



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ENSAIO PARA A PROPOSIÇÃO DE UMA EPISTEMOLOGIA HERMENÊUTICA,

Se Deus morreu quem tem aconselhado Hermes?

Isabela Costeira Galvão

Rio de Janeiro
2014

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho que são de responsabilidade exclusiva da autora.

ISABELA COSTEIRA GALVÃO

ENSAIO PARA A PROPOSIÇÃO DE UMA EPISTEMOLOGIA HERMENÊUTICA,

Se Deus morreu quem tem aconselhado Hermes?

Monografia apresentada à Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro, como exigência
para obtenção do título de Pós - Graduação.

Orientador:

Professor Guilherme Sandoval.

Coorientadora: Professora Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2014

ISABELA COSTEIRA GALVÃO

ENSAIO PARA A PROPOSIÇÃO DE UMA EPISTEMOLOGIA HERMENÊUTICA

Se Deus morreu quem tem aconselhado Hermes?

Monografia apresentada à Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Guilherme Sandoval.

Coorientadora: Prof. Néli Luiza Cavalieri. Fetzner.

Data da Aprovação ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes – Orientador.

Des. Cláudio Brandão de Oliveira – Presidente.

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho – Convidado.

A Excelentíssima Senhora Doutora Ananda Costeira
Galvão – Advogada e ao Excelentíssimo Senhor
Doutor Carlos Alberto Ramos da Silva - Delegado de
Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

AGRADECIMENTOS

A Deus que me deu o pneuma, a minha mãe e meu pai, Ananda Costeira Galvão e Jarbas de Freitas Galvão Junior, que ao mesmo tempo são: instrumentos da criação, minhas referências e meus primeiros Professores de ética. À minha irmã, amiga e cúmplice nos tempos mais doces da infância, Claudia Costeira Galvão. Ao segundo pai que Deus me deu Luiz Gonzaga, a minha irmã caçula, Aline Barreto. A minha sobrinha e afilhada Flavia Galvão de Moura, ao meu sobrinho Júlio A. de Moura Júnior, ao meu sobrinho Michel Barreto, e a minha sobrinha Yasmin Monsores, todos, luzes de minha vida. Ao homem a quem amo, dono de toda a minha inspiração. Aos Professores que passaram em minha vida, desde a alfabetização, que me deu autonomia. Aos professores das pós-graduações onde desenvolvi a consciência crítica. A Professora Néli Luiza C. Fetzner pela confiança em permitir a produção científica desta discente cheia de ideais. Ao Professor Guilherme Sandoval pela honra de aceitar o trabalho de orientador e pela paciência com as intermináveis perguntas. Aos Professores Mônica Areal e Nelson Tavares pela dedicação em tentar transformar em realidade o sonho da docência. Ao Diretor de Ensino José Renato Teixeira pela oportunidade. A Anna Dina Vinciguerra e a Alberto Pimentel pelo apoio concreto na empreitada. Ao Desembargador Glioche pelo amor que oferece gratuitamente aos alunos. Ao Juiz Alessandro Félix, com quem estagiei, pelos ensinamentos, entre eles a leitura de J. J. Canotilho. Ao Juiz Rubens Casara, de quem fui estagiária, pela instigação ao pensamento crítico e pelo desafio filosófico. Ao Defensor Público Eduardo Quintanilha, amigo de infância, por tantas coisas, mas principalmente por ter me permitido conhecer o Dr. Jorge Vacite Filho. Ao Procurador de Justiça Jorge Vacite pelos ensinamentos grandiosos que exorbitariam sobremaneira a melhor linha de pesquisa ou tese de mestrado que pudesse essa discente participar. Ao amigo Jorge Vacite Filho, sobretudo, por ter me ajudado a reencontrar a justiça e a paz necessárias para o desenvolvimento deste trabalho acadêmico. Ao gigante Jorge Vacite Filho pelo exemplo de vida e pela pena erudita de fazer invejar juriconsultos, da qual exaram lavras que restituem a verdade. Ao querido Jorge Vacite Filho pela oratória precisa a possibilitar o desagravo dos leais com a Justiça, também, pelo respeito e consideração com que trata os homens de bem. Ao querido Professor Jorge Vacite Filho, por último, pelos ensinamentos, de direito e de coragem, entre tantas outras, a coragem é sua maior virtude. Obrigada a todos.

O mais corajoso dentre nós só raramente tem a
coragem de afirmar aquilo que sabe
verdadeiramente.

Nietzsche - Crepúsculo dos Ídolos.

