uma norma de escalão inferior, quando na sua aplicação para com um caso concreto (KELSEN, 2006, p. 387-389).

⁷ Alexy afirma que Kelsen, na segunda edição da *Teoria pura do direito*, determinou a Norma Fundamental como hipotético-formal, sendo apenas meramente a condição de possibilidade de cognição do Direito. Isto afasta da concepção de transcendentalidade, de Kant, sendo este, portanto, um “argumento transcendental fraco” (ALEXY, 2009, p. 129-131).

Kelsen estabeleceu, portanto, duas espécies de interpretação: 1) a interpretação do Direito feita pelo órgão que o aplica, e, por isto, autêntica e vinculativa; e 2) a interpretação do Direito realizada não por um órgão jurídico, mas sim, pela Ciência jurídica e pelo próprio indivíduo, que deve praticar a conduta que evite a sanção, dando sentido para a norma ao observar sua própria conduta em sociedade através da interpretação.

Então, a norma de escalão superior (Constituição) determina a aplicação da norma inferior (lei ordinária) através de uma relação de vinculação. E esta determinação não somente dita o processo que a norma inferior, ou o ato de execução se processou, mas também vincula (ou determina) o conteúdo a ser estabelecido para estes. Porém, apesar da determinação ou vinculação feita por norma superior à norma inferior, sempre haverá de ficar uma margem de livre apreciação, fazendo com que a mencionada norma de escalão superior tenha sempre um caráter de um “quadro” ou “moldura” a ser preenchida pelo ato de produção ou de execução da norma inferior.

A determinação da norma superior sobre a inferior nunca é completa, por exemplo: se um órgão A determina para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B terá discricionariedade para decidir, por seus próprios critérios, pois isto dependerá das circunstâncias externas (local e tempo) da ordem de prisão, já que o órgão emissor do comando (o órgão A) não pode prever ou prevenir as circunstâncias em que se encontra o órgão executor do comando (o órgão C) (KELSEN, 2006, p. 380).

Portanto, a norma de escalão superior possui um espaço discricionário para que o ato do órgão B o preencha, tratando da conduta do súdito C. Logo, este espaço dá-se por uma pluralidade de determinações variáveis, conforme as circunstâncias. Assim a “moldura” é um limite interpretativo. No exemplo exposto, o comando de prisão realizado pelo órgão A para que o órgão inferior B cumpra é a própria “moldura” ou “quadro”. Pois o órgão inferior B não pode deixar de cumprir este comando de prisão, independentemente das circunstâncias possíveis que possam incidir na execução deste comando pelo órgão B contra o súdito C (KELSEN, 2006, p. 388).

E a indeterminação da norma, que é o espaço para a discricionariedade do órgão executor, pode ser intencional ou não, porque pode estar na intenção do órgão superior em determinar o ato jurídico ou indeterminar o modo de aplicação deste ato, deixando para a faculdade do órgão executor a tarefa de determinar, por conta própria, o modo de operar este ato, não podendo, somente, ultrapassar os limites da “moldura”, como dito.

Essa posição de Kelsen, encontrada na *Teoria pura do direito*, também se refere aos atos de interpretação realizados pelos magistrados. Assim, no caso dos magistrados, o órgão superior é aquele que determinou a norma (o Poder Legislativo) e o inferior é aquele que executará a norma (Poder Judiciário).

Logo, conforme exemplifica Kelsen, quando uma Lei Penal prevê uma pena de prisão, ou pena de multa para determinado delito, tal norma deixa para o juiz a faculdade de decidir por uma ou por outra. Como se vê, esta norma possui um espaço para a discricionariedade do juiz, que foi dado de forma intencional pelo órgão que a emitiu (Poder Legislativo) (KELSEN, 2006, p. 389-390).

Mas essa indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não-intencional da própria constituição da norma jurídica, o que também causa um problema na interpretação, haja vista a ausência da referida abertura discricionária na norma superior para com a execução da inferior.

Isso pode levar a diversas presunções em cima de uma pluralidade de sentidos possíveis que esta norma superior traz. Então, Kelsen, frente à pluralidade de significados que uma norma pode trazer consigo, entendia ser impossível investigar os significados das expressões de uma norma não intencionalmente indeterminada, a partir de outras fontes, que não a literalidade do texto da própria norma.

Kelsen, portanto, via como perigosa a discrepância entre a vontade do legislador e da expressão verbal da norma, pois a intenção do legislador pode ser diferente do que a “letra” da norma prescreve – como se verá nas implicações deste problema na jurisdição constitucional, além do problema de que a indeterminação jurídica pode ser consequência de duas normas que pretendem valer simultaneamente, apesar de se contradizerem totalmente ou parcialmente. Por isto, frente aos casos de indeterminação, podem-se ter várias possibilidades de aplicação jurídica, de maneira que o ato jurídico que efetiva, ou executa a norma, pode corresponder tanto à “vontade do legislador”, quanto à expressão verbal por ele escolhida.

Logo, o Direito (o ordenamento, e não Ciência) a ser aplicado, forma uma “moldura” na qual, em si, podem existir várias possibilidades de aplicação da norma, contanto que haja permanência deste ato jurídico até os limites da “moldura”.

Assim, para Kelsen, a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma solução, como sendo a única “correta”, mas sim, deve conduzir às várias soluções, que possuem igual valor, segundo informa o seu pressuposto epistemológico no que concerne ao

seu relativismo axiológico. E sobre o tema do relativismo, defendemos a tese de que Kelsen estava inserido num momento da Filosofia que a questão da relatividade de valores e da pluralidade de visões de mundo era um ponto de discussão e um desafio central. Desse modo, continuaremos este trabalho, buscando localizar a obra de Kelsen neste “tempo do niilismo”, bem como mostrar que sua Teoria se encontrava no momento de “crise das Ciências”, denunciado por Heidegger.

2. A CIÊNCIA DO DIREITO EM MEIO À CRISE TRIPLA DAS CIÊNCIAS ACUSADA POR MARTIN HEIDEGGER

2.1 HEIDEGGER E AS TRÊS CRISES DA CIÊNCIA

2.1.1. Crise da Ciência?

A hipótese central deste Capítulo é a de que as Ciências estão em crise desde o início do século XX, logo, a Ciência do Direito também não seria exceção. E por que se fala em “crise”? As duas primeiras décadas do século XX foram marcadas pelo imperialismo europeu sobre a África e a Ásia, doenças contagiosas matando milhares de pessoas e, como no caso do Brasil, a dificuldade de se deixar de ser um país marcado pela escravidão.

Mas talvez o fato mais marcante deste início de século XX foi a I Guerra Mundial. Esta foi a primeira Grande Guerra que o mundo viu e que teve a Europa seu grande campo de batalha. Ela envolveu as grandes nações industriais e, por consequência, não foram somente a produção de armas e a produção de mantimentos de guerra realizados em escala industrial. A morte em batalha atingiu níveis alarmantes pela quantidade de vítimas e pela tecnologia usada.

É claro que nada disto poderia ser comparado ao que, logo depois, a II Guerra Mundial, envolvendo mais países, estava forjando quanto à barbárie da morte do homem pelo homem. E, surgido com o intuito de progresso e desenvolvimento (Comte), que teve a Ciência moderna como a liderança espiritual daquele tempo, o desenvolvimento tecnológico e industrial não foram as únicas marcas deste início do século XX, mas também um processo de transformação e de desconfiança na e da própria Ciência Moderna, mais especificamente da própria razão humana.

Para justificarmos nossa hipótese, precisamos desenvolver melhor o diagnóstico de que este início do século XX foi um tempo de “cultura de crise”, ou, como dizia Oswald Spengler, no seu famoso *Declínio da civilização ocidental* (1918), simplesmente chamando este

tempo de um tempo de “decadência”, que deveria ser entendido como um problema filosófico (SPENGLER, 1966, p. 15). Assim, ao menos quanto à Ciência, retornaremos ao ponto da inserção da Ciência do Direito neste clima de “crise da Ciência” de um modo geral mais adiante, quando cumprirmos com um objetivo aqui mais urgente, a saber, o de entender esta suposta “crise das Ciências” no início do século XX, especialmente no pós-I Guerra Mundial.

Sobre isto, na sua obra fundamental para entendermos tal “cultura de crise”, *Niilismo* (1996), Franco Volpi não deixa de associar este tempo com o diagnóstico daquilo que também pode se chamar de “tempo do niilismo”, enquanto perda dos valores supremos, momento de isostasia, igualdade ou “deshierarquização” dos valores supremos tradicionais. Segundo Volpi, na tentativa de se escapar do retorno à dialética hegeliana ou ao positivismo de Comte, a filosofia de Nietzsche foi uma saída para o vazio deixado pela decadência do Idealismo Absoluto (VOLPI, 1999, p. 70).

Assim, este lugar, antes ocupado por Schopenhauer, teve Nietzsche como expoente dos críticos da cultura europeia no início do século XX, refletindo-se em Spengler, ponto alto do *Kulturpessimismus* (Simmel), quando quis mostrar que o Ocidente é um organismo vivo já tendente a sua morte devido ao sufocamento causado pela técnica (VOLPI, 1999, p. 71). Podemos dizer que é resultado de um processo daquele “tempo do niilismo” de que falávamos.

De acordo com o Professor Benedito Nunes, no seu *No tempo do niilismo* (1993), do qual extraímos esta expressão, o sentido de Niilismo que se apresenta está relacionado com o pensamento de Heidegger, com o “esquecimento do ser” por meio da dominância e posterior decadência da Metafísica nas suas distintas versões ao longo da história. Sendo assim, Benedito Nunes diz-nos que a essência do Niilismo responde pelos signos da devastação da terra, do “apatridismo” do indivíduo, da massificação, do totalitarismo político e da “fuga dos deuses” (NUNES, 2008, p. 14).

Sobre isto, não poderíamos deixar de citar aqui quem diretamente despertou o sentido filosófico de modo mais influente acerca do tema do niilismo – gerando, depois, a interpretação própria de Heidegger sobre isto em *Nietzsche* (1961). Em *Assim falou Zaratustra* (1883), na voz de Zaratustra, Nietzsche diz, então, uma famosa frase, referindo-se a um velho santo, que lhe questionara sobre alguns temas: “Como será possível? Este velho santo, na sua floresta, ainda não soube que ‘Deus está morto!’” (NIETZSCHE, 2011, p. 13).

A metáfora da morte de Deus é uma representação do estado de declínio, de decadência da civilização ocidental e da essência tradicional do ser humano. Este declínio é o momento da

depreciação dos valores supremos. Mas o que queremos destacar é a desconfiança sobre a razão científica e seus ideais de progresso, que foi um “valor supremo”, ao menos da Modernidade. Assim, explicado de um modo geral o clima espiritual do final do século XIX e das três primeiras décadas do século XX, passemos a falar sobre o reflexo deste momento de crise, de decadência, depreciação, niilismo, sobre a confiança na Ciência e nos seus fundamentos tradicionais.

É claro que este Capítulo trata, essencialmente, do que Heidegger escreveu sobre este momento de “crise da Ciência”. Mas não podemos iniciar nossa apresentação e reflexão sobre a crise das Ciências, sem falarmos também do que está na órbita do diagnóstico ensaístico de Heidegger, que resultou nos escritos do semestre de inverno de 1928-1929, ministrados na Universidade Albert Ludwig de Freiburg, chamada de *Introdução à filosofia* (GA 50).

Assim, acreditamos que podemos tratar de modo mais aprofundado *Introdução à filosofia*, de Heidegger, trazendo, aqui, os escritos de seu mestre, Edmund Husserl, sobre esta “crise da Ciência”. O objetivo, portanto, é o de introduzirmos o tema da crise das Ciências para poder chegar à questão central: que a crise da Ciência atingiu a Ciência do Direito no início do século XX – e não estamos falando de outro projeto jus-científico, que não o de Kelsen.

Ajudando-nos a entender o diagnóstico de Heidegger em *Introdução à filosofia*, estes escritos de Husserl foram reunidos sob o título *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental* (1936). É um texto posterior ao da *Introdução*, de Heidegger, pois são resultados das conferências de Husserl de 1935, em Viena.

Mas os escritos nos servem para endossar este início de tese, que tem como objetivo mostrar que havia, sim, uma crise das Ciências no início do século XX e que a Ciência do Direito não estaria a salvo deste momento crítico. Husserl já adianta logo o sentido de “crise” sobre o qual está se referindo: “[a] crise de uma ciência não diz nada menos que o seguinte: a sua cientificidade genuína, todo o modo como ela definiu a sua tarefa, e, para isso, formou a sua metodologia, tornou-se questionável” (HUSSERL, 2012, p. 01).

O filósofo, mestre de Heidegger, continua dizendo-nos que o diagnóstico da crise das Ciências, em outras palavras, crise da sua “cientificidade genuína”, também convém à Filosofia, além das Ciências Positivas. E não somente as Ciências Positivas ditas como exatas ou naturais, Husserl estende o “momento crítico” para “um outro grande grupo” de Ciências Positivas, as chamadas Ciências do Espírito, ou simplesmente chamadas de Ciências Humanas.” (HUSSERL, 2012, p. 02). Mas, afinal, do que se trata aquilo que Husserl está chamando de

“crise da cientificidade genuína”? Qual é o ponto crítico central desta crise? Seriam as mudanças que a Física clássica estava sofrendo com a Teoria da relatividade de Einstein, por exemplo? E quanto às Ciências Humanas, o que exatamente havia de “crítico” nelas?

Husserl é categórico ao afirmar que a crise das Ciências, em seu tempo, está relacionada com o sentido que estas mesmas Ciências teriam em relação à existência humana, as nossas vidas: “[n]a urgência da nossa vida – ouvimos – esta ciência nada tem a nos dizer” (HUSSERL, 2012, p. 03). Então, o que Husserl quer fazer é abordar o tema das Ciências e de sua relação com a vida humana, com a nossa existência, a partir de uma inversão da abordagem feita no século XIX a respeito das Ciências (HUSSERL, 2012, p. 03).

O sentido desta inversão pode ser entendido do seguinte modo: enquanto a Epistemologia oitocentista parecia fazer das Ciências o centro de nossas vidas, vista como o conhecimento pelo qual deveríamos pautar nossa organização vital, social e política – pensamento típico do Positivismo e de sua cultura –, com a Fenomenologia Transcendental, de Husserl, a provocação, agora, já seria no sentido de se tentar saber “[q]ue tem a dizer a ciência sobre a razão e a não razão, que tem ela a dizer sobre nós, homens, enquanto sujeitos desta liberdade?” (HUSSERL, 2012, p. 03).

Essa passagem é muito importante, porque Husserl vem afirmar que não apenas as Ciências Positivas Naturais nada têm a nos dizer sobre a nossa existência, a vida humana, mas também as Ciências Humanas nada podem nos dizer sobre (HUSSERL, 2012, p. 03). Mas resta questionarmos o porquê das Ciências Humanas, logo estas, que, em tese, lidam com o que há de mais espiritual, e que tem a Psicologia como fundamento, seria tão estereis como as da Natureza para tratar da existência humana?

Husserl brevemente esclarece esta sua posição, alegando que as Ciências não dão conta da “vida” justamente por anularem qualquer elemento subjetivo em seus estudos. Sobre tal “anulação”, não apenas as Ciências da Natureza, mas também, e pelos mesmos motivos, as Ciências Humanas o fazem, uma vez que exigem do investigador a exclusão de qualquer tomada de posição valorativa (HUSSERL, 2012, p. 03).

Aqui, Husserl parece estar se referindo a uma Epistemologia específica sobre as Ciências Humanas. Parece tratar da Epistemologia neokantiana de Baden, especificamente a de Rickert – que teve forte influência na Sociologia, de Weber, e também na Ciência do Direito, de Kelsen.

Considerando que retomaremos esta questão da Epistemologia, de Rickert, e de seu Princípio de formação de conceito (*Begriffsbildung*), podemos logo adiantar que este projeto neokantiano, por um lado, quis tomar distância do que fazem as Ciências da Natureza, já que não lida com o Princípio de Causalidade, e sim, com valores, mas, por outro, aproxima-se destas Ciências, porque mantém o imperativo de neutralidade, ao fazer da formação de conceito das chamadas Ciências Culturais uma tarefa de mera imputação de um “valor objetivo” do mundo da Cultura, via mero “juízo de avaliação”, a um fato ou a um ato (MARTINS, 2014, p. 64).

Assim, Husserl pôde afirmar que: “A verdade científica, objetiva, é exclusivamente a verificação daquilo que o mundo, de fato, é, tanto o mundo físico como o espiritual” (HUSSERL, 2012, p. 03). Como se vê, nem as Ciências Humanas estão a salvo da crise. Tampouco a Ciência do Direito à época de Kelsen também estaria. Husserl é muito claro ao colocar o problema: estas Ciências não conseguem contribuir para um sentido desta nossa existência. E do modo como elas são praticadas, nem poderiam. Elas estão preocupadas com a “adequação” de seus juízos ao mundo que contém seus objetos.

A Ciência reduz-se a uma questão de mera verificação objetiva. O rigor metodológico, sob o qual são exercidas, exige um afastamento do que se pode entender como “mundo da vida” (*Lebenswelt*). Este conceito é um dos mais complexos da Fenomenologia, tendo sido apropriado por diversos filósofos (Heidegger, Arendt, Habermas, dentre outros).

No § 37 da *Crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*, Husserl define “mundo da vida” como o “solo” para toda a *práxis* humana; o “mundo da vida” é um mundo “pré-dado” como horizonte sempre e necessariamente como o próprio campo universal de toda *práxis* possível e efetiva, assim, “[v]iver desperto é ser desperto para o mundo, ser constante e atualmente ‘consciente’ do mundo e de si mesmo como vivendo ‘no’ mundo (...)” (HUSSERL, 2012, p. 116).

Esse “horizonte” prévio à objetificação realizada pelas Ciências é o “lugar” original da “atitude natural” do ser humano. Antes mesmo de abordar seu objeto, o cientista já se relaciona com ele numa *práxis* original. Assim, por exemplo, o jurista aborda um fato ou um ato somente a partir de uma prática “tardia”, já “pós-dada” desde o Direito Positivo enquanto valor jurídico não originado do “mundo da vida”, como é no caso da Ciência do Direito.

O que dissemos, no parágrafo anterior, leva-nos a ousar afirmar que o “mundo da vida” é mais originário do que o mundo da natureza das Ciências Naturais ou mesmo o mundo (transcendental) da Cultura das Ciências Culturais (Rickert). Isto está bem claro quando, no

§33, Husserl dá uma definição para Ciência como sendo “uma realização espiritual humana que, historicamente, e também para todo aquele que a estuda, pressupõe a saída do mundo da vida circundante intuível, dado de modo universal-comum como existente, mas que pressupõe, também, continuamente, no seu exercício e prossecução, este mundo circundante” (HUSSERL, 2012, p. 98).

Essa passagem é muito importante, porque mostra bem nossa tese: a de que Husserl está falando de uma realidade objetiva anterior àquela construída conceitualmente pelos cientistas por *Begriffsbildung*, e da qual, justamente por este afastamento fundamental e essencial, que as Ciências estão em “crise”. Mas por que o esquecimento, ou, simplesmente, afastamento do “mundo da vida” seria algo tão crítico? Por que ser cientista, e estar distante da “atitude natural”, coloca-nos em situação de decadência ou declínio, como poderia dizer um Spengler?

O sufocamento da civilização ocidental pela técnica, a desconfiança na razão humana, o “império da visão de mundo”, o relativismo no sentido de ceticismo quanto à verdade e à relação entre o saber e o sentido do nosso existir, estão em jogo aqui. E estes, em jogo, sofrerão um “giro fenomenológico”, por Husserl, na Epistemologia.

Seguindo um caminho fenomenológico tardio, mas não hermenêutico, a *Crise*, de Husserl, tenta reconectar as Ciências ao “mundo da vida” por meio de uma “ciência rigorosa”, que, em verdade, trata-se da Filosofia, capaz de fazer a “redução fenomenológica” (*epoché*) adequada daquilo que resta inopinado pelas Ciências Positivas tradicionais. Mas precisamos lembrar que este texto, *Crise*, de Husserl, é posterior à publicação de *Ser e tempo* (1928) pelo ilustre discípulo de Husserl.

Foi Heidegger quem despertou primeiro para a questão ontológica desde a Fenomenologia de seu mestre. E, como já dissemos em parágrafos anteriores, mesmo antes da *Crise*, de Husserl, Heidegger foi quem levantou a questão crítica das Ciências diante do conceito husserliano de “vida”, especialmente, quanto ao problema da perda do caráter prático das Ciências Positivas.

Nas preleções de sua *Introdução à filosofia*, Heidegger quis diferenciar a tarefa da Filosofia das Ciências e daquilo que os historicistas chamavam de “visão de mundo” (*Weltanschauung*), que seria, de modo simplificado, uma mera perspectiva relativa histórica-culturalmente sobre algo.

E sobre Ciência, Heidegger diz que ela está presente na Filosofia, pois é um modo de investigar. Contudo, a questão central em torno da Ciência é a sua crise. Uma crise que “não é nenhum fenômeno causal pós-guerra, tal como a maioria pensa, mas reside, de modo latente, na própria ciência.” (HEIDEGGER, 2008a, p. 29).

A “crise da Ciência” é, portanto, uma crise que mais tem a ver com a própria essência da Ciência. Podemos dizer que ela, como se mostra modernamente, enquanto Ciência Positiva, já é “crítica” naturalmente.

2.1.2. A crise tripla da Ciência, segundo Heidegger

O tema sobre a Ciência já tinha sido tratado por Heidegger nos seus textos mais iniciais, especificamente, quando tratava dos desafios da filosofia neokantiana, que ainda se debatia no início do século XX. Mas foi com o seu *Introdução à filosofia* (GA 50), preleções do semestre de inverno de 1928-1929, ministrada na Universidade Albert Ludwig de Freiburg, que Heidegger desenvolveu uma “interpretação existencial da ciência”.

De um modo geral, nestas preleções, Heidegger pretende fazer a distinção entre Filosofia, Ciência e Visão de mundo. Deste objetivo geral, de Heidegger, interessa-nos aquilo que ele escreveu sobre Ciência, especialmente, o tema da “crise” em que o conhecimento científico se encontrava.

Na mesma linha de do diagnóstico de Spengler e, posteriormente, de Husserl, em sua *Crise*, Heidegger tentou mostrar, bem mais especificamente, do que se tratava a crise pela qual a Ciência de seu tempo estava passando.

E, assim que introduz o tema, argumentando sobre como uma “introdução à filosofia” é uma introdução a uma tarefa que já, espontaneamente, o ser-*á* faz, uma tarefa que já sempre está em curso, resumidamente, Heidegger passa a falar de como o conhecimento científico é menos originário do que aquilo produzido pela Filosofia, além do estado da arte da Ciência em seu tempo. Um estado de crise. E uma crise que envolve diretamente a existência do ser-*á*.

Em *Introdução à filosofia*, Heidegger já inicia o texto defendendo a relação entre Ciência e universidade. Fala que faz parte daquilo a que ele chama de “atmosfera da universidade”. Mesmo assim, o filósofo não poderia deixar de defender que a Ciência é mais do que uma acumulação de saber universitário. É a Ciência mais do que um amontoado de saber “aprendido de maneira técnico-disciplinar” (HEIDEGGER, 2008a, p. 15). Mas, então, o que seria a Ciência?

Heidegger diz-nos que o conceito de Ciência pertence, primeiramente, à noção de “investigação”. Mais do que uma disciplina universitária, é a Ciência este poder, disposição, para investigar, procurar saber sobre. Para Heidegger, “[a] [C]iência só existe em meio à paixão do perguntar, em meio ao entusiasmo do descobrir, em meio à inexorabilidade da prestação de contas crítica, da demonstração e da fundamentação” (HEIDEGGER, 2008a, p. 15).

Com essa citação, podemos perceber que o filósofo relaciona o saber científico com uma disposição apaixonada ao saber de algo, mas um saber crítico, que demonstre suas descobertas, suas hipóteses, e a partir de uma fundamentação segura. A questão, aqui, seria a de saber qual seria a relação mesma entre Ciência e Filosofia, pois ambas perpassam pelo conceito de amor, predisposição ao conhecimento, além da relação óbvia com as universidades.

Ensinada como uma disciplina entre outras nas universidades, entre outro modo de conhecer, como o científico, exige, portanto, que se faça a devida distinção dela relação às Ciências, para saber se é um tipo de Ciência fundamental ou outra coisa. Heidegger, então, aproveita para logo afirmar que “não, a filosofia não é nenhuma ciência.” (HEIDEGGER, 2008, p. 16). E por quê?

Heidegger é categórico ao afirmar que o caráter “acientífico” advém da noção de que “o que a [C]iência só possui em um sentido derivado lhe [referindo-se à Filosofia] advém de uma maneira originária” (HEIDEGGER, 2008a, p. 18).

Em outras palavras, está se querendo dizer, aqui, que a Ciência parte de um ponto do qual a Filosofia parte de modo mais originário, pois, para Heidegger, “toda [C]iência está enraizada na [F]ilosofia e é dela que primeiramente emerge” (HEIDEGGER, 2008a, p. 19). Entendemos que Heidegger está alertando para o caráter filosófico dos pressupostos epistemológicos.

Uma questão-chave para entender esta afirmação de Heidegger é que os pressupostos da Ciência não são científicizáveis. A Ciência é um dos poderes do ser-aí, mas derivados de uma inclinação autêntica e original da compreensão mais fundamente vinda da tarefa filosófica.

Como exemplos, podemos dizer a noção de linguagem científica, sujeito do conhecimento e do seu objeto são questões essencialmente filosóficas. E a Filosofia é este “filosofar” enquanto tarefa de apreensão do que se quer o “o que é”, especialmente o “é” “do que é”.

Essa relação entre Filosofia e Ciência será mais bem desenvolvida por Heidegger por toda a preleção de sua *Introdução*. Todavia, este não é o nosso ponto de interesse. Não queremos, aqui, fazer esta diferença, ao menos, não por enquanto. Nossa tarefa, por ora, é mostrar o caráter crítico da Ciência que Heidegger tentou elaborar ao fazer a distinção entre conhecimento científico e filosófico. Interessa-nos, portanto, aquilo que Heidegger chamou de “crise”.

Obviamente, tal “crise” envolve a própria “essência da Ciência”. Uma “essência” em crise. É claro que o tema da Ciência já tinha sido tratado por Heidegger antes das preleções de sua *Introdução*, mas é, nesta preleção, que a investigação sobre a essência da Ciência e o seu estado de “crise” efetiva-se de modo mais direto.

Assim, Heidegger afirma que se “(...) a [C]iência é um dos poderes de nosso ser-aí, então ela não apenas o determina, mas, como tudo o que é essencial, ela traz uma in-quietude específica para o cerne do ser-aí” (HIDEDEGGER, 2008a, p. 28).

O filósofo alemão não detalha sobre qual seria tal “in-quietude”, mas podemos interpretar isto, levando em consideração o contexto “crítico” em que se encontravam as Ciências em seu tempo. Nesta mesma passagem, Heidegger até chega a relacionar esta crise com o que chamou de “abalo momentâneo causado por Oswald Spengler” (HIDEDEGGER, 2008a, p. 28). Só que aonde Heidegger quer chegar é na hipótese de que tal “crise” não seria mera consequência do pós-I Guerra, mas uma crise que tivesse relação com a essência mesma da Ciência (HIDEDEGGER, 2008a, p. 28).

Diferentemente do que o primeiro subtópico do primeiro tópico deste Capítulo trouxe, a hipótese de Heidegger é a de que a “crise” da Ciência sobre a qual estamos falando não tenha causa direta no “tempo de decadência cultural”, quando se encontra(va) o Ocidente desde o período do final do século XIX e início do XX – e período que ainda vivenciamos no século XXI. Pois, para Heidegger, “(...) essa crise não é nenhum fenômeno causal pós-guerra, tal como a maioria pensa, mas reside de modo latente na própria [C]iência” (HIDEDEGGER, 2008a, p. 29).

Como se vê, a “crise” seria algo da essência mesma do saber científico. E a tese específica, de Heidegger, é a de que a Ciência se encontra diante de uma “crise tripla”. Então,

não apenas se está em um momento crítico, de decadência, ou mesmo de niilismo, como afirmamos anteriormente, trazendo até o diagnóstico de Husserl com a sua *Krisis*. A crise mesma reside no que faz da Ciência como tal. Sua essência é crítica. Triplamente crítica. E quais seriam estas “crises”?

Em sua *Introdução*, Heidegger afirma que a crise se sedimenta de maneiras diversas, e são elas: 1) a crise na estrutura essencial interna da própria Ciência; 2) a crise da Ciência no tocante a sua posição no todo de nosso ser-aí histórico social; 3) a crise da Ciência na relação do indivíduo com a própria Ciência. Ainda neste subtópico, exploraremos melhor cada “crise”, interpretando o que Heidegger elencou. Mas, especificamente, quanto à última “crise, a da relação do indivíduo com a própria prática, deixaremos nossa interpretação para um subtópico próprio, pois este tema, o que fala do conceito de *práxis*, perpassará por todo este trabalho, o que exigirá de nós mais espaço de explicitação de seus conceitos e pressupostos.

Começando com a “primeira crise” (1), a crise na própria estrutura da Ciência, Heidegger fala que se trata da “crise dos fundamentos”. O filósofo falava que a Matemática, “a mais pura” das Ciências, de caráter aparentemente inabalável, estava passando pela crise de seus fundamentos em sua época, mas não somente ela, também as demais ciências. Sobre esta crise dos fundamentos na época da *Introdução*, final dos anos 20, é mais clara de perceber a crise dos fundamentos da Física.

Esta é a época de discussão sobre a Física Quântica, sobre a Teoria da relatividade etc. Usando um exemplo dado pelo próprio Heidegger, sendo o conhecimento científico formado por enunciados, proposições, princípios e conceitos fundamentais, os conceitos tradicionais da Física clássica, como o da causalidade, já não são suficientes em meio à Física Quântica.

Heidegger amplia ainda mais o rol de Ciências em crise, como os avanços da Biologia acerca de se saber quando se está diante de um organismo “vivo” e, já no campo das Ciências Humanas, as mudanças de compreensão sobre o que é “linguagem” e como isto afeta a Filologia (HEIDEGGER, 2008a, p. 37-38).

Aqui, vê-se que os conceitos e princípios fundantes das Ciências já não dão mais conta na tarefa de explicar fenômenos como a natureza da luz e o comportamento dos *fótons*, bem como não dão conta mais de explicar o modo como nos comunicamos diante da riqueza de diversos modos de expressão. A crise está diante dos cientistas, que não pareciam conseguir lidar, de modo adequado, com tal situação crítica.

A questão problemática, aqui, ao menos do ponto de vista epistemológico, não é o fato dos cientistas não conseguirem responder, adequadamente, à crise que surgiu diante de suas tarefas não necessariamente interrompem os “progressos científicos”. Pois, mesmo assim, a Ciência continua em curso. Então, por que se dedicar a uma investigação sobre “crise da estrutura essencial da Ciência?”

Mesmo não compreendendo seus próprios conceitos fundamentais, “o progresso” científico não é interrompido. Heidegger chega a afirmar que “[o] matemático não precisa de maneira alguma saber em que consiste a essência da matemática, contanto que ache resultados corretos e úteis.” (HEIDEGGER, 2008a, p. 40).

E, mais, os conceitos fundamentais da Ciência não são científicizáveis. Como diz Heidegger, “[a] matemática não pode ser concebida matematicamente, e nenhum filólogo pode iluminar a essência da [F]ilologia com métodos filológicos” (HEIDEGGER, 2008, p. 40). Esta passagem é importante para nos mostrar que a crise das Ciências é essencialmente uma questão filosófica a qual a própria Ciência não pode encarar.

A segunda “crise” denunciada por Heidegger (2) é que reside naquilo que ele chamou de “posição no todo do ser-á histórico-social”. Esta “crise” não é óbvia em seus termos. Mas do que se está falando aqui exatamente? Esta “crise” refere-se ao questionamento sobre qual seria a função da Ciência no do cultural. Em outras palavras, Heidegger está denunciando a crise em torno de se saber qual seria a importância do conhecimento científico, uma vez que seu papel se tornou questionável (HEIDEGGER, 2008, p. 33).

Lembramos aqui de Husserl, quando falava da crise das Ciências europeias em volta de sua respectiva importância para o “mundo da vida”. A Ciência parece ter perdido sua relevância para a vida humana enquanto conhecimento que poderia oferecer sentido para a nossa existência. Heidegger lembra, então, que a Ciência se mostrou importuna quando surgiu como substituta do ideal de formação no século XIX, procurando ocupar um espaço formativo deixado pelo romantismo alemão, de Goethe e de Schiller, e pela religiosidade cristã.

Assim, sendo questionada sobre seu papel na vida humana, a Ciência acabou por não mais subsistir como ideal de formação substituto e “(...) não subsistindo mais um ideal de formação e um estabelecimento originário de metas, ela cai como que no vazio” (HEIDEGGER, 2008a, p. 33).

Partindo desta afirmação, de que as Ciências estariam caídas em um vazio de sentido para a existência humana, Heidegger acaba por denunciar um movimento reativo, um movimento pela “popularização da Ciência”.