SÍNTESE

O Brasil é um Estado cuja formação se deu por meio da colonização, motivo pelo qual a expressão psicossocial do povo tem grande facilidade na absorção de outros conceitos e outras culturas. A Academia no Brasil é como seu povo. Os saberes científicos, nas mais diversas áreas, como no direito, são incorporados de outras nações. O Brasil nunca se preocupou em formular sua teoria do conhecimento. O impacto disso nas decisões judiciais é significativo, mas muitas vezes não é percebido pelos julgadores que buscam no direito alienígena, soluções divergentes de maneira casuística. Estas soluções, trazidas de países onde há uma estruturação epistemológica da ciência jurídica, são reproduzidas em um ou outro caso, ocasionando decisões conflitantes e comprometendo a segurança jurídica, pois a ausência de uma teoria do conhecimento estruturada é a causa do problema da decisão judicial. O trabalho visa a demonstrar como isso tem ocorrido. Como delimitação do tema serão abordadas questões de hermenêutica e questões Constitucionais, áreas escolhidas como instrumento e objeto de análise. Não é possível nesse trabalho promover a teoria do conhecimento por completo, mas apenas iniciar a investigação necessária à sua proposição. O que se pretende é demonstrar, propor, e porque não, apresentar pilares para a criação de uma teoria da decisão judicial, tendo como referenciais teóricos a filosofia, a teoria do conhecimento e a história e tendo como método a fenomenologia.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	11
1. O PROBLEMA DA DECISÃO JUDICIAL E OS CONCEITOS DE DIREITO E JUSTIÇA.	15
1.1 Filosofia: pré-socráticos e socráticos.....	21
1.2 Entendendo a Modernidade como o período da solução de continuidade do desenvolvimento dos saberes não fragmentados:.....	23
1.3 A sociologia adjetivando a filosofia de utópica e promovendo a suavização das relações na modernidade: Durkheim (1858-1917) e a Escola Francesa de Sociologia.	25
1.4 História e história da filosofia: o conceito de justiça na antiguidade e “o problema do valor de justiça e do valor de verdade entre os Sofistas e os Socráticos”.....	27
1.5 Idade Média: “O problema da problema da carga semântica da palavra dogma” e a sugestão da substituição da expressão “dogmática” por “nova dogmática”.	30
1.6 Filosofia na idade média.....	31
1.8 A crise no sistema feudal.....	33
2. IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA	35
2.1 A Filosofia do Direito na Modernidade: As doutrinas políticas, a Escola Clássica do Direito Natural e críticas a Escola Clássica.....	35
2.2 A Escola do Direito Racional: O Direito Racional De Kant (1724-1804).	41
2.3 O Idealismo Alemão e a Filosofia de Hegel (1770-1831).....	45
2.4 Escola Histórica Do Direito: Gustavo Hugo (1764-1844), Frederico Carlos Savigny (1779-1861) e Jorge Frederico Pucha (1798-1846).....	47
2.5 Filosofia Contemporânea: interpretação ou interpretações?	49
2.6 O Falso salto Epistemológico para Wittgenstein II: A espiral hermenêutica tentando conciliar as modernas teorias da linguagem.	54
2.7 O problema da metafísica teórica e a busca da racionalidade totalizante.....	56
2.8 As desavenças das teorias da argumentação e a objeção ao paradoxo das racionalidades totalizantes:.....	58
2.9 Filosofia contemporânea do direito: panorama.	60
3. CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA, NORMATIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A DECISÃO COMO FENÔMENO COMPLEXO.	72
3.1 Jurisdição Constitucional: cerne do problema da decisão judicial.....	73
3.2 A tomada de decisão passa pelos discursos sobre a verdade.....	77
3.3 Verdade no Paradigma da Linguagem.....	77
3.4 Sobre a verdade, niilismo e linguagem, considerando o ambiente niilista e considerando a verdade como verdade.	78
3.5 Verdade como leis lógicas do pensamento.....	79
3.6 Verdade como uso intencional da linguagem.....	81
3.7 Verdade como existencial do Daisen.....	83
3.8 Verdade como significante primeiro.	86
4.VERDADE NA PURALIDADE DOS DISCURSOS EM MARRAFON	88
4.1 Verdade na teoria do agir comunicativo.....	88
4.2 Verdade na alteridade do princípio ético-material	90
4.3 Verdade na reconstrução da racionalidade hermenêutica: a consumação do niilismo na hermenêutica de Vattimo e a verdade como experiência estética e retórica.	92
4.4 Duas teses para repensar o método jurídico a partir dos discursos pluralistas	96
4.5 Hermenêutica filosófica na decisão judicial, adequações necessárias: correntes e limites a	

pretensão de universalidade hermenêutica e as novas aberturas do círculo hermenêutico.	98
5. AS ESTRATÉGIAS EPISTEMOLÓGICAS NA CONTEMPORANEIDADE: A crítica às teorias e o início da teorização da espiral hermenêutica da interpretação. ..	102
5.1 A crise do positivismo: racionalidade mais adequada, transparência sistêmica e normatividade dos princípios éticos.	103
5.2 Análise crítica das estratégias epistemológicas.	107
5.3 Individuação do direito sem radicalização.	111
5.4 Mediações incidentes na constituição da decisão.	113
5.5 Fundamento ético na decisão constitucional e a crítica da facticidade	116
5.6 A conclusão de Marrafon e o porquê de não se aderir por completo sua proposta.	121
6.1 Considerações para a Espiral Hermenêutica da Decisão Judicial.	128
6.2 Por onde começar na criação da teoria?	129
6.3 O que já está consolidado nas teorias epistemológicas e quais são as novas racionalidades propostas?	132
6.4 A espiral hermenêutica da decisão judicial.	136
CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto demonstra a necessidade da criação de uma epistemologia da hermenêutica jurídica no Brasil. O ser humano sempre buscou entender sua origem e a origem das coisas. Nessa busca, o homem criou a mitologia; a filosofia; a física; a metafísica; a sociologia; entre outras ciências. O homem foi capaz de criar epistemologias, teorias do conhecimento, nas mais diversas áreas científicas. O Brasil é um país com vocação científica, tem um povo curioso e criativo com capacidade de desenvolver saberes quer seja de maneira racional ou empírica, por meio da metafísica, quer seja de maneira metodológica.

O Brasil é um país que se tornou independente, após um longo processo de colonização. Foi um país que manteve sua unidade territorial e inicialmente teve como forma de governo a Monarquia “constitucional”. Historicamente importou, mais do que produziu, o conhecimento.

Hoje, com o amadurecimento da Democracia o Estado, urge por uma identidade nos vários ramos científicos. As ciências jurídicas também têm essa necessidade, o que se depreende da máxima de que “a Federação brasileira tem contornos próprios”. Tal afirmação que a priori é despreziosa, elucida a premente necessidade do reconhecimento de que os contornos federativos do Brasil já não podem ser comparados aos contornos do constitucionalismo Prussiano, Alemão, Inglês ou Americano.

Isso acontece também nos demais ramos científicos. No direito penal, é necessário reconhecer que o Ministério Público, no Brasil, não tem os contornos do sistema francês e nem a autonomia do sistema norte americano.

As medidas provisórias, típicas do sistema parlamentarista, são hodiernamente editadas no sistema presidencialista brasileiro e o Supremo Tribunal Federal já foi claro ao informar que a proporcionalidade e a razoabilidade no Brasil, são expressões sinônimas.

Se por um lado uma nação deve absorver os avanços científicos das outras, por outro lado o país deve produzir sua ciência e tecnologia, criando, por conseguinte sua identidade. A ausência de epistemologias brasileiras nos ramos do direito propicia que a ciência jurídica brasileira apresente todas essas inconsistências e isso repercute na decisão judicial. Motivo pelo qual, muitas vezes, a segurança jurídica é prejudicada, pois não são raras as decisões conflitantes e, porque não dizer, tendenciosas exaradas do mesmo órgão jurisdicional.

Há muito tempo que se pretende discutir uma teoria da decisão judicial. Uma teoria que permita ao juiz segurança na criação da “norma-decisão” sem a acusação de abuso de

poder (adoção de posição contramajoritária, ilegítima, antidemocrática). Por outro lado, uma teoria que permita o controle da atividade jurisdicional de forma a impedir o casuísmo.

No Brasil, a falta dessa discussão é um dos motivos da crise instaurada nas decisões judiciais. Tudo isso se dá pela ausência de epistemologias (teorias científicas) jurídicas nas áreas de concentração do direito em especial na hermenêutica (teoria da decisão).

Há, portanto, uma crise, que se traduz na ausência de contornos próprios para uma teoria do conhecimento voltada para a decisão judicial. Ocorre que o cerne do problema não encontra solução na criação da teoria da decisão judicial. A possível solução para o problema é anterior à criação de uma teoria da decisão, está no trabalho de sistematizar os conteúdos necessários para a criação de uma teoria do conhecimento voltada para a teoria da decisão judicial. Esses conteúdos, que são condição de possibilidade da epistemologia, estão ligados à origem do conhecimento, historiografia da filosofia e da filosofia do direito, onde são encontradas as primeiras tensões filosóficas, que migradas para o conceito de justiça, criam as questões jusfilosóficas.

A hermenêutica é tratada como ciência de interpretação da decisão judicial e também como método. Isso se deve à polissemia da palavra hermenêutica. O trabalho pretende demonstrar que a hermenêutica não é apenas uma metodologia de interpretação decorrente da filosofia da linguagem, um método de interpretação filosófica, é também uma meta teoria da decisão o que não a desqualifica.

Nesse sentido, para poder utilizar a palavra hermenêutica no sentido de teoria da interpretação, a hermenêutica depende da teorização de sua base epistêmica. A pesquisa, portanto, apresenta a sistematização dos conteúdos necessários e faz isso de maneira multidisciplinar.

O fenômeno, teoria da decisão judicial, se dispõe a reduzir as tensões do problema da decisão judicial. Como a decisão judicial não pode ser apreendida em sua totalidade ela não pode ser simplesmente sistematizada. Porém, é possível criar uma teoria do conhecimento, voltada para a teoria da decisão com suas categorias. Essas categorias serão a condição de possibilidade do reconhecimento da validade e da legitimidade democrática da decisão. Apesar disso, a teorização não vai apresentar uma racionalidade totalizante, a teorização se destina a apresentação das mais diversas racionalidades.

Notadamente, a maior parte das doutrinas alienígenas e também das doutrinas pátrias buscam a fixação de parâmetros que não sejam absolutamente herméticos para não engessarem a evolução das teorias do direito. Apesar disso, também buscam parâmetros que não sejam absolutamente abertos de forma a gerar absoluta insegurança jurídica.

A tentativa de conciliação das tensões foi realizada primeiramente em Kant, com a teoria crítica. Apesar disso, após tantos avanços trazidos pelo criticismo, teoria conciliadora, acarretou em um retrocesso por retirar valores éticos do direito.

Um dos problemas epistemológicos do direito é que, historicamente, quando um sistema filosófico ou jurídico é superado, a comunidade científica fica relutante em utilizar parte das categorias desse antigo sistema, momento em que tais categorias passam a funcionar na ciência como verdadeiros “vilões”. A vilania em regra não é uma característica da ciência e da tecnologia, mas das pessoas que manipulam os métodos.

Pelo que foi dito, a pesquisa se direciona para a sistematização de conteúdos indispensáveis ao desiderato, de forma a oferecer a pré-compreensão imanente ao desenvolvimento da linha de pesquisa tendente a perquirir soluções enfrentadas em problemas endógenos e exógenos que incidem na decisão judicial. A filosofia é a matéria prima, a precursora entre todas as demais ciências, motivo pelo qual é o primeiro referencial teórico do trabalho. Nesse sentido, o primeiro capítulo, tem como tema central a antiguidade clássica e a era medieval. Apresenta o surgimento da filosofia em oposição ao pensamento mítico, bem como o surgimento das demais ciências em oposição ao pensamento filosófico e no medievo, sistematiza os autores da idade média relacionando seus sistemas e os conceitos de justiça subjacentes a cada sistema filosófico apresentado.

O segundo capítulo tem como tema central a modernidade e a contemporaneidade. Nesse momento, já é possível observar a importância do pensamento filosófico que sustenta a formação de um sistema jurídico. Apresentando a formação do Estado Moderno e as teorias políticas que engendram o conceito de soberania. Com a crise da modernidade são apresentadas as questões contemporâneas que desafiaram a criação de novas visões filosóficas e jurídico-filosóficas após as grandes guerras. O trabalho apresenta os principais problemas científicos descobertos pela pesquisa, o “problema do falso salto epistemológico para Wittgenstein II” e o “o problema da metafísica teorética”.

O terceiro capítulo aduz a história do constitucionalismo que se desenvolveu em decorrência da crise do Estado Moderno. A abordagem da crise na decisão judicial se dá com a apresentação de uma teoria sobre o problema do discurso de verdade nas teorias da linguagem. A decisão judicial é apresentada como fenômeno complexo que não depende apenas do conhecimento de questões jurídicas, como prendia ingenuamente o juspositivismo. Nesse ponto, a pesquisa guarda posição em conformidade com o autor da tese escolhida, base bibliográfica. Apesar disso, muitos pontos dessa mesma bibliografia são criticados.

Ainda no terceiro capítulo é apresentado o problema da verdade no paradigma da

linguagem. No quarto e quinto capítulos, respectivamente a verdade na pluralidade dos discursos e o projeto hermenêutico de Marrafon.

Com relação à proposta de radicalização hermenêutica, é realizada uma abordagem crítica da obra do Professor Marrafon, momento em que a pesquisa já passa a delinear propostas para a solução do problema da decisão judicial, pela mudança de paradigmas para os sistemas jurídicos, como “paradigma da racionalidade mais adequada” e o “paradigma da transparência do sistema jurídico dotado de legitimidade democrática” e a “defesa da normatividade dos princípios éticos”.

Ao final, no sexto capítulo, o trabalho encampa algumas defesas do Professor Marrafon como a utilização da teoria da libertação de Dussel, porém faz a crítica de que todas as racionalidades devem ser submetidas à facticidade, para que suas premissas sejam verdadeiras. A pesquisa tem como missão combater o “paradoxo da racionalidade totalizante”.

A conclusão reconhece a necessidade da criação da epistemologia hermenêutica e consolida os parâmetros de criação. O sistema ofertado é um mecanismo de defesa. É dotado de permeabilidade seletiva e repele interpretações carentes de legitimidade democrática, pois, sendo o próprio DNA da decisão judicial, não permite que tais posicionamentos ingressem dentro da função judicante do Estado. Os giros da espiral hermenêutica em seus eixos, que são os pilares interpretativos, analisam dentro da filosofia, da história, do ordenamento jurídico as posições vedadas pelo princípio do não retrocesso. Os eixos giram também para buscar, dentro de sua permeabilidade seletiva, uma interpretação que possibilite dentro do diálogo das normas a melhor solução dentro da legitimidade democrática.

O DNA da decisão judicial é, portanto, o material genético da decisão judicial e não permite interpretações contra evolutivas do organismo social. Além de um material genético, ele tem suas rotações realizadas sobre as categorias da aceleração e da desaceleração e isso se dá sobre a facticidade e a ética, ambas dusselianas. Os problemas filosóficos, tensões não solúveis, são controláveis. Essas tensões são como doenças incuráveis, mas tratáveis pelas rotações, ora lentas, ora aceleradas da espiral interpretativa.