Heidegger via este processo de popularização sob um olhar de desconfiança. Pois mesmo como substituta do ideal de formação dos românticos, para Heidegger, “(...) a popularização da [C]iência é um mal, e isso não por causa de suas consequências ruins, mas por ela fazer com que a [C]iência seja fundamentalmente mal compreendida em sua essência, ou seja, por ela promover uma destruição interna da essência da própria [C]iência(...)” (HEIDEGGER, 2008a, p. 34). Mas por que isto afetaria a essência da Ciência? Afinal, qual é a essência mesma da Ciência?

O risco para qual Heidegger está chamando atenção é o do fato de “que toda popularização desconhece o fato de a [C]iência não poder ser equiparada a seus resultados, que são, então, continuamente, transmitidos de mão em mão em uma apresentação qualquer” (HEIDEGGER, 2008a, p. 34).

Heidegger desconfia desta redução do papel da Ciência a um conhecimento passível de ser resumido, reduzido, compactado para facilitar a divulgação e transmissão às massas. Pois, para Heidegger, o que está em jogo, na essência da Ciência, não é a sua transmissibilidade, mas sim, aquilo “(...) que é sempre apropriado novamente.” (HEIDEGGER, 2008a, p. 35).

Em outras palavras, Heidegger inscreve a essência da Ciência como uma possibilidade do ser-aí, dentro do seu mundo cultural, mas não como ideal de formação, tampouco como de informação – em que as descobertas científicas seriam transmitidas, popularizando-as como se fosse um encontro com uma verdade absoluta, que resolveria as questões mais essenciais da vida humana, através de manuais, compêndios, resumos, livros de bolso etc.

O “apropriar-se novamente” que a Ciência faz, mostra o seu caráter investigativo, distante de uma noção popular de Ciência em que se entregariam fórmulas fáceis de explicação do funcionamento do mundo.

Mas o que chama mais atenção, nesta “crise” traçada por Heidegger, é que, segundo o filósofo, a popularização da Ciência também seria uma outra “(...) saída por meio da qual ainda é fornecida, então, uma significação para a [C]iência (...)” (HEIDEGGER, 2008a, p. 35).

Com isso, Heidegger diz que a popularização da Ciência “(...) é a tentativa de suprir uma falha supostamente autêntica, a fim de concretizar o que, com efeito, pertence à essência da [C]iência, a saber, o fato de ela ser em si mesma prática” (HEIDEGGER, 2008a, p. 35).

Essa última citação é importantíssima, porque, aqui, Heidegger está nos dizendo que a popularização da Ciência é um esforço de tornar a sua essência também “teórica”, enquanto forma de conhecer descritivo-contemplativo de seu objeto, em um tipo de conhecimento que possa servir para algo por meio de uma “argumentação que seja elucidativa para todos” (HEIDEGGER, 2008a, p. 35).

Mas mesmo Heidegger não adere a esta afirmação com facilidade. A despeito das tentativas de popularização da Ciência e de transformação deste tipo de conhecimento em algo que “sirva para algo” e de fácil compreensão, o filósofo da Floresta Negra quer saber mais sobre a essência prática da Ciência e questiona se a sua popularização é a efetivação deste seu caráter particular.

De pronto, Heidegger afirma que esta concepção sobre a suposta essência prática da Ciência não se reduz à aplicabilidade de seus resultados investigativos. Para Heidegger, “ela [a Ciência] é prática em si mesma e atua como tal de modo imediato, contanto que se compreenda em que consiste sua verdade” (HEIDEGGER, 2008a, p. 36).

Isso leva Heidegger a afirmar que “(...) a crise relativa à posição da [C]iência no todo da cultura também emerge de um desconhecimento peculiar da essência da [C]iência, da essência da verdade que lhe é peculiar” (HEIDEGGER, 2008a, p. 36).

Resta-nos saber, portanto, qual seria a tal “verdade que lhe é peculiar”? O que significa mesmo o caráter prático da Ciência, esquecido ou fetichizado pela popularização do conhecimento científico por meio de manuais, compêndios, resumos, “esquemas”? E para responder tal questão, também é necessário saber o que exatamente se quer dizer ao afirmar que a Ciência é um conhecimento teórico?

Em resumo, é preciso saber sobre esta relação entre teoria e prática. Este tema é suma importância para este trabalho. Pois pensar a atualidade hermenêutica da Ciência do Direito enquanto Ciência Humana é reinterpretar a sua tradicional concepção, vinculada àquilo que Aristóteles chamava de “sabedoria teórica”.

E, mais, isso exige de nós uma interpretação regional desta outra dimensão, a da dimensão prática da Ciência do Direito. Pois enfrentar esta “crise” das Ciências passa pelo desafio de reconectar o conhecimento científico ao “mundo da vida”.

E essa tarefa de conexão exige-nos uma dedicação melhor sobre a relação prática-teoria também na Ciência do Direito. É certo que este tema será melhor dedicado no último subtópico deste Capítulo, quando resgataremos a antiga separação entre estes tipos de conhecer,

bem como a apropriação desta recepção por Heidegger, via Brentano, e por Gadamer e sua Hermenêutica filosófica.

Antes disto, no entanto, precisamos, ainda, desenvolver melhor, aqui, a terceira “crise” (3). Mas faremos isto em subtópico próprio. Esta “crise” é a da “relação do indivíduo com a Ciência”. Esta “crise” envolve a Filosofia da Ciência do século XIX e também como Heidegger interpretou movimentos deste tempo, como o Positivismo, o Neokantismo e a Fenomenologia.

Na *Introdução*, Heidegger não desenvolve muito a “terceira crise”. Mas nós o faremos a partir dele mesmo e, claro, buscando também oferecer a nossa interpretação desta “crise” apontada por Heidegger. E faremos isto a partir de textos anteriores ao da *Introdução*, conectado, também, às passagens de Heidegger sobre a “questão da Ciência” com o seu tratado maior, *Ser e tempo*.

2.1.3. A crise na relação do indivíduo com a própria Ciência

Em verdade, esta terceira crise foi apresentada como sendo a “primeira”, na ordem estabelecida por Heidegger. Nós a colocamos por último aqui, por causa da sua importância e da densidade de seu conteúdo. Esta “crise” relaciona-se diretamente com o ser-aí.

É uma crise e é também uma denúncia feita por Heidegger, a de que havia uma “(...) paralisia no funcionamento da [C]iência acadêmica e, juntamente com essa paralisia, o advento de uma especialização que, por exemplo, não fazia esforços supremos de apropriação (...)” (HEIDEGGER, 2008a, p. 30).

E tal especialização, acusada por Heidegger, acaba por esconder, nas próprias palavras do filósofo, “(...) a impotência de transmitir, de uma maneira simples e em direta comunicação com a existência, o conteúdo ontológico primário e originário da [C]iência” (HEIDEGGER, 2008a, p. 30).

Heidegger destaca que essa paralisia, aliada a uma crescente especialização no mundo acadêmico da Ciência causou uma onda de incerteza em relação àquilo que ele chamou de “posição existencial [existenzeill]” do próprio conhecimento científico.

Em verdade, Heidegger dizia que tal “incerteza” sobre a Ciência, isto é, tal desconfiança que vamos falando, não causava um impacto maior porque havia um sentimento de confiança geral nas Ciências (HEIDEGGER, 2008a, p. 31).

Nessa passagem, mesmo tendo sido um crítico deste movimento, apoiado pela Fenomenologia, de Husserl, Heidegger acaba por elogiar o Neokantismo, de Rickert, por ter sido superior ao Positivismo, tendo dominando, este neokantismo sobre o qual falamos, ao menos a Filosofia alemã dominante até o pré-I Guerra (HEIDEGGER, 2008a, p. 31).

Assim, Heidegger destaca que, apesar da Teoria da ciência do Neokantismo da Escola de Baden, de Heinrich Rickert, que foi dominante na acadêmica pré-I Guerra, ter sido superior a todo o Positivismo, foi neste ambiente mesmo de especialização e popularização da Ciência positivista que a I Guerra se irrompeu (HEIDEGGER, 2008a, p. 31).

Heidegger nos diz que tal situação crítica sobre a confiança nas Ciências não chegara a se agravar, mas ao menos teria se popularizado. (HEIDEGGER, 2008a, p. 31). A insatisfação e a desconfiança imperaram. O conhecimento científico parecia perder espaço. E isto foi reflexo da crise instaurada na relação entre a existência do indivíduo e a própria Ciência. Segundo, Heidegger, “[i]sto se funda no fato de estar absolutamente indeterminado e inexplicado como é que algo como a [C]iência encontra-se disposto no *Dasein* humano como algo próprio à sua essência. É esse o problema da essência existencial da [C]iência”. (HEIDEGGER, 2008a, p. 32).

Essa terceira crise apontada por Heidegger indica que a essência da Ciência precisa ser compreendida no contexto das reflexões sobre o caráter abissal do *Dasein*, sobre a noção de que se se trata de um ente aberto, que transcende a sua liberdade originária, de quem não possui definição e de quem está aberto para o ser dos entes que lhe circundam.

De acordo com Heidegger, “(...) o indivíduo precisa decidir a cada vez a sua relação concreta e fática com uma [C]iência determinada. No entanto, isso só é realizável no círculo das possibilidades. Somente por meio deste caminho de compreensão é a que se poderia encontrar uma saída para a crise da relação *Dasein*-ciência.

Mas para que se possa dar continuidade à reflexão de Heidegger sobre esta crise das Ciências, precisamos mostrar seu caminho de “destruição” dos fundamentos metafísicos do conhecimento científico do início de seu pensamento e só depois mostrarmos o impacto destas três crises na Ciência do Direito, tentando fazer uma interpretação existencial da Jurisprudência.

2.2 ONTOLOGIA FUNDAMENTAL E CONCEPÇÃO DE VERDADE ENQUANTO “DESVELAMENTO”

2.2.1 Ontologia fundamental: diferença ontológica e as estruturas existenciais do *Dasein*

O projeto de *Ser e tempo* era o de procurar o sentido do ser a partir do “método hermenêutico-fenomenológico”, em que se colocaria “em suspenso” a tradição metafísica, desde Platão, para que houvesse a *Destruktion* das sedimentações metafísicas. A “destruição” seria, deste modo, uma abertura para o descerramento do horizonte da investigação do sentido do ser, assim, as (pré-)compreensões tradicionais, que se construíram a partir do esquecimento da diferença entre ser e ente, e que ficaram inopinadas pelo tempo, poderiam, a partir de então, sofrer a “violência” do projeto de uma Ontologia fundamental pretendida por Heidegger.

No final da década de 20, com *Ser e tempo* e com a *Introdução à filosofia*, Heidegger já assinalava uma concepção mais originária de verdade, isto é, uma concepção “anterior” à da verdade enquanto correspondência, e que estaria relacionada com a constituição originário do ser do ente, o qual é “junto-a[o]” *Dasein*. Nesta fase de *Ser e tempo*, a verdade já é pensada como *alétheia*, no sentido mesmo dado pelos gregos como “desvelamento” – em que o “a” trata-se de um prefixo privativo, enquanto que “-létheia” se refere à “lethes”, esquecimentos, encobrimento.

A tese de Heidegger é a de que, pela lida hermenêutico-fenomenológica de *Ser e tempo* com a tradição metafísica, é possível afirmar que tal concepção correspondencial da verdade enquanto *adequatio* não leva em conta a “diferença ontológica” e o caráter prático da relação que o *Dasein*, enquanto ser-no-mundo, possui com os entes subsistentes e instrumentais.

E *Seis estudos sobre Ser e tempo*, Ernildo Stein ensina que em todo *Ser e Tempo* (1928), obra central do pensamento de Martin Heidegger, se desenvolve a direção de um novo começo, uma nova questão quanto ao método. Stein afirma que em *Ser e tempo* aparece uma nova metáfora: a do “círculo hermenêutico”. Esta ideia de “círculo” introduz elementos novos: em lugar da consciência, põe-se uma “hermenêutica do *Dasein*”; em lugar da “teoria pura” da

tradição, se coloca a descoberta da ideia de compreensão do ser-no-mundo que já sempre está jogado no mundo e já sempre está historicamente determinado; assim, no lugar do ideal do “pensamento puro” da teoria tradicional, Heidegger propõe em *Ser e tempo* uma práxis que antecipa toda divisão entre teoria e práxis, fazendo do conhecimento um modo derivado da constituição ontológica do *Dasein* (STEIN, 2008, p. 32).

Conforme Heidegger diz em *Ser e tempo* (1928), o ser-no-mundo é uma constituição fundamental do *Dasein*, sobretudo no modo da cotidianidade, então, o próprio *Dasein* já deve ter sido sempre experimentado onticamente. Deste modo, o *Dasein* não pode ser um “sujeito” velado, porque o *Dasein* já dispõe de uma compreensão ontológica de si mesmo. “Sujeito e objeto” não coincidem com o fato de o *Dasein* ser-no-mundo. Porque o *Dasein* já está inserido na vida cotidiana com os entes, antes de qualquer formulação categorial lógico-formal (HEIDEGGER, 2012a, § 13: 60, p. 187).

É evidente que para introduzir a Fenomenologia hermenêutica de Heidegger nesta tese é preciso antes que se explique a Fenomenologia e a tradição hermenêutica sobre as quais o pensamento heideggeriano se fundamenta. Explica-se, então, neste momento do trabalho, o que é a Fenomenologia e, logo, após, ainda que brevemente, o que é hermenêutica a qual se fundiu com a fenomenologia de Heidegger.

Segundo explica Díaz, entre o século XIX e o século XX surge a figura de Edmund Husserl como fundador da Fenomenologia. É importante destacar, de pronto, que, apesar da Fenomenologia de Husserl ser diferente da Hermenêutica (tradição hermenêutica), Díaz alega que a corrente filosófica da Fenomenologia possui importantes pontos de contato com a tradição hermenêutica devido a sua distinção entre “mundo natural” e o “mundo vivido”, ou também chamado de “mundo fenomenológico”.

E com esta formulação, explica Díaz, Husserl criticou a concepção positivista-psicologista segundo a qual o conhecimento científico seria o único conhecimento válido e as leis da lógica descreveriam as leis do pensamento. Husserl foi um duro crítico da noção de que somente deveria ser considerado como verdadeiro aquilo que poderia ser constatado no “mundo físico”.

Desse jeito, Husserl identificava a Fenomenologia com a Filosofia. Assim, a Fenomenologia seria uma permanente atividade de busca e de meditação sobre o que é considerado evidente, sendo um “puro duvidar” diante das aspirações de objetividade das demais ciências fundamentadas nesta concepção positivista-psicologista. (DÍAZ, 2006, p. 17).

Sobre a questão do “mundo vivido” e da “vivência”, Benedito Nunes ensina que Husserl, empregando a mesma palavra essencial de um filósofo também importante para o pensamento de Heidegger (mas integrante da tradição hermenêutica), Dilthey, deu um sentido diferente para “vivência”. A Fenomenologia de Husserl reivindicara o status de Filosofia como ciência rigorosa a qual, por sua vez, teria a tarefa de satisfazer aquela necessidade ideal de restituir à Filosofia ao seu começo fundador via ato de redução fenomenológica, também chamada de (*epoché*). (NUNES, 2007a, p. 51).

Díaz alega que Husserl pretendia reivindicar o mundo vivido como a origem de todos os conhecimentos. Husserl, no seu *Investigações lógicas* (1901), deu um passo importante ao analisar a intencionalidade, pois, segundo afirma Díaz, Husserl defendia que a consciência não é um mero recipiente interno, passivo e indiferente às percepções das coisas reais, pois, na realidade, as coisas reais estariam em íntima relação com a consciência. E tal consciência, portanto, jamais poderia ser “pura”, isto é, consciência de nada ou de si como tal, mas sempre de alguma coisa.

Deste modo, Díaz explica que, para a fenomenologia de Husserl, a consciência não é um mero saber ou uma mera percepção de objetos externos, mas sim uma pura vivência a qual, enquanto reflexiva, intui-se a si mesma, e, enquanto intencional, intui as coisas (entes). Estas coisas estariam em relação estreita e indissolúvel com a consciência, ou seja, esta relação é estreita entre o ato intencional, que é vivido e chamado de *noesis*, e o objeto deste ato, o qual é chamado de *noema*. E a relação entre *noesis-noema* é a mera descrição teórica de um ato indissolúvel em que há um “dar-se-conta-de-algo”, isto é, da “vivência”. (DÍAZ, 2006, p. 23).

Uma vez explicado, ainda que resumidamente, as pretensões de Husserl com a sua Fenomenologia enquanto filosofia, resta saber como Heidegger fora influenciado por seu mestre e, também, como o filósofo da Floresta Negra rompeu com os direcionamentos fenomenológicos, transformando a filosofia de Husserl em uma fenomenologia interpretativa, ou, melhor dizendo, hermenêutica.

Conforme explica Marco Antônio Casanova, importante tradutor da obra de Heidegger para o português, a partir de certo momento, a palavra Fenomenologia passou a designar uma marca distintiva do pensamento heideggeriano. Casanova alega que três são os elementos do projeto fenomenológico husserliano que interessaram Heidegger: 1) a noção, ou de intencionalidade; 2) a noção de redução ou de *epoché* fenomenológica; e 3) o lema husserliano “rumo às coisas mesmas”.

A percepção sempre implica uma coisa percebida. No entanto, esclarece Casanova, a descoberta dos campos intencionais depende de uma análise detida dos próprios atos de consciência que promovem o surgimento dos objetos correspondentes a estes atos, assim, por este motivo, a intencionalidade requer suspensão (*epoché*), pois, na medida em que se satisfaz esta requisição, encontra-se a unidade transcendental pura entre consciência e coisa da consciência. E é por meio deste raciocínio que se pode entender o lema “rumo às coisas mesmas”.

Casanova ensina que o lema indica não um esforço primário por apreender as coisas tal como elas se mostram imediatamente sem qualquer inserção do sujeito cognoscente e da estrutura do conhecimento, mas sim o contrário, o lema “rumo às coisas mesmas” indica o resultado do empenho por abandonar o modo como inicialmente os sujeitos encontram-se absorvidos no mundo e como estes acolhem os objetos que se apresentam. Assim, intencionalidade, suspensão, e encontro com as coisas mesmas, são elementos da fenomenologia husserliana que receberam uma modificação no interior do pensamento de heideggeriano.

Casanova ensina que Heidegger procurou pensar a constituição das vivências subjetivas dos campos intencionais e as possibilidades de determinação categorial dos entes em geral a partir do acontecimento do mundo circundante, local onde os entes se dão, e este acontecimento é decisivo para a aparição dos entes enquanto entes que são e, deste modo, para a possibilidade de determinação do ser dos entes em geral.

Segundo Casanova, para Heidegger, o projeto fenomenológico e a noção de intencionalidade precisam se articular desde o princípio e essencialmente com o horizonte originário de mostração dos entes em geral, ou seja, com o mundo enquanto semântica histórica fática, que antecede a toda e qualquer possibilidade de acesso aos entes e que se mostra como mais originário até mesmo do que a gênese de uma subjetividade vivencial ligada imanentemente a certos campos eidéticos (CASANOVA, 2009, p. 40; 45).

Em Heidegger, este horizonte possui um caráter histórico sedimentado, ele não se determina de maneira lógico-transcendental a partir das relações imanentes à consciência pura, pois se constrói historicamente e a partir de decisões de pensamento que vão determinando paulatinamente o que se mostra ou não como dotado de sentido.

Heidegger, discordando de Husserl, não acreditava na ideia de que os problemas filosóficos nascem de uma análise puramente lógica. Para o filósofo da Floresta Negra, a

designação de algo como “filosófico” e a colocação de problemas filosóficos em geral dependem de “estruturas fáticas” que foram sendo lentamente decididas no interior da tradição.

Portanto, para Heidegger, a Fenomenologia husserliana incorria neste erro porque trabalhava a partir da dicotomia sujeito-objeto como esquema fundamental de estruturação da totalidade. Então, para fugir deste erro (ou desta inautenticidade), Heidegger lançou mão de um procedimento metodológico que procura lidar diretamente com o problema da assunção inopinada de pontos de vista de questionamento e com modos de tratamentos de problemas (CASANOVA, 2009, p. 46-48).

Dessa maneira, segundo Casanova, para que se possa fugir da absorção inopinada de uma conceptualidade tradicionalmente estabelecida, Heidegger pensou de outra maneira a redução, suspensão, ou melhor dizendo, a *epoché*. Heidegger passou a pensar a suspensão fenomenológica de Husserl pela ideia de “destruição” da conceptualidade tradicional. Logo, Heidegger utilizou-se da Fenomenologia como “método” para encontrar o sentido dos sentidos, aquele elemento fundamental do ser dos entes (CASANOVA, 2009, p. 49).

Como explica Gaós, Heidegger buscou pela Fenomenologia descobrir o fenômeno por excelência, ou seja, o fenômeno que pode se mostrar tal como em si ou em si mesmo e por si mesmo, qual seja o “ser”. Heidegger propôs recolocar a pergunta pelo “ser” da metafísica, enquanto ontologia, mas não mais da maneira cega de antes.

Ele pretendia buscar o “ser enquanto ser”, pensando não mais pelos equívocos da tradição metafísica entificante. Heidegger percorreu a história da ontologia em busca de uma Ontologia fundamental, que só pode ser pensada pela “diferença ontológica”, isto é, pela compreensão de que o “ser” não é “ser do ente”.

Em outras palavras, a pergunta tradicional da metafísica se limitou pela procura da essência das coisas, dos entes, “do que vai sendo”, e não pelo significado do “ser enquanto ser”, como fundamento originário dos entes simplesmente dados. A busca pelo “ser enquanto ser” deve-se recolocada no lugar da pergunta pelo “ser do ente”.

Porém, é preciso afirmar que, dentre todos os entes, somente o ente que pergunta pelo “ser” é o único que já possui uma pré-compreensão do “ser”. Assim, Gaós nos diz que o *Dasein* (*Dasein*) é o único ente que já está no mundo antes de qualquer ontologia (GAÓS, 1971, p. 25).

Por isso, se se quiser começar as investigações para uma Ontologia fundamental, é necessária a Analítica existencial daquele ente que já “é” (existe) enquanto os demais apenas

subsistem ou são apenas instrumentos. Assim, Gaós explica que o método da analítica existencial é “hermenêutico”, isto é, uma interpretação, uma exegese do *Dasein*.

A compreensão do “ser” feita de maneira “pré-ontológica” pelo *Dasein* via analítica existencial se faz, como dito, pelo método fenomenológico, mas acrescido da “hermenêutica”. O método da analítica existencial é também hermenêutico, pois o *lógos* da fenomenologia do *Dasein* é um “lógos hermenêuticos” ou “exegético”, já que exige a interpretação daquele que previamente compreender o seu “ser” antes de perguntar pelo mesmo (GAÓS, 1971, p. 26).

Dubois esclarece isto, afirmando que a ontologia fenomenológica de Heidegger será hermenêutica, pois a Analítica existencial do *Dasein* é buscada ao longo do discurso explicitante e interpretativo, já que, existir, para o *Dasein*, é compreender e explicitar seu próprio “ser”, sua “existência”. Em certo sentido, isso faz do “conhecimento ontológico” um conhecimento transcendental – lembrando, somente, que Heidegger, com a “viragem” (*Kehre*), não estria mais preocupado com um “conhecimento transcendental” por achar que isto seria um resquício da tradição metafísica no seu pensamento.

O *Dasein* é uma possibilidade extrema de sua própria existência e está a fim de compreender aquilo que faz o papel de núcleo de seu “ser”, que é a sua “existência”. E a “existência” somente se faz enquanto é aquilo que “expulsa a si mesmo para fora” (“ek-sistente”). A “existência” é o “ser” que o *Dasein* compreende ao transcender o ente. O *Dasein* não é apenas um ente que busca conhecer o seu “ser”, que é “existir”, ele também é abertura, um ente que possibilita o conhecer o ser dos outros entes, por isso seu caráter ôntico-ontológico (DUBOIS, 2004, p. 24).

A presente pesquisa se abstém de explorar a viragem nas suas minúcias. Interessa aqui falar da relação entre a viragem (*Kehre*) e a Fenomenologia hermenêutica enquanto “método” pelo aspecto de que o caráter interpretativo da Fenomenologia operada por Heidegger não se perdera com a viragem.

Logo, antes que se possa falar do status do “método” hermenêutico-fenomenológico após a viragem no pensamento heideggeriano, é preciso que se responda: afinal, o que foi exatamente a viragem?

O caráter interpretativo (hermenêutico) da fenomenologia usada como método na analítica existencial de *Ser e tempo* fundava-se na posição de Heidegger sobre o caráter ôntico-ontológico do *Dasein*, isto é, na condição do *Dasein* ser a abertura do “ser”. Isto exigia de

Heidegger, então, uma analítica das estruturas existenciais do próprio *Dasein*, como já explicado.

Nelson Souza Junior ensina que as articulações do pensamento de Heidegger sugerem, no final dos anos 20, o entendimento de que os problemas basilares da metafísica exigem uma interpretação do *Dasein* “na” e “através” da temporalidade (*Zeitlichkeit*) (SOUZA JÚNIOR, 2006, p. 47).

Contudo, com a viragem (*Kehre*), Heidegger questiona a sua Analítica existencial. Desta maneira, explica Souza Júnior, *Ser e tempo* traz consigo, apesar de possuir pretensões de superação da metafísica via ontologia fundamental, uma linguagem impregnada da metafísica – basta que se lembre das reflexões de Heidegger sobre a unidade “ekstática” da temporalidade como a condição de possibilidade (transcendental) para que o *Dasein* possa acontecer no seu *Da* (aí) enquanto “eksistente”.

Assim, devido a esta impregnação, as estruturas do *Dasein*, mesmo intensificadas ao máximo, alega Souza Júnior, não asseguram a transição para a “clareira” (*Lichtung*) do “ser”, isto é, para o estado de manifestação mais autêntica do “ser” (SOUZA JÚNIOR, 2006, p. 18-19; 203).

Stein também ensina que pelo “método” fenomenológico se desvendou a circularidade da interrogação pelo “ser”. E foi a estrutura mesma circular da interrogação heideggeriana pelo “ser” que o levou à viragem (*Kehre*), pois, enquanto que em *Ser e tempo* se revela que a análise do *Dasein* pressupõe a compreensão do “ser”, o que implica em uma Analítica de sua “eksistência”, com a viragem (*Kehre*), é a partir da investigação do “ser” na sua história que será possível a análise do próprio *Dasein*. Assim, Stein alega que o caráter hermenêutico da Fenomenologia proposta por Heidegger acaba por tomar um sentido mais amplo com o movimento da “viragem” (*Kehre*), pois esta dimensão hermenêutica não se faz só a partir do *Dasein* humano, mas também pelo próprio “ser”. Portanto, o círculo hermenêutico próprio da fenomenologia hermenêutica está entrelaçado com a “viragem” (*Kehre*) (STEIN, 1983, p. 111).

Por tudo o que foi dito sobre Fenomenologia hermenêutica enquanto paradigma filosófico, pode-se, agora, tratar mais detalhadamente do “método” hermenêutico-fenomenológico. Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, o “método” consiste em um procedimento regressivo através da história da filosofia que procura “suspender”, isto é, “por em dúvida”, as sedimentações que se formaram na linguagem para, após, “destruí-las”. Ou seja, trata-se de ler

a tradição jurídica de modo que seja possível nela perceber as “possibilidades” que ficaram inexploradas por uma série de “encobrimentos” na tradição.

Assim, passadas estas etapas, pretende-se deixar um caminho para a última etapa do “método” fenomenológico-hermenêutico que é a da “construção”, isto é, a possibilidade de formulação de novos projetos mediante a apropriação positiva do passado, pois esta possibilita uma liberação do pensamento para outro ponto de vista filosófico que não o metafísico (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2006, p. 40).

Sobre isto, citamos Sampaio, quando propõe, na sua dissertação de mestrado, alinhando-se com Stein, que o “método” da fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, conforme seu tratado de ontologia fundamental, *Ser e tempo*, possui cinco pontos de sustentação metodológica:

- 1) os problemas da tendência para o encobrimento do ser;
- 2) a afirmação da circularidade;
- 3) a possibilidade da totalidade;
- 4) a constituição da situação hermenêutica;
- 5) os problemas da tendência para o encobrimento; e a necessidade de violência própria à projeção da estrutura de sentido (SAMPAIO, 2007, p. 12).

Dessa maneira, Sampaio localiza os mencionados cinco pontos de sustentação metodológica do projeto de ontologia fundamental de Heidegger no decorrer de sua obra magna, *Ser e tempo*. Em relação ao primeiro ponto, a “tendência para o encobrimento do ser”, Sampaio localiza-o a partir do exame do §7^a de *Ser e tempo* (SAMPAIO, 2007, p. 21).

Em relação ao segundo ponto estrutural, a “afirmação da circularidade”, Sampaio alega que este está associado aos §§ 31, 32 e 33, embora também haja referências a este ponto estrutural nos §§ 61 e 63, todos de *Ser e tempo*. E quanto aos demais pontos estruturais, do terceiro ao quinto, isto é, a “possibilidade de totalidade”, “situação hermenêutica” e “necessidade de violência”, estão, por suas vezes, em conexão com o § 45 de *Ser e tempo*. (SAMPAIO, 2007, p. 22).⁸

⁸ É importante ressaltar que Ernildo Stein, em seu *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*, afirma que, além da obra fundamental de Heidegger, *Ser e tempo*, a questão do “método” está presente em mais duas outras obras também importantes, tratam-se da *Prolegômenos para a história do conceito de tempo* (GA 20), analisado em 182 páginas, e da *Problemas fundamentais da fenomenologia* (GA 24) (STEIN, 2008, p. 36-37).

Com uma interpretação original sobre o tema, o filósofo gaúcho, Ernildo Stein, explica que o “método” da fenomenologia hermenêutica possui duas faces:

- 1) a perspectiva que Stein denomina de “molecular” (micro);
- 2) a perspectiva “molar” (macro).

A “molecular” refere-se à redução fenomenológica, isto é, parte da microanálise da cotidianidade em direção da temporalidade do estar-aí do *Dasein*, onde o tempo se revelará como horizonte da manifestação do sentido do ser, possibilitando, com isto, a construção da teoria do “ser” (estruturas de uma nova ontologia) resultante da analítica do *Dasein* pela ontologia fundamental.

Quanto à perspectiva “molar”, esta é aplicada como uma leitura regressiva, isto é, leitura histórica que, conduzida pelo tempo, submete as teorias tradicionais do “ser” a uma destruição reveladora do esquecimento do próprio sentido do “ser” feita pela sua entificação metafísica (STEIN, 2008, p. 42-43).

Com a exposição do método e da sua ambivalência, Stein ensina, também, um ponto importantíssimo para a devida compreensão sobre o “método” hermenêutico-fenomenológico forjado por Heidegger. Segundo o filósofo gaúcho, a questão do “método” em Heidegger visa, de certa maneira, a dimensão antepredicativa (antecategorial), isto é, a dimensão anterior à relação sujeito-objeto, onde se dá o ser-no-mundo (*in-der-Welt-sein*) no seu “ter-que-ser” prático (pragmático). Stein está referindo-se ao fato de que Heidegger está tratando da dimensão hermenêutica quando fala do “seu” “método”.

E esta questão “metódica” visa à região onde se situa o “como hermenêutico” (*hermeneutische Als*), o qual se refere ao “algo ‘como’ algo” do ser-no-mundo”, e não ao “como apofântico” (*apophantische Als*), próprio do discurso que, por sua vez, refere-se ao “algo ‘como’ algo” do conteúdo proposicional.

Assim, Stein explica que o primeiro “como” exige um “método”, o qual é o da fenomenologia hermenêutica. Já o segundo “como” exige um método (sem aspas, pois trata-se do método comumente compreendido) que se adaptasse ao campo apofântico, ou seja, ao campo da semântica, também chamado de campo da análise lógica da linguagem (STEIN, 2008, p. 39).

Sobre esta questão, Tomaz de Oliveira explica ainda que o nível hermenêutico implique na compreensão e interpretação organizadora e estruturante das relações do *Dasein*

com os instrumentos (*Zuhanden*) e as coisas no mundo (*Vorhanden*), o nível apofântico é aquele no qual o *Dasein* chega a explicitar em termos lógico-objetivos, via discurso, estruturado pela relação entre substantivo e predicado que lhe é própria.

Todavia, Tomaz de Oliveira faz uma importante ressalva, explicando que, na esteira da diferença ontológica, não é possível separar o nível hermenêutico do apofântico. Ambos os níveis sempre “acontecem” em uma unidade, ainda que o nível hermenêutico esteja quase sempre encoberto (velado) pela linguagem (que se dá no discurso), a qual expressa o apofântico.

Logo, é a partir desta noção de que há uma fala, um nível de linguagem a ser revelado, pois está implícito ao nível apofântico, que se pode compreender a noção de verdade enquanto desvelamento proposta por Heidegger e que será um dos temas centrais desta tese, uma vez que é esta noção de verdade a chave para a compreensão sobre o que fazem as Ciências Humanas, além da própria Filosofia. A tese que tentaremos trabalhar a seguir, adiantamos, é a de que a noção de verdade que as Ciências Humanas e a Filosofia lidam não é a mesma das Ciências Naturais, nem a mesma da Filosofia tradicional, vista como Metafísica.