A espiral interpretativa é aberta, não se fecha e se renova, por meio de um construtivismo e desconstrutivismo, na dialética hegeliana, no prisma da aceleração e desaceleração que é sempre contínua e nunca se fecha. O movimento nunca é circular, é sempre espiral. A conclusão elucida os métodos interpretativos eleitos no momento para serem vetores de maior aceleração na espiral.

1. O PROBLEMA DA DECISÃO JUDICIAL E OS CONCEITOS DE DIREITO E JUSTIÇA.

Ao dedicar-se ao estudo do Direito, o discente se depara com várias questões que são recorrentes nas tentativas de solução dos problemas incidentes na decisão judicial e entre elas está o conceito de direito e de justiça¹. Objetivando a criação de uma teoria para reduzir o impacto dessas questões em busca da melhoria na prestação da tutela jurisdicional a pesquisa apresentou algumas preocupações: (i) apresentar os padrões cíclicos de superação de racionalidades como problema central das epistemologias e da epistemologia jurídica (ii) apresentar as dicotomias filosóficas que impactam na decisão judicial e (iii).comprovar que os problemas conceituais do direito e da justiça tem origens filosóficas, que estão presentes desde a antiguidade clássica e que impactam na decisão judicial.

Ao estudar filosofia jurídica é possível observar que existem padrões cíclicos de superação de racionalidades jurídicas. Apesar disso, essa movimentação não é exclusiva da epistemologia jurídica ela é uma movimentação epistemológica que, na era da especialização, foi observada por Marx² na economia e por Hegel³ na história.

Esse padrão cíclico de transposição de racionalidades pode ser observado ao longo da história nas idades: antiga, média, moderna e contemporânea e estão intrinsecamente ligados ao desenvolvimento da epistemologia como teoria do conhecimento.

O encantamento com o mundo, o espanto, a vontade de conhecer a própria e essência e a essência das coisas, fez com que o homem buscasse explicações e propusesse justificações para a criação do universo, para a natureza, bem como, para a sua psique. Assim, nasce o pensamento filosófico⁴ e científico⁵.

¹HART, H. L. A. O Conceito de Direito. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara Revisão de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1-17. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2010, p. 1-22. ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes.2010, p. 15-27.

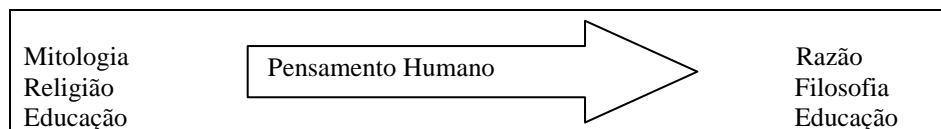
²SCHUMPETER, J.A. A Significação do Manifesto Comunista na Sociologia e na Economia. In: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. Tradução: Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar. 1978, p. 135-137.

³HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. A Razão na História: Uma introdução geral à filosofia da história. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo:Centauru, 2004, p. 53-60.

⁴O Professor Marcondes esclarece que o pensamento filosófico é uma “forma de pensamento que nasce na Grécia, por volta do séc. VI a.C., com Tales de Mileto. MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p19.

⁵SILVA, Franklin Leopoldo e. *Espanto*. In: Vídeo da USP. Disponível em:< <http://www.youtube.com/watch?v=gnog6G2ae1s>> Acessado em: 10/12/2013.

*Epstem*⁶ era a palavra grega utilizada para denominar todo o conhecimento. Parte desse caminho foi não refletido, foi mitológico⁷. Com o passar dos tempos, o pensamento mítico foi substituído pelo racional, e surgiu o pensamento epistemológico e a epistemologia, foi desenvolvida por outras racionalidades que serão expostas no decorrer do trabalho.



Considerando que a pesquisa objetiva formular uma epistemologia, as linhas acima inauguraram a teoria do conhecimento e apresentaram as duas primeiras formas de pensamento na antiguidade clássica: mítico, filosófico. Trata-se da primeira comprovação da transposição das racionalidades. Assim, com o desenvolvimento do pensamento científico elas passam a produzir novas racionalidades internas.

O primeiro desafio dessa pesquisa científica é provar a existência de padrões, ciclos de transposição e de superação de racionalidades. Provado isso o segundo desafio é provar que não é possível defender uma racionalidade totalizante sem criar sérios problemas epistemológicos, mas para fazer isso é necessário caminhar pelas racionalidades ao longo das eras.

Mitologia e religião eram veiculadas aos jovens gregos. A pedra fundamental da educação grega era a narração mítica⁸, imbuída de profundo conhecimento da *psique*⁹, muito embora, a psicologia¹⁰ seja uma ciência criada por Freud na modernidade¹¹.

⁶Nesse capítulo a palavra epistemologia é apresentada como matéria filosófica, com fundamento na obra de Jhoanes Hessen. HESSEN, Jhoanes. *Teoria do Conhecimento*. Tradução: João Virgílio Galerani Cuter, Revisão Técnica: Sérgio Sérvuo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷SALIS, Viktor D. Salis. ABC da Mitologia: Uma noite com os Mitos. Disponível em: <<http://www.universidadefalada.com.br/curso-de-mitologia-gratis-viktor-salis-mp3.htm>> Acessado em: 10/12/2013.

⁸SALIS, Viktor D. Salis. *ABC da Mitologia: Uma noite com os Mitos*. Disponível em: <<http://www.universidadefalada.com.br/curso-de-mitologia-gratis-viktor-salis-mp3.htm>> Acessado em: 10/12/2013.

⁹Um exemplo disso é a passagem na obra *Odisseia*, onde Éolo, o deus dos ventos, oferece a Ulisses um presente guardado em uma sacola, sem informar qual era o presente e pedindo que a sacola não fosse aberta até o retorno para a casa. Na sacola o deus Éolo guarda as tempestades. O presente tornara segura a viagem dos navegantes. Apesar disso, exausto, Ulisses dorme e deixa de vigiar o presente. Cobiçando o presente e acreditando que tinha valor pecuniário, os homens da embarcação abrem a sacola e liberam as tempestades perdendo o caminho de casa, ficando no mar à deriva. *Odisseia II: Regresso*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009, p. 265-266.

¹⁰Freud teoriza o complexo de Édipo em decorrência da análise da história de Édipo e Jocasta. FREUD, Sigmund. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud: *O Ego e o Id*. Tradução: Jayme

A racionalidade mítica ainda influencia as modernas ciências inspirando autores e oferecendo ludicamente alegorias, no direito a mitologia ofereceu excelente alegoria para o Constitucionalismo. Parte da educação, os Gregos consideravam a narração mítica verdadeira. Os rapsodos transmitiam oralmente esses ensinamentos às gerações¹².