2.2.2 Da essência da verdade: *alétheia*

Desde *Ser e tempo*, a “verdade” é destacada no pensamento de Heidegger. Nesta obra, Heidegger desenvolve uma outra concepção de verdade em relação à concepção da tradição que se fundava na “verdade enquanto correspondência”. Heidegger entendia que três teses caracterizam a apreensão tradicional da verdade:

- 1) a tese de que a verdade tem o seu “lugar” no juízo;
- 2) a tese de que a essência da verdade reside na concordância, isto é, na correspondência ou “adequação”, entre o juízo e a coisa;
- 3) a tese aristotélica de que a verdade, portanto, é definida como “concordância”/ “adequação” (HEIDEGGER, 2012, §44: 215, p. 597).

No mesmo período de *Ser e tempo*, em sua preleção, denominada de *Introdução à filosofia*, Heidegger diz que a concepção tradicional sobre “verdade” (Aristóteles) significa que

é no “lugar” da composição lógico-gramatical (apofântica), formada entre o “sujeito” (substantivo) e o “predicado” de um juízo, que a verdade e a falsidade “residem” (HEIDEGGER, 2008a, p. 49).

Nos textos do “primeiro Heidegger”, é possível encontrar as teses de que:

- 1) É a proposição que “está” na verdade, e não o contrário, como diz a tradição;
- 2) É pelo ser-aí, pela “sua” liberdade, ou seja, por causa do seu caráter “aberto” para com os entes, que pode ocorrer o “descerramento” e a “descoberta” simultaneamente do ser do ente. O ser do ente é manifesto com a existência do ser-aí devido ao caráter “aberto” deste “junto-ao” ente – que se “desencobre” (HEIDEGGER, 2008a, p. 169).

O projeto de se fazer uma “ontologia” que, efetivamente, fosse “fundamental”, isto é, que levasse em conta que o ente não é o “fundamentado” mais originário, e sim, o ser, passa pela necessidade de submeter aquela concepção de verdade enquanto *adequatio* à “violência” do método hermenêutico-fenomenológico. O motivo disto está no fato de que a verdade, enquanto correspondência da tradição, fundamenta-se na identificação do ser e ente, na tese de que a ontologia, enquanto metafísica, estuda o ente que permanece no tempo, a substância, a presentidade, assim como, mas já a partir da modernidade, na tese da separação entre sujeito (o homem) e objeto.

Todavia, é com os textos de 1930, em diante, período da “segunda fase” do pensamento de Heidegger, que a questão mesma da verdade tomará uma relevância central. Conforme Victor Sales Pinheiro, a compreensão da verdade enquanto *alétheia* foi decisiva para a “viragem” (*kehre*) ao pensamento histórico-ontológico do “seer” (*seyn*).

Assim, neste contexto de superação da metafísica, a “viragem” pode ser percebida pela inversão do sentido da investigação filosófica: a partir da busca da “essência da verdade”, no sentido de verdade como produto do conhecimento (*adequatio*), para a “verdade da essência”, no sentido de “verdade” enquanto “desvelamento” (*alétheia*), como um “velar iluminador” do “ser”. Trata-se, portanto, da “viragem” para a concepção de verdade como “clareira” da “doação retrativa” do “seer” (PINHEIRO, 2014, p. 227).

As conferências emblemáticas sobre esta “passagem”, no pensamento de Heidegger, estão presentes no famoso texto de 1930, *Sobre a essência da verdade*, e também no texto em que este tema é repetido e ampliado, *Da essência da verdade*, de 1933/1934. No texto de 1930,

Heidegger destaca que a verdade, enquanto *adequatio* da tradição, significa que é “verdadeiro” tudo aquilo o qual “está de acordo” em dois sentidos:

- a) “de acordo”, de um lado, no sentido de concordância entre uma coisa e o que se presume previamente;
- b) “de acordo”, por outro lado, no sentido de conformidade entre o que é significado pela enunciação e a coisa enunciada. Estes dois sentidos constituem a chamada “verdade” como “conformidade”, isto é, a adequação da coisa com o conhecimento (*Veritas est adequatio rei et intellectus*). A verdade como conformidade compreende a “verdade da proposição” e a “verdade da coisa” (HEIDEGGER, 1996, p. 156).

Contudo, ainda assim, esta concepção de verdade tradicionalíssima não exprime o pensamento transcendental do criticismo. A partir de Kant, a verdade, como adequação, somente será “possível” com a presunção da subjetividade (a essência do homem). Com a modernidade e o “giro copernicano”, a verdade da coisa, que se deve presumir, significa sempre a conformidade entre coisa dada e o seu conceito essencial, concebido pela razão humana.

Heidegger destaca esta concepção de verdade porque, diferentemente dos antigos, com Kant, parece que a essência da verdade é independente da interpretação relativa à essência do ser de todo ente, já que exige, de modo necessário, uma interpretação da essência do homem enquanto portador do *intellectus* (HEIDEGGER, 1996, p. 157).

Esta “nova” questão leva Heidegger a questionar a essência mesma da “adequação”, isto é, da relação entre a enunciação e a coisa. Para Heidegger, a relação que há entre proposição e coisa se desencadeia a partir do “comportamento” do ser-aí.

Esse comportamento caracteriza-se pela manutenção da referência àquilo que é manifestado pela enunciação. De modo mais simples, pode-se dizer que o comportamento se estabelece no estar “em aberto” sobre o ente. A relação de abertura para que o ente se manifeste é um comportamento, portanto.

Assim, a conformidade entre enunciação e coisa tem sua essência na possibilidade que o comportamento “aberto” do ser-aí proporciona. E isto mostra que há uma “instância” anterior à conformidade proposição-coisa. Há um comportamento de “abertura” que precede, deste modo, a verdade enquanto *adequatio* (HEIDEGGER, 1996, p. 159).

Estabelecida esta afirmação, de que, antes da conformidade, há um comportamento que “permite” a manifestação do ente a ser enunciado, Heidegger passa a dizer que este mesmo comportamento de “abertura” é, essencialmente, a liberdade humana.

Percebe-se que a essência da verdade enquanto conformidade é, portanto, a liberdade enquanto “abertura”. Esta liberdade, porém, também não pode ser confundida com a liberdade concebida segundo a tradição. “Liberdade”, aqui, é o caráter ek-sistente do ser-aí humano. É a “antecipação” do ser-aí que lhe consiste. É a projeção do homem para o futuro, ainda que determinado pela tradição e obstado pelo cotidiano do presente.

Lembra-se que o ser-aí não tem essência, segundo o sentido metafísico-tradicional, mas tão somente ek-sistência. Seu fundamento essencial, portanto, é a existência. Isto é importante para que não se caia na concepção de que a essência da verdade, então, estaria ao arbítrio do homem. Na realidade, é o homem que é propriedade da liberdade, e não o contrário. O homem não “escolhe” o seu caráter projetivo, ainda que “in-sista” no presente.

Heidegger diz que “a liberdade é o abandono ao desvelamento do ente como tal. O caráter desvelado do ente se encontra preservado pelo abandono ek-sistente: graças a este abandono, a abertura do aberto, isto é, a “presença” (o “aí”), é o que é.” (HEIDEGGER, 1996, p. 162). E este espaço de “abertura” não é originariamente teórico. Esta nossa afirmação é polêmica para qualquer ouvido metafísico-tradicionalista. Pois, como veremos no subtópico a seguir, desde Heidegger, temos uma inversão da “precedência da teoria sobre a prática”. A nossa lida mais originária com o “mundo”, com a linguagem é pela *práxis*, e não pela *theoria*.

Mas isso será melhor tratado a seguir, quando nos dedicaremos melhor à apropriação de Aristóteles por Heidegger, tema-chave para sustentar todas as hipóteses desta tese.

2.2.3 A apropriação de Aristóteles por Heidegger e da prática sobre a teoria

É claro que não tem como falarmos de Aristóteles e de seus textos fundamentais sobre teoria e sobre prática, sem termos a consciência histórica de que falamos desde um ponto de

vista contemporâneo (consciência hermenêutica) e interessados no modo como sua filosofia fora recebida pela Fenomenologia e pela Hermenêutica Filosófica. Nossa apresentação modesta do tema sobre as diferenças entre conhecimento teórico e prático, em Aristóteles, é intermediada pelo nosso objetivo de mostrar as implicações disto para a Ciência do Direito, que tem tradição própria e que fora já tão pensada e modificada pelos séculos.

Mas, especificamente, este subtópico tem como objetivo mostrar a apropriação da Filosofia aristotélica por Heidegger, especialmente, quanto à filosofia prática. Como dissemos no parágrafo anterior, nosso interesse é chegar às implicações disto nas Ciências Humanas, ou melhor, na Ciência do Direito enquanto Ciência Humana. Assim, começamos, então, abordando como o próprio Heidegger recepcionou Aristóteles por meio de Brentano e como o Estagirita é determinante no seu projeto de Ontologia fundamental. Ao fazermos isto, poderemos, finalmente, interpretar a apropriação de Aristóteles por Heidegger, mas também mostrar como Gadamer o fez pela sua Hermenêutica Filosófica, pois, após isto, estaremos prontos para adentrar na abordagem gadameriana sobre o tema no último Capítulo deste trabalho.

Para começarmos a falar da apropriação de Aristóteles por Heidegger, antes é preciso que lembremos de Adolf Trendelenburg e de Franz Brentano. O primeiro apareceu, neste trabalho, como precursor do retorno ao pensamento de Kant, forjado pelos neokantianos do século XIX. Não apenas isto, Trendelenburg surgiu como forte influenciador da Teoria geral hermenêutica, de Schleiermacher.⁹ Mas o nome mais importante para tratarmos da leitura heideggeriana de Aristóteles é o de Brentano – não esquecendo, claro, que a Ontologia fundamental tinha como inspiração primordial para o seu método a Fenomenologia de Husserl. E ele retorna, aqui, por que também foi responsável por outra interpretação de Aristóteles.

Porém, não é nossa preocupação, neste trabalho, o modo como Heidegger partiu das conclusões de Brentano sobre os critérios pelos quais a Metafísica deveria apenas se preocupar com a manifestação do Ser como a categoria estável no tempo, a saber, a substância (*ousía*), enquanto categoria “real”, nem vamos nos preocupar com a suspensão (*epoché*) fenomenológica vinda de Husserl, associada à noção de compreensão (*verstehen*), de Schleiermacher/Dilthey, que formou o método hermenêutico-fenomenológico, uma vez que já estamos satisfeitos com a explicação dada em subtópico anterior. Acreditamos que, no

⁹ Por óbvio, a história dos efeitos da recepção de Aristóteles é muito anterior ao Trendelenburg. Na Idade Média, Averróis, Abeleardo, Scottus e Ockham proporcionaram à tradição uma leitura alternativa à de Aquino. Especialmente quanto ao pensamento de Ockham, tal leitura de Aristóteles, denominada tradicionalmente de Nominalismo, alcançou novas fronteiras para a interpretação do *Corpus aristotelicum*.

subtópico anterior, já explicamos o suficiente para os objetivos deste trabalho sobre estes três temas: a pergunta pelos Ser a qual fundamenta a Substância, que, com ela, não se deve confundir; o “método” fenomenológico de suspensão dos preconceitos histórico-filosóficos sobre “o que é o ser”; bem como a tarefa compreensiva, que comporta o *lógos* da Fenomenologia hermenêutica, forjada por Heidegger..

Vamos, portanto, direto ao ponto: como Heidegger se apropriou especificamente da Filosofia prática de Aristóteles? Esta pergunta é importante, porque a nossa tese central, neste Capítulo, é a de que: o *Dasein* tem a “compreensão” como uma *práxis* ligada à sua própria “existência”. Resta-nos, então, argumentar de modo mais aprofundado sobre os fundamentos de nossa hipótese e tentar convencer nosso leitor disto. Partimos, então, dos escritos de juventude de Heidegger sobre Aristóteles, além da *Ética a Nicômaco*, reinterpretada pelo método hermenêutico-fenomenológica.

Segundo Escudero, no seu *Heidegger e a filosofia prática de Aristóteles* (2010), “[a] análise do fenômeno da verdade manifesta que a teoria só representa uma das diferentes possibilidades e modalidades através das quais o ser humano apreende os entes e pode compreender o ser” (ESCUADERO, 2010, p. 49). Isso quer dizer que o pensamento de Heidegger sobre a verdade, vista como “desvelamento”, como aquilo que se dá fora do juízo, implica diretamente o modo como o Ser dos entes se “abrem” para o *Dasein*, enquanto ente ôntico-ontologicamente privilegiado quanto ao seu acesso aos entes que lhes estão disponíveis.

Esse entendimento sobre o modo como o *Dasein* se põe no “mundo”, de modo prático-compreensivo, afasta o pensamento de Heidegger da atitude “descritiva” da Fenomenologia, de Husserl, presa ainda às amarras da metafísica moderna, e abre espaço para uma nova compreensão da existência. Segundo Escudero, “[o] rechaço da atitude teórica em Husserl e a assimilação produtiva do pensamento ético de Aristóteles constituem dois ingredientes insubstituíveis da análise heideggeriana da existência humana” (ESCUADERO, 2010, p. 49).

De modo original e ousado, Heidegger propõe uma subversão radical na tradição filosófica, especificamente na tradição da leitura de Aristóteles. Em *Platão: O sofista* (GA 19), Heidegger reinterpreta *Ética a Nicômaco*, quando Aristóteles elencava os cinco modos da verdade se descerrar, isto é, de se “desvelar”. Segundo Heidegger, estes cinco modos são o fio condutor da investigação ontológica fundamental, aquela que procura pelo sentido do ser, pensado a partir da diferença ontológica (HEIDEGGER, 2012b, p. 21-23).

Em *Ética a Nicômaco*, estes cinco modos de desvelamento da verdade enquanto *alétheia*, mostrada por Heidegger, na realidade, tratam-se das cinco qualidades que Aristóteles elencou como sendo os meios pelos quais a alma alcança a verdade por afirmação ou por negação. Os cinco meios são:

- 1) a arte (*techné*);
- 2) o conhecimento científico (*epistéme*);
- 3) a prudência (*phrónesis*);
- 4) sabedoria filosófica (*sophia*);
- 5) e pensamento (*nóus*).

Nós já retornaremos à subversão heideggeriana sobre estes cinco modos apresentados por Aristóteles. Antes disto, precisamos nos dedicar melhor a cada um dos modos, conforme Aristóteles, para, assim, mostrarmos o modo como Heidegger os interpretou. É bem verdade que, no subtópico anterior, nós já apresentamos um pouco desta interpretação heideggeriana, em seu *Introdução à Filosofia*, quando o filósofo alemão tentava mostrar como a “vida contemplativa” (*bíos theoretikós*) predominou na tradição, renegando a prática como modo de ser-no-mundo mais fundamental do *Dasein*. Agora, neste subtópico deste segundo Capítulo, tentaremos trazer mais argumentos de como Heidegger concretiza tal subversão, que, de certo modo, influenciará a Hermenêutica filosófica de Gadamer.

De acordo com Escudero, o que interessa desta passagem, para Heidegger, aquilo lhe intriga, é “(...) saber qual desses modos de conhecimento permite uma manifestação mais originária do mundo e do ser” (ESCUADERO, 2010, p. 50). Em *Ética a Nicômaco*, quando elenca “as qualidades”, colocando-as em cinco, Aristóteles passa a explicar cada uma, diferenciando-as. Mas nos interessa, neste trabalho, especificamente, neste subtópico, somente a teoria e a prática, pois são as formas de desvelamento que estão em jogo aqui, na questão da crise das Ciências, como já vimos.

Começamos pela ciência (a), ou simplesmente de *epistemé* – este será o modo como passaremos a chamar, no original em grego, para que não haja conflitos eventuais de tradução entre as obras que citamos. Lembrando que, para Heidegger, a *epistéme* é umas das cinco “formas de conhecer”. Assim, Aristóteles vem dizer que “(..) uma coisa que conhecemos cientificamente não pode variar (...)”, além disto, vem dizer que tal objeto de estudo da *epistemé* se trata de um objeto que “(...) existe necessariamente (...)” e que é, “(...) portanto, eterno, pois

tudo o que existe com base na necessidade absoluta é eterno (...)” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 3, 1139b20-25).

Ainda sobre a “forma de conhecer” da *epistémē*, Aristóteles também diz que se trata de um tipo de conhecimento¹⁰ “(...) comunicável mediante ensino (...)”, que “(...) parte de fatos [como todo ensino] previamente conhecidos (...), pois procede, tal tipo de conhecimento, “(...) [às vezes] por indução, às vezes por dedução” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 3, 1139b25-30).

Sobre os sub-modos de conhecer do modo científico, Aristóteles fala que “(...) a indução supre um primeiro princípio ou universal, ao passo que a dedução opera a partir de universais e, portanto, há primeiros princípios dos quais parte a dedução que não podem ser provados pela dedução, sendo então alcançados pela indução” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 3, 1139b30). Assim, Aristóteles pode definir melhor o conhecimento científico, afirmando que “(...) é a qualidade mediante a qual demonstramos (...)” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 3, 1139b30-35).

Essa definição é muito importante, porque a palavra “demonstramos”, na citação, é *apodeiktikê*, que vem de *apodexis*, e tem o sentido de algo que possa ser (com)provado por meio de dedução desde princípios surgidos, como vimos, pela indução, a partir do que Aristóteles, em *Da alma*, falava da coisa que se apresenta, como único modo de se saber algo (ARISTÓTELES, 2011, Livro III, 7, 431a15-20).

Segundo a interpretação de Heidegger, por causa do caráter “já sabido” dos princípios (*archai*) e de caracteres eterno e imutável que lhe correspondem, o saber do conhecimento científico “(...) é, portanto, um ter desencoberto; ele é conservação do ser desencoberto do sabido” (HEIDEGGER, 2012b, p. 32). Este é a própria forma de se abrir à verdade pela Ciência: por meio da *theoria*, palavra que comporta, em seu étimo *theo*, o deus que pode ser contemplado, isto é, “visto”, no radical etimológico mais fundamental, que origina a palavra *theatron*, que é *the*.

Heidegger diz que “[e]sse modo do ἀλήθειν [alethéueinv] (desvelamento) da ἐπιστήμη [*epistémē*] (ciência) é um modo totalmente determinado, para os gregos, naturalmente aquele modo que funda a possibilidade da ciência”, e, depois, finaliza, dizendo que “[é] por

¹⁰ Como o leitor deve ter percebido, Aristóteles não parece fazer a distinção que Heidegger faz entre “formas de conhecer” e “modos de desvelamento”. Porém, acreditamos que esta distinção nem precisaria ser feita porque está subentendido que estão tão relacionados, “formas” e “modos”, que quando Aristóteles fala de um, acaba descrevendo o outro para que ambos sejam melhor compreendidos.

esse conceito de saber que se acha orientado todo o desenvolvimento ulterior e, hoje, ainda, a teoria da ciência” (HEIDEGGER, 2012b, p. 33).

Dessa maneira, lendo Aristóteles pelas lentes de Heidegger, podemos dizer que a Ciência é o modo de se abrir para a verdade, ou, ao menos, da verdade se desvelar ao cientista, pelo aporte ao seu objeto de modo teórico, ou seja, de modo em que a coisa tem seu sentido aberto, mas, de certo modo, seu sentido já estava “dado” ao sujeito do conhecimento (HEIDEGGER, 2012b, p. 33). Isto significar dizer que, de alguma maneira, o saber científico sobre um objeto já estava disponível. Por “para fora” aquilo que está encoberto pela *theoría*, na realidade, é colocar, cientificamente, um conhecimento já pressuposto.

Mas será que o mesmo se dá com a *phrónesis* e sua *práxis*? Sobre a prudência enquanto sabedoria prática, Aristóteles diz-nos que “(...) o homem prudente, em geral, será o homem que é eficiente na deliberação [*proíresis*] em geral.” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1140a130). O Estagirita alega que, quanto ao objeto da deliberação, o que se age sobre, diferentemente do conhecimento científico, ele não pode ser algo eterno e imutável. Assim, Aristóteles é muito claro ao afirmar que “(...) a prudência (sabedoria prática) não é o mesmo que conhecimento científico, porque assuntos relacionados à conduta admitem mutação (...)” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1141b1).

E Aristóteles ainda completa, diferenciando a *phrónesis*, o conhecimento prático, da *techné*, da arte, ao dizer que a prudência “(...) não pode ser arte, porque o criar e o fazer [no sentido de “agir”, de *práxis*, e não de *poiésis*] são genericamente diferentes, posto que o criar visa a um fim que é distinto do ato de criar, enquanto no fazer [*práxis*] o fim não pode ser outro senão o próprio ato, ou seja, fazer bem [agir bem] é em si mesmo o fim” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1141b5-10). Nesta mesma passagem, Aristóteles também define a prudência como sendo “(...) uma qualidade racional de consecução da verdade, que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos”(ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1141b5-10).

Como se vê, Aristóteles acaba por conectar este Livro VI com o II, quando falava sobre as virtudes. Pois a prudência não é somente um conhecimento prático, mas também é uma virtude, já que a *práxis*, o agir, visa a um fim em si mesmo. Assim, deliberar, de modo prudente, é agir de modo que não se escolha o fim, pois este sempre será o “bem”, mas que se escolha os meios para se conseguir o bem. Por isto, Aristóteles diz que “[o]s primeiros princípios da ação são o fim para o qual nossos atos são meios (...)” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1141b5-10).

Desse jeito, diz-se que alguém é prudente quando esta pessoa age como Péricles, pois “(...) são julgados prudentes, porque possuem uma faculdade de discernir que coisas são boas para si mesmas e para os seres humanos. E é isso que coincide com nosso entendimento do que seja alguém conhecedor da administração doméstica ou administração política” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 5, 1141b5-10). Aqui, Aristóteles está conectando a prudência com a política no sentido geral, seja para legislar, administrar ou decidir judicialmente. Sobre isto, o Filósofo diz que “[a] prudência, de fato, apresenta a mesma disposição da [C]iência [P]olítica (...)” (ARISTÓTELES, 2013a, Livro VI, 7, 1141b30).

Uma vez explicado, resumidamente, o que é a *práxis* pra Aristóteles, passemos à fala sobre a *theoria*. De acordo com a precedência da *theoria*, marginalizou a dimensão prática da vida humana, assim, “(...) a ação permaneceu sistematicamente subordinada às categorias da *theoria* (...)” (ESCUADERO, 2010, p. 51). Deste modo, é preciso emancipar a *práxis*. Um meio para isto foi o de estabelecer que há três diferenças entre *theoria* e *práxis*. Pela leitura heideggeriana, podemos especificar pelo menos três, divididas entre: 1) modos de desvelamento; 2) formas de conhecimento; 3) formas de comportamento:

1) enquanto modo de desvelamento: na *theoria*, quer-se encontrar o conhecimento da verdade – já sabida, como dissemos em parágrafo anterior, auxiliados por Heidegger –, e já a *práxis*, quer-se buscar o êxito da ação, buscando a boa ação;

2) enquanto formas de conhecimento: a forma de conhecimento que corresponde ao modo de desvelamento da *theoria* é a *epistémé*, a ciência, que “(...) se consuma na contemplação da verdade (...)” (ESCUADERO, 2010, p. 52), enquanto que a *práxis* corresponde-lhe a forma de conhecimento da *phrónesis*;

3) formas de comportamento: na *theoria*, o *Dasein* se comporta, lidando com o objeto por um saber absoluto, vendo o objeto como um “está-aí-adiante” (*Vorhanden*) – “diante da mão” –, enquanto que, na *práxis*, o *Dasein* lida com o objeto pela prudência, pela *phrónesis*, o que lhe exige o cuidado (*Sorge*), que acaba sendo a “(...) determinação ontológica fundamental da vida humana (...)” (ESCUADERO, 2010, p. 52).

O cuidado (*Sorge*) é a unidade das três ek-stáses por meio das quais o *Dasein* se coloca no mundo circundante. De modo mais simples, o cuidado é o modo que o *Dasein* “é-no-mundo”, lidando com entes que lhe são acessíveis instrumental (*Zuhanden*) ou dispostos à mão ou diante da mão (*Vorhanden*), tendo de se lançar sobre o abismo da sua falta de essência,

estando entre o passado da tradição, o presente cotidiano de potencial decadente e o futuro de infinitas possibilidades no limite de sua morte.

O que há de genial nisso é que Heidegger inverte o modo como a tradição metafísica entende como o *Dasein* se coloca no “mundo”. Como o Ser é pensado como substância (*ousía*), como ente que subsiste no tempo, com estabilidade, aliás, como aquilo vai “sendo”, como se estivesse fora do tempo, como ente fundante, primeiro, eterno e imutável, a tradição metafísica só entende que o modo de ser-no-mundo seria teórico, contemplativo da verdade enquanto substância descrita, que produz juízo o qual encontra adequação entre “coisa” e “intelecto”. E a inversão feita por Heidegger está justamente em chamar atenção para outro tipo de lidar com o “mundo”, mais original, que não seja com o *lógos* que se apresenta pelas categorias, mas que se lida interpretativamente por uma *práxis* anterior à *theoria*.

A lida do *Dasein* com os entes disponíveis à mão não é contemplativa. O modo de ser mais originário, de estar mais fundante no-mundo, é prático por causa da finitude.

Isso não quer dizer que a *theoria* seja impossível. Ela é uma das possibilidades de se lidar com o *lógos apofânticos*, mas não se pode esquecer que o *Dasein* “ek-siste”, transcendendo-se, pela sua liberdade, mais originário, sobre si mesmo, sobre sua própria essência abissal – já que não tem essência, pois o *Dasein* não é, “ek-siste”, projeta-se, para além da determinação tradicional, da alienação cotidiana do falatório e do esquecimento da própria morte – de modo prático.

Dois pontos aqui são “chaves” para entender a ousadia de Heidegger: a) a tese de um discurso “não-dito”, não categorial, fora do juízo, que é o *lógos hermenêuticos*; e b) a compreensão do privilégio ôntico-ontológico do *Dasein* a partir de sua finitude. Em uma obra fundamental para entendermos a apropriação de Aristóteles por Heidegger, Franco Volpi, em *Heidegger e Aristóteles* (2010), diz que tal busca por uma perspectiva pré-predicativa da verdade é um desenvolvimento da Fenomenologia de Husserl – Volpi refere-se, aqui, à noção de retorno à “coisa mesma” por uma “atitude fenomenológica” – sobre a Filosofia aristotélica em torno da verdade (VOLPI, 2013, p. 68).

Assim, Volpi também diz-nos que Heidegger encontra “(...) um alargamento ontológico tradicional, segundo o qual o verdadeiro se teria apenas na síntese e na separação de representações, como tinha sido afirmado especialmente pelo [N]eokantismo rickertiano.”. (VOLPI, 2013, p. 68). Esta passagem é muito importante, porque corrobora com o que vamos

tratar no subtópico seguinte, quando falaremos do enfrentamento de Heidegger diante do Neokantismo de Baden.

Sobre essa crítica heideggeriana ao Neokantismo de Rickert – epistemologia fundante da doutrina pura de Kelsen, como já falamos tanto anteriormente –, em um trabalho de juventude, Heidegger denunciou a insistência de Rickert em entender a verdade como mera correspondência quando houvesse síntese ou separação nos juízos que atribuem (síntese), ou não (separação), um valor transcendental a um fato ou a um ato.

Estamos falando da obra *Prolegômenos para uma história de conceito de tempo* (GA 20), obra em que Heidegger enfrenta diretamente a Filosofia de Rickert, afirmando que o filósofo de Baden não conseguia entender que o “representar”, proporcionado pela intencionalidade já é um tipo de conhecimento – e dizemos mais, é um conhecimento que se tem sem juízo, pois é pre-predicativo, pré-judicativo, pré-categorial, advindo da atitude fenomenológica (HEIDEGGER, 2006, p. 54).

Por fim, ter a *práxis* como modo de ser-no-mundo primordial em detrimento da *bíos theoretikos* da tradição mostra a ousadia de Heidegger em tomar partido por uma perspectiva pós-metafísica de encarar a Filosofia como um pensamento que se faz “sobre o finito”, como diz Volpi (VOLPI, 2013, p. 69).

Desse modo, ler a Ciência do Direito “sobre o finito” é um modo de caminhar distante do perigo da técnica, preocupação central do Heidegger tardio. Falamos no início deste Capítulo, sobre a situação de “crise” na Europa por conta do período do pós-I Guerra. Já a caminho da “viragem” (*Kehre*), Heidegger escreve seu famoso texto, *Carta sobre humanismo* (1946), em que põe em questão os fundamentos metafísicos do Humanismo, definidor do ser humano como “animal racional” e responsável pela ideia de que o filosofar seria algum tipo de comportamento teórico que instrumentaliza a si mesmo (HEIDEGGER, 2008b, p. 327).

Enquanto instrumento de formação, enquanto “humanismo” que “forma” o ser humano racional, esta perspectiva metafísico-tradicional sobre a Filosofia é própria do preconceito da precedência da teoria em relação à prática, que vamos falando desde o início deste subtópico. Isto é típico da *bíos theoretikós* de que falava Aristóteles, ao estabelecer que o ser humano deve levar uma vida em busca da contemplação da verdade, que é eterna, por meio de uma vida filosófica – pois, assim, se estaria mais próximo da verdade primeira, da causa primeira, que é o ente fundante; Deus.

Mas isso, para Heidegger, não passa de um preconceito da tradição da Metafísica, que não consegue dar conta do que ele chama de “essência do pensar”. E para nos livrarmos de tal preconceito, seria preciso nos livrarmos desta interpretação técnica do pensar, que não consegue atingir o modo mais originário de entender o pensar pelos gregos mais antigos. Heidegger está falando, aqui, da noção de que o pensar não é uma técnica, como um instrumento para a verdade. Mas, então, o que seria? E qual seria o risco?

O risco é fazer da Filosofia um instrumento, uma perspectiva já muito distante do “pensar originário”, mais ligado, como vimos, à *práxis*. Encobrir o caráter originário do modo prático de ser-no-mundo levou-nos ao cientificismo moderno e ao domínio da tecnologia na contemporaneidade, colocando a natureza e o ser humano como meros “recursos”, à mercê da técnica enquanto dispositivo (*Gestell*) (HEIDEGGER, 2008b, p. 329).

Risco que a Ciência do Direito não escapa, como veremos no próximo Capítulo, logo depois que nos dedicarmos um pouco mais sobre o que seria a verdade enquanto *alétheia*, surgida desde uma perspectiva sobre o *Dasein* como um ente aberto para o ser dos entes de modo pré-judicativo.

Assim, partindo da inversão heideggeriana e de tudo o que falamos sobre “crise das ciências”, propomos, a seguir, uma interpretação existencial da Ciência do Direito e a radicalização disto pela releitura das Ciências Humanas pela Hermenêutica filosófica, de Gadamer.

3. A CIÊNCIA DO DIREITO COMO UMA “PRÁTICA” OU COMO “TEORIA SOBRE A PRÁXIS”?: UMA QUESTÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA

3.1 A ESSÊNCIA DA CIÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO EXISTENCIAL DAS CIÊNCIAS E DA CIÊNCIA DO DIREITO

3.1.1 A essência da Ciência desde a verdade enquanto desvelamento

Pelo Capítulo anterior deste trabalho, o conceito de Ciência do Direito, de Kelsen, pode ser assim definido: trata-se de uma Ciência Humana (Cultural/do Espírito) de caráter Normativo, que, pela pressuposição do Postulado do Relativismo axiológico, a neutralidade axiológica viabiliza o dever de abordar as normas jurídicas positivadas de maneira formal, descrevendo-as como “elas são” por meio de “juízos de fato” “avalorativos”, conforme os fundamentos neokantianos, de Rickert e de Weber.

Com esta conclusão e mediante a suspensão da tradição jurídica de Kelsen, resta-nos agora lidar, “destrutivamente”, com seus fundamentos filosóficos, repetindo a seguinte pergunta: a *Teoria pura do direito*, de Kelsen, pode ser considerada uma Teoria que fundamenta uma espécie de Ciência do Direito em crise com a existência do ser-aí?

Para respondermos a esta pergunta, precisamos, antes, mostrar como Heidegger, a partir da “diferencia ontológica” e da Analítica existencial de sua Fenomenologia Hermenêutica, permite-nos interpretar a *Teoria pura do direito*, de Kelsen, e levar-nos, já adiantando a resposta, à seguinte conclusão: sim, o conceito de Ciência do Direito, de Hans Kelsen, está inserido na tripla situação crítica das Ciências para com a existencialidade (“ek-stencialidade”) do ser-aí, furtando-o de uma relação originária com a essência da Ciência e, conseqüentemente, com a concepção de verdade enquanto *alétheia*. Deste modo, resta a nós desenvolver e demonstrar o caminho que percorremos para chegar a esta conclusão.

No lugar do sujeito cartesiano ou da unidade sintética da apercepção, Heidegger traz o ser-aí como ente privilegiado para a compreensão do mundo. O ser-aí não é mais um ente distante de seu objeto e fundamento do conhecimento. Este ente já está jogado no mundo desde o início de sua vida. O mundo não é para ele um conjunto de objetos a ser apreendido por meio de seu pensamento ou de suas categorias esquemáticas. Ele tem o mundo como âmbito de pré-compreensão dos demais entes, sejam eles subsistentes ou instrumentais. E o “Mundo” é a própria possibilidade de sentido do ser-aí, o qual, interpretativamente, “ek-siste”, transcendendo-se no tempo.