Homero¹³ escreveu a *Ilíada*¹⁴ e a *Odisséia*¹⁵. Na *Odisseia* Ulisses tenta voltar para casa, após a guerra de Tróia e enfrenta desafios. Um deles era passar pela ilha das sereias, ninfas marinhas cujo canto enfeitiçava os homens que se jogavam ao mar.

Para ficarem imunes ao canto das sereias os marinheiros precisavam tampar seus ouvidos com cera de baleia. Ulisses, curioso, pretendia ouvir o canto das sereias. Motivo pelo qual fez um “contrato”¹⁶ com seus homens. Ele daria a sua “ordem primeira”¹⁷, que o amarrassem ao mastro do navio e que não o soltassem enquanto o barco passasse pela ilha das sereias. Ainda que durante o percurso, com o encantamento, Ulisses alterasse a ordem, essa segunda ordem não deveria ser cumprida, prevalecendo “contrato original”, pois a tentativa de

Salomão. Rio de Janeiro: Imago p.217. SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Tradução: Geir Campos. São Paulo: Victor Civita, 1980.p. MACEDO, op. cit., p. 55-59.

¹¹Será demonstrado no trabalho que a decisão judicial é um fenômeno de caráter complexo, possuindo viés psicológico Para saber sobre o tema o caráter psicológico da decisão judicial PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a emoção. Campinas/SP: Millennium, 2010.

¹²Os rapsodos eram artistas populares da Grécia antiga. Recitavam poemas em versos, contando histórias. Faziam isso em pé e segurando um ramo de loureiro, símbolo de Apolo BULFINCH, op. cit., p. 358-359.

¹³Poeta grego escritor da *Ilíada* e da *Odisséia*. HOMERO, *Odisseia I: Telemaquia*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. p. 7-10. Vide também: HOMERO, *Odisseia II: Regresso*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. HOMERO, *Odisseia III: Ítaca*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

¹⁴A *Ilíada* é um poema cuja história data da Guerra de Tróia. HOMERO, op. cit. 2009-a p. 7-10.

¹⁵A *Odisseia* é um poema que constitui sequência da *Ilíada* e narra as dificuldades que o herói Ulisses, ou Odisseu, encontra para retornar ao lar após a Guerra de Tróia. HOMERO, op. cit. 2009-b, p.12-214. BULFINCH, op. cit., p. 289.

¹⁶Contrato faz referência a contrato social, que segundo as teorias políticas modernas fundamentavam o poder do Estado. ROUSSEAU: “Contemplo os homens chegando ao ponto em que os obstáculos danificadores de sua conservação no estado natural superam, resistindo as forças que o indivíduo pode empregar, para nele se manter; o primitivo estado cessa então de poder existir, e o gênero humano, se não mudasse de vida certamente pereceria. Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que tem para se conservar é formar uma agregação uma soma de forças que vença a resistência, como um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve em si mesmo? Essa dificuldade introduzida em meu assunto pode assim enunciar-se: “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes”. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social”. ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 31.

¹⁷Ordem primeira, nesse ponto, significa ordem imutável, que constitui a essência do contrato. Assevera Rousseau: “A natureza do ato determina de tal sorte as cláusulas do contrato, que a menor modificação as tornaria vãs e nulas; de modo que, não tendo sido talvez nunca em forma anunciadas, são por toda a parte as mesmas, por toda a parte admitidas tacitamente e conhecidas, até que, violado o pacto social, cada um torne a entrar em seus primitivos direitos e retome a liberdade natural, perdendo a liberdade de convenção, à qual sacrificou a primeira” ROUSSEAU, op. cit., p. 31.

revogação seria inválida, ilegítima, apesar de emanada de Ulisses.

Trata-se da melhor alegoria para a teoria de Kelsen¹⁸ (1881-1973), cuja norma originária era o fundamento de validade das demais normas. Do exposto, foi constatado que a narrativa mítica ainda dialoga com as modernas teorias e no direito empresta textos que promovem a reflexão de temas importantes.

Contextualizando a alegoria de Ulisses, no Brasil o legislador constituinte originário reservou temas que não podem ser suscetíveis de reforma¹⁹, havendo, por conseguinte, a proibição à dupla reforma, assim como, possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional²⁰, desde que produzida pelo poder constituinte derivado.²¹ Nesse sentido, o poder constituinte originário buscou o mesmo espectro de proteção da alegoria em cotejo.

Ao analisar a transposição da mitologia para a era da razão, a pesquisa identificou um movimento padrão. A partir dessa curiosidade, foram identificados padrões cíclicos de transposição de racionalidades. Esses padrões de transposição, da forma como ocorrem, foram identificados como um problema. Eles acarretam em saltos epistemológicos nas ciências. Esses saltos epistemológicos atingem as ciências jurídicas e a dogmática da jurisdição constitucional.

A pesquisa também verifica que os problemas com a decisão judicial não são recentes e a prova disso é o julgamento²² de Sócrates²³. Constatado que o problema na decisão

¹⁸O sentido de Constituição como fundamento de validade do sistema jurídico interno ainda é muito importante. Apesar disso, ao criar essa teoria, Kelsen dissociou a moral do direito, posição que será criticada no estudo científico. Sobre Kelsen é possível saber mais no livro do professor Paulo Nader, onde há capítulo destinado a Teoria da Norma Pura e são elucidadas questões sobre a norma condicionante e a norma condicionada. NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.195-218. Vide também:

¹⁹São as chamadas cláusulas pétreas da Constituição, presentes no artigo 60 §4º. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 16. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011. p.57.

²⁰Trata-se da teoria do constitucionalista Alemão Otto Bachof, que foi membro do Tribunal Constitucional Alemão. Essa teoria foi encampada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), motivo pelo qual, no controle de constitucionalidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte derivado, ou seja, decorrente reformador, é possível a existência de norma constitucional inconstitucional. Neste sentido, ADI 939-7/DF, Rel: Min. Sidney Sanches. “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto de Constituinte Derivada incidindo em violação à constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição”. Ver também: ADI 981 -8 PR. Repositório de Jurisprudência do STF, disponível em www.stf.gov.br.

²¹São limitações materiais que não podem ser burladas por vetores de interpretação, técnicas de interpretação constitucional decorrentes de técnicas de aplicação de sentença, como o instituto da interpretação conforme a constituição e a mutação constitucional. Apesar disso, é possível que, de forma sistêmica e em um discurso democrático, seja possível alteração na zona de ponderabilidade das normas, vide GOES, Guilherme Sandoval. *Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-positivista*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p.147.

²²Sócrates (470 – 399 a.C.) Promoveu a era da razão quando passou a investigar a vida com o saber racional. Entendia que uma vida não investigada não fazia sentido. Morreu por investigar a própria existência, pois fazê-lo, colocara em prova a sabedoria e o conhecimento dos Atenenses, foi jugado e condenado a beber cicuta, após seguir os preceitos do oráculo de Delfos, o conhece-te a ti mesmo. XENOFONTE. *Apologia de Sócrates*. In Os

judicial já existia na antiguidade, a pesquisa entende que esse problema não pode ser isolado na contemporaneidade.

Voltando para a análise da alegoria de Ulisses em relação aos problemas do conceito de direito e de justiça e dentro da jurisdição constitucional, o objetivo da epistemologia hermenêutica é que as novas gerações não sejam engessadas²⁴ pelas gerações passadas – em um positivismo estático, tampouco sejam jogadas ao mar, com absoluta insegurança jurídica.²⁵ – nas mãos do juiz Hermes, em decorrência da morte de Deus, e da carga semântica das normas²⁶. O juiz produtor da norma-decisão²⁷ só pode inovar no ordenamento jurídico em determinadas situações, quando o caso concreto exigir, porém, ao fazê-lo, o juiz produtor da norma-decisão deve utilizar o princípio da ponderação.

O que se pretende é uma epistemologia, teoria do conhecimento voltada para a decisão. Hermes²⁸, com a morte de Deus²⁹, não pode mais oferecer a correta interpretação da

Pensadores. São Paulo: Victor Civita. 1972. p.169-173.

²³Sócrates sofreu injusto julgamento. A acusação era inepta, inconsistente. Foi objeto de um processo e não sujeito de direitos. Exerceu o direito de falar, mas pouco foi ouvido. Como tantos outros homens, Sócrates morreu em função de suas convicções. Foi condenado à morte em um julgamento de argumentos sofistas (meramente retóricos). Idem.

²⁴Contextualizando com a alegoria de Ulisses: As novas gerações não podem ficar amarradas ao mastro para sempre, sem poder realizar outras escolhas.

²⁵Contextualizando com a alegoria de Ulisses: Os navegantes não poderiam soltar Ulisses do mastro enquanto houvesse perigo. Contextualizando com a alegoria, com o direito natural e com o poder constituinte originário: Homero não poderia reescrever a Odisseia e permitir que Ulisses perdesse seu direito fundamental a vida, violando os direitos das gentes, pois pela doutrina jusnaturalista dos direitos humanos, o poder constituinte originário possui limitações.

²⁶O relativismo decorrente da atribuição da carga semântica das normas já foi objeto de inúmeras obras literárias como as de Shakespeare em “medida por medida”. Na obra de Shakespeare, o personagem Ângelo, delegado do duque de Viena, condena um jovem por fornicação. Ângelo podia dar clemência ao jovem. Para fazê-lo exige que a irmã do jovem condenado, uma freira, se entregue a ele. Ângelo, que tinha poder sobre a vida do jovem condenado, pretendia praticar ileso, ao praticar o mesmo ato que gerou a sentença de morte. Na história, Ângelo muda radicalmente seu entendimento. Tinha um entendimento na qualidade de aplicador da lei e outro entendimento na qualidade de destinatário da lei, Trata-se de um texto indispensável, para reflexões jurídicas. Reflexões sobre o positivismo, discricionariedade e arbitrariedade. No início Ângelo é escravo da lei, sua racionalidade é lógica. Praticou o jovem praticou o crime e merece sanção. Ao apaixonar-se é escravo de sua paixão e já não mais se submete a lei. Ao tentar convencer a freira, Ângelo diz: “Respondei isso: eu, que sou o órgão da lei em vigor, pronuncio uma sentença contra a vida de vosso irmão. Não haveria caridade em pecar, para salvar a vida desse irmão?” SHAKESPEARE, William. *As alegres comadres de Windsor, Medida por Medida, O sonho de uma noite de verão, O mercador de Veneza, A megera domada*. Tradução: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros, Oscar Mendes e Ivo Barroso. São Paulo: Victor Civita. 1981. p. 105-204. Para saber mais sobre as críticas ao solipsismo judicial, ver: STRECK, Lenio Luiz, *O que é isto? decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁷Sobre esse assunto será utilizado o artigo do professor Sandoval que de forma erudita e didática ao elucidar os atuais problemas hermenêuticos acabou sistematizando importantes aspectos da teoria da norma. Para a pesquisa é indispensável à leitura desse artigo. GOES, op. cit. 147.

²⁸Hermes, também chamado Mercúrio era o mensageiro do Olimpo, era o Deus dos viajantes, dos mercadores e dos ladrões. Hermes possuía muita astúcia e esperteza era o interprete dos Deuses, seu mensageiro. Como na antiguidade as leis eram obtidas por inspiração divina, hermenêutica é a palavra utilizada hodiernamente como ciência de interpretação das normas legais. CIVITA, Victor. *Enciclopédia: Mitologia*. São Paulo: Abril Cultural. 1973.v.1. p. 177-192. Também em MACEDO, op. cit., p. 75-78.

norma. Há muito que a origem das leis não é mais a inspiração divina³⁰. Considerando a morte da instância suprassensível em Nietzsche a humanidade deve optar pela epistemologia jurídica, pelo estudo da hermenêutica, ao contrário ficará submetida à “espada de Dâmocles”³¹, à total insegurança jurídica.

No momento da eleição de uma racionalidade para permear a decisão, o defensor dessa racionalidade deve se imaginar na posição do juízo e do jurisdicionado e isso só será possível com o retorno de alguns elementos para o conceito de direito e de justiça, como será demonstrado.

A transposição da mitologia para a filosofia acontece por meio que Sócrates (470-399 a.C.). Sócrates era crédulo na divindade de Apolo, Deus do oráculo de Delfos, onde havia uma inscrição “conhece-te a ti mesmo”. Segundo um amigo de Sócrates do Deus do oráculo dissera que Sócrates era mais inteligente que os demais Atenenses. Sócrates acreditava no Deus, mas não se achava inteligente e passou a viver em função de interpretar a missão do oráculo, “conhece-te a ti mesmo”³². Fazendo isso, “inaugurou” a filosofia, o saber racional em contraposição ao encantamento com o mundo, a mitologia.

Notadamente a filosofia não teve início em Sócrates, mas ele será considerado como o marco de transposição do pensamento mítico, para a era da razão³³, em função da dimensão pública que deu à defesa do pensamento racional. A importância do pensamento de Sócrates para a filosofia faz com que os primeiros filósofos sejam divididos em pré-socráticos e socráticos. Os principais problemas filosóficos que ainda incidem na decisão judicial são encontrados nos trabalhos dos pré-socráticos, como será demonstrado.

²⁹ Fim da instância suprassensível, niilismo, que será explicado na pós-modernidade.