Em *Ser e tempo*, Heidegger diz-nos que o ser-no-mundo é uma constituição fundamental do ser-aí, sobretudo no modo da cotidianidade, então, o próprio ser-aí já deve ter sido sempre experimentado onticamente. Desse modo, o ser-aí não pode ser um “sujeito” velado, porque o ser-aí já dispõe de uma compreensão ontológica de si mesmo. “Sujeito e objeto” não coincidem com o fato do ser-aí ser, em verdade, ser-no-mundo, pois ele já está inserido na lida cotidiana com os entes antes de qualquer formulação categorial lógico-formal (HEIDEGGER, 2012a, §13: 62, p. 193-194). De que maneira isto se relaciona com a nossa interpretação fenomenológica do conceito de Ciência do Direito, de Kelsen, a partir da interpretação existencial de Ciência feita por Heidegger? A tarefa, neste segundo tópico, é a de aprofundar um pouco mais o paradigma heideggeriano, especialmente, quanto à questão da reconstrução feita por Heidegger da concepção de verdade enquanto correspondência da tradição. Por meio disto, pressupondo a “diferença ontológica”, Heidegger levar-nos-á à essência da verdade e, desta, ao que Fragozo chama de “conceito existencial de ciência”.

Sobre este “conceito”, Fragozo mostra-nos que já em *Ser e tempo*, mais especificamente no §69b, pode ser possível encontrar a sua primeira caracterização.¹¹ Fragozo lembra-nos que, após *Ser e tempo*, este tema foi paulatinamente desenvolvido pelo Filósofo da

¹¹ Em *Ser e tempo*, Heidegger pergunta pelas condições de possibilidade para que o ser-aí possa existir no modo das investigações científicas. O filósofo alega que tal pergunta quer saber sobre o que ele chamou de “conceito existencial de ciência”. Este “conceito existencial” difere-se do “conceito lógico” de Ciência, porque este último compreende a pesquisa científica no tocante a seus resultados, resumindo, deste modo, todo o conhecimento científico a um sistema de fundamentação de sentenças de validade universal, ou, conforme a perspectiva moderna de Ciência, “verdadeiras”. Por outro lado, o “conceito existencial” de Ciência é aquele pelo qual a Ciência é compreendida como “modo da existência” do ser-aí que, enquanto ser-no-mundo, “abre” o ente e o seu ser. Contudo, Heidegger alerta que só se pode haver o devido desenvolvimento da interpretação existencial da Ciência se o sentido de ser, e de “nexo” entre ser e verdade, for esclarecido a partir da temporalidade da existência do ser-aí (HEIDEGGER, 2009, p. 445). E esta “condição”, estabelecida por Heidegger, será melhormente tratada ao longo deste segundo e último tópico com o auxílio da já referida preleção *Introdução à filosofia*, datada logo depois da publicação de *Ser e tempo*.

Floresta Negra na já mencionada preleção *Introdução à filosofia*, tendo chegado a ganhar, neste texto, uma “substancial uniformidade” (FRAGOZO, 2012, p. 74).

Portanto, nós damos continuidade aos objetivos deste nosso trabalho, buscando ambientar a concepção de Ciência do Direito, de Kelsen, diante da interpretação existencial de Ciência feita por Heidegger e da sua reconstrução do momento de crise tripla do conhecimento científico.

A “diferença ontológica” diz-nos que a tradição da Metafísica até então apenas tem se perguntado pelo “ser do ente”, em outros termos, pelo “ente enquanto tal”, mas não pelo “ser enquanto ser”. Em termos mais simples, Heidegger estava realizando a pergunta pelo ser assim como no início da Filosofia os fundadores do pensamento filosófico o fizeram.

Contudo, Heidegger repete a pergunta não mais a respondendo por meio da identificação do ser com o ente. O filósofo da Floresta Negra faz a diferença entre o verbo “ser” no infinitivo e o particípio presente do mesmo verbo. Pois, “ser”, segundo Heidegger, não é “ser do ente”, ou, ainda, ser não é o que o ente é. Ser é um verbo no infinitivo, enquanto que o ente é a sua indicação “substancializada”.

Ente é tudo aquilo que é, mas, segundo a diferença ontológica, por outro lado, ente não é o Ser. Ser fundamenta o ente, possibilitando-o a nós dizer o que o ente é. Ser não pode ser ente porque o “ente” é aquilo, ou aquele, que, “sendo”, permanece no tempo como “presença” (e “presentividade”).

Dessa maneira, Heidegger, em uma passagem de *Ser e tempo*, afirma que, mesmo com a reformulação da questão ontológica, não se desconsidera tudo o que fora onticamente coletado pelas Ciências Positivas, até mesmo porque elas não podem e nem devem “esperar” que os objetivos de sua Ontologia fundamental sejam cumpridos. No entanto, as Ciências devem assumir não o “progresso científico”, mas a retomada e uma purificação ontológica mais transparente do que se já descobriu onticamente (HEIDEGGER, 2012, §11: 52, p. 165). Mas como tal purificação ontológica da Ciência poderia ser feita?

Tudo nos leva à questão da essência da Ciência e, antes mesmo, à verdade enquanto *alétheia*. No seu *Introdução à filosofia*, Heidegger define a concepção dominante da Ciência. Esta definição diz-nos que a Ciência se mostra como um contexto de fundamentação de proposições verdadeiras que possuem validade. O contexto é de “verdades”, na medida em que a verdade é equivalente a uma proposição verdadeira.

Portanto, a Ciência, afirma Heidegger, é um tipo de verdade. Assim, uma vez definido o conceito de Ciência dominante, resta-nos saber sobre do que se trata quando se fala do termo “verdade”, ao afirmamos que a Ciência seria um “tipo de verdade”? Que verdade é esta? Ou, melhor, o que é “verdade”?

Em *Ser e tempo* mesmo, Heidegger passa a nos dar a concepção de verdade pelo seu paradigma em oposição à “verdade enquanto correspondência” da tradição. De acordo Heidegger, três teses podem caracterizar a apreensão tradicional da verdade:

- 1) a verdade tem o seu “lugar” no juízo;
- 2) a essência da verdade reside na concordância, ou correspondência, entre juízo e seu objeto;
- 3) e, segundo Aristóteles, a verdade pode ser definida como “concordância” (HEIDEGGER, 2012, §44: 2014, p. 284). Contudo, segundo Heidegger, esta concepção de verdade, definida como *adequatio intellectus rem*, mostra-nos que só haveria verdade e falsidade na esfera da composição lógico-gramatical entre sujeito e predicado de um juízo (HEIDEGGER, 2008a, p. 49).

Esta concepção permeou a tradição filosófica de Platão, especialmente na Filosofia de Aristóteles, até a Modernidade herdeira da Escolástica. Isto significa que, pela concepção tradicional, que se esquece da diferença ontológica, a verdade de um juízo como “O giz é branco” somente é possível porque o enunciado é capaz de nos mostrar a “conexão” entre o substantivo “giz” e o predicado “branco”, sintetizando duas ideias.

Assim, o caráter apofântico da linguagem conecta uma coisa a outra. Então, podemos entender a concepção tradicional da verdade como aquela que nos diz que o discurso audível e escrito seria a realidade efetiva da verdade, ou seja, a verdade só poderia ser efetivamente real no *lógos* (HEIDEGGER, 2008a, p. 53-54; 60).

Deste modo, Heidegger diz-nos que a Ciência busca a verdade, mas esta verdade está concebida de maneira tradicional, isto é, como verdade proposicional. Deste jeito, a Ciência vista, assim, de maneira dominante e tradicional, seria, então, a unidade da conexão de fundamentação de proposições verdadeiras sedimentadas em trabalhos científicos e em livros publicados.

Como exemplo disso, Heidegger menciona que o Neokantismo, de Cohen, da Escola de Marburg – outra espécie de Neokantismo que, ao lado do rickertiano, foi influente na Teoria da Ciência do Direito, de Kelsen – representa bem tal concepção de verdade científica fundamentada na concepção de verdade proposicional quando diz que o “*factum* da Ciência” se faz presente nos livros impressos (HEIDEGGER, 2008a, p. 50).

Todavia, a questão aqui é que Heidegger propõe outra concepção de verdade. Para Heidegger, o problema da relação sujeito-objeto, que está presente na lide entre idealistas e realistas, faz-nos afirmar que, mesmo com a Modernidade, não se foi além do velho ponto de partida platônico-aristotélico. Heidegger, então, fala-nos que este problema só poderá ser resolvido quando depois que se tiver compreendido que o problema da Teoria do conhecimento repousa no problema mesmo da verdade e não o contrário (HEIDEGGER, 2008a, p. 65). Que isto quer dizer?

Heidegger quer dizer-nos que a questão da verdade é anterior à relação predicativa do juízo. Isto significa que, antes da relação predicativa entre sujeito e predicado de um juízo, há uma relação veritativa entre o enunciador e o seu enunciado. O enunciador somos nós. Nós quem somos aquele que irá enunciar a relação predicativa entre um objeto e seu adjetivo, por exemplo. Heidegger é muito claro quando nos diz que, conforme o referido exemplo do “giz branco”, “[a]o fazermos a enunciação, já estamos antes nos mantendo junto ao giz” (HEIDEGGER, 2008, p. 69).

Dessa maneira, podemos concluir que a verdade enquanto *adequatio* pressupõe a “relação prévia” que o nosso ser-aí possui junto à coisa sobre a qual enunciamos em uma relação predicativa. Em sua *Introdução à filosofia*, Heidegger investiga a hipótese de que o ser-aí não seja nada mais do que o “sujeito” que se encontra em uma relação com um objeto. No entanto, Heidegger pergunta-se sobre o que nós podemos ganhar ao denominar este “sujeito”, que somos nós, por “ser-aí” (*Dasein*).

A questão, aqui, é que Heidegger, chamando o “sujeito” de ser-aí, mostra-nos a constituição originária do ente o qual já “é-junto-a”. Mas para que seria preciso determinar a existência do ser-aí na sua constituição originária?

Heidegger alega que a “aclaração” do modo de ser do ser-aí, enquanto “junto-a” alguma coisa/ente, isto é, o retrocesso à relação mais originária que o ser-aí possui com os demais entes, ocorre com a finalidade prevalecente de encontrarmos a essência originária da

verdade e de compreender, a partir desta essência, a essência mesma da Ciência enquanto um tipo de verdade.

Como vimos nos parágrafos anteriores, a discussão da crise tripla das Ciências nos levou à pergunta sobre a essência da Ciência e, como visto, tal essência exige-nos questionar sobre a essência da verdade, uma vez que é a Ciência um tipo de conhecimento que traz até nós uma verdade.

E o fio condutor para encontrarmos estas respostas é o questionamento sobre o ser-aí e a sua “relação veritativa”, a qual é mais originária, e, por isto, anterior à própria relação predicativa. Assim, em meio a estes questionamentos, resta, por último, saber sobre qual seria a posição, então, que a Ciência, enquanto um tipo de verdade, ocupa na existência do “sujeito homem” enquanto “ser-aí” (HEIDEGGER, 2008a, p. 76).

De acordo com Heidegger, segundo uma de suas teses, a verdade está correlacionada ao ente por si subsistente, isto é, aos entes que não são seres-aí e nem os entes instrumentalizados.

Os entes por si subsistentes são coisas, palavras e objetos, os quais não se encontram em uso, como, por exemplo, o caso do “giz branco”. E a este desvelamento do ente por si subsistente Heidegger denomina de “descoberta”. Seguindo este raciocínio, Heidegger ainda nos diz que se um ente por si subsistente desvela-se como “descoberta”, isto quer dizer que algo ou alguém o “descobriu”.

O “descobridor” é um ente cujo ser desvelado pertence à sua constituição ontológica. Heidegger, na realidade, está se referindo ao ser-aí. E o ser desvelado que o constitui, ontologicamente, trata-se de um “descerramento” do ser ao ser-aí por si mesmo. O ser-aí é um ente que é “desvelado” a partir de si mesmo pelo “descerramento” de si.

Portanto, o “desvelamento” da verdade de um ente subsistente como “descoberta” é sempre, antes, originado pelo “descerramento” do ser do ser-aí a partir de si mesmo (HEIDEGGER, 2008, p. 160).

3.1.2 A perda do caráter prático da Ciência e da Ciência do Direito

Foi exatamente neste momento do pós-I Guerra, período de acentuação da especialização científica e, ao mesmo tempo, de crise dos fundamentos das Ciências como até então eram vistas, que Kelsen começou a elaborar sua doutrina pura do direito. Contudo, ao contrário do que comumente ainda se pode pensar sobre a Teoria do direito kelseniana, não é fácil enquadrá-la no movimento cientificista criticado, aqui, por Heidegger – o movimento do Positivismo filosófico. Kelsen, em verdade, posicionava-se contra os fundamentos positivistas no pensamento jurídico.

O Mestre de Viena buscou elaborar uma saída para o Positivismo jurídico fundamentado no Positivismo filosófico – como era o caso, por exemplo, da Jurisprudência analítica, dos britânicos Mill, Austin e Bentham – por meio de outros pressupostos, como, por exemplo, ainda que, de maneira restrita, os do Neokantismo, de Rickert.

É totalmente equivocado “localizar” o positivismo jurídico da Teoria jurídica kelseniana, conjuntamente com a sua Ciência do Direito, na História da Filosofia como se fosse positivista no sentido filosófico.¹² Kelsen esteve muito mais próximo do formalismo e dos pressupostos neokantianos do que do cientificismo positivista. Como veremos melhor no próximo subtópico sobre o tema, com certas restrições, podemos afirmar que Kelsen fazia distinção entre Ciências Naturais e Ciências Humanas (ou Culturais) com base em Rickert – especialmente sobre a Tese dos mundos e sobre o Princípio da formação de conceitos.

Kelsen preocupava-se em fazer da Ciência do Direito, enquanto *jurisprudentia*, uma Ciência Cultural normativa, formalista e epistemologicamente autônoma a partir do postulado do relativismo axiológico. Logo, ratificamos que não havia relação direta entre a Ciência do

¹² Portanto, como afirma Dimoulis, isso significa que os partidários do positivismo jurídico não aceitaram todas as ideias historicamente designadas como “positivistas”, pois algo assim seria impossível em razão das múltiplas abordagens positivistas jurídicas e “positivistas” no sentido filosófico. O que pode ser dito sobre Kelsen, em relação ao termo “positivismo”, é que, ainda que Kelsen não tenha sido um positivista no sentido filosófico, a doutrina pura do Direito é assumidamente uma Teoria do Direito positivista no sentido da tradição jurídica (juspositivista). Esta tradição jurídica tem outras origens, apesar da homografia entre as mesmas. Dimoulis ainda ensina que o “positivismo jurídico” refere-se à preocupação com o estudo do “Direito posto”, isto é, dos atos que impõem normas. Segundo o jurista brasileiro, o termo *iustitia positiva* foi encontrado, pela primeira vez, na obra de Hugo Saint-Victor, escrita por volta do ano de 1127, chamada de *Didascalicon* (DIMOULIS, 2006, p. 66-68).

Direito, teorizada por Kelsen, e os pressupostos dos Positivismos, de Comte, Mill, Austin ou de Bentham.¹³

Contudo, ainda que Kelsen não possa ser caracterizado como um positivista no sentido comteano do termo, o Mestre de Viena tinha como uma de suas pretensões mais essenciais fazer da antiga *jurisprudencia* um estudo científico rigoroso. Kelsen esteve inserido em uma tradição juscientífica em que se tentava atribuir aos estudos do Direito um caráter formal e que, efetivamente, lidasse com o seu objeto de estudo de maneira teórica.

Podemos afirmar que este projeto kelseniano foi, de certo modo, uma continuidade das pretensões científicas de Comte, por mais que haja tantas restrições nesta aproximação. Portanto. Deste modo, resta-nos saber se a Teoria de Kelsen poderia “escapar” da situação crítica das Ciências apontada por Heidegger em 1928-1929. E, para respondermos a este problema-guia deste trabalho, precisamos resgatar a tradição jurídica na qual Kelsen esteve inserido. O motivo disto deve-se ao fato de que a “cientificização” do Direito não foi um processo iniciado por Kelsen.

Assim, como o “método” hermenêutico-fenomenológico nos exige, é necessário “suspender” a tradição dos estudos jurídicos para podermos, efetivamente, compreender o *status* da Teoria kelseniana, para que, logo em seguida, possamos “destruir” suas sedimentações metafísicas e possibilitar, com isto, uma nova abertura de sentido a partir das respostas de Heidegger ao desafio triplo da crise da Ciência.

Começamos, então, com o fato de que, em verdade, já a *jurisprudencia* antiga havia perdido seu caráter prático com o Racionalismo jurídico iluminista nos séculos XVII e XVIII. A antiga *juris naturalis scientia* formava a tradição filosófica, que justificava o Direito a partir de uma determinada “natureza”. Essa concepção pré-moderna sobre a essência do Direito fundamentava-se em uma Ontologia objetivista, em que, mais especificamente, na época clássica, tinha o Direito Natural fundamentado na “forma pura” da Ideia ou na Substância – Platão e Aristóteles, respectivamente –, enquanto que, na Cristandade, fundamentava-se na Teologia católica.

¹³ Em uma passagem de seu *O que é justiça?*, Kelsen critica a Filosofia Positiva, de Comte. Para o Mestre de Viena, o papel da Ciência seria o de destruir a ilusão de que os juízos de valor são derivados da cognição da realidade e de que os valores são imanentes ao mundo real. Segundo Kelsen, a visão de que o valor seria imanente à realidade é um traço característico de uma interpretação metafísico-religiosa. Assim, se sustentada por uma teoria da sociedade anti-religiosa e anti-metafísica, como é a de Comte, tal visão de que os valores são imanentes ao mundo real não pode ter fundamento algum (KELSEN, 2001, p. 357).

Em ambos os períodos, antigo e medieval, podemos afirmar que a tradição da *juris naturalis scientia* trazia consigo uma dupla intenção: a) por um lado, uma intenção teórica, a qual fundamentava e validava o Direito a partir de uma Ontologia objetivista cosmológica ou teológica; b) e, por outro lado, ao mesmo tempo, trazia consigo uma intenção prática, que, baseada em uma Filosofia prática, regulava a aplicação do Direito (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 95-96).

Desse jeito, este caráter prático, que fundamentava a *jurisprudencia* da *juris naturalis scientia*, foi perdendo-se com a Modernidade. Mario G. Losano ensina-nos que o século XVIII separou a atividade intelectual dos juristas (racionalistas) da atividade prática (LOSANO, 2008, p. 291).

Tal cisão fez com o que a atividade da antiga Ciência do Direito perdesse sua pretensão prático-normativa-regulativa para passar a assumir um papel crítico-filosófico. O que antes era o princípio fundante/criador da “ordem jurídica”, como a Ideia, Substância primeira e Deus, passou, com a Modernidade, a ter o Homem apresentado com o *cogito* cartesiano como fundamento.

A intenção prática, então, ficou restrita à Filosofia Política, enquanto que as questões do Direito restringiram-se à Filosofia do Direito. Deste jeito, a *juris naturalis scientia* consumou-se na Doutrina do Direito Natural Moderna, na medida em que a Filosofia racionalista fundamentava as questões jurídicas na Psicologia da Metafísica especial de Christian Wolff (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 98-99).

Continuando com o nosso resgate da tradição, neste período de domínio no âmbito acadêmico e político do que se chamou de Escola do Direito Natural, surge, então, uma Filosofia revolucionária. Trata-se do Criticismo, de Kant, e do seu respectivo “giro copernicano”, que transformou a Filosofia em uma Onto-gnoseologia fundamentadora das Ciências Naturais através de sua “descoberta” das condições universais e necessárias que garantiriam a objetividade de toda experiência possível.

Contudo, ainda que Kant tenha criticado o Racionalismo, o Empirismo e o Ceticismo de sua época – tendo, inclusive, possibilitado, como veremos a seguir, a Epistemologia das Teorias do direito, como a de Kelsen –, por outro lado, sua Filosofia moral fora recepcionada pela Escola do Direito Natural, ainda que Kant tenha separado muito bem o Direito da moral, fundando-o na coerção, elemento central para uma teoria juspositivista.

Assim, as Teorias do direito fundadas em uma Teoria do conhecimento científico, como, por exemplo, a própria doutrina pura do Direito, de Kelsen, só foram possíveis mais tarde com a consumação da Escola do Direito Natural pela Escola Histórica do Direito e pelos Juspositivismos oitocentistas do tipo exegético (França), analítico (Grã-Bretanha) e construtivista (mundo germânico).

Como se vê, a superação do jusnaturalismo moderno deu-se no contexto do século XIX. E em relação às causas desta superação do jusnaturalismo racionalista, podemos citar:

- 1) a “positivação” dos direitos naturais na França. Tal “positivação” foi viabilizada pela codificação, o que originou a Escola dos exegetas do *Code Napoleon*. Em brevíssimas linhas, a chamada Escola da Exegese, de um lado, utilizava-se do método racionalista, mas, de outro, tinham a norma jurídica positivada como objeto de estudo;
- 2) o juspositivismo britânico com a sua Jurisprudência analítica, de Mill, Austin e Bentham, que, fundamentados no Positivismo filosófico, de Comte, tinham a conduta humana como objeto de estudo e o Princípio da causalidade como fundamento metodológico;
- 3) podemos mencionar a Escola Histórica do Direito que, por sua vez, possibilitou a consumação do pensamento abstrato e racionalista dos iluministas por meio da tomada de uma consciência histórica sobre o Direito e por meio da centralidade de seus estudos dada ao “Espírito do povo” (*Volksgeist*). Assim, historicistas jurídicos, como Savigny e Puchta, influenciados por Herder e Hugo, apesar de terem sido contrários à codificação do Direito na Alemanha, de outra banda, possibilitaram o estabelecimento do “construtivismo” da doutrina jurídica, isto é, possibilitaram o desprendimento em relação à dogmática, dando cada vez mais poderes de juscriação para os juristas, formando, com isto, o chamado “Direito dos doutrinadores”;
- 4) assim, citamos, aqui, a quarta causa da consumação do jusnaturalismo: trata-se da Jurisprudência dos conceitos, de Jhering (“o primeiro”), a Jurisprudência pandecticista, de Thibaut, e o Construtivismo jurídico, de Puchta, Jhering (“o primeiro”), Gerber, Laband e Jellinek, os quais, de uma maneira geral, ressalvadas suas diferenças, podem ser definidos como herdeiros tanto da sistematização por conceitos do Racionalismo jurídico (Puchta e Gerber), quanto herdeiros do

“construtivismo” historicista e, ao mesmo, também tinham uma perspectiva psicologista (Jhering, Gerber, Laband e Jellinek) e sociológica (Jellinek e os juristas da Escola do Direito Livre como Kantorowicz) sobre o Direito.

Este brevíssimo resgate da tradição jurídica moderna até o final do século XIX facilita-nos compreender o ambiente propício para o surgimento da *Teoria pura do direito*. Kelsen, no início do século XX, vindo da escola dos publicistas do Construtivismo jurídico (Jellinek), encontrava-se em meio de uma confluência de Teorias do direito, incluindo Teorias consideradas não mais apenas como construtivistas, mas também consideradas “psicologistas” e “sociológicas”.

Além disso, há o fato de que, nesta época, assim como Heidegger, Kelsen esteve no meio da efervescência de rompimentos paradigmáticos nas Ciências, como, por exemplo, a já mencionada crise da Física, causada pela Física quântica e pela Teoria da relatividade, de Einstein, assim como as inovações no campo da Neurologia, Psiquiatria e Psicologia, causadas pela Psicanálise, de Freud, e a sua “descoberta” do Inconsciente.

Desse modo, o que nos interessa, aqui, é deixar às claras os fundamentos filosóficos até então inovadores de Kelsen perante o pensamento teórico-jurídico que lhe antecedeu, para podermos saber se ele realmente esteve “fora” do ambiente crítico das Ciências, anunciado por Heidegger.

3.1.3 Interpretação existencial da Ciência do Direito

A partir das suas reflexões sobre verdade, Heidegger explica que a *alétheia* é o “descerramento” do ser ao ser-aí e que a verdade dos entes os quais o ser-aí se relaciona depende da “descoberta” deste pelo ser-aí pressupondo, de antemão, o seu “descerramento” prévio. O ser-junto-a, que o ser-aí tem como modo ser, possibilita também a “descoberta” do ser dos entes que ele quer descobrir. E, somente porque o ser-aí “é” “na verdade”, é que ele pode construir enunciados sobre os entes os quais pretende “descobrir”.

E quando falamos que, segundo Heidegger, não é o enunciado/proposição o “lugar” da verdade, mas, antes, a verdade que é o “lugar” da proposição, isto significa que o conceito

tradicional de verdade, ou seja, a concepção tradicional da verdade, como correspondência entre enunciado e o ente (*adequatio intellectus rem*), perde seu sentido quando compreendemos que a verdade de um ente depende da verdade enquanto “descerramento” do ser ao ser-aí, que se dá antes da enunciação da proposição (HEIDEGGER, 2008a, p. 166).

Heidegger passa, então, a determinar a essência da Ciência a partir deste conceito originário de verdade, isto é, da verdade enquanto “desvelamento”. E será a partir desta interpretação feita de modo geral às ciências, que nós traçaremos, finalmente, uma possível interpretação existencial da Ciência do Direito.

Dessa maneira, a verdade, em sentido originário, é o desvelamento do ser-aí, podendo tornar-se, por somente “derivação”, uma determinação do enunciado sobre o ente. Assim, a Ciência é, em sentido originário, algo pertencente de maneira necessária à existência do ser-aí. Isto leva Heidegger a concluir que a Ciência não está ligada ao ser-aí apenas de modo intelectual. Ela também não é produzida pelo ser-aí.

A Ciência é um tipo de verdade e é também uma determinação essencial do ser-aí “na verdade”. A Ciência é uma possibilidade livre do ser-aí, ou seja, a Ciência é um modo de existência humana (HEIDEGGER, 2008a, p. 167-168). Deste jeito, o ente a ser estudado pela Ciência é manifesto junto com a existência do ser-aí, uma vez que a verdade do ser-aí é, simultaneamente, “desvelamento”, enquanto “descerramento” do próprio ser do ser-aí, assim como também é “descoberta”, enquanto “desvelamento” do ser do ente que se manifesta ao ser-aí “descobridor” (HEIDEGGER, 2008a, p. 169).

É importante destacarmos que Heidegger também conclui que, como a Ciência nunca se desenvolve senão com base em uma manifestação do ente já coexistente com o ser-aí, logo temos em vista uma verdade pré-científica. Esta, por ser mais originária, não se trata de um conhecimento “rudimentar”, “menor” e sem fundamentação rigorosa. Trata-se de um conhecimento mais originário.

Pois, partindo da concepção de “verdade enquanto desvelamento” (*alétheia*), a verdade da Ciência não passa de uma “descoberta” a qual tem o “descerramento” como verdade precedente, sendo tal verdade científica um tipo de verdade somente. A verdade científica, como dissemos, é apenas uma possibilidade do ser-aí, e sua existência não é determinada pela Ciência, já que é o conhecimento científico que é determinado pela existência do ser-aí, e não o contrário. Assim, Heidegger diz-nos que o “ser-aí pré-científico” precede o “ser-aí científico” (HEIDEGGER, 2008a, p. 170).

Com isto, Heidegger diz-nos que, no tempo primevo, todos os outros modos de o ser-aí se portar e todas as formas do ser-aí poder “descobrir” um ente, como, por exemplo, a agricultura, a navegação, a arte de curar e a astronomia, eram dominadas por uma concepção fundamental e mítica (HEIDEGGER, 2008a, p. 174).

Contudo, segundo Heidegger, o ser-aí ocidental de sua época – assim como atualmente – é um “ser-aí científico”, isto é, um ser-aí em que os “descobrimientos” dos entes são marcados pelos conhecimentos científicos. Por derradeiro, isto faz com que mesmo alguém que não tenha formação científica possa operar com instrumentos em vista de determinadas metas, como, por exemplo, o radioamador e o uso do seu rádio, já que o opera sem que conheça cientificamente os processos físicos imbricados na radiotransmissão (HEIDEGGER, 2008a, p. 170).

Heidegger, então, diz-nos que: “[o] ser-aí científico não é necessariamente culto, tampouco precisa ser complicado. Portanto, o ser-aí científico não é necessariamente um ser-aí com uma posição hierárquica elevada e não exclui a barbárie” (HEIDEGGER, 2008a, p. 171).

Com os parágrafos anteriores, podemos afirmar que Heidegger “retira” o conhecimento científico da sua posição privilegiada em relação aos demais modos de desvelamento da verdade para o ser-aí. A Ciência passa a ser somente uma, dentre tantas, possibilidades livres da existência do ser-aí.

Assim, os mitos passam a não mais ser figurados como mera “superstição”, mas sim, como outra maneira de abertura da totalidade do ente para o ser-aí. No entanto, esta “abertura”, proporcionada pelo conhecimento científico ao “ser-aí científico”, também não se dá na totalidade do ente. A Ciência, afirma Heidegger, consiste justamente em uma atitude particular em relação a um determinado ente (HEIDEGGER, 2008a, p. 177).

E esta relação, pautada por uma atitude particular entre “ser-aí científico” e o ente por si subsistente em estudo, tradicionalmente, é uma relação teórica (ou teorética). O que isto quer dizer? De acordo com Heidegger, “teoria” é o mero pensar e especular. A teoria é, tradicionalmente, colocada em oposição à prática.

Assim, enquanto a teoria é a especulação sobre algo pelo pensar contemplativo, a prática, por sua vez, é a execução e aplicação do que foi pensado e conhecido pela teoria. Heidegger diz-nos que esta concepção teorética da Ciência acaba por nos informar que a Ciência não é apenas um mero modo de comportamento, pois, em verdade, a Ciência é uma possível postura fundamental da existência humana. É um modo de viver, que tem por atitude

a “teoria”. A Ciência é uma postura de uma “vida” (*bíos*) “contemplativa” (*theorétikós*) (HEIDEGGER, 2008a, p. 178).

O que Heidegger pretende, no seu *Introdução à filosofia*, é tornar claro o limite da interpretação da Ciência como algo que é determinado por uma postura teorética. Heidegger quer nos chamar a atenção para o fato de que a tradição tem visto a vida contemplativa da atitude teórica para com os entes sempre em contraposição à prática. Esta oposição tradicional entre a vida teorética, ou contemplativa, e a vida prática possui, uma caracterização crucial já em Aristóteles.

Segundo Heidegger, Aristóteles fala da “vida” logo no início da sua *Ética a Nicômaco* (A3), obra em que a práxis é a atuação que chega a termo no próprio sujeito atuante, configurando o sujeito como meta para si mesmo, isto é, como fim (*télos*) para si mesmo (HEIDEGGER, 2008a, p. 183-184). E o que isto tem a ver com a Ciência, já que ela é, tradicionalmente, vista como uma atitude teorética? Heidegger quer nos mostrar que há uma implicação recíproca originária entre teoria e prática. Para Heidegger, a contemplação pensante é também um agir. Mas de que modo?

Aristóteles mostrou-nos que o caráter da especulação contemplativa consiste em um tornar manifesto um ente. Mas, nesta manifestação, não é o ente que é “elaborado”, e sim, o “desvelamento” (“descoberta”) dele mesmo. E tal “desvelamento” só pode ser alcançado por meio de um agir. Logo, toda atitude teórica, que pretende ver a manifestação do ente, pressupõe uma “práxis” no desvelar mesmo deste ente. E deste agir para com o desvelamento do ente, a verdade é a sua finalidade, seu *télos* (HEIDEGGER, 2008a, p. 185-189).

Portanto, Heidegger conclui que a designação da Ciência como “teorética” acaba por esconder o caráter duplo que esta palavra traz consigo. Pois a Ciência é primeiramente “prática” enquanto “ação” e tem, como finalidade, desvelar o ente por si subsistente. Além disto, a Ciência também é “prática” no sentido da realização, já que não poderíamos esquecer que, nas Ciências, há também manipulação técnica e prática, seja no trabalho experimental da Física, seja no trabalho histórico-filológico em edições de manuscritos ou em escavações arqueológicas (HEIDEGGER, 2008a, p. 191).

Levando em consideração que a Ciência é um tipo de verdade e também há um desvelamento pré-científico dos entes ao ser-aí – o que nos leva a pensar, corretamente, que o ser-aí, muito antes de pretender acessar os entes pela Ciência, já possui o desvelamento dos

entes para consigo mesmo –, Heidegger, então, faz a seguinte pertinente pergunta: para que serve a Ciência se nós estamos em desvelamento com os entes?

A resposta de Heidegger é no sentido de que, mesmo com o desvelamento dos entes, que se opera de maneira prévia à descoberta científica, ainda assim, a Ciência é necessária, pois as coisas não necessariamente manifestam-se completamente. Há entes que só a Ciência pode “descobrir”, isto é, que possuem um “velamento” específico e que só a Ciência poderia “desvelar”. Mas, para haver tal desvelamento específico, é preciso que o ente já esteja “manifesto” para o cientista. A estes entes a serem “desvelados” pela Ciência, e que precisam estar “manifestos”, Heidegger chamou de *Positum* (HEIDEGGER, 2008a, p. 193).

Positum é um ente que já está em manifestação pré-científica ao ser-aí científico, mas que possibilita o desvelamento científico por meio da “teoria-práxis” da Ciência. A verdade é que Heidegger alegava que os entes não se manifestam em sua totalidade. Eles podem ter o mencionado “velamento específico”, mas, apesar das coisas sempre se manifestarem de uma maneira ou de outra para o ser-aí, elas não se “entregam” ao mesmo completamente (HEIDEGGER, 2008a, p. 194).¹⁴

Dessa maneira, por tudo o que já vimos em relação à essência da Ciência, podemos, agora, (re)construir uma interpretação existencial da Ciência do Direito para podermos, finalmente, cumprir com os objetivos deste trabalho.

E o primeiro passo, nesta fase final do presente trabalho, é justificar o motivo pelo qual afirmamos que a Doutrina pura do Direito de Kelsen, que é uma teoria neokantiana do direito, como já mostramos antes, estaria na situação crítica das Ciências apontada por Heidegger no seu *Introdução à filosofia*. Então, reafirmamos que esta nossa tentativa, por óbvio, dar-se-á pelo paradigma heideggeriano de verdade enquanto desvelamento, conforme o já dado quadro geral que representa bem a tríplice crise das Ciências configurada por Heidegger.

Assim, como estamos abordando uma teoria neokantiana do Direito, como é a de Kelsen, como paradigma para a nossa interpretação existencial da Ciência do Direito, destacamos que Heidegger já havia realizado dois cursos em que criticara o Neokantismo a partir do que, mais tarde, ficou conhecida como Fenomenologia hermenêutica enquanto “método” de sua Ontologia fundamental. Mais especificamente, as críticas de Heidegger

¹⁴ É preciso um saber-fazer que as desvelem. Este é o caso da “contemplação prática” da Ciência, a qual sempre é particular, nunca podendo se universal, pois a Ciência sempre se refere a um ente determinado, logo, o transcender, que é próprio do ser-aí, “ek-sistindo” no tempo e no mundo que se dão, possibilita que o ser-aí exista de forma científica e de maneira livre.

dirigiam-se ao Neokantismo, de Windelband e Rickert (Escola de Baden), a principal Escola que influenciou a doutrina jurídica de Kelsen – conforme os passos interpretativos de Paulson sobre o tema.

Os cursos estão no texto *A ideia da filosofia e o problema da visão de mundo* (GA 56/57). De acordo com o texto, Heidegger já adiantaria sua crítica ao caráter teórico da Filosofia dos valores dos neokantista de Baden. Sobre o tema, citamos o trabalho do Prof. Roberto Wu, chamado “Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert”. Wu ensina-nos que Heidegger estava atentando para a questão de que a relação teórica do cientista com o seu objeto de estudo é, em verdade, derivada de uma relação mais originária. Esta relação mais originária seria, portanto, uma relação pré-teórica, em que o ser-á vivencia o ente no “mundar” do mundo circundante (WU, 2010, p. 186).

Deste modo, nós nos posicionamos pelo entendimento de que a Ciência do Direito, concebida por Kelsen, não pode escapar:

- 1) da crise do fundamento da Ciência do Direito. Pensamos porque o fato de Kelsen ter recorrido ao Neokantismo, especialmente ao de Rickert, além do pensamento de Weber, ainda assim, não o livrou do esquecimento do caráter prático das Ciências, pois, para Kelsen, a descrição juscientífica teria apenas o papel teórico de dizer qual será a sanção que “deve-ser” aplicada a uma conduta, mas sem levar em consideração o caráter prático que envolve o “desvelamento”/“descoberta” da norma jurídica enquanto *Positum* da Ciência do Direito. Com isto, acabamos também por perceber que o *Positum*, tratado por Heidegger em *Introdução à filosofia* (GA 50), corresponde, no mundo da Teoria da Ciência jurídica kelseniana, não a um fenômeno natural, já que se trata de uma Ciência Cultural (*Kulturwissenschaft*), em que o objeto de estudo não é um “dado” da natureza, e sim, um “dado” transcendental, pertencente ao mundo dos valores;
- 2) da crise da Ciência do Direito em relação à sua posição junto ao indivíduo, pois Kelsen fez da atividade jus-científica uma função meramente descritiva, a qual, por sua vez, acabou por:
 - 2.1) deixar a atividade descritiva da norma jurídica estritamente formalista, relegando à Ciência do Direito investigar somente a dogmática e as decisões judiciais; e
 - 2.2) deixar a atividade de interpretação pelo cientista do Direito cair em um ceticismo epistemológico pelo fundamento do relativismo axiológico – o que livra a atividade jurisdicional do preconceito de que a fundamentação jus-científica das decisões judiciais teriam certa primazia,

preferência ou superioridade em relação a fundamentações baseadas em argumentos filosóficos, na racionalidade retórica ou em recursos ilustrativos, com base em imagens literárias.

Mas para que possamos adentrar mesmo nosso argumento central, que dizer como a Hermenêutica filosófica, enquanto desenvolvimento da Fenomenologia hermenêutica de Heidegger, impacta a tradição do estudo científico do Direito enquanto Ciência Humana, precisamos, logicamente, aproximarmo-nos da Filosofia de Heidegger, deixando os escritos heideggerianos sobre a “crise” das Ciências para trás momentaneamente. Por quê? Como já dissemos na Introdução, foi Gadamer quem tomou para si o desafio de pensar a compreensão realizada e a verdade que “acontece” no conhecimento das Ciências Humanas, de modo original e mais aprofundado.

A questão é precisamos responder antes algumas perguntas, como, por exemplo, se o conhecimento produzido pela Ciência do Direito enquanto Ciência Humana e a partir da “crise” denunciada por Heidegger nos leva a reinterpretar a Jurisprudência de modo radical. Resta-nos saber o que faz mesmo a Ciência do Direito? Do que se trata? Uma teoria? Uma prática? Ou uma teoria sobre a prática? Como ela produz seus conceitos científicos? A ideia de formação de conceito subsiste mesmo como a Fenomenologia heideggerianas e sua crítica ao Neokantismo?

Deixamos estas questões para serem respondidas com mais propriedade mais à frente. Pois teremos mais espaço para retomar Aristóteles, a interpretação feita por Heidegger, e a recepção disto por Gadamer, para, em seguida, tratar dos impactos na Ciência do Direito, especialmente de como a Retórica adentra como modo de conhecer, mais do que mera técnica de persuasão, e que possa lidar com uma concepção de verdade, a da verdade como *alétheia*, bem como com problemas que envolvem objetividade e relativismo.

Assim, quando conseguirmos passar por todos estes temas, retomaremos esta parte final deste Tópico porque uma de nossas hipóteses é a de que a contribuição de Gadamer pode responder ao momento crítico que Heidegger já falava sobre as Ciências no início do século XX.

3.2 GADAMER E O IMPACTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA EPISTEMOLOGIA DAS CIÊNCIAS HUMANAS

3.2.1. Gadamer e a questão das Ciências Humanas

Desde a abertura fenomenológica, feita por Edmund Husserl, e desde a Fenomenologia Crítica, feita pelo jovem Martin Heidegger, o projeto neokantiano de dar autonomia para a Ciência da Cultura perdeu lugar, especificamente depois do giro ontológico que foi forjado em *Ser e Tempo* (1927). Como sabemos já, o caminho para encontrar o sentido de Ser seria através de um ente que pode pré-compreender este sentido antes de fazer a pergunta ontológica. Portanto, seria necessário fazer uma Analítica Existencial. E, a partir desta Analítica, Heidegger “descobriu” que a compreensão não pode ser encarada como uma “técnica geral” ou como “método das Ciências Humanas”, mas como o modo de ser do *Dasein* no mundo (*In-der-Welt-sein*). Então, de acordo com Heidegger, a “hermenêutica” das Ciências Humanas tem raízes nesta análise sobre a existencialidade da *Existenz* (HEIDEGGER, 2012, [§8: 38], p. 129).

A partir da assunção que a compreensão não é uma questão de método, mas algo que deriva da *Existenz*, Gadamer desenvolveu sua Hermenêutica filosófica e foi adiante com o giro ontológico, pensando sobre, entre as tarefas de destruir a estética moderna e construir a noção de “linguisticidade” (*Sprachlichkeit*), as consequências deste “giro” nas Ciências Humanas.

Contrariamente ao pensamento moderno e às suas bases cartesianas, Gadamer defendeu que o preconceito (*Vorurteile*) não significa fazer falso juízo e somente o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão pode levar a hermenêutica até a sua real agudeza. Todavia, o intérprete, mesmo em matéria de Ciência Humana, sem qualquer “método”, deve tomar consciência sobre seus próprios preconceitos, deixando a alteridade do texto emergir, confrontando a verdade (do texto) contra seus preconceitos. Assim, Gadamer disse que esta receptividade não pressupõe qualquer tipo de “neutralidade” com a coisa (*Sache*), nem sua nulidade (GADAMER, 1999, [274-275], p. 360).

A tarefa para a construção de uma consciência hermenêutica é examinar estes preconceitos racionalmente, considerando a possibilidade de reabilitar a legitimidade da tradição e da autoridade na interpretação. Assim, desde o surgimento da Fenomenologia de Husserl e, com o desenvolvimento do método fenomenológico no século XX nos anos 20 com Heidegger, a Epistemologia perde espaço diante de um novo entendimento sobre a relação sujeito-objeto, juízo, método e verdade.

E dentre as Ciências, as Humanidades foram as que sofreram o maior impacto com o novo entendimento proposto por Heidegger sobre a relação entre “compreensão” (*Verstehen*) e existência. Mas quem pôde lidar, de modo mais central com a questão das Ciências Humanas, enfrentando o tema a partir da Fenomenologia hermenêutica, da Ontologia fundamental e da destruição da estética do Heidegger “pós-irrigem”, foi o seu mais ilustre aluno, por meio de sua Filosofia própria: Gadamer e sua Hermenêutica filosófica.

Gadamer foi aluno de Heidegger nos anos 20 do século passado. A influência do mestre é óbvia. Fenomenologia hermenêutica e da Ontologia fundamental foram determinantes para Gadamer, assim como também os escritos sobre arte e poesia. Mas foi a hermenêutica a preocupação central de Gadamer, especialmente na sua obra maior, *Verdade e método*, dos anos 60.

Gadamer também foi um dos maiores platonistas do século XX e que deu continuidade aos estudos sobre arte sob uma perspectiva daquilo que Benedito Nunes chamou de “destruição da estética”. Mas o que fez Gadamer ser mais conhecido foi a sua contribuição para a ascensão da hermenêutica ao *status* de Filosofia. Assim, Gadamer se inseriu numa longa tradição, que surge na Antiguidade e que ganhara contorno epistemológico no século XIX, com Schleiermacher e Dilthey, mas também com Betti, no século XX – com quem, inclusive, travou um importante diálogo crítico, como veremos mais a seguir.

Por mais que Heidegger tenha lidado com a hermenêutica como elemento fundamental de seu método fenomenológico, segundo o Prof. Stein, no seu artigo *Gadamer e a consumação da hermenêutica* (2011), “[p]odemos afirmar que a hermenêutica filosófica, de Gadamer, recuou diante das pretensões da filosofia hermenêutica, de Heidegger, mas, ao mesmo tempo, ampliou a compreensão de hermenêutica, dando-lhe envergadura extraída da própria filosofia (...)” (STEIN, 2011, p. 11).

Enquanto Schleiermacher foi apropriado por Dilthey, quando transformou a Hermenêutica, enquanto compreensão (*Verstehen*), em método das Ciências Humanas, de

modo análogo, Gadamer apropriou-se do *insight* heideggeriano de que a mesma compreensão, realizada pelas Humanidades, era derivada da compreensão que o *Dasein* já fazia de modo espontâneo enquanto ente ôntico-ontologicamente privilegiado, pois é o único que se pergunta pelo sentido do ser e que o pré-compreende na linguagem.

Diferentemente de Heidegger, Gadamer estava menos preocupado em realizar uma Ontologia fundamental, e muito mais preocupado em mostrar que a verdade, enquanto *alétheia*, se dá na arte, nas Ciências Humanas e na linguagem – apesar de que o problema metafísico sempre esteve presente, especialmente na terceira parte de *Verdade e método*. Assim, neste trabalho, especificamente neste subtópico, centrar-nos-emos mais com o que Gadamer tratou sobre este “acontecer” nas Ciências Humanas para cumprir com os nossos objetivos.

Segundo Stein, Gadamer tentou extrair de Hegel – via Heidegger – o conceito de “acontecer” (*Geschehen*), aproximando-o de uma teoria universal do compreender (STEIN, 2011, p. 22). A noção aqui de “acontecer” (*Geschehen*) deve ser interpretada como aquilo que ocorre durante a vida do *Dasein*, no seu projetar-se no tempo, que lhe é finito. O “acontecer” sobre o qual falamos, marca o caráter histórico da compreensão de onde surge o “compreender” das Ciências Humanas.

Em *O problema da consciência histórica* (1975), no capítulo sobre Heidegger e as Ciências Humanas, Gadamer diz-nos que o que movimenta a compreensão feita pelas Humanidades são os vínculos concretos que o cientista tem com a tradição, com a moral, e com as possibilidades futuras que implicam o *Dasein* (GADAMER, 2003, p. 44). Esta passagem, nesta conferência que Gadamer fez nos anos 50, mas que só fora publicada em 1975, faz duas coisas:

- 1) Reafirma a tese de Heidegger, de que a compreensão realizada metodicamente deriva do próprio modo do *Dasein* ser-no-mundo;
- 2) E acaba por colocar, logicamente, o cientista das Humanidades como alguém que traz consigo não apenas da “consciência histórica”, que Dilthey já acusava, mas também a “consciência hermenêutica” de que sua investigação científica lhe exige apropriação da tradição na qual está inserido, perspectiva de suas promessas de futuro, os seus vínculos sobre o que se espera do seu objeto e, também, exige-lhe uma questão moral de fundo.

Em verdade, o modo como expressamos nossa interpretação sobre a passagem, que citamos em parágrafo anterior, não reflete às pretensões que Gadamer dizia, mas, ao mesmo tempo, sustentamos que nossa interpretação é a mais correta. Do que estamos falando? E por que estamos falando isto?

Como veremos no próximo subtópico, quando falarmos das refutações de Betti às teses gadamerianas, Gadamer não pode ser lido, aqui, como um filósofo que estaria “exigindo”, no sentido de prescrição”, o que os cientistas das Ciências Humanas “deveriam” fazer a partir deste novo paradigma hermenêutico-filosófico, construído sobre o “giro ontológico” forjado por Heidegger, que, neste trabalho, passamos a chamar de “giro hermenêutico” – já que estamos lidando com os desenvolvimentos de Gadamer sobre as questões transcendentais das Ciências Humanas.

No *Prefácio* da segunda edição de *Verdade e método*, contra os seus críticos, Gadamer insiste que sua obra não é um trabalho de *questio juris*, quando se trata das Ciências Humanas. O que isto quer dizer? Gadamer está afirmando que seu objetivo era semelhante ao de Kant, quando o filósofo de Königsberg escrevera sua *Crítica da razão pura*. Como Kant, Gadamer não está recomendando como as Ciências Humanas deveriam a ser (*questio juris*) a partir de suas reflexões hermenêutico-filosóficas, mas, sim, como “acontece” de fato (*questio facti*) a verdade produzida pelas Humanidades (GADAMER, 1999, p. 16).

Essa passagem é de extrema importância para esta nossa investigação. Pois ela pode fazer com que o leitor interprete corretamente nossas intenções quando intitulamos este trabalho. Aqui, não estamos querendo mostrar como Gadamer quis, intencionalmente, modificar as Ciências Humanas. Pois ele não o quis mesmo. A questão, no entanto, é que defendemos que Gadamer não pôde evitar reinterpretar as Ciências Humanas ao ponto de que a autocompreensão do que ela é não tenha sofrido profundas mudanças. E isto não implica uma modificação de rumo, desconstituindo as Ciências Humanas. Só que isto implica uma melhor compreensão das Ciências Humanas que, de uma forma ou de outra, mesmo não afirmando como elas devem operar com seus objetos, esta nova leitura acaba por devolver a elas o que há de mais essencial na tarefa das Humanidades.

Mas esta nossa afirmação precisa de cuidado. Sendo bem direto, defendemos que Hermenêutica filosófica teria, a despeito das intenções originais gadamerianas, causado “impactos” reformuladores na nossa leitura sobre as Ciências Humanas. Pois se interpretar é agir, se compreender é uma *práxis* que implica uma aplicação, então, ao ter mostrado melhor o que as Ciências Humanas já fazem, Gadamer acabou por transformar o nosso olhar sobre as

Humanidades, vendo-as como elas são mesmas. Então, ele não as transforma, mas faz com que entendamos as Ciências Humanas como elas são “mesmas” ao ponto de abandonar as Epistemologias do século XIX (Dilthey e Rickert) e do século XX (Weber e Kelsen, no caso do Direito). Tudo isto é muito complicado de entender se mantivermos a divisão entre dizer o que é e dizer o que deve ser. Não que isto tenha se igualado. Isto se mantém nas Ciências Naturais, por exemplo. Mas quando Gadamer diz quem é mesmo uma Ciência Humana, ele faz com que, necessariamente, reinterpretemos a nossa própria atividade, muitas vezes, obediente de teorias deontológicas sobre o compreender.

Em suma, ao dizer o que faz a compreensão, Gadamer faz com que abandonemos as recomendações de Rickert, Dilthey, Weber e Kelsen, sobre como deveríamos fazer Ciências Humanas. Assim, diferentemente deles, com Gadamer, continuamos a compreender, como sempre fizemos, segundo o que defende a Hermenêutica filosófica, mas, agora, entendemos melhor o que já estamos fazendo desde sempre. E, ao compreender melhor o que sempre fizemos, podemos não nos preocupar em obedecer ao que dizem as regras, impossíveis de serem cumpridas, vindas das Epistemologias do século XIX, como, por exemplo, o dever de neutralidade, produção de conceitos avaliativos, desconexão com a política e com a ética, bem como a indiferença para com a tradição humanista e a precedência da teoria sobre a *práxis*.

Mesmo que Gadamer tenha tentado mostrar as condições de possibilidade da compreensão das Ciências Humanas, do “acontecer” da verdade enquanto *alétheia*, que elas podem produzir, quando afirmamos isto, podemos dizer, também, que Gadamer está realizando uma espécie de “giro hermenêutico-transcendental”. Então, ao tentar refletir sobre as “condições de possibilidade do conhecimento”, o filósofo está com as mesmas intenções de Kant, quando na *CRP*, fez o mesmo, mas sobre as Ciências Naturais. Pois tanto Kant quanto Gadamer queriam mostrar novas bases do que as Ciências já realizam.

Para que fique mais claro, quando Gadamer disse que queria refletir sobre as Ciências Humanas aos moldes de Kant, quando o fez sobre as Ciências da Natureza, esta sua árdua tarefa deve ser interpretada como sendo uma proposta do filósofo contemporâneo de mostrar que “(...) as [C]iências [históricas] do espírito [Ciências Humanas], nos moldes como elas procederam do [R]omantismo alemão e impregnaram-se do espírito da [C]iência moderna, administram uma herança humanista que as distingue de todas as investigações modernas (...)” (GADAMER, 1999, p 15). Quais são, pois, as consequências desta distinção?

Como completa Gadamer, com esta consciência de que, por mais que tenham traços genéticos da Epistemologia positivo-naturalista, a herança romântico-humanista das Ciências

Humanas “(...) as aproxima de uma experiência completamente diferente e fora do âmbito da [C]iência, aproxima-as, especialmente, da experiência da arte” (GADAMER, 1999, p. 15). Tal afirmação de Gadamer está em total sintonia com o que dissemos no início deste do Capítulo, quando falamos que Heidegger “desvelou” a instância pré-científica da investigação científica: o *Positum*. – o *Positum* é o modo como a *alétheia* se manifesta para o método e o investigador científicos, no entanto, Heidegger defendia que o “dado posto” (*Positum*), pelo qual o Se(e)r (*Seyn*) se manifesta para o cientista já estava pré-compreendido por ele pelas diversas outras formas de manifestação da *alétheia*.

Assim, abandonadas como vias de acesso à verdade na Modernidade, seja por causa da Estética enquanto consolidação da tradição que reduzia a arte à mera (imitação) *mimesis* da natureza (Platão), seja pelo Racionalismo que deu primazia ao método científico (Descartes) – a despeito da resistência anticartesiana de Vico –, a racionalidade retórica e a arte foram excluídas e desacreditadas sobre o potencial que possuem no acesso à verdade. Em “crise”, as Ciências não se davam conta do *Positum*, que é seu objeto de estudo, tampouco do caráter derivado ou, ao menos, concorrente, de acessos alternativos à *alétheia*, como a arte e a retórica, assim como o jogo, o festival e a própria experiência com a linguisticidade.

É verdade que a Hermenêutica filosófica se propôs a mostrar como a *alétheia* “acontece” no produto dos estudos das Ciências Humanas, mas não podemos sustentar que Gadamer modificou as Ciências Humanas. Então, o que ocorre? Isto quer dizer que indicamos, como sendo leitura correta da problemática desta tese, aquela que interpreta nossa investigação como um modo de explicitar como as Ciências Humanas se concretizam e os limites de sua potencialidade, especificamente, falando da Ciência do Direito.

E, para chegar às nossas hipóteses específicas acerca da Jurisprudência, temos, antes, de passar pelas hipóteses em torno das Ciências Humanas em geral. O tema é tratado por Gadamer na segunda parte de seu *Verdade e método*, mas também nos auxiliaremos, pelos subtópicos deste Capítulo, de alguns textos sobre as Ciências Humanas, escritos tardiamente pelo nosso filósofo. Mas, para concretizar isto, temos logo que propor aqui uma tese, uma interpretação sobre a problemática de se saber se Gadamer estava fazendo ou não *questio juris* ou *questio facti* sobre a relação de sua Hermenêutica filosófica com as Ciências Humanas.

Nossa tese é a de que a descrição que Gadamer faz de sua própria Hermenêutica filosófica não faz sentido com ela mesma. Esta preocupação de Gadamer trai a ousadia de Heidegger em defender a precedência da prática em relação à teoria, quanto à disposição no-mundo do *Dasein*. Por quê? Justificamos a nossa tese, alegando que tal diferença é reflexo da

própria separação entre *theoria* e *práxis*. Enquanto a *questio facti* pode ser compreendida como uma preocupação descritiva, ela não passa de um exercício contemplativo, teórico, portanto, sobre como ocorre a verdade pelas Ciências Humanas. E não seria justamente a *práxis* a tarefa de interpretação?

Logo, a hermenêutica de Gadamer sobre a “hermenêutica” das Ciências Humanas não poderia ser um exercício de mera descrição. Pois a interpretação não é teoria. Gadamer mesmo fazia questão de mostrar esta tese da procedência heideggerianas da prático em relação à teoria. Isto está presente quando Gadamer fala da “hermenêutica” aplicado ao Direito, como exemplo de que “(...) compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, 1999, [314], p. 461).

Essa afirmação é famosa e ela releva também uma questão teológica de fundo, a de que “(...) o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor” (GADAMER, 1999, [314], p. 461). O sentido desta afirmação também funciona para a hermenêutica jurídica, pois ela não poderia ser desvinculada da tarefa de compreensão da tradição, do passado, da História do Direito, tampouco a compreensão desta tradição estaria desvinculada de uma alteração no modo de compreender o presente do Direito e a sua consequente aplicação, enquanto norma que prescreve um comportamento ou uma pena para a violação do comportamento esperado.

Desse modo, aonde queremos chegar? Queremos chegar à justificativa de nossa tese: a de que Gadamer prescreve, sim, sobre como devemos interpretar. Pois ele interpreta, compreende, mas também aplica esta sua mesma interpretação-compreensão sobre o compreender de um modo geral e universal. Logo, quando Gadamer diz que está lidado com uma *questio facti* sobre como a *alétheia* “acontece” via exercício das Humanidades, falando, como já mostramos em parágrafo anterior, que este “acontecer” está mais próximo da “experiência hermenêutica” de verdade que é a da arte, está-se, aqui, também, afirmando como as Ciências Humanas devem ser compreendidas corretamente:

- Como um tipo de estudo em que seu método se funda no modo de ser-no-mundo do *Dasein*, que é o cientista, e que as condições de possibilidade de seu ato cognitivo de seu objeto de estudo são os preconceitos que a tradição na qual ele/ela está inserido e, mais, associando esta nossa hipótese aos nossos estudos sobre a *Introdução à filosofia*, de Heidegger, o *Positum* do cientista das Humanidades, como, por exemplo, o é para o cientista do Direito, é um tipo de

“dado” derivado de um acesso ao “mundo” mais originário, como a arte, a literatura, a moral, a ética e a política de sua comunidade informam.

A verdade produzida, aqui, é uma verdade que surge do caráter pré-dado de seu estudo, ligado à tradição e ao *ethos* através do qual se movimenta este cientista e as especificidades eventuais de seu método – especificidades originadas pela sua própria tradição e pela natureza do seu *Positum* de estudo, como, por exemplo, o caráter normativo do texto sobre o qual um jurista se debruça. Daqui, já temos uma série de hipóteses derivadas da “abertura” hermenêutico-fenomenológica forjada por Heidegger e pela sua recepção por Gadamer. E são algumas delas:

- a) a de que as Ciências Humanas, como a Ciência do Direito, fundam-se numa *práxis*, que teoriza com a sua tarefa de apreensão de sentido de seu *Positum*, mas que também acaba por prescrever, em ato contínuo, “como deve” aplicar tal sentido;
- b) que a racionalidade retórica impera muito mais do que a metodologia a qual a tradição das Ciências Naturais legou para as Ciências Humanas. A retórica é capaz de ser mais radical do que a racionalidade teórico-metódica, de raiz cartesiana, pois, como o próprio Aristóteles já dizia em *Ética a Nicômaco*, os princípios do conhecimento científico – no sentido de que lida com o objeto teórico, eternos e imutáveis – não são passíveis de ser estudados pela própria Ciência, e que a *doxai* poderia garantir, ao menos, verossimilhança. Sobre isto, trataremos no próximo subtópico, fazendo a referência exata da obra aristotélica;
- c) que a tradição na qual o cientista das Humanidades está inserido comporta não apenas seus preconceitos, o valor das autoridades tradicionais, além do que Gadamer já falava sobre lógica da pergunta e da resposta e fusão de horizontes, mas também comporta o *ethos* de fundo dos conceitos produzidos e aplicados por este mesmo cientista via conhecimento prático da *phrónesis*, fazendo com que as Ciências Humanas talvez sejam essencialmente “práticas”, no sentido heideggeriano, conectadas com a verdade da arte, construídas sobre a racionalidade retórica e derivadas da Ciência Política, a ciência-mor para Aristóteles.

Estas hipóteses serão trabalhadas de modo melhor a seguir. Veremos se elas se confirmam, ou não, explorando-as com as devidas referências. E, para tanto, não poderíamos deixar de trazer, aqui, o rico debate entre Gadamer e Betti sobre a natureza das Ciências

Humanas, a objetividades delas e, especialmente, o caráter de seu método, que é o “compreensivo”, conforme Dilthey defendia e que o filósofo italiano dera continuidade.

3.2.2 A Hermenêutica filosófica de Gadamer e o debate com Betti

É importante, agora, dizer que nós encontramos, provisoriamente, um impacto relevante da Hermenêutica Filosófica, enquanto legatária da Fenomenologia hermenêutica, de Heidegger, sobre as Ciências Humanas: o método destas Ciências se fundamenta no modo de ser-no-mundo muito anterior a qualquer visão metódica. Por isto, resta-nos perguntar: por que ainda se fala de método nas/das Humanidades?

O “método” hermenêutico, aquele forjado por Schleiermacher e apropriado por Dilthey, parece ter sido substituído ou, ao menos, acrescentado ao uso de conceitos hermenêutico-filosóficos conhecidos como o “círculo hermenêutico”, “lógica da pergunta e da resposta”, “fusão de horizontes” e “história efetual”, retórica e o modelo da prudência. Mas é isto mesmo que ocorrera? O impacto foi este? Uma substituição ou uma complementação? Ou nada disto? Pois teria Gadamer tomado uma linha de interpretação distinta sobre o futuro das Ciências Humanas? Distinta, por exemplo, de teóricos como Emilio Betti, que seguiram com a tradição hermenêutico-metódica, de Schleiermacher e de Dilthey?

Na segunda parte de *Verdade e método*, Gadamer inicia seu texto, falando dos traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. Mas o que é isto? No subtópico anterior, nós citamos Stein, quando nos ensinava que Gadamer aproxima-se, de certa forma, de Hegel, ao pensar a “compreensão” (*Verstehen*) como “experiência” (*Geschehen*). Resta saber sobre que natureza é esta a da experiência da compreensão? E, especificamente, a da compreensão realizada pelo cientista das Humanidades?

A chave para se entender o “compreender” a partir de Gadamer é lembrar que Heidegger possibilitou à Hermenêutica filosófica a abertura para o caráter preconceituoso da compreensão. É claro que, como já vimos anteriormente, a preocupação de Heidegger era com o Ser, mas foi por meio de sua descrição fenomenológica que o mestre de Gadamer pôde “descobrir” que há sempre uma pré-estrutura da compreensão, um lugar prévio. Assim,

Gadamer falava de uma “consciência histórico-hermenêutica” capaz de dominar suas antecipações de sentido, seus pré-conceitos, que impedem que a “coisa” mesma do texto, do objeto a ser lido, a sua alteridade, apareça.

Segundo Gadamer, quando Heidegger tentou mostrar que, no conceito de consciência de Descartes e no Espírito de Hegel, ainda subsistem a ontologia grega da substância, da essência, do Ser interpretado como “ser presente”, como ser do ente, quis-se, em verdade, mostrar como tal interpretação do Ser não fora algo aleatório, arbitrário, mas produto de uma continuidade de uma tradição vista, agora, a partir de uma tomada de consciência da “posição” prévia, das premissas ontológicas do conceito de subjetividade, que estavam por detrás dos conceitos cartesianos e hegelianos (GADAMER, 1999, [274], p. 406).

É deste modo que se entende o compreender enquanto concreção da consciência histórica, como um pôr-se aberto às premissas veladas pela própria tradição. Sobre isto, Gadamer pretende reabilitar a potência da tradição, que fora velada pelo Iluminismo. Mesmo a Escola Histórica, que procurou a partir de Hegel – e contra Hegel – realizar a “tomada da consciência histórica”, o preconceito contra o preconceito ainda imperava. A perspectiva de que a antecipação de sentido sobre um objeto, sobre um texto, seria algo que atrapalharia o acontecer da verdade, somente sofre duras críticas com Gadamer via Hermenêutica filosófica.

Segundo Gadamer, “[s]omente um tal reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão leva o problema hermenêutico à sua real agudeza” (GADAMER, 1999, [275], p. 406). Isto é muito importante na Filosofia gadameriana. O “preconceito contra os preconceitos” surge das reflexões cartesianas sobre o método. A Modernidade rejeita tudo aquilo que se antecipa, todo o sentido que vem sem o crivo da razão. Descartes defendia isto como uma imposição metódica básica: duvidar, inclusive, dos conceitos prévios sobre o que se pensa, pesquisa, bem como sobre quem se apresenta ou se é reconhecido como autoridade em um assunto.

Tal postura moderna ainda esteve presente na Hermenêutica, de Schleiermacher, assim como também em Dilthey. A radicalidade da historicidade do ato de compreender somente pode se dar pela tomada da consciência preconceituosa da compreensão, e tal radicalidade somente se viabiliza o acesso à coisa mesma outra, que é um texto. Para Gadamer, “[s]e se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos” (GADAMER, 1999, [281], p. 416). Mas o que são preconceitos legítimos? E de que modo a autoridade pode ser reabilitada como parâmetro para o compreender?

Contrariamente ao preconceito moderno contra a autoridade ou mesmo contra o próprio preconceito, Gadamer pretendia mostrar que é possível reconhecer alguém como dotado de razão em suas opiniões e posições.

O lema moderno “*Sapere aude*”, “ouse saber por si”, foi um lema de confiança na objetividade da razão, do seu uso público, emancipado, contra quem se apresentava “doutor” em algum assunto. Mas Gadamer surge com argumentos em favor da possibilidade de se reconhecer a autoridade de alguém em determinado assunto. E isto não se trata de agir de modo irracional, tampouco de agir de modo subalterno ao pensamento do outro superior. Mas o contrário. É a própria possibilidade de, racionalmente, perceber que alguém sabe mais ou que está provavelmente mais correto sobre determinado tema.

Não apenas isto, Gadamer vem nos dizer que nem todos nossos preconceitos estão incorretos ou são ilegítimos. Nossos preconceitos podem se confirmar na confrontação com o texto e sua alteridade. Preconceitos não necessariamente estão incorretos de partida. Este julgamento somente é possível quando no contato com o texto. O texto, eventualmente, pode confirmar aquilo que já trazemos previamente ao uso racional de nosso julgamento.