³⁰ CIVITA, op. cit., v.1. p.177-192.

³¹ O episódio da espada de Dâmocles será utilizado como alegoria para a insegurança jurídica, pois significa perigo eminente. Trata-se da história que conta que sobre Dioniso, rei de Siracusa, pendia por um fio uma espada de lâmina afiada que deixava a vida do rei permanentemente em risco. O moral da história era que o rei não possuía apenas posição de vantagens, mas que para manter-se no poder vivia em risco eminente, quem estivesse sentado no trono estaria submetido ao risco, à espada. Para saber mais, vide: BRASIL ESCOLA. *Dâmocles*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biografia/damocles.htm>> Acessado em: 10/12/2013

³² Ao tentar entender o motivo pelo qual o Deus do oráculo disse que Sócrates era mais inteligente do que os demais atenienses, ele passou a buscar os conceitos das coisas na cidade e chegou à conclusão que os Atenienses nada sabiam, porém ele que também nada sabia era mais inteligente, pois tinha noção de sua ignorância. Enquanto Sócrates chegava a tal conclusão, os demais atenienses, que se diziam sábios, não tinham a capacidade de responder questões aparentemente simples como: O que é sabedoria? PLATÃO. *Defesa de Sócrates*. In Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita. 1972. p.12-33. XENOFONTE. *Apologia de Sócrates*. In Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita. 1972. p.169-173.

³³ XENOFONTE, op. cit., p. 169-173.

1.1 Filosofia: pré-socráticos e socráticos

A filosofia vem, em oposição à mitologia, promover o desencantamento do mundo. Nos estudos de filosofia, realizados para o fim do trabalho, é possível constatar que as principais controvérsias jurídicas de hoje ainda encontram amparo nos problemas filosóficos da antiguidade, que passam a ser chamados de tensões entre os pré-socráticos, como Parmênides e Heráclito³⁴.

As tensões parmenidianas e heraclitianas decorrem da divergência deles entre as situações físicas da estática e do movimento, como as tensões jurídicas entre: (i) positivismo e pós-positivismo; (ii) norma e regra; (iii) a aplicação do enunciado sumular e a possibilidade de interpretação da lei. A pesquisa entende que os chamados problemas filosóficos são dicotomias insolúveis, mas que podem ser controlados. Motivo pelo qual, a pesquisa pretende oferecer caminhos para o controle das tensões no interior da decisão.

O controle do problema da estática³⁵ e da dinâmica³⁶ está na aceleração e na desaceleração tendentes a conciliar os estados físicos. Apenas com a aceleração e desaceleração é possível reduzir as tensões entre os estados físicos. Trata-se, portanto, de uma proposta conciliadora e de equilíbrio entre as tensões. Entendidas as tensões pré-socráticas é necessário entender a proposta de Sócrates.

A proposta socrática era viver a mensagem do oráculo de Delfos “conhece-te a ti mesmo”, por isso, pôs-se às suas investigações. Assim, para o pesquisador seguir os ensinamentos socráticos³⁷ é necessário que comece a refletir sobre a capacidade de

³⁴MARCONDES, op. cit., p.35.

³⁵Parmênides negava a existência do movimento, foi precursor da escola parmenidiana da imutabilidade do ser, escola eleática, dizia que aquilo que não é não pode ser um caminho. MARCONDES, op. cit., p.35. Parmênides acreditava na imutabilidade e possivelmente faria opção pela fórmula contida nas súmulas persuasivas ou vinculantes, optaria pelo incidente de uniformização e não se importaria com a evolução jurisprudencial, pois não acreditava no movimento.

³⁶Heráclito é o autor da conhecida máxima de que “uma pessoa não pode se banhar no mesmo rio”, ele fazia a apologia da mudança, dos fluxos contínuos, foi precursor da escola heraclitiana, escola jônica. Heráclito acreditava nos fluxos contínuos, nem a pessoa seria a mesma e tampouco o rio. MARCONDES, op. cit., p.35. Possivelmente Heráclito preferiria a liberdade para os Magistrados. Dessa forma, em tese, seria contrário às súmulas vinculantes ou a qualquer fórmula pretoriana, textos interpretativos de textos. Para saber mais sobre o tema precedente judicial e súmulas vinculantes, pesquisar em: STRECK, Lenio Luiz, *O que é isto? o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁷O método de Sócrates foi o da refutação, “elencos”. Ele perguntava o que é justiça. O cidadão dava um exemplo de justiça e ele perguntava pela definição, demonstrando que o cidadão ignorava o conceito. Platão, escrevendo sobre Sócrates, colocou nos lábios de Sócrates, outro método: a maiêutica. Na “maiêutica”, Sócrates fazia perguntas aos cidadãos e promovia que eles chegassem a uma conclusão. A “a maiêutica” que, em verdade, é Platônica. Como se sabe, Sócrates foi condenado à morte por corromper a juventude, apesar disso, deixou

conceituação de questões fundamentais para a epistemologia hermenêutica: o que é direito, o que é justiça, o que é democracia, o que é constitucionalismo³⁸, temas centrais do que hoje se chama de epistemologia jurídica, ciência do direito, e do que hoje se chama hermenêutica jurídica, interpretação do direito. As conceituações propostas devem ser feitas sob uma “nova dogmática” no sentido de estabilidade e não de perenidade.

Aristóteles buscava a solução no bom senso, no meio termo. O exegeta também precisa entender que “nem tanto ao positivismo, nem tanto ao pós-positivismo, no sentido de “pan-principiologismo”³⁹.

Ao estudar os sistemas jurídicos é possível observar que em tempos de insegurança jurídica o sistema terá interpretes tendentes a maior valoração das regras, evitado os anseios pela evolução social, para evitar o retrocesso. Apesar disso, em tempos de necessidade de evolução social os princípios podem ser vetores de interpretação tendentes à modificação do ordenamento jurídico onde as normas-regas⁴⁰ apontaram para a integração do sistema em uma interpretação conforme a constituição⁴¹.

Platão e Aristóteles enfrentaram as questões dos pré-socráticos, mas, também desenvolveram seus sistemas a partir dessas questões. A teoria das formas de Platão busca de um paradigma imutável, perene. A esse paradigma deveria ser atribuída à condição de forma⁴².

Tendo sido verificado que os problemas epistemológicos das ciências jurídicas transitam pelas racionalidades da antiguidade e caminham para a contemporaneidade é

muitos ensinamentos que foram escritos por seu discípulo Platão e estudados também por Aristóteles, discípulo de Platão. PLATÃO., op. cit. p.12-33.

³⁸É crucial que se entenda que a crise na decisão judicial passa pelo afastamento do conceito de justiça no direito. Como distribuir algo que não se conhece? O resultado disso é a permanência de julgamentos “injustos” e realizados por meros silogismos já em tempos de pós-positivismo. Um dos maiores problemas a ser enfrentado pela teoria da decisão judicial é o purismo decorrente da era da especialidade que dogmatizou o direito e sublimou a moral. Não adianta o juiz teorizar nova hermenêutica jurídica se continuar míope promovendo o discurso do novo na prática do velho. O Magistrado não tem direito de priorizar uma zona de conforto na decisão deixando de aplicar a norma que vai muito além do texto positivado. O Juiz que não analisa o que é direito e o que é justiça age como o Ateniese vaidoso, não pretende promover a confissão de ignorância, nem perseguir a sabedoria. A nova dogmática, essa é bem vinda, pois ela defende a estabilidade e não a perenidade dos conceitos jurídicos que devem ser sempre revisitados.

³⁹Pan-principiologismo é uma expressão utilizada pelo professor Lenio Streck para designar a inflação de princípios. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁴⁰Sobre os novos vetores de interpretação pesquisar em GOES, op. cit.

⁴¹Trata-se da forma que deve ser utilizada para criar uma espiral hermenêutica interpretativa, com vetores de interpretação que não se repelem, mas aceleram e desaceleram controlando as tensões

⁴²A teoria das formas defende que os exemplos como de pouca utilidade para identificar as coisas. Afinal, só é possível encontrar as formas por suas propriedades. Para dizer o que é justiça, não seria possível dar o exemplo de um ato justo, tampouco de um juiz justo. O juiz justo não integra a forma da justiça, pois ele não é perene, justiça na qualidade de forma é perene. Assim como as demais coisas, a forma da justiça deve ser encontrada por suas propriedades. Segundo essa teoria, para um juiz ser justo é necessário que ele saiba o que é justiça.

necessária à criação de uma teoria do conhecimento, epistemologia hermenêutica para dar segurança jurídica às decisões judiciais⁴³, considerando que não tem nenhuma utilidade social um julgamento não refletido.

A partir do que foi visto a pesquisa demonstra que apenas com a digressão do desenvolvimento das racionalidades é possível entender os problemas de legitimidade democrática decorrentes dos paradigmas da verdade que incidem na decisão judicial. Esses problemas serão abordados em capítulo futuro, nesse momento é necessário entender como a modernidade fragmentou os saberes científicos.

1.2 Entendendo a Modernidade como o período da solução de continuidade do desenvolvimento dos saberes não fragmentados:

Entender a modernidade é tarefa concomitante a de localizar o problema da solução de continuidade sofrida pelo conhecimento científico com a separação das esferas de valor. Com a separação das esferas de valor vários temas filosóficos passam a ser expropriados pelas ciências modernas. Esse processo foi mantido na contemporaneidade com a criação de novas ciências e com novas expropriações de conteúdos da filosofia.

Trata-se da crítica sobre a forma como se deu a evolução do conhecimento humano. Estudiosos procuravam a superação das antigas teorias e, ao mesmo tempo, promoviam a expropriação dos conteúdos dessas teorias. Em decorrência disso, havia uma perigosa solução de continuidade dos saberes. O que é demonstrado pelas teorias dos sociólogos Weber e Durkheim.

A especialização promoveu o desenvolvimento científico, porém retirou o amálgama natural entre as ciências e promoveu uma solução de continuidade na formação do cientista. Tudo isso, dificultou e ainda dificulta o trabalho interdisciplinar dos conteúdos, o que se deu pelas diferentes linguagens criadas para as novas ciências.

A modernidade, segundo Weber (1864-1920), é marcada pela separação de esferas de valor. Na definição de Weber, na modernidade há um processo crescente de racionalização

⁴³Hodiernamente é necessário reconhecer outro papel para o Magistrado no sistema jurídico. O papel de criador da norma-decisão, pois a aplicação da lei pelo Magistrado deve ser vista como fonte do direito. O que falta, portanto, é que seja criada a teoria do conhecimento voltada para a decisão judicial, para que seja possível oferecer ao intérprete produtor da norma-decisão, parâmetros com a cientificidade necessária ao desiderato, com os limites decorrentes dos núcleos rígidos dos direitos fundamentais. GOES, op.cit. 175.

intelectualista intimamente, ligado, ao desenvolvimento científico. Segundo Habermas, Weber concebe a modernidade como o próprio mundo racionalizado da economia capitalista⁴⁴.

Durkheim⁴⁵ (1858-1917) por sua vez, passa a tratar do fato social como coisa e ao promover análise da sociedade moderna reconhece também a característica da especialização, o que o leva a diferenciar a solidariedade orgânica em contraposição à mecânica⁴⁶. Sendo certo que, para Durkheim a especialização do trabalho não era um fator degenerativo da sociedade, ao contrário, promovia a sociedade em função da interdependência.

Dessa forma, ficou compreendido que, com a especialização, há severa divisão científica dos saberes. A filosofia então perde espaço para a sociologia. Esse processo é continuado pelas novas ciências. Freud cria a psicologia e retira também conteúdos da filosofia. A retirada de conteúdos da filosofia, por parte das novas ciências e especialização desses conteúdos, fez com que questões filosóficas deixassem de ser discutidas no plano da filosofia.

Os conteúdos são transferidos para o novo sistema, nova forma de pensamento. A solução de continuidade promovida pela especialização gera problemas epistemológicos que refletem nos sistemas jurídico-filosóficos e conseqüentemente na decisão judicial. Nesse momento, já é possível verificar padrões cíclicos de substituição entre racionalidades, e agora essa substituição se dá entre racionalidades científicas. Realizada a expropriação de conteúdos, as novas ciências passam a considerar a filosofia uma matéria utópica.

⁴⁴ LUVIZOTTO, Caroline Kraus. *As tradições gaúchas e sua racionalização na modernidade tardia* [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 140 p. ISBN 978-85-7983-088-4. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em:<<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 30/11/2013.

⁴⁵ Em sua conclusão no livro *as Regras do Método sociológico* Durkheim aponta as características gerais do método e enfatiza que a principal característica é o reconhecimento da sociologia como ciência autônoma. “Características gerais deste método: 1º) A sua independência face toda a filosofia (independência que é útil à própria filosofia) e face às doutrinas práticas. Relações entre a sociologia e estas doutrinas. Como permite dominar os partidos. 2º) A sua objetividade. Os fatos sociais considerados como coisas. Como esse princípio determina todo o método. 3º) O seu caráter sociológico: os fatos sociais explicados conservando sua especificidade; a sociologia como ciência autônoma. A conquista desta autonomia é o progresso mais importante que resta à sociologia empreender, Maior autoridade da sociologia assim praticada.” DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 147.

⁴