A consciência hermenêutica de que falava Gadamer significa tomar ciência de que não acessamos um texto, aqui entendido de modo geral, como se fôssemos uma tábula rasa lockeana. Basta estarmos inseridos, minimamente, na linguagem, e o Ser se dá enviesado pela historicidade da tradição que nos formou. É verdade que nem sempre nossos preconceitos são legítimos. A atualidade do texto ou mesmo a sua alteridade podem contrariar aquilo que pensávamos sobre ele, mas o que não se pode estar é cego à possibilidade concreta de estarmos certos ou de que alguém, mais estudado, reconhecido em seu meio como douto, de estar correto.

Gadamer não defendia a subjugação da nossa razão, tampouco fazia uma defesa da irracionalidade e um discurso contra a Modernidade. Estes preconceitos contra Gadamer não se sustentam. A consciência hermenêutica é aquela que faz do intérprete alguém aberto à diferença do texto, mas a partir da ciência de seu lugar na tradição, formado por ela e intermediado, sempre, pela história que o tema do assunto do texto vem sido tratado anteriormente por outras pessoas – outros que, até mesmo, agem na formação de nossos preconceitos e conceitos como autoridades.

A nós parece que Gadamer propõe uma síntese à dialética do racionalismo e do criticismo *versus* romantismo. O valor do preconceito e da tradição que os românticos e seus herdeiros legítimos da Escola Histórica legaram, como um modo de fazer oposição à liberdade

e à razão moderna, de racionalistas aos kantianos, é retomado por Gadamer, mas sem repetir uma defesa da irracionalidade ou do subjugo. Gadamer argumentava que o ato de reconhecer uma autoridade é um ato de liberdade e de racionalidade (GADAMER, 1999, [284-285], p. 420).

O reconhecimento não de uma autoridade sobre algum tema, sobre algum texto, não é um ato de submissão, mas, muito antes, um ato de livre legitimação de quem nos convence sobre seus próprios conceitos. Isto tem implicações muito importantes para as Ciências Humanas. Pensá-las de modo distinto do que se poderia pensar sobre as Ciências Naturais e levando em consideração esta natureza do compreender que estamos estabelecendo aqui, revela-nos possibilidades que a epistemologia neokantiana jamais imaginaria. Estamos falando sobre duas coisas importantes, que já adiantam algumas de nossas hipóteses:

- 1) De que as Ciências Humanas são interpeladas pela tradição (GADAMER, 1999, [287], p. 424);
- 2) E que os cientistas das Humanidades, eles mesmos, estando na tradição, não possuem um ponto de vista privilegiado por alguma a-historicidade. O cientista das Humanidades, como o historiador, só pode acessar o passado com a ciência de seu próprio lugar histórico, eventualmente construído pelo próprio passado que está sendo compreendido.

Esses dois pontos transformam a nossa compreensão sobre as Ciências Humanas. A transformação se dá quando percebemos que um cientista das Humanidades está muito longe de um cientista das Ciências Naturais. Como?

Como consequência do primeiro ponto que estabelecemos anteriormente, já é possível afirmar que o cientista das Humanidades jamais é um investigador neutro. Muito diferentemente de um matemático, que não precisa saber da história de uma equação ou de uma fórmula que encontraria a área de uma figura geométrica, um cientista do Direito, um historiador, sociólogo, filólogo, necessariamente precisariam da assunção da tradição, funcionando como condição de possibilidade da compreensão de seus objetos de estudo.

Há uma passagem muito importante em *Verdade e método* que ilustra muito bem o que queremos defender sobre a importância da tradição como fonte de acesso do estudo das Humanidades. No caso da História, é fácil, diz Gadamer, aceitar que um historiador de cem anos atrás dispunha de menos informações, estando em um estado inferior de conhecimento do

que os historiadores atuais, no entanto, a ideia de “progresso científico”, que, facilmente, pode-se ter nas investigações das Ciências Naturais, possui um limite nas Humanidades.

Pois o que interessa, em outras palavras, a medida do valor e do peso de uma investigação, diz-nos Gadamer, reside naquele que sabe descrever corretamente a coisa. Assim, mesmo que os historiadores do passado tenham menos informações do que os do presente, um historiador atual lerá, com mais grado, o que Droysen – que escreveu uma biografia de Alexandre – tinha a dizer, no século XIX (GADAMER, 1999, [289], p. 426).

Outra consequência importante que podemos deduzir está no caráter intermediado com que a compreensão se faz, além de ser ela mesma, uma própria contribuição à tradição que virá a se constituir. Gadamer diz-nos que a verdadeira essência das Ciências Humanas e sua característica é a sua atividade é um momento da tradição em operação. E não apenas isto, a conexão que o ato de compreender realiza com o passado (História), com o significado de uma lei ou de um instituto jurídico (Ciência do Direito) ou com o sentido de uma ação social (Sociologia), jamais pode ser visto como um ato neutro, sem engajamento, arbitrário. Pois o significado se encontra também no início de uma investigação, no porquê que se pesquisou algo, no interesse pelo sentido de alguma coisa (GADAMER, 1999, [287], p. 424).

Gadamer é muito claro ao afirmar isto. Nas Ciências Humanas, o engajamento do investigador, o seu interesse sobre seu objeto de estudo, a despeito do procedimento metódico que se possa, eventualmente, defender, faz-se por uma motivação específica, por um interesse prévio que revela seu engajamento. E não apenas isto. Por tudo o que já dissemos, como também pela própria contribuição que um cientista das Humanidades realiza ao operar via tradição, inserindo-se, nela, para o futuro, o seu objeto de estudo não é nada que se possa conhecer por completo. “Em si, um tal objeto não existe de modo algum” (GADAMER, 1999, [289], p. 427). O que isto quer dizer?

Gadamer quer dizer que o conhecimento do objeto das Humanidades nunca se dá por completo. Ele está sempre operando na tradição e no seu caráter dinâmico e incompleto, pelo tempo, via seus efeitos, o que faz da sua mobilidade histórica algo potencialmente positivo. O exemplo do clássico é algo que mostra bem isto. Por mais que uma obra clássica seja aquela que resiste no tempo, ela mesma, por outro lado, é a demonstração do caráter histórico do ato de compreensão. Pois o que a faz clássica não é a sua atemporalidade, mas a inesgotabilidade de seu significado “acontecido” pelos diferentes intérpretes no tempo (GADAMER, 1999, [295], p. 435).

O que importa é o caráter circular com que a compreensão se faz. Gadamer se apropria da metáfora do círculo hermenêutico para mostrar como o compreender é uma relação cíclica entre a parte e o todo, entre a parte que se é, com a sua subjetividade, e o todo que se pode alcançar, no vai-e-vem, no entremeio (*Zwischen*), que é a operação da compreensão, em relação à tradição. Gadamer fala que esta é uma regra antiga da retórica, transferida pela hermenêutica moderna (Schleiermacher) para a arte de compreender: “A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo, determinam, por sua vez, a esse todo” (GADAMER, 1999, [296], p. 436).

Isso é a contribuição de Gadamer ao que Dilthey tentou fazer. Mas tal contribuição não ficou isenta de críticas, especialmente por aqueles que quiseram desenvolver a hermenêutica metódica de Dilthey. Gadamer rejeitou o uso diltheyano da compreensão como o método para as Humanidades e rejeitou o Princípio de formação de conceito para as Ciências Culturais, de Rickert. E, só por causa desta rejeição do método nas Ciências Humanas, Betti, um importante jurista italiano, que herdou o pensamento de Dilthey e que travou um debate com Gadamer nos anos 60, entendeu que a Hermenêutica filosófica confundiu “significação” (*Bedeutung*) com “significância” (*Bedeutsamkeit*) (GRONDIN, 2012, p. 82).

Para Betti, o intérprete deve procurar pela intenção do autor via cânones da interpretação, assim, os preconceitos do intérprete e suas questões do presente não deveriam interferir nesta tarefa. Esta postura de Betti fica bem clara quando trata da distinção entre a tarefa do historiador do Direito e do aplicador da dogmática jurídica.

No texto *Sobre uma teoria geral da interpretação*, inserido em *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, ambos de 1965, Betti diz-nos que há diferenças entre a interpretação histórica do jurista e a interpretação normativa que se exige do jurista diante de um direito em vigor. Diz Betti que o historiador do Direito tem, como tarefa, a de reconstruir o sentido de uma norma ou de um instituto – que formam a chamada dogmática jurídica – no momento em que eles foram criados. Enquanto isto, prossegue Betti, a interpretação da norma deve aliar a reconstrução histórica do sentido original com o “vigor atual”, que se transpassa para a vida social e se “transfunde” nela (BETTI, 2007, p. cii).

Como se vê, Betti faz uma clara diferença entre o tipo de interpretação que deve buscar o sentido original (a do historiador) e o tipo que não só quer reconstruir o sentido originário, mas também quer atualizar o sentido com um ideal de correção, exigindo a participação

subjetiva do intérprete, enquanto aplicador das normas, como ocorre no caso do jurista dogmático.

As críticas de Gadamer a esta posição de Betti podem ser encontradas em diversos textos. No próprio *Verdade e método*, Gadamer já tentava mostrar que não há distinção forte entre as tarefas do historiador do Direito e do aplicador. Segundo o filósofo alemão, também o historiador realiza uma tarefa criativa de significado jurídico. O acesso do historiador ao passado, diz Gadamer, nunca é imediato. Pois este acesso sempre é intermediado pela “sobrevivência jurídica” do significado da lei que ele persegue historicamente. Gadamer afirma isto porque entende que o verdadeiro objeto do estudo histórico não é o evento passado, mas o significado deste evento, seu significado atual (GADAMER, 1999, [334] p. 487-489).

O acesso ao passado, portanto, sempre é intermediado pelas questões que o “presente” demanda. Assim, continuando com o exemplo de Gadamer, do mesmo modo que a tarefa do aplicador do Direito exige a compreensão história do significado original da norma a ser aplicada, o historiador do Direito é sempre implicado pelo interesse atual pelo passado.

Tal posição de Gadamer demarca bem as críticas da Hermenêutica filosófica a toda pretensão de se acessar um “sentido originário”, “fundante”, como se fosse possível tal empreitada sem a influência do interesse atual. Como diz Gadamer, a História não terá acesso ao passado, mas ao seu significado atual.

Desse modo, respondendo a Betti, no seu *Hermenêutica e Historicismo* (1965), Gadamer disse que sua posição não é uma *questio juris*, mas uma *questio facti*, porque ele nunca desejou propor como as Ciências Humanas deveriam ser, mas só descrever como o processo da compreensão acontece (GADAMER, 2011a, [394], p. 458).

Todavia, precisamos ter muita cautela com esta afirmação de Gadamer. Falamos disso já no subtópico anterior. Neste, o importante é mostrar como Betti ainda parece ter uma perspectiva ingênua do ato de compreender. Os seus cânones de interpretação não resistem ao que Gadamer descrever como “compreensão”. Mas como já vimos, entendemos que a descrição de Gadamer é também um prescrever. Não que ele tivesse caído na falácia de se confundir juízos ontológicos com deontológicos, mas defendemos que Gadamer está para além desta divisão. Quando compreender é aplicar, isto não faz mais sentido, ao menos para a Filosofia pós-metafísica e para as Humanidades pensadas pela noção de *alétheia*.

Logo, mesmo que entendamos que Gadamer faz também um *questio juris* de modo *soft*, o levar à conclusão de que Gadamer não estaria muito distante de Betti, por outro lado,

também não invalidariam as intuições gadamerianas, nem a sua refutação sobre o caráter intermediado do compreender.

Assim, resta-nos avançar neste nosso trabalho, na tentativa de saber, finalmente, como as Ciências Humanas produziram conceitos científicos a partir do que Gadamer descreveu sobre a compreensão realizada pelas Humanidades. Pois não poderia agora se pensar aos moldes de Rickert ou de Dilthey. Como as Ciências Humanas produzem seus conceitos? Atribuindo valor por juízos neutros de “avaliação”? Deixaremos este tema para o próximo subtópico.

3.2.3. Hermenêutica filosófica e formação de conceitos

Vimos que o debate sobre as Ciências Humanas no século XIX, especialmente aquele feito entre Dilthey e Rickert, girava em torno de um tema central: a formação de conceitos (*Begriffsbildung*). Este debate é chave para se entender o projeto de Kelsen quando quis fazer uma doutrina pura do Direito. Se era o objeto ou se era o Princípio de formação de conceito o que diferenciava as Ciências Humanas das Ciências Naturais, o que importa é que o tema sobre como um cientista construiria (Kant) um conceito científico a partir de seu estudo sobre seu objeto é um tema que deve ser retomado aqui a partir das matrizes hermenêutico-filosóficas que estamos lidando nesta tese.

É importante começar, então, falando que, quando mencionamos Princípio de formação de conceito, estamos lidando com um procedimento, um método. Isto é crucial para alcançarmos nossos objetivos neste trabalho: saber como a Ciência do Direito, enquanto Ciência Humana, opera na produção de seu conhecimento desde uma perspectiva hermenêutico-filosófica. Assim, neste subtópico, vamos falar sobre como se dá tal formação de conceito nas Ciências Humanas pelas lentes gadamerianas e sua respectiva pretensão de universalidade e de certa transcendentalidade (condição de possibilidade).

Relembramos que a formação de conceito em Dilthey não é muito clara quando comparada com a que foi pensada por Rickert. Dilthey entendia que os conceitos, nas Ciências do Espírito, seriam formados a partir do processo de compreensão que o cientista realizaria, enquanto ato de descrição das vivências, que são fato psico-físicos, “ocorridos” no âmbito

interno, no âmbito histórico-espiritual. Um cientista das Humanidades, como um cientista do Direito, caso queira entender um instituto jurídico, um código que seja, deve conectar-se com o “Espírito” (da Lei) que se objetivou no seu objeto de estudo (autos de um processo, artigo de um Código etc.). Esta conexão é um ato de interpretação também. Dilthey tardio, lembramos, retoma Schleiermacher, e defende que um cientista das Humanidades deveria realizar um verdadeiro ato de empatia. Mas como o seu conceito seria produzido?

A objetividade que Dilthey queria alcançar estaria no caráter “objetivo” do Espírito que funda o objeto de estudo dos cientistas das Humanidades. Enquanto isto, Rickert defendia que a objetividade dos conceitos científicos das Ciências Culturais estaria na transcendentalidade do mundo dos valores do qual o cientista imputaria a um fato ou a um ato do mundo do ser, transformando-o em um fato ou ato de valor histórico ou de valor jurídico, por exemplo. Ambos, Dilthey e Rickert, entendiam que a formação de conceitos científicos passava pela construção de conceitos a partir de uma instância objetiva, seja pela objetivação do Espírito (Dilthey), seja pelos valores culturais que são transcendentais (Rickert). A questão, no entanto, é saber como isso é recepcionado por Gadamer e sua Hermenêutica filosófica. Em outras palavras, a questão é saber como a Hermenêutica filosófica entende o processo de construção de conceitos pelas Ciências Humanas.

Certamente, a perspectiva da Hermenêutica filosófica sobre o que fazem os cientistas das Humanidades é diferente das perspectivas de Dilthey ou de Rickert. Isto nós já estamos falando há um tempo neste trabalho. E não podemos entender o que Gadamer pensava sobre o tema, sem lembrarmos que foram por meio da Fenomenologia, de Husserl, e da Fenomenologia hermenêutica, de Heidegger, que se inovou no tema da formação de conceitos pelas Ciências Humanas.

Nós já explicamos, anteriormente, que Husserl demonstrou que os atos intencionais, a relação *noésis-noema* e como a consciência é a consciência de alguma coisa no sentido de mostrar que, antes da predicação, antes de um conceito, já implica estarmos numa lida intencional com o objeto, conectado a ele. Husserl, mais tardiamente, falará do “mundo da vida” como este “antelugar”, próprio do nosso comportamento “natural” diante das coisas e da leitura científica do mundo, por exemplo. Em seguida, esclarecemos que Heidegger dedicou muito mais páginas sobre suas intuições pré-teoréticas e a condição pré-predicativa da verdade enquanto desvelamento. Mas, nesse subtópico, vamos direto para o que Gadamer tratou sobre o tema, que, inclusive, retoma o que já expomos sobre Husserl e Heidegger nesta tentativa de

escapar do preconceito da precedência da teoria sobre a *práxis* que está presente nas epistemologias das Ciências Humanas do século XIX e também em parte do XX (Betti).

Gadamer escrevera um texto chamado *A história do conceito como filosofia* (1970). Neste texto, Gadamer reconstrói a história da Filosofia enquanto modo de conhecimento, de exercício reflexivo, que, tradicionalmente, centralizou seus objetivos em tentar encontrar conceitos, responder às perguntas via definições conceituais. Gadamer diz-nos que a Filosofia tem, inclusive, o conceito como objeto de estudo. Diferentemente das Ciências, em que os conceitos são produzidos a partir dos objetos, a Filosofia não tem um objeto a ser “adequado”, pois é o conceito, visto tradicionalmente como o “ser – pensado aqui, claro, sem o paradigma da “diferença” (*Differenz*) – que é seu objeto de estudo (GADAMER, 2011b, [78], p. 95).

O que se quer saber sobre a “justiça” é o seu ser, já que a pergunta se faz sobre “o que é” a “justiça”. E responder a isto é oferecer um conceito. Logo, a Filosofia não tem o que “adequar” na realidade. Sua preocupação é o conceito mesmo de justiça, sua essência. Pois a Filosofia quer saber do “ser” mesmo, visto tradicionalmente como “conceito”. A Ciência, no entanto, preocupa-se em produzir um conceito a partir da correspondência com um objeto específico.

Como se vê, Gadamer está mostrando que a Filosofia lida com um objeto em abstrato, fundamental, causa primeira de tudo. O que resta, nestes tempos (pós?)modernos, é perguntar o que ainda pode significar esta preocupação da Filosofia na era da Ciência em que vivemos? E não somente esta pergunta, Gadamer também questiona o seguinte: se, a partir da crítica de Kant ao modo como o ser humano conhece por conceitos, quando estabeleceu limites a todo conhecimento possível desvinculado da sensibilidade, fato que resulta na tendência de se priorizar a Ciência, restando à Filosofia ser mera Teoria da Ciência ou análise lógica da linguagem, o que a Filosofia ainda tem a contribuir? (GADAMER, 2011b, [79], p 97).

Gadamer quer saber se só de conceito é que se faz a Filosofia ou, ainda, se a verdade dar-se-ia somente por meio da adequação do conceito à coisa. Exhaustivamente, já falamos que Gadamer elevou a “hermenêutica” ao *status* de Filosofia por meio da formulação de sua Hermenêutica filosófica e, com isto, herda a ruptura, de Heidegger, com as amarras da verdade como correspondência, adequação. E, não apenas, isto, a Hermenêutica filosófica se dedicou, incansavelmente, a defender a perspectiva de que não somente pelos conceitos, mas também pelos preconceitos é possível acessar a verdade, mas a verdade enquanto desvelamento. E como isto se dá? Como isto é possível?

Nesse mesmo texto de 70, Gadamer diz que a linguagem também fixa preconceitos. Pois “[a] linguagem não é somente isto. É a interpretação prévia e pluriabrangente do mundo e por isso insubstituível” (GADAMER, 2011b, [79], p. 97). Gadamer ainda completa com uma afirmação importantíssima para esta nossa tese, alegando que a fixação de preconceitos pela linguagem não gera necessariamente “erro”, antecipação de sentido que, por ser anterior a uma formulação crítica, seria falsa. Assim, Gadamer pôde afirmar, brilhantemente, que “(...) o mundo já sempre se nos apresenta numa interpretação feita pela linguagem. O mundo se articula para nós no aprendizado de uma língua, na assimilação de nossa língua materna. Isso é mais uma primeira abertura do que um engano” (GADAMER, 2011b, [79], p. 97).

Esse tem é importantíssimo para compreendermos a intuição de Gadamer, seguindo as críticas de Husserl e de Heidegger aos Princípios de formação de conceito dos neokantianos de Baden, já que, como afirma, “(...) o processo de formação de conceito da formação conceptual, iniciado no âmbito dessa interpretação feita pela linguagem, nunca é um primeiro começo” (GADAMER, 2011b, [79], p. 97). Esta última passagem que citamos vai de encontro ao ideal de cientificidade formulado pelo Neokantismo, de Rickert, para as Ciências Culturais e, por tabela, o mesmo acontece com a Sociologia, de Weber, e com a doutrina pura, de Kelsen, quanto ao que ele projetou para a Ciência do Direito enquanto Ciência autônoma e normativa. Mas por quê?

O desafio, precisamos reafirmar, é saber como podemos pensar o que ocorre com a Ciência do Direito vista desde a Hermenêutica filosófica. É certo que, no próximo tópico, mostraremos como, especificamente, Gadamer entendia o Direito, sua prática e seu estudo. Mas, por enquanto, resignamo-nos a apenas mostrar como o modelo do século XIX e o modelo kelseniano, já no século XX, esquece-se que a tarefa da Ciência do Direito não é neutra de valores, não passa pela formação de conceito avaliativa, como pensava Rickert, Weber e Kelsen. Se quisermos mesmo nos lançar a esta tese, precisamos enfrentar as pretensões neokantianas de neutralidade. E, como é possível já concluir, desde a Hermenêutica filosófica, o paradigma neokantiano ou o diltheyano, continuado por Betti no século XX, tanto no debate hermenêutico quanto no jurídico, não se sustenta.

A “descoberta” de um mundo pré-teorético por Husserl – que, em verdade, tratou-se de uma radicalização das intuições do próprio Dilthey –, desenvolvida por Heidegger, ganha um aparato filosófico sofisticado com Gadamer ao falar do preconceito como pré-condição de qualquer compreensão. A experiência como de se estar inserido no *medium* que é a linguagem

implica sempre já estar comprometido, de alguma maneira, com os conceitos formados previamente a qualquer racionalidade crítica.

Assim, como fica o cientista das Humanidades diante de seu objeto de estudo, uma vez que ele já está jogado junto ao seu objeto enquanto ser-no-mundo e por já trazer consigo uma série de pré-conceitos, anteriores, portanto, a qualquer formação de conceito? E resta, ainda, fazer uma pergunta mais radical: se a Filosofia está preocupada com o conceito e, desde Husserl, Heidegger e Gadamer, tem os pré-conceitos como fontes possíveis de verdade enquanto desvelamento, como ficam as Ciências, especialmente as Ciências Humanas? O que, afinal, elas fazem? E qual a sua serventia diante de novo paradigma e diante deste tempo do niilismo e da tecnologia?

Podemos adiantar logo algumas de nossas hipóteses. E uma delas refere-se a nossa defesa de que a Ciência do Direito, tema central desta tese, é um tipo de conhecimento sobre o qual não cabe mais falar em Princípio de formação de conceito pelo qual um cientista faria descrição de seu objeto (norma jurídica) de modo neutro, avalorativo, como se partisse de um ponto de sentido em branco. Certo, mas isto ainda não enfrenta as demais perguntas. Longe disto, ela causa outros problemas, pois o próprio ideal de cientificidade fica em xeque. A tão prezada neutralidade desaparece, e o risco de se estar fazendo ideologias talvez subsista e, mais, a desconstituição da Ciência do Direito como a conhecemos, atividade autônoma das demais Ciências e também da própria Filosofia do Direito, talvez tenha atingido um grau tão extremo que sua própria razão de existir tenha desaparecido.

Se o que dissemos, no parágrafo anterior, está correto – e ainda temos o próximo tópico para confirmar isto e afirmar tal posição, delimitando tal atividade não-científica do Direito, ao menos de acordo com os padrões de cientificidade conhecidos –, então afirmamos:

- a Ciência do Direito é muito mais um tipo de atividade de interpretação que busca deixar os preconceitos explicitados por meio de um exercício racional discursivo, desenvolvido por meio de argumentação, que levaria a um processo de conhecimento da própria tradição na qual se está inserida, aliado a um exercício crítico sobre estes próprios pré-conceitos, buscando saber o quão são legítimos diante do problema verdadeiramente filosófico que se está enfrentando; problema este que envolve não somente a questão semântica sobre o que diz uma norma ou sobre o significado de um instituto jurídico, mas também a implicações ético-políticas da sua própria interpretação. E, de modo

específico, a Ciência do Direito, agora, poderia retornar a ser fonte do Direito, uma vez que as verdades produzidas pela doutrina poderiam ser tão bem aceitas pela comunidade jurídica, científica ou não, que seus conceitos interpretados valeriam como práticas sociais reconhecidas pelas autoridades competentes.

Como dissemos, somente no próximo tópico é que trabalharemos os fundamentos de cada afirmação feita nesta nova compreensão sobre o que é a Ciência do Direito desde a Hermenêutica filosófica. Neste subtópico, interessa-nos a formação de conceito desta Ciência do Direito. Então, partindo do que entendemos, parcialmente, por Ciência do Direito desde a Hermenêutica filosófica, ainda precisamos saber como ela produz seus conceitos. Para respondermos a esta resposta específica, temos de lembrar da interpretação existencial que propomos no início deste Capítulo, a partir das reflexões originais e radicais de Heidegger. A questão, no entanto, é que não ficamos restritos a Heidegger. Nossa proposta, nesta tese, foi a de avançar sobre o tema para além do que Heidegger propôs, mas, obviamente, a partir dele. E como fazemos isto? Então, chegamos a um dos pontos decisivos da nossa tese. O que fazem as Ciências Humanas, especificamente a Ciência do Direito?

Para responder a esta pergunta de modo não genérico, temos de retomar a noção de *Positum* de Heidegger, brevemente. Falamos, ainda neste Capítulo, que Heidegger estabelece que a verdade das Ciências se desvelam enquanto algo “dado”, “posto”, *Positum*. E este modo de desvelamento é derivado de uma verdade mais original: a verdade enquanto *alétheia*, que está antes e por detrás do *Positum* estudado pelas Ciências. A questão importante, aqui, entretanto, é que Heidegger não estava se referindo às Ciências Humanas diretamente. Ele estava lidando com o que hoje nós, das Humanidades, chamamos ora quase que como um modo de autodepreciação, ora como com ironia para com os Cientistas naturais, de “Ciências duras”. A expressão não é gratuita. Ela refere-se à ideia de que seriam as Ciências Naturais metódicas e, por isto, dotadas de rigor suficiente para não deixar margem à argumentação ou a qualquer fonte de conhecimento que não fosse o da descrição perfeita do seu objeto de estudo dado, posto, pela natureza.

Assim, a partir de Heidegger, como poderíamos repensar a Epistemologia das Ciências Humanas? Neste Capítulo, tentamos, provisoriamente, traçar uma interpretação existencial da Ciência do Direito, mas nos limitamos a apenas mostrar os limites da Ciência do Direito vista desde Kelsen. Queremos saber, agora, desde o que já falamos sobre a Hermenêutica filosófica de Gadamer, o que verdadeiramente faz o cientista do Direito e, do mesmo jeito, qualquer cientista das Humanidades:

a) A primeira tese a ser defendida, e a afirmamos com entusiasmo, é que as Ciências Humanas não estão inseridas na explicação de Gadamer sobre como funcionam a relação entre formação de conceito e verdade das Ciências Naturais. Como vimos, Gadamer alegava que, tradicionalmente, a diferença entre os conceitos filosóficos e científicos seria o objeto de preocupação dos conceitos aqui envolvidos. Pois enquanto a Filosofia estaria preocupada com o conceito em si e com o potencial de verdade, no sentido de desvelamento, obviamente, que os pré-conceitos linguísticos podem afirmar, as Ciências formariam seus conceitos e diriam que são verdadeiros se se adequassem à realidade. Dito isto, a tese que afirmamos é que aquilo que Gadamer afirmara sobre conceitos e Ciência somente serve para as Ciências Naturais (“duras”) – lembrando, no entanto, que a Teoria da Ciência do século XX sente também o impacto da Hermenêutica filosófica, basta lembrar da teoria dos paradigmas científicos (Popper e Kuhn). Pois o mesmo não ocorreria com as Ciências Humanas. A formação de conceitos das Ciências Humanas e sua relação com a verdade é a mesma da Filosofia. Ela não se dá a partir de uma descrição do seu objeto positivo, mas pela interpretação no sentido hermenêutico-filosófico sobre seu objeto. O leitor pode estranhar nossa tese, mas é isto mesmo que afirmamos. As Humanidades realizam uma tarefa de produção de conceitos semelhantes àquela feita pela Filosofia. Isto não quer dizer, contudo, que Filosofia e Ciências Humanas sejam a mesma coisa ou fariam a mesma coisa. Pois enquanto a Filosofia se preocuparia com o conceito e os pré-conceitos e a historicidades dos mesmos, as Ciências Humanas, ainda sim, resguardariam suas metodologias vindas de suas próprias tradições e, também, seu ato de compreender se eximiria de abordar pressupostos essencialmente filosóficos, como o sentido de Seer, questões antropológicas ou a própria noção de bem e de belo. Este ponto específico é inspirado no texto do Prof. Ernildo Stein, quando em *Aproximações hermenêuticas* (2010), encontra a diferença entre Filosofia e Ciência ao afirmar que a primeira é um tipo de “racionalidade sobre o mundo”, enquanto que a segunda é um tipo de “racionalidade dentro mundo”. Em outras palavras, a Filosofia procura pôr em questão seus próprios pressupostos. Ela é tão radical que seu objeto é sempre um tema inesgotável, enquanto que a Ciência buscar explicar ou compreender seu objeto pressupondo a tradição na qual está inserida (Humanidades), abordando seu estudo a partir de um momento determinado do objeto. Assim, estamos de acordo com o Prof. Stein quando afirma que: “A

[F]ilosofia faz uma coisa que a [C]iência não consegue fazer: tratar de si mesma. Enquanto as ciências tratam de um objeto, a [F]ilosofia trata de um universo que o discurso das [C]iências [H]umanas pressupõe” (STEIN, 2010, p. 15-16).

- b) A segunda tese a ser dita é que, ainda que o fenômeno da compreensão seja universal e, portanto, sendo algo que engloba o compreender das Humanidades, é certo que o compreender da Ciência do Direito possui suas especificidades. E isto nunca foi um problema de ser afirmado desde as bases da Hermenêutica filosóficas. A universalidade é o do compreender, que parte da assunção do caráter pré-conceitual da linguagem, do seu *status de médium* (meio ambiente), e não de *organum* (instrumento), além do fato de que a autoridade pode ter validade em seu argumento, além da historicidade da compreensão e da fusão sempre possível entre passado e futuro, texto e leitor, circularidade entre a parte e o todo de um texto. Mas tudo isto não impede que a Ciência do Direito, enquanto Ciência Humana, possa ter a especificidade de lidar com textos normativos, que envolvem a moralidade, a ética e a política da comunidade em que o cientista se encontra e para qual direciona seus conceitos formados.

Mas, então, como se formam os conceitos jurídicos depois de tudo o que já dissemos? Os conceitos jurídicos são formados desde a tomada da consciência hermenêutica, ou seja, desde a assunção de tudo o que implica a interpretação, conforme elencamos no parágrafo anterior:

- 1) Explicitação dos preconceitos;
- 2) Tomada da consciência histórica da compreensão revisitada pela noção de fusão de horizontes, que a transforma em “tomada de consciência hermenêutica”;
- 3) Reabilitação do valor do argumento de autoridade, desde que submetido à razão crítica;
- 4) A consciência de que a interpretação se dá pela circularidade entre a parte de um texto e seu todo;
- 5) A ciência de que a interpretação é um ato dialógico que implica uma ética para como texto, permitindo que sua alteridade se exponha;

- 6) Que a produção de verdade das Ciências Humanas não se dá pela adequação de seus conceitos para com o real, e sim, pelo desvelamento, pela verdade, que se dá numa relação não positiva, no sentido das Ciências Naturais;
- 7) A fusão de horizontes e ampliação dos conceitos.

De todos os sete elementos centrais da contribuição da Hermenêutica filosófica para a Filosofia e para a tradição hermenêutica, é a fusão de horizontes o conceito mais problemático, limítrofe para a devida compreensão da formação de conceito nas Humanidades. Vimos que tal formação se aproxima muito da formação Filosófica, pois lida com a noção de verdade diferente da noção com que as Ciências Naturais lidam. Como falamos anteriormente, tanto a Filosofia quanto as Ciências Humanas lidam com argumentação, preconceitos, argumentos de autoridade, tarefa de explicitar o que está implícito, enfim, ambas não operam com a noção de verdade enquanto adequação, correspondência.

No entanto, elas se diferenciam, porque a Ciência não tem o papel de explorar seus pressupostos, de levar até às últimas consequências a tarefa da compreensão de seu objeto de estudo. E, mais ainda, por justamente lidar com argumentação e também com a tarefa da persuasão retórica – conforme vamos expandir nosso argumento no próximo Tópico deste Capítulo –, as Ciências Humanas lidam com a noção de que seus conceitos estão na História, de que são conceitos que, ainda que encerrem um sentido, estão em uma dialética entre não somente com o passar das eras, dos paradigmas, mas também com o contato com outras tradições das quais as Ciências Humanas pressupõem. O que isto significa? Significa dizer que seus conceitos não podem cair no esquecimento da “diferença ontológica”, que implica uma noção de Ser como “presentidade” ou “essência”. O que seria, então?

Aqui, vemos uma apropriação de Hegel por Gadamer. Esta aproximação é polêmica. Por quê? Basta pensar que Gadamer faz parte de uma “revolução” filosófica, que modificou a Ontologia para sempre. A “descoberta” de uma instância de conhecimento filosófico rigoroso no âmbito do pré-teorético, pré-científico, foi uma ousadia sem tamanho para a tradição metafísica. No entanto, a noção de que os conceitos elaborados pela Filosofia e pelas Ciências Humanas operam com argumentação, retórica, persuasão, argumento de autoridade, preconceitos legítimos e, especialmente, com a historicidade, é algo que pode ser melhor explicado se retomarmos Hegel, quando falava sobre “conceitos”. Todavia, remontar, aqui, ao pensamento de Hegel, para explicar um conceito gadameriano, pode soar como estranho, uma vez que o Idealismo absoluto sofrera duras críticas neokantianas, mas também fenomenológicas, por Husserl e Heidegger.

A questão é que se pensarmos não com Hegel, mas com Gadamer, quanto à formação de conceitos deve ser vista sempre como um princípio dialético. Isto pode ser visto na própria obra de Hegel, mas com o cuidado de lê-la com as lentes hermenêutico-filosóficas, por meio das quais o “conceito” que Hegel está lidando, obviamente, ignora os “avanços” fenomenológicos quanto aos estudos pré-teóricos e os avanços gadamerianos sobre a reabilitação do pré-conceito, da autoridade. Quanto ao conceito em formação, lido segundo a dialética da Hermenêutica filosófica, que se dá entre parte e todo, texto e intérprete, passado e futuro, também se dá nos conceitos que se produz.

O que queremos mostrar é que, já em Hegel, sabia-se que um conceito não é estanque e estático, pois, de acordo com a linguagem hegeliana, um conceito está em movimento, visando a alcançar o Outro, como algo próprio do movimento do Espírito do mundo na busca de sua absolutização, desdiferenciação, término da alteridade, do devir. Em sua *Ciência da lógica*, primeiro volume de sua *Enciclopédia das ciências filosóficas* (1830), Hegel propôs, seguindo a tradição metafísica que remete a Platão, de que é a Filosofia um conhecimento conceituante. Mas, para além disto, Hegel também defendia que seria o conceito uma forma infinita e criadora, que encerraria em si mesma, mas, de modo dialético, sob o ponto de vista do Idealismo absoluto, também seria criadora, permitindo que o conceito seja a plenitude de todo o conteúdo. Reafirmando isto, no *Adendo* deste § 160, Hegel vem dizer que “(...) o movimento do conceito é desenvolvimento (...)”, pois, de acordo com a sua dialética, “[p]assar para o Outro é o processo dialético na esfera do ser; aparecer em Outro é [esse processo] na esfera da essência” (HEGEL, 2012, § 160, p. 294).

A citação que fizemos de Hegel não é fortuita. Mesmo estando sob o preconceito tradicional da Filosofia como metafísica, de que o Ser é algo eterno, fora do tempo, que surge com a noção de Espírito, há um elemento hegeliano forte na compreensão gadameriana da formação de conceito. Não estamos falando de outra coisa senão da tomada da consciência histórica, tão importante para o Historicismo, ironicamente anti-hegeliano, presente na Hermenêutica filosófica. Aquilo que Gadamer propõe, como “consciência hermenêutica”, contém a “consciência histórica” hegeliana e, posteriormente, historicista. Herança de Heidegger, e não de Husserl, Gadamer sabe que nossa compreensão é histórica e que nosso acesso a um texto também está implicado pela estória da recepção deste mesmo texto.

Assim, quando invocamos Hegel, não queremos associar Gadamer à metafísica do Idealismo Absoluto. Queremos apenas mostrar que os conceitos produzidos pela Filosofia e também pelas Ciências Humanas são históricos e podem sofrer influência do choque com as

questões do presente. Estamos nos referindo à concepção de “fusão de horizontes”. Sobre o tema, Gadamer diz-nos que “[p]ensar historicamente quer dizer, na realidade, realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles procuramos pensar. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar”, assim, a tarefa da interpretação “(...) significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós” (GADAMER, 1999, [401], p. 578).

A passagem que citamos acima é uma crítica à consciência histórica dos historicistas feita por Gadamer. O filósofo alemão tentava mostrar como os historicistas não percebiam que o acesso ao passado nunca afasta os conceitos do presente. A consciência hermenêutica proposta por Gadamer tenta corrigir a consciência histórica, que “(...) compreende a si mesma erroneamente, quando, para compreender, pretende desconectar o que unicamente torna possível a compreensão” (GADAMER, 1999, [401], p. 578). O que é isto, que “unicamente torna possível a compreensão”? É a consciência de que o compreender se dá na dialética entre o passado e o presente, entre o eu e o tu, entre a parte e o todo. Para Gadamer, “(...) a obtenção do horizonte da interpretação é, na realidade, uma fusão de horizontes (...)”, assim, “[a]través da interpretação o texto tem de vir à fala” (GADAMER, 1999, [401], p. 578).

Todavia, mesmo com tudo o que podemos definir sobre a formação de conceitos realizada pelas Ciências Humanas desde a perspectiva hermenêutico-filosófica, resta saber mais sobre um ponto que retoma um subtópico do Capítulo anterior, quando tratamento da apropriação heideggeriana de Aristóteles. Estamos falando sobre qual seria o papel, afinal, do cientista das Humanidades, especificamente a do cientista do Direito, ele descreveria a norma, como pensava Kelsen? Ou ele prescreveria algo para a norma? Sua tarefa é meramente teórico-contemplativa? Somente quem faz aquilo que na doutrina pura do Direito se chamou de “interpretação autêntica” poderia ser feita pelo cientista do Direito? Ele seria uma espécie de criador de norma? Como os conceitos científico-jurídicos operariam? E sob qual finalidade?

Sabemos que, sob o ponto de vista hermenêutico-filosófico, as Ciências Humanas se aproximam da Filosofia quanto à formação de conceitos. Pois seus conceitos pressupõem que a linguagem comporta preconceitos e que a produção da verdade não se faz pela adequação, mas pela interpretação, explicitação do que está implícito, logo, a verdade que se dá é enquanto desvelamento.

Além disso, vimos que estes conceitos produzidos pelas Ciências Humanas e pela Filosofia implicam um exercício argumentativo que busca persuasão, via retórica. Por outro

lado, as Ciências Humanas se diferenciam da Filosofia porque esta última pode colocar em suspenso seus elementos mais arcaicos e fundamentais, enquanto que as Humanidades não poderiam fazer o mesmo, já que seu estudo é feito a partir de pressupostos já estabelecidos, que não são objeto de sua própria investigação. Assim, o conceito da verdade, do “método” (no sentido hermenêutico-fenomenológico, obviamente), não é objeto de preocupação das Humanidades científicas. Somente a Filosofia preocupa-se com isto.

Mas o lugar de chegada das nossas teses neste tópico é saber como as Ciências Humanas operam quanto aos seus conceitos e como eles são aplicados. Enfim, resta saber qual a natureza mesma da Ciência do Direito, se ela ainda pode ser pensada como uma Ciência no sentido teórico do termo, e, se não, como ainda se pode chamá-la de Ciência? Afinal, como ela operaria mesmo?

Tais questões somente podem ser respondidas quando, antes de tudo, trouxermos aqui a concepção de Direito para Gadamer a fim de, depois, trazer o debate mais contemporâneo dos herdeiros da Hermenêutica Filosófica, de Gadamer, como Vattimo, Rorty e Grondin, a fim de responder a nossa problemática central: qual é a interpretação hermenêutico-filosófica da Ciência do Direito? E quais são seus impactos? Especialmente para a “crise” em que ela se encontra, desde a denúncia de Heidegger em *Introdução à filosofia*? E estas perguntas vão ser respondidas no último tópico desta tese, logo a seguir.

3.3 A CIÊNCIA DO DIREITO COMO “CIÊNCIA PRÁTICA” E “RETÓRICA”

3.3.1 A reabilitação da retórica e da prudência na Ciência do Direito

Gadamer tinha deixado claro no *Prefácio* da 2ª edição de seu *Verdade e método*, como já mencionamos no Tópico sobre nossa Justificativa, que não era sua intenção estudar os fundamentos da teoria das Ciências Humanas, a fim de transformar seu conhecimento científico em conhecimento prático. O filósofo quer deixar claro, nesta passagem, que, em verdade, sua

intenção também não era a de estudar o que faz as Ciências Humanas, tampouco o que elas deveriam fazer. Seu objetivo, explica, era o de filosofar sobre aquilo que sobrevém no exercício das Ciências Humanas, aquilo que está para além da subjetividade do cientista.

Assim, apesar da sua intenção de não transformar o conhecimento das Ciências Humanas em conhecimento prático, por outro lado, Gadamer alega que “[s]e se dá uma consequência prática das investigações apresentadas aqui, isso não ocorre, em todo caso, para um engajamento não científico, mas para a probidade científica de reconhecer, em todo compreender, um engajamento real e efetivo”. (GADAMER, 1999, p. 14).

Como é possível perceber na citação do parágrafo anterior, Gadamer não tinha a intenção de transformar as Ciências Humanas em conhecimento prático, até mesmo porque não tinha qualquer intenção de reconstruir a epistemologia das *humaniora*. No entanto, Gadamer é muito coerente quando também afirma que é possível que as Ciências Humanas, a partir dos avanços de sua Hermenêutica filosófica sobre a natureza do ato de compreender, isto é, da natureza da própria “hermenêutica”, sejam, então, ciências realizadoras de mais de uma atividade prática, do que teórico-científica, como se defendia no século XIX por Dilthey e no XX por Betti.

A diferença é sutil entre dizer como devem ser, ou mesmo transformar, as Ciências Humanas e se debruçar sobre o “evento” que ocorre, de modo independente de qualquer suposta intenção neopistemológica ou de renovação da atividade das Humanidades. Gadamer tinha a postura fenomenológica da tradição, que remonta à “tarefa do pensamento” de Heidegger e à Fenomenologia de Husserl, de se ater ao “evento” epocal e à “coisa mesma”, respectivamente.

Desse modo, Gadamer, já na maturidade de sua Hermenêutica filosófica, especificamente no texto chamado *A hermenêutica como tarefa teórica e prática* (1978), procura detalhar melhor a lida prática com que o ato de compreensão feito pelas Ciências Humanas tem com o seu objeto de estudo e, especialmente, com o produto deste estudo, que é o seu conceito.

Desse modo, antes de falarmos sobre como Gadamer procura mostrar que a hermenêutica é uma tarefa de razão prática, que envolve prudência, retórica, ética e política, e que, por consequência, tem impacto na Ciência do Direito, enquanto ciência hermenêutica, precisamos lembrar, aqui, como Kelsen, maior teórico do projeto de fazer Ciência do Direito como Ciência Humana, entendia a lida da Ciência jurídica com as normas, para que, assim, possamos deixar clara a oposição forte entre Kelsen e Gadamer.

Como já explicado em Tópico passado, Kelsen foi fortemente influenciado pelo Neokantismo de Rickert. O Mestre de Viena adotou a tese de que o cientista do Direito tem a tarefa teórica de descrição das normas. Só que este “descrever”, em verdade, trata-se da tarefa de “avaliação” (*Wertbeziehung*), uma produção de conceito que imputa o valor jurídico de uma norma jurídica a um fato ou a um ato. Esta imputação é o próprio ato de “avaliação”, que não pode ser confundido com o ato de “valoração” (*Wertung*). O cientista do Direito não pode imputar valor subjetivo às normas jurídicas, ou seja, não pode dizer que são “justas”, “morais”, “legítimas”, etc.

O cientista do Direito só pode imputar valor sobre fatos e atos. E o valor que será imputado não é qualquer um, trata-se só dos valores jurídicos, que são as normas jurídicas válidas, pertencentes a um mundo objetivo, “posto”, do Direito Positivo. Assim, o Direito, para a *Teoria pura*, é um “esquema de interpretação”, um modo de ver os fatos a partir dos valores jurídicos, produzindo, com isto, uma proposição jurídica em forma de juízo hipotético, que é um conceito jurídico, em verdade. E isto se assemelha muito ao “Princípio de formação de conceito” (*Begriffsbildung*) próprio das Ciências Culturais, conforme o Neokantismo de Rickert.

Assim, temos aqui um paradigma de Ciência Humana, com o exemplo da Ciência do Direito vista a partir da *Teoria pura* de Kelsen. O fundamento que vemos aqui é mais perto de Rickert, do que de Dilthey, mas, mesmo assim, como na “crítica da razão histórica” diltheyana, este “neokantismo jurídico” de Kelsen está preso pelas amarras da epistemologia das Ciências Humanas do século XIX. E, como sabemos, tal epistemologia sofreu duras críticas por Heidegger ao criticar o conceito de *Faktum* da Ciência e ao descobrir o âmbito pré-teórico da verdade. Em *Ser e tempo*, Heidegger afirma que a Ciência não pode ser apenas entendida como “o todo de uma conexão-de-fundamentação de proposições verdadeiras”. (HEIDEGGER, 2012, [§4: 11], p. 57).

Esse “todo”, que forma o *Faktum* da Ciência, não alcança a noção de que é a Ciência apenas um dos modos-de-ser do *Dasein* e, mais, um “modo” que é derivado do próprio entender de seu ser. Assim, podemos já ver a radicalidade de Heidegger ao lançar mão de seu “método” hermenêutico-fenomenológico, que põe em suspenso as sedimentações metafísicas historicamente construídas que intermediam o acesso à relação mais originária do *Dasein* com o mundo e com o Se[e]r. E é justamente esta radicalidade que levou Heidegger a afirmar, como já citamos em tópico anterior [§8: 38], que a “hermenêutica” das Ciências Humanas derivam do próprio caráter interpretativo que caracteriza a “abertura” do *Dasein* ao seu próprio ser, ao

ser dos entes e ao mundo circundante. Este “mundo”, é preciso destacar, já é sempre “pressuposto” quando o ente-do-interior-do-mundo (*innerweltlich Seienden*) é interpretado pelo *Dasein*. (HEIDEGGER, 2012, [§15: 72], p. 221).

Assim, quanto às Ciências e suas formações de conceitos, Heidegger vem nos dizer, ainda em *Ser e tempo*, que, utilizando o exemplo da Ciência Humana da História, mais do que a formulação de uma “teoria da formação de conceito”, o filosofar mais primário seria aquele que interpreta o “ente propriamente histórico em sua historicidade”. (HEIDEGGER, 2012, [§3: 10], p. 55). E, destacamos, tal interpretação pré-científica, que é pré-teorética, trata-se, em verdade, de um ato prático, assinalando, portanto, a originariedade e a precedência do caráter prático da relação que o *Dasein* tem com o que lhe circunda.

E esse impulso heideggeriano para a “descoberta” do caráter prático da “ocupação” (*Bersogen*) do *Dasein* com o mundo está presente na Hermenêutica filosófica de Gadamer. O ilustre aluno de Heidegger é categórico ao afirmar, no texto *A hermenêutica como tarefa teórica e prática* (1978), que, a despeito das compreensões oitocentistas, “(...) é, pois, algo mais que um método das [C]iências ou o distintivo de um determinado grupo de [C]iências. Designa sobretudo uma capacidade natural do ser humano”. (GADAMER, 2011c, [301], p. 350).

Gadamer lembra que a “hermenêutica” sempre oscilou pela tradição entre se apresentar como um significado teórico, enquanto método, e um significado prático, vindo da nossa “capacidade natural”. A hermenêutica, como a retórica, diz Gadamer, pode ser vista, então, tanto como uma “arte” – como a “arte da retórica”, por exemplo –, passível de ser ensinada, quanto uma capacidade natural de falar. E é daqui que se levanta a questão central deste tópico, quando Gadamer faz 3 questões cruciais:

1) Por que a hermenêutica deve ser encarada como método, se, como vimos desde Heidegger, trata-se uma “capacidade natural”, própria do modo-de-ser do *Dasein*?

2) A hermenêutica está mais próxima da retórica ou devemos aproximá-la mais da lógica e da metodologia das [C]iências?

3) E, mais, partindo destas perguntas e contribuindo para a História da Ciência, Gadamer alega que o método da Ciência Moderna acabou por dissolver um antigo conceito de “ciência” que era mais ligado àquela “capacidade natural” do ser humano (*Dasein*), o que o leva a fazer outra pergunta: Não haveria um conjunto de Ciências mais afinado com as antigas tradições de ciência, em vez do conceito metodológico da Ciência Moderna? (GADAMER, 2011c, [302], p. 350).

Essas perguntas são de extrema importância para a questão central desta tese de doutorado. Em relação às três questões apresentadas no parágrafo anterior, podemos facilmente responder que, sim, há ao menos uma Ciência mais afinada a uma tradição de conceito de Ciência que compreende a sua atividade como uma tarefa mais próxima daquela capacidade humana natural de “interpretar” e que está mais próxima da retórica. Obviamente estamos falando da Ciência do Direito enquanto *jurisprudencia*.

Em outras palavras, estamos afirmando que a Ciência do Direito é um exemplo, e um bom exemplo, de Ciência ligada a uma tradição que, antes do processo de cientificização sofrido no início da Modernidade, que alcançou seu ápice com o Positivismo e suas continuidades científicas-naturalistas (Austin, “segundo Jhering”, e, no Brasil, com Pontes de Miranda), científicas-historicistas (Savigny, Puchta e “primeiro” Jhering) e científicas-neokantianas (Jellinek, Kelsen, Lask e Radbruch), trata-se de uma “arte do bom e do justo” (*ars boni et aequi*) dos juristas romanos (Gaio e Justiniano), que aliavam retórica, prudência e lógica, na compreensão e aplicação do Direito.

Sobre o tema, Ehrlich vem nos dizer que a antiga *jurisprudencia* romana era prática, tratava-se da “(...) arte de colocar o direito a serviço das necessidades específicas da vida jurídica. Desta forma ela [jurisprudência prática] é bem diferente da [C]iência do [D]ireito. (EHRlich, 1986, p. 190). E isto era assim porque na Roma Antiga, “(...) a primeira jurisprudência deve sua origem não à necessidade de aplicar adequadamente o direito existente, mas à necessidade de formar um direito de tal forma que se adequasse a aplicação prática”. (EHRlich, 1986, p. 190).

Beatriz Bernal de Bugeda nos traz ao menos três acepções de “jurisprudência”: 1) a Ciência do Direito em geral, como os ingleses entendem pela palavra *jurisprudence*; 2) o conjunto de teses judiciais em igual sentido, conforme os franceses entendiam; e, por fim, 3) o conjunto de opiniões emitidas pelos famosos juristas, que formam uma “doutrina”. Esta última concepção é romana. (DE BUDEGA, 2016, p. 90).

A concepção romana nos interessa. E ela não pode ser confundida com a sua recepção alemã, que transformara a *jurisprudencia* em *Rechtswissenschaft* por Savigny. E este exemplo da Ciência do Direito é mencionado pelo próprio Gadamer, quando, ao tentar mostrar que a “Filosofia prática de Aristóteles pode “dar uma certa legitimidade a uma reorientação metodológica das ciências do espírito” (GADAMER, 2011b, [302], p. 351), lembra que esta mesma “ciência prática” não à toa era chamada de *jurisprudencia*. O nome, como pode ser ver, já traz consigo o legado aristotélico de que a *prudentia*, ou *phrónesis*, em grego, é a virtude

suprema de uma racionalidade prática e que a substituição deste nome tradicional para “ciência do direito”, no século XIX, indica a perda da ideia de uma peculiaridade metodológica e de sua determinação prática. (GADAMER, 2011c, [311], p. 360).

Assim, retomando Kelsen, podemos afirmar que sua doutrina pura do Direito deu continuidade à perspectiva cientificista, não-prática, portanto, sobre o estudo do Direito, quando estabeleceu que o jus-cientista teria apenas que “descrever”, imputando o valor jurídico de uma norma a um fato ou a um ato. E essa visão de Kelsen sobre a Ciência do Direito vai totalmente de encontro com a reorientação metodológica à Filosofia prática de Aristóteles por Gadamer. Pois, se a Ciência do Direito é uma Ciência Humana e, por isto, compreensiva, hermenêutica, e se este tipo de cientista tem a tarefa não de buscar uma Lei natural do comportamento humano “preso” na causalidade, mas a de interpretar as normas jurídicas, tal ato de interpretação, que é um ato hermenêutico, faz parte da “capacidade natural” deste mesmo cientista de compreender o mundo que o circunda de modo prático.

Logo, não se trata de uma metodologia, tampouco de um processo de formação de conceito, a tarefa do cientista do Direito, portanto, é uma tarefa de racionalidade prática de deliberação sobre o significado da norma jurídica e sua aplicação, que tem o modelo da virtude da prudência como ideal do agir habitual, que busca a mediania, a fim de alcançar a melhor escolha, visa atingir o significado mais justo num caso concreto.

Assim, por ser um ato de deliberação a fim de ser prudente, Gadamer nos diz que “[a] virtude da razão prática não deve ser concebida como uma faculdade neutra que busca encontrar fins justos para meios práticos. Ela está, antes, inseparavelmente ligada ao que Aristóteles chama de *ethos*.”. (GADAMER, 2011b, [315], p. 365). E Gadamer continua, explicando que *ethos*, para Aristóteles, é “a *arché*, o ‘fato prévio’ que serve como ponto de partida de todo esclarecimento-prático”. (GADAMER, 2011c, [315], p. 365). E é justamente por haver este ponto de partida prévio à toda ação de interpretação, que Gadamer vem dizer que “a filosofia prática de Aristóteles difere do saber técnico supostamente neutro do especialista, que aborda as tarefas da política e da legislação como um observador distante.”. (GADAMER, 2011b, [317], p. 367).

Como se vê, partindo de Aristóteles, Gadamer faz um verdadeiro “giro” nos fundamentos das Ciências Humanas ao mostrar que sua abordagem científica não é da ordem da metodologia, nem da técnica, e, por isto, nunca pode ser “neutra”, “descritiva” e “distante”. O *ethos* como *arché* da deliberação que se pretende ser prudente é o ponto de partida prévio do cientista, que o determina e que se relaciona com a sua vivência em comunidade específica. É

por isto que Gadamer, numa passagem decisiva para os nossos objetivos de pesquisa, conclui que

(...) a tentativa de derivar *in abstracto* as ideias normativas e dar-lhes validade com o pretexto de sua retidão científica não passa de uma ilusão. Trata-se, pois, de um conceito de ciência que não preconiza o ideal do observador distante, mas que impulsiona a conscientização do elemento comum que vincula a todos. Em meus trabalhos, empreguei esse ponto às ciências hermenêuticas, sublinhando a pertença do intérprete ao *interpretandum* ou ao objeto a ser interpretado. Aquele que busca compreender algo já traz consigo uma antecipação que o liga com o que busca compreender, um consenso de base. (GADAMER, 2011c, [317], p. 367-368).

Esta citação leva as Ciências Humanas a outro paradigma de racionalidade, a um paradigma já distante dos ideais de neutralidade da Ciência Moderna. Gadamer chega a lançar mão da noção de que a tarefa da interpretação que faz o cientista das Humanidades, que segue o modelo da prudência, por partir de um *ethos* prévio, formado pela comunidade na qual este cientista sempre está inserido, forma o conjunto de opiniões (*Doxai*) consensuais, pelas quais o cientista, assim como um orador, deve sempre partir para a construção de significados vindos de sua tarefa hermenêutica. Não estamos falando de outra coisa, se não da própria tradição em que este cientista das Humanidades está inserido. Deste modo, Gadamer diz que “a própria hermenêutica não é um simples método nem uma série de métodos, como ocorreu no século XIX desde Schleiermacher e Boeckh até Dilthey e Emilio Betti”. (GADAMER, 2011c, [318], p. 369).

Por ser uma tarefa prática, de deliberação, que tem a prudência como virtude e que parte de um consenso de opiniões prévias de caráter ético, é que a hermenêutica praticada pelas Ciências Humanas tem a ver com a política, enquanto dimensão maior da ética. Isto não apenas, ironicamente, faz jus à terminologia positivista de Mill, quando chamou as Ciências Humanas de *Moral sSciences*, como também reabilita a retórica, arte tão importante para o humanismo, de Cícero a Vico. A retórica, aqui, enquanto arte de persuasão, serve como modo de bem apresentar os significados forjados na tarefa prática da hermenêutica feita pelo cientista.

Assim, retomando o exemplo – e o bom exemplo, talvez o perfeito, se nos permitam afirmar – da Ciência do Direito, temos, aqui, o impacto da Hermenêutica filosófica na tradição jurídica. E o impacto não é uma mudança, mas, antes, uma reabilitação de características da própria tradição da antiga *jurisprudencia*, que foram perdidas com a Modernidade, como, por exemplo: a) a perda do caráter prático; b) a perda do vínculo com a ética e com a política da

comunidade do cientista; c) perda do recurso da argumentação retórica na elaboração dos conceitos jurídicos. Sobre este último ponto, podemos perceber que os conceitos jurídicos, a partir da Hermenêutica filosófica e do seu “giro” nas Ciências Humanas, já não podem mais ser construídos pelo Princípio de formação de conceito defendido por Kelsen na sua *Teoria pura do direito*.

Os conceitos jurídicos, agora, são constructos vindos da argumentação jurídica, que parte das opiniões da tradição jurídica, humanista e da ética e política interessadas. Estas opiniões formam o “senso comum”, o consenso que funciona como “ponto de partida”, os preconceitos, explicitados via retórica, a serem submetidos ao crivo racional da prudência, que exerce a “fusão de horizontes” entre a história das significações da norma jurídica interpretada pelo jurista e a atualidade das demandas que a aplicação exige em um caso concreto.

Nessa altura desta tese, encontramos-nos diante de um problema contemporâneo, mas que, em verdade, trata-se de um problema muito mais antigo, que demonstra o que Gadamer chamou de “atualidade hermenêutica de Aristóteles”. Falamos no que a hermenêutica é uma capacidade natural do *Dasein* e que, por isto, interpretar está mais ligada à *práxis* espontânea do que à metodologia científica das Ciências Humanas pensada no século XIX. Assim, por ser um agir, o conhecimento hermenêutico não pode ser conhecimento teórico. A cientificidade das Ciências Humanas, que são “ciências hermenêuticas”, acaba por entrar em choque com a concepção tradicional de “conhecimento científico”, pois se tratam de uma espécie de “ciência prática”, ligada ao *ethos* prévio, de fundo comunitário, e à política que envolve tal eticidade e um lançar mão de recursos técnicos não-metódicos, como a retórica.

Mas como esta concepção tradicional “de conhecimento científico” entra em colisão com a perspectiva da Hermenêutica filosófica de Ciências Humanas? Sendo o processo compreensivo uma “prática” que espontaneamente o *Dasein* se coloca “no-mundo” (*In-der-Welt*), logo, a tarefa do cientista do Direito, praticante de uma Ciência “compreensiva”, no sentido mesmo colocado já por Heidegger e posteriormente, e de modo mais substancial, por Gadamer, é uma *práxis*, uma prática, e não uma teoria, e, como tal, ligada a um fim ético político de uma determinada comunidade política, mas também produtora da “verdade”, que persuade esta mesma comunidade.

E este processo funciona pela noção de que o passado não poderia ser entendido independentemente da significância que ele tem contemporaneamente. Além do mais, neste mesmo texto, Gadamer defende que não é tarefa da hermenêutica jurídica compreender a validade dos enunciados jurídicos, mas encontrar o Direito. A hermenêutica jurídica é uma

tarefa de criação jurídica e uma tentativa de criar uma ponte entre regras jurídicas e casos particulares.

Mas o espaço entre a regra jurídica e caso particular é insuperável, restando, portanto, aquilo que Gadamer chamou de “espaço de jogo”. (GADAMER, 2011c, [401], p. 467). E nós podemos compreender que este “espaço de jogo” existe em toda operação das Ciências Humanas, ponto onde Gadamer conecta Ciência Humana com a racionalidade prática da prudência (*phrónesis*), usando-se da retórica e funcionando como um paradigma para reorientação das Ciências Humanas. (GADAMER, 2011c, [302], p. 351).

Por fim, nós podemos provisoriamente defender, a partir da perspectiva da Hermenêutica filosófica, as seguintes hipóteses sobre os impactos do giro ontológico, sobre a Ciência do Direito enquanto Ciência Humana:

- 1) que a verdade enquanto desvelamento surge sem precisar de método, assim, as Ciências Humanas, como a Ciência do Direito, podem ter a experiência com a verdade sem os Princípios de formação de conceitos típicos da Filosofia da ciência neokantiana;
- 2) que, ainda sim, o uso de recursos vindos da tradição humanista, como a importância da própria tradição, da autoridade dos seus grandes nomes, do valor da prudência e da retórica, praticada a partir da noção de “senso comum” (Aristóteles e Vico), podem funcionar como garantias de objetividade na produção de conhecimento científico pelas Ciências Humanas;
- 3) e, aliado a isto, ousamos dizer que alguns recursos técnico-metódicos, específicos de Ciências como a do Direito, podem, sim, ser usados para evitar mal-entendidos;
- 4) que a Ciência do Direito tem um “espaço de jogo” entre as regras jurídicas e os casos particulares, que pode ser “resolvido” com a racionalidade prática da prudência, usando o modelo aristotélico.
- 5) E, partindo do pensamento de Gadamer, nós defendemos a tese de que aquele “espaço de jogo” é o lugar onde a Ciência do Direito pode ser conectada com os problemas morais que foram esquecidos pelos estudos jurídicos do séc. XIX pela cientificização da hermenêutica jurídica.

Então, os desafios de se fazer uma Ciência do Direito com uma perspectiva contemporânea das Ciências Humanas subsistem do mesmo modo que os problemas quanto a

se saber como tal Ciência opera seu procedimento compreensivo, sua formação de conceito e como ela resolve os problemas da neutralidade e da objetividade.

É claro que estamos falando da concepção aristotélica de “conhecimento científico”, presente em *Ética a Nicômaco* e da reorientação interpretada por Gadamer para a tarefa científica das Ciências Humanas. Como vimos, a partir desta reorientação, as Ciências Humanas estão conectadas à política via a comunidade de opiniões que a comunidade forma pelo seu *ethos*. E isto está de acordo com o que Aristóteles afirma em *Ética a Nicômaco*, quando diz que tanto as “ciências teóricas” quanto as “ciências práticas” têm como objeto o “bem mais excelente” pelo qual todas as nossas ações (toda a nossa *práxis*) busca. Mas dentre todas estas ciências, diz Aristóteles, há aquela que tem este bem maior, que, como sabemos, é a felicidade (*eudaimonía*), como objeto de estudo central: que é a Ciência Política. Assim, para o Filósofo, as “ciências restantes” se prestam ao uso da Ciência Política, que, também, determinará quais ciências deverão existir no Estado, além de estabelecer as finalidades de todas as demais. (ARISTÓTELES, 2013a Livro I, 1094a20-1094b1, p. 38).

Portanto, de acordo com o parágrafo anterior, vê-se como de alguma forma esta reorientação proposta por Gadamer para se lidar com as Ciências Humanas, leva-as a uma retomada da precedência da Ciência Política por Aristóteles. Contudo, é preciso dizer que estas conexões lógicas entre hermenêutica, Ciências Humanas, *práxis* e Ciência Política, levam tal “reorientação” a uma questão aporética para a tarefa de compreensão praticada pelas *humaniora*, quando as conectamos ao *ethos*, à prudência, à retórica e, por fim, como vimos na passagem anterior sobre Aristóteles, à Ciência Política.

E tudo fica ainda mais problemático, quando envolvemos, aqui, a Ciência do Direito, enquanto Ciência Humana que tem o modelo da racionalidade da prudência e a técnica da retórica como meios de se interpretar as normas e as tradições jurídicas em busca do justo. Pois, conforme o próprio Aristóteles problematiza, “[o]s assuntos estudados pela [C]iência [P]olítica são o nobre e o justo, mas essas concepções envolvem muita diversidade de opinião e incerteza, de modo a se acreditar, por vezes, que não passam de meras convenções e serem desprovidas de efetiva existência na natureza das coisas”. (ARISTÓTELES, 2013a, Livro I, 1094b15, p. 39).

Aqui, chegamos a um dos problemas centrais da hermenêutica, como dissemos no início deste Tópico, que é o problema do relativismo que envolve a hermenêutica como tarefa prática e as Ciências Humanas reorientadas, portanto, à Filosofia prática de Aristóteles. Pois temos aqui o “fantasma do relativismo” ainda presente na Hermenêutica filosófica de Gadamer.

E esta “problemática” envolve todas as Ciências Humanas, incluindo a Ciência do Direito, porque levanta o desafio de se saber que a prática hermenêutica tem a capacidade de acessar um sentido objetivo, e não relativo nos seus objetos de estudo. Em outros termos, queremos saber se a Hermenêutica filosófica, reorientando as Ciências Humanas, poderia garantir que a interpretação possa alcançar a “natureza da coisa”, a “coisa mesma” do texto interpretado.

Essa é uma questão central. Não porque isto garantiria a cientificidade da Ciência do Direito, por exemplo, ao interpretar as normas jurídicas, já que se tratam aqui de outro tipo de “cientificidade”, mas, sim, porque isto é importante para se saber se está se tratando, aqui, da assunção de uma Filosofia pragmático-nominalista, como pensa Rorty, ou, mesmo, de uma Filosofia retórico-niilista, como pensa Vattimo, ou, ainda, se não, se se trata de uma Filosofia que reabilita o realismo metafísico, como pensa Grondin, pois acessaria a “natureza da coisa”. E isto é importante porque estas três leituras são determinantes para se encarar qual a vocação das Ciências Humanas e da própria hermenêutica, pois nos levam à seguinte questão: São as Ciências Humanas algum tipo de conhecimento já sem comprometimento com uma verdade objetiva ou se, não, trata-se de um modo de fazer Metafísica, que lida com uma verdade enquanto *adequatio*, ainda que sem a noção de Ser como “presentidade”, essência, fundamento?

3.3.2. A Ciência do Direito e a verdade retórica

Neste último Tópico, precisamos ainda nos dedicar a pensar que tal “giro hermenêutico” nas Ciências Humanas, especificamente na Ciência do Direito, talvez possa nos leve ao problema do relativismo. Este “fantasma” persegue as Ciências Humanas desde Dilthey, e Gadamer não ficou ileso das acusações de ser um relativista. De Betti e Hirsch, aos filósofos críticos dos herdeiros de Heidegger, como Leo Strauss, Gadamer é acusado de não ter conseguido superar o historicismo e seu relativismo. Por isto, trataremos deste problema de modo mais aprofundado neste Tópico, mas a partir da discussão mais atual sobre o tema. E trataremos disto não pelos críticos de Gadamer, mas sim pelos seus alunos e admiradores, que

se dividem entre aqueles que assumem o suposto relativismo de Gadamer como algo inescapável e até positivo para a Filosofia Contemporânea, como fazia Rorty e faz Vattimo, respectivamente, e aqueles como Grondin, que veem em Gadamer uma filosofia holista, que não tentou superar a Metafísica, mas a transformou em uma “metafísica hermenêutica” ou “finitista”, reorientando a própria Filosofia para a sua tradição metafísica que remonta aos pensamentos de Platão e de Aristóteles.

Começando com Rorty, podemos afirmar que o filósofo contemporâneo neopragmatista norte-americano, em um texto famoso, chamado *A utopia de Gadamer*, tem passagens muito marcantes acerca da sua leitura nominalista e pragmática do projeto da Hermenêutica filosófica. Vimos nos parágrafos anteriores que conectar as Ciências Humanas à Ciência Política via hermenêutica gera um problema quanto ao relativismo próprio desta Ciência em determinar o que é o “nobre” ou o “justo”, enquanto objetos de estudo, e também em determinar qual seria o “bem maior” que tal Ciência busca. Mas este “problema”, segundo Rorty, em verdade, pode se tratar do desejo filosófico da tradição metafísica, que vai de Platão a Nietzsche, como determinaria Heidegger, pelo controle e segurança dos fundamentos. Segundo Rorty, “[a] idéia de se tornar idêntico ao objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o poder do objeto que isto exprime”. (RORTY, 2016, p. 7).

E tal desejo vai de encontro com a fluidez que a concepção de diálogo que a Hermenêutica filosófica poderia oferecer, enquanto eterno “vai-e-vem” de horizontes, que se fundem, fazendo as subjetividades dos interlocutores, ou mesmo, a própria noção de sujeito intérprete e objeto-texto, perderem-se. Rorty, então, vem nos dizer que Gadamer fez uma nova “descrição” do que é o processo de compreensão e da própria Filosofia, pois retirou os limites que um texto teria para se alcançar o seu sentido, já que “[pa]ra seguir a redescricao de Gadamer, teríamos de abandonar a ideia de um termo natural ao processo de compreender.”. (RORTY, 2016, p. 7). Assim, os critérios para se saber o “onde se chegou” na busca de sentido se tornam pragmáticos, conforme a “utilidade” deles. (RORTY, 2016, p. 8). Deste modo, a noção de “natureza da coisa”, ou mesmo de “coisa” (*Sache*), é afetada, pois, para Rorty, “substituir a distinção aparência-realidade”, típico do Idealismo moderno e da Metafísica realista, “(...) seria abandonar a ideia da *Sache* como algo separado de nós pelo abismo que separa a linguagem da não-linguagem.”. (RORTY, 2016, p. 9).

Isso levou Rorty a afirmar o caráter “infinito” do processo compreensivo, pois a antiga noção de coisa (*Sache*) passa a ser, agora, substituída “(...) por uma concepção gadameriana da

"Sache" como algo eternamente aberto à discussão, a ser eternamente reinventado e redescrito no curso da *Gespräch*." (RORTY, 2016, p. 9). Assim, como se vê, temos diante de nós uma leitura fluída da Hermenêutica filosófica. Como se a Filosofia de Gadamer viesse para romper com as amarras epistemológicas do Idealismo, mas também de toda a tradição realista. Por isto, já estamos aqui muito distantes de qualquer pretensão de objetividade estática e de realidade de sentido pretendidos pela epistemologia das Ciências Humanas. Estamos aqui diante de uma leitura nominalista e, de certo modo, como diria Vattimo, niilista da Hermenêutica. Nihilismo que, segundo o filósofo italiano, seria a própria "vocação" da Hermenêutica. Mas, aqui, é válido lembrar de que não estamos falando de qualquer "nihilismo". Estamos falando de uma perspectiva da perda dos "valores supremos", que, antes, fora fortemente diagnosticada por Nietzsche, e que, posteriormente, ganhou um sentido ontológico-hermenêutico-fenomenológico por Heidegger.

Segundo Vattimo, o Nihilismo de Heidegger coincide de certa forma com o de Nietzsche, quando não identifica mais o Ser com o "fundamento", pois, "o [S]er não é fundamento, qualquer relação de fundação se dá já sempre no interior de uma época do ser, mas as épocas como tais são abertas, e não fundadas, pelo ser". (VATTIMO, 2007, p. 115).

Assim, o sentido de Nihilismo em Heidegger atinge uma radicalidade. O sentido de Nihilismo que o Prof. Benedito Nunes (2008, p. 14) poderia nos dar, como tempo da devastação da terra, do "apatridismo" do indivíduo, da massificação, do totalitarismo político e da "fuga dos deuses", ganha a radicalidade em Heidegger, quando o Filósofo da Floresta Negra traz a noção de que a própria noção de *Dasein* representa a nossa "desfundamentação", a nossa tendência, como diz Vattimo, a nos identificarmos com "o nada, com as características efêmeras do existir, como encerrado entre os termos do nascimento e morte". Contudo, Vattimo nos alerta, o Nihilismo no sentido ontológico de Heidegger não é puramente relativista, pois, aqui, o sentido do ser que se tem em vista não é "a relatividade irreduzível das épocas". (VATTIMO, 2007, p. 119).

Heidegger está, sim, atrás do sentido do Se[e]r (*Seyn*) e o percebe, após a "viragem" (*Kehre*) como "acontecimento apropriativo" (*Ereignis*), como envio epocal, destino. E, com este sentido, explica-nos Vattimo, o que Heidegger quer nos mostrar é que o sentido do Ser está ligado a nossa finitude, "(...) oposto da concepção metafísica do ser como estabilidade, força, *enérgeia*; é um ser 'fraco', declinante, que se desdobra no desvanecer, aquele *Gering*, inaparente irrelevante, de que fala a conferência sobre *A coisa*". (VATTIMO, 2007, p. 119).

E essa relação estreita entre Hermenêutica e Niilismo, que tem o Ser como “ser fraco”, explica a fluidez filosófica de que Rorty tratava. Explica o caráter infinito do “diálogo” que o processo de compreensão trava e explica o caráter “desfundado” que se tem com o texto, substituindo a “última instância” de sentido da coisa (*Sache*) por uma noção dinâmica, histórica, de base “útil”.

Assim, os pensamentos de Rorty e de Vattimo se encontram. Mas é Vattimo, que está propriamente na tradição hermenêutico-continental de Heidegger e de Gadamer, que chega a tratar da relação íntima entre a “verdade retórica” e a ação de compreensão da hermenêutica. Isto é importante ser retomado aqui porque afeta a Ciência do Direito, que, tradicionalmente, antes de perder seu caráter prático no século XIX, tinha a técnica da retórica como recurso de construção de seus conceitos jurídicos. Como a hermenêutica, a arte retórica, enquanto técnica de persuasão, como já nos dizia Aristóteles na sua *Retórica*, é ora uma capacidade natural, ora uma técnica que pode ser ensinada. (ARISTÓTELES, 2013b, 1354a5, p. 39).

Mas a relação entre hermenêutica e retórica não se limita a esta semelhança. Segundo Vattimo, “(...) a verdade hermenêutica, isto é, a experiência de verdade que a hermenêutica reivindica e que vê exemplificada na experiência da arte, é essencialmente retórica”. (VATTIMO, 2007, p. 135). Mas por quê?

Isso se dá, pois, uma vez que, desde Heidegger, o Ser é fugidio, “fraco”, não serve como fundamento (*Grund*), a verdade produzida pela compreensão não pode ser mais aquela que se dá na correspondência entre o discurso e a coisa. A verdade, agora no seu sentido originário de (*alétheia*), é aquela que se dá, que vem, que se desoculta, como ocorre com a experiência da arte. Trata-se de uma “verdade fraca”, pois necessita do seu uso aceito em comunidade, além de não possuir o caráter “absoluto” da verdade surgida desde a correspondência entre juízo e mundo das coisas (*rei*).

A verdade hermenêutica pode vir, portanto, da argumentação fundamentada em premissas “quase-verdadeiras”, verossímeis, advindas de opiniões (*doxai*) forjadas no *sensus communis* que uma comunidade formou via consenso sobre o seu *ethos*. Assim, Vattimo afirma que “[a] verdade de uma proposição científica não está em sua verificabilidade controlável em termos de regras publicamente estipuladas e adotáveis idealmente para todos”. Com isto, Vattimo quer nos dizer que a verdade de uma proposição está “(...) em última análise, em levar as regras de verificação vigentes em cada âmbito científico a uma esfera pública que é o *logos*-linguagem comum, tecido e retocado continuamente em termos retórico-hermenêuticos, porque a sua substância é a continuidade de uma tradição”. (VATTIMO, 2007, p. 139).

Mas há quem discorde de Rorty e de Vattimo e quem defenda uma metafísica, ainda que finitista. E não só isto, tal discordância tem, logicamente, consequências importantes nos nossos estudos de Ciência do Direito. De acordo com Grondin, a despeito das leituras niilistas e relativistas feitas por Vattimo e Rorty sobre a Hermenêutica Filosófica, Gadamer foi um duro crítico de qualquer concepção nominalista das palavras e dos conceitos, assim como da instrumentalização da linguagem. Gadamer entendia a linguagem não como um anteparo do “ser”, mas justamente o contrário. A linguagem é muito antes das coisas, “do ser que pode ser entendido”, do que daquela consciência que pode convencionar o que as coisas são ao seu arbítrio. (GRONDIN, 2012, p. 135-136). No seu texto *A natureza da coisa (Sache = coisa em questão) e a linguagem das coisas (Dinge)* (1960), Gadamer nos diz que tanto a “natureza das coisas” quanto a “linguagem das coisas” negam o convencionalismo arbitrário sobre o significado das palavras. (GADAMER, 2011d, p. 82).

Nesse mesmo sentido, Gadamer afirma que a “coisa” (*Sache*) precisa ser protegida contra a ponderação arbitrária de alguém, como no caso do conceito jurídico, em que a “natureza da coisa” não significa uma “coisa” disputada entre as partes, mas sim os limites colocados pelo legislador ao arbítrio quando na interpretação de uma lei. Do mesmo modo, é preciso ouvir a “linguagem das coisas”, a “fala” que a própria coisa quer se fazer ouvir. (GADAMER, 2011, p. 82).

Nesse texto e da leitura realista de Grondin, Gadamer pode reorientar a Ciência do Direito não só à retomada do seu caráter prático, mas também a sua antiga tradição que, com o tempo, foi dela dissociada. Do que estamos falando? Que esta postura talvez não faça a Ciência do Direito apenas retomar a tradição da antiga *jurisprudencia* quanto ao uso da retórica e o parâmetro da racionalidade da prudência, mas, também, possa levar tal a Ciência do Direito para o coração de sua tradição: o Direito Natural.

Pois, baseada na própria ideia de Gadamer em *Verdade e método* de que a aplicação do Direito Natural aristotélico se assemelha a todo processo compreensivo, Gadamer quer demonstrar que, não só em relação ao Direito e sua Ciência, mas a todos os conceitos com os quais o homem tem respeito ao que ele “deve ser” ou “fazer” valerá também a máxima de que estes não constituem um ideal arbitrário, condicionado por convenção ou consenso – o que parece contradizer o próprio Gadamer, assim como seus intérpretes nominalista-niilistas, como Rorty e Vattimo.

Porém, em meio à grande variedade dos conceitos deste tipo em diversos tempos e culturas, há “algo como uma natureza das coisas”. (GADAMER, 1999, p. 476). E esta “natureza

das coisas” também não é algo fixo, não pode ser encarado como dogma. São, em verdade, esquemas, imagens a serem seguidas, a partir das necessidades a serem encontradas pela prudência. Deste modo, assim como Direito Natural, conceitos da linguagem não podem ser interpretados/aplicados de maneira dogmática, como se já tivessem um conjunto prévio de regras procedimentais. (GADAMER, 1999, p. 477-4778).¹⁵

A questão, contudo, é que também não se poderia achar que se trata de um relativismo, mas algo mais próximo da antiga noção aristotélica de *dikaion physikón*, isto é, de justo natural mutável. O que é possível extrair do famoso Livro V de *Ética a Nicômaco*, é que Aristóteles estabelece que “embora haja isso que chamamos de justiça natural, todas as regras da justiça são variáveis”. (ARISTÓTELES, 2013a, Livro V, 1134b25). Ou seja, ainda que o justo natural seja aquele direito que apresenta validade idêntica em todos os lugares de modo independente da nossa vontade, é possível – e até “fácil”, como diz Aristóteles –, embora de maneira não absoluta, saber quais regras jurídicas seriam naturais e quais seriam frutos da convenção humana. O importante a ser destacado é a passagem em que Aristóteles diz que “ambos esses tipos sendo [são] igualmente mutáveis”. (ARISTÓTELES, 2013a, Livro V, 1134b30-35).

Sobre a relação entre jurisprudência romana e Direito natural, o Professor Weyl, na sua obra *Autonomia e norma jurídica* (2008) vem nos dizer que “[a] influência do direito romano, para além do seu tempo, foi mais espiritual que positiva. O direito natural foi superado enquanto um sistema normativo, mas não enquanto conteúdo de fundamento. A própria redescoberta do direito romano mostra um processo de aproximação da natureza (...)”. (WEYL, 2008, p. 62).

Com isso, Weyl nos mostra que a jurisprudência romana não era somente uma atividade prática, mas uma atividade fundada na noção de justo natural. E, muito diferentemente do que equivocadamente o senso comum moderno formou - sim, nem sempre o *sensus communis* é aprovado pela razão crítica-, de que o processo de codificação romano teria facilitado o estabelecimento de uma cultura dogmática e juspositivista, Weyl nos diz que “da história do direito romano, o que sobrevive com vigor é, sobretudo, o seu núcleo vivo, o seu conteúdo filosófico, o que quer dizer seu fundamento de direito natural. (WEYL, 2008, p. 61).

E isto vai para além de uma reorientação das Ciências Humanas ao *ethos*. Segundo as lições de Weyl, o reenvio da Ciência do Direito à *jurisprudencia* romana e à tradição do Direito

¹⁵ É preciso que se destaque que esta nossa posição sobre a possibilidade de se pensar num Direito Natural a partir de uma Metafísica finitista, isto é, hermenêutica, em verdade foi despertada em nós por inspiração e influencia vinda das aulas do Professor Saulo de Matos, quem já havia intuído tal tese de antes nós.

Natural tem como princípio fundante a autoridade do poder (*potestas*) político que simboliza o *ethos* da comunidade em que tal “prudência do justo” é praticada. Em outras palavras, nos ensina Weyl que “(...) a autoridade reside nesse ato coletivo”. (WEYL, 2008, p. 70).

Assim, “[a] titularidade da autoridade é difusa: se de um lado ela se refere ao povo, de outro alcança o povo na história, porque fora da tradição, da articulação contínua com o princípio, o povo é impensável”. (WEYL, 2008, p. 71). Como podemos ver, a questão do *ethos* e do seu caráter comunitário e histórico fazem com que o pensamento de Gadamer encontre outros problemas relacionados ao “fantasma do relativismo” que assombra sua Hermenêutica filosófica. Pois, saber se este *ethos* é uma construção histórica e, por isto, variante, relativo, complementa o problema das perspectivas nominalistas e nihilistas sobre a Hermenêutica filosófica sustentadas por Rorty e por Vattimo.

Assim, a despeito de Rorty e de Vattimo, de modo mais próximo da leitura de Grondin, portanto, que tenta escapar do relativismo hermenêutico, Saulo de Matos, no artigo fundamental para a construção desta nossa tese, chamado *O conceito de direito na filosofia moral gadameriana* (2012), defende que “(...) a ideia de direito em Gadamer está, outrossim, próxima, de certa forma, à tese da única resposta correta (*right-answer-thesis*) de Dworkin e, possivelmente, à visão de Dworkin sobre moral.”. (MATOS, 2012, p. 100).

Saulo de Matos afirma isto, considerando a tese dworkiniana da co-originariedade entre Direito e Moral e que, há sim, dentro de uma tradição específica, conforme a teoria do direito como integridade de Dworkin, uma moralidade objetiva, formada por uma comunidade reunida por princípios de moralidade política. E Matos prossegue, defendendo que “(...) o direito, na visão de Gadamer, deriva do *ethos* e, assim, depende da moral, torna-se possível concluir que a filosofia do direito gadameriana acede à ideia de que todo caso possui uma única solução correta, isto é, uma decisão que reflete o *ethos*.”. (MATOS, 2012, p. 100).

Como se vê, muitas são os caminhos a serem tomados desde a Hermenêutica filosófica. Por isto chegamos ao fim desta tese, levantando uma outra questão, um outro “caminho”, a fim de leva a reorientação das Ciências Humanas feita por Gadamer a um problema central para a Teoria do Direito: como tal reorientação hermenêutico-filosófica da Ciência do Direito pode auxiliar na fundamentação filosófica dos Direitos Humanos? Retomando a problemática desta tese, podemos defender a tese de que Gadamer está nos alertando para que conceitos morais, como o conceito de Direitos Humanos, não sejam apreendidos conforme a subjetividade e o arbítrio de seus intérpretes e aplicadores.

Especificamente no caso dos Direitos Humanos, que perderam a sua “realidade” metafísica desde o Nominalismo de Ockham, cujo pensamento se fundamentou na ideia de que

sem a singularidade do indivíduo os conceitos jurídicos são apenas “nomes”, transformando, deste modo, os Direitos advindos da *physis* em Direitos Subjetivos, resta saber se é possível que se retome a concepção de que estes Direitos possuem “dignidade linguística”, isto é, se eles têm natureza e linguagem próprias fundamentadas no “Ser”.

Mas, ainda sim, de que modo tais Direitos teriam fundamento? O reenvio à *jurisprudencia*, ao *ethos* fundante, ao “político” coletivo, ao Direito Natural, ainda que por uma Metafísica finitista, pode responder à questão de se saber: Afinal, quais são, desde esta reorientação hermenêutico-filosófica, as fontes do Direito e qual o seu fundamento? Se conseguirmos responder a estes desafios, talvez a Hermenêutica filosófica possa reorientar não apenas a Ciência do Direito, mas também a Teoria do Direito e a sua arquitetura de conceitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim deste trabalho, tentamos responder a nossa problemática no decorrer de três Capítulos. Quisemos saber: 1) diante da “crise das Ciências”, denunciada por Heidegger e a partir de sua interpretação existencial da Ciência, quais são os impactos da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer na Ciência do Direito vista como Ciência Humana? E levantamos outras questões no decorrer do trabalho, questões que envolvem a nossa problemática central, como: 2) de qual modo a Ciência do Direito forma seus conceitos?; 3) e lida com o conceito de *Positum* e com a verdade enquanto *alétheia*? Além destas, uma questão importante e delicada também fora levantada: 4) Gadamer, realmente, fez um trabalho de *questio facti* sobre as Ciências Humanas ou se acabou por transformá-las ao ponto?

Vamos concluir resumindo cada Capítulo desta tese e repetindo, de modo sucinto, cada uma das questões que levantamos no decorrer deste trabalho e elencadas acima. Assim, no Capítulo 1, tratamos sobre como a tradição jurídica cientificizou a antiga *jurisprudencia* romana. Esta tradição tem seu ápice no século XIX, quando o Positivismo cientificista alcança as Humanidades. Também falamos que este foi o período da Escola Histórica e de seu reflexo nos estudos jurídicos. Tratamos disto para mostrar como a Ciência do Direito se torna uma produtora de conceitos jurídicos lógico-formais. Mas o ponto alto do Capítulo 1 é quando tratamos de Kelsen, o maior jurista do mundo continental e responsável por fazer da Ciência do Direito uma Ciência Humana autônoma das demais Ciências, conforme a sua influência neokantiana, especialmente a de Rickert.

No Capítulo 2 passamos a tratar sobre o momento de “crise das ciências” que Husserl e Heidegger identificaram no início do século XX. Exploramos o conceito de “crise” e também de “niilismo”. Falamos sobre como este período significou um momento de “declínio” cultural (Spengler), mas também de perdas significativas na relação “ciência” e “vida”. Depois, ainda no Capítulo 2, passamos a interpretar as “três crises das Ciências”, denunciadas por Heidegger. Crises que envolvem, essencialmente, a perda do caráter prático das Ciências. A partir disto, problematizamos a concepção de verdade tradicional, enquanto adequação, correspondência, e o modo como o Ser se desvela para a Ciência, enquanto *Positum*, aquilo que fora “dado” como objeto de estudo científico, derivado da verdade originária enquanto *alétheia*.

Assim, tivemos a oportunidade de explorar a noção de verdade *alétheia*, enquanto “desvelamento”, e também sobre como a crise das Ciências e tal noção veritativa estão relacionadas com a Filosofia de Aristóteles. Por isto que dedicamos muito espaço para falar da apropriação de Aristóteles por Heidegger e sobre como o Filósofo da Floresta Negra veio nos mostrar que o comportamento originário do *Dasein* é prático, e não teórico, pois seu modo de ser-no-mundo é compreensivo, mas não no sentido descritivo-contemplativo, e sim, prático-ético, já que lida com os entes à mão e à disposição da mão.

Esses temas foram importantíssimos para que, no Capítulo 3, último desta tese, pudéssemos esboçar uma interpretação existencial da Ciência do Direito e tentássemos levar às últimas consequências a atualidade hermenêutica desta Ciência, desde a Hermenêutica filosófica, de Gadamer. E foi o que buscamos fazer. Aprofundamos a noção de *Positum* e mostramos que a Ciência do Direito poderia ser reinterpretada a partir das “descobertas” de Heidegger, a fim de recuperar a perda do caráter prático de seu conhecimento. Mas tal interpretação existencial somente ganhou corpo argumentativo quando invocamos a Hermenêutica filosófica, de Gadamer, enquanto desenvolvimento da Fenomenologia hermenêutica aos *status* de Filosofia, preocupada com o “acontecimento” da compreensão na arte, nas Ciências Humanas e na Linguagem.

Na segunda e na terceira partes do Capítulo 3, pudemos explicar melhor os conceitos centrais da Hermenêutica filosófica, como fusão de horizontes, compreensão, reabilitação da autoridade, do clássico, círculo hermenêutico (apropriado por Gadamer), jogo e verdade enquanto *alétheia*. Além disto, tocamos em temas polêmicos como o debate entre Gadamer e Betti e, posteriormente, levantamos a tese de que Gadamer, por mais que tenha dito, expressamente, que a Hermenêutica filosófica apenas tem a pretensão de descrever o processo compreensivo e a verdade que se desvela na arte, Ciências Humanas e na linguagem, sua Filosofia acaba por também funcionar como uma revisão tão profunda nas bases epistemológicas das Ciências Humanas, tema central desta tese, que elas podem, a partir de então, ser percebidas com um outro olhar, como Ciências práticas, conectadas com a retórica e com a prudência. E, mais, a partir da Hermenêutica filosófica, as Ciências Humanas realizam seu ato de compreender independentemente de um método, já que, como dizia Heidegger, compreender é o modo próprio de ser-no-mundo do *Dasein* e um modo não-teórico de se lidar com os entes à mão ou à disposição da mão.

Assim, a verdade que se desvela para as Ciências Humanas não é a mesma das Ciências Naturais. A verdade que acontece nas Ciências Humanas é próxima da que ocorre na Filosofia,

pois a abertura veritativa das Humanidades não se dá por correspondência, mas sim, por “desvelamento”, explicitação dos preconceitos implícitos. Além disto, as Ciências Humanas desenvolvem suas atividades a partir da tradição na qual estão inseridas, sendo o Humanismo o seu ponto de partida, e a retórica, o modo de legitimação da verdade verossimilhante (Vattimo), que elas produzem via conceitos não-descritivos, surgidos da reabilitação da autoridade, da tradição, como dissemos, e da linguagem sobre a qual se debruçam.

A partir disto, reinterpretamos Gadamer e tentamos argumentar que sua Hermenêutica filosófica está para além da separação entre *questio juris* e *questio facti*, bem como está para além da separação entre descrição e prescrição. Pois, se o ato de compreender, “natural” ao *Dasein*, é uma *práxis*, uma ação, ele se faz para um fim envolvido nos interesses de cada Ciência Humana. No caso do Direito, esta *práxis* se fundamenta no *ethos* da comunidade na qual se está inserido e se submete à Ciência Política, assim como a um ideal de bem ético-político praticado e compreendido por uma determinada comunidade. Deste modo, a cientificidade das Ciências Humanas e, conseqüentemente, da Ciência do Direito, está relacionada aos preconceitos formados no senso comum compartilhado em uma comunidade política, bem como a sua produção de conceito se faz por interpretação enquanto explicitação de preconceitos e busca por um fim determinado pelas práticas comunitárias.

Assim, a verdade que a Ciência do Direito produz é de verossimilhança, desvelada pela argumentação persuasiva, passível de se modificar pela movimentação dialética que lhe é própria, no tempo, pela história, possibilitando, por fim, que a Ciência do Direito esteja mais próxima da antiga noção de *jurisprudencia* romana, garantindo a retomada do caráter prático de sua atividade, de sua casuística e de sua racionalidade prudencial, do mesmo modo que reconectando a Ciência do Direito à noção de *ethos* comunitário-político. Por fim, defendemos que o cientista do Direito poderia até ser um criador de normas, mas somente se for levando em conta que sua compreensão sobre o Direito, sobre as normas, sobre as práticas jurídicas, poderia tão bem ser aceita que o reconhecimento comunitário da verdade de seus conceitos e a decorrente prática dos mesmos poderiam ocorrer pelas autoridades, reconhecidas como validadores dentro de um Estado.

Com isto, não queremos dizer que o cientista do Direito seria um prescritor de normas, como se um poderoso legislador fosse, mas, de certa maneira, caso sua compreensão sobre o Direito seja tão convincente, tão validada pela sua comunidade científica, política, legislativa e judiciária, seus conceitos interpretativos poderiam funcionar como normas, fazendo com que sua atividade fosse muito mais do que mera descrição sugestiva, neutra, avaliativa, adequada

ao seu objeto no sentido tradicional, produtora de alguma espécie de verdade absoluta e imutável. A atividade de um cientista do Direito seria muito mais importante do que isto. Ela poderia ser determinante não só para influenciar legisladores e juízes, mas também administradores e os próprios cidadãos, por meio de seus conceitos ético-políticos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2013a.

_____. **Retórica**. São Paulo: Edipro, 2013b.

_____. **Da Alma**. São Paulo: Edipro, 2011.

BEISER, Frederick C. **After Hegel**. New Jersey: Princeton University Press, 2014.

BAMBACH, Charles R. **Heidegger, Dilthey and the crisis of historicism**. Ithaca: Cornell University Press, 1995.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes 2007.

CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2009.

DE BUGEDA, Beatriz Bernal. La jurisprudencia romana (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de derecho). **Juridica – Anuário**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/6/pr/pr3.pdf> Acesso em: ago de 2016.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DÍAZ, Vicente Lozano. **Hermenêutica y fenomenologia**: Husserl, Heidegger y Gadamer. Valencia: EDICEP, 2006.

DILTHEY, Wilhelm. **Construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: Udup, 2006.

_____. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: uma introdução a teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

ESCUADERO, Jesús Adrian. **Heidegger e a filosofia prática de Aristóteles**. São Leopoldo: Nova harmonia, 2010.

FRAGOZO, Fernando Antônio Soares. O conceito existencial de ciência: Heidegger e a circularidade do conhecimento. **Ekstasis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/Ekstasis/article/view/4273/3816>. Acesso em: nov. de 2013.

GADAMER, Hans-Georg. Sobre la transformación de las ciencias humanas. In: **El giro hermenêutico**. 2. ed. Madrid: Catedra, 1995.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. [**Wahrheit und Methode**]. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. Hermenêutica e Historicismo. In: _____. **Verdade e Método II**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011a.

_____. A história do conceito como filosofia. In: _____. **Verdade e Método II**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b.

_____. A Hermenêutica como tarefa teórica e prática. In: _____. **Verdade e Método II**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011c.

_____. Natureza das coisas e a linguagem das coisas. In: **Verdade e método II**. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 2011d.

GAÓS, José. **Introduccion a El Ser y el Tiempo de Martin Heidegger** . 2. ed. Espanha: Fondo de Cultura Económica, 1995.

GONZÁLEZ PORTA, Mário Ariel. **Estudos neokantianos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HEGEL, G.W.F. **Enciclopédia das Ciências filosóficas: em compêndio**: A ciência da lógica. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2012. Vol 1.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo [Sein und Zeit]**. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012a.

_____. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. Carta sobre o humanismo. In: **Marcas do caminho**. São Paulo: Vozes, 2008b.

_____. Da essência da verdade. In: _____. **Heidegger: conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os pensadores).

_____. **Platão: O sofista**. Rio de Janeiro: Forense, 2012b.

_____. **Prolegómenos para una historia del concepto de tempo**. Madrid: Alianza, 2006.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica**. São Paulo: Forense/Gen, 2012.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. (Série Clássicos Edipro).

KELSEN, Hans **Teoria pura do direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O problema da justiça**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é justiça?** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. **Jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c.

_____. Giurisprudenza come scienza normativa o culturale. In: CARRINO, Agostino. **Metodologia dela scienza** giuridica. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1989.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____. Pure theory of law. In: **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the Reine Rechtstehre or pure theory of law. Nova York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura do direito**: das origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1.

_____. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MATOS, Saulo Monteiro de. A filosofia do direito gadameriana. **RECHTD**. 2012. Disponível: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09/858> Acesso em: abril de 2016.

MATOS, Andityas de Moura Costa Matos. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A ciência do direito como uma ciência humana**: estudo sobre o processo de autonomização epistemológica da ciência do direito de Hans Kelsen. CDDir: 340.1. Monografia (Dissertação de Mestrado), Universidade Federal do Pará - UFPA, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NUNES, Benedito. **No tempo do niilismo**: e outros ensaios. São Paulo: Ática, 2008.

_____. **Passagem para o poético**. São Paulo: Ática, 2007.

PAULSON, Stanley. Hans Kelsen's earliest legal theory: Critical constructivism. In: _____; PAULSON, Bonnie Litschewski. **Normativity and norms**: Critical perspectives on kelseniano themes. New York: Clarendon Press Oxford, 1998.

PINHEIRO, Victor Sales. **Idea e Aletheia**: a confrontação de Heidegger com Platão. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. (Tese de doutorado).

RORTY, Richard. **A utopia de Gadamer**. In: Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1302200006.htm> Acesso: em ago de 2016.

SPENGLER, Oswald. **La decadencia de occidente**: Bosquejo de una morfología de la Historia universal. Madrid: CALPE, 1966. Tomo 1.

RICKERT, Heinrich. **Ciencia cultural y ciência natural**. Madrid: Calpe, 1922.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañia Editores, tomo I, 1878.

SOUZA JÚNIOR, Nelson José. **Da transcendentalidade do Da-sein à verdade da essência: caracterização dos momentos estruturantes da filosofia de Heidegger entre o final da década de 20 e o início da de 30**. Tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**. 2. ed. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

_____. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 4. ed. Petrópolis: 2008.

_____; STRECK, Lênio. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO, Vicente Azevedo de Arruda. **Em busca do conceito de fenomenologia hermenêutica**: estudo para a compreensão do método no projeto Ser e Tempo. Campinas: UNICAMP, 2007. (Tese de doutorado).

VATTIMO, Gianni. **O fim da Modernidade**: Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VOLPI, Franco. **Heidegger e Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2013.

_____. **Nihilismo**. São Paulo: Loyola, 1999.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. São Paulo: Ática, 2006.

_____. O sentido da neutralidade axiológica nas ciências sociológicas e econômicas. In:

_____. **Ensaio sobre a teoria das ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

WEYL A. COSTA, P.S. **Autonomia e norma jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. In: **Revista Estudos Filosóficos** nº 5 /2010. DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG, p. 174 – 186. Disponível em:

<http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>.

Acesso em: jun. de 2013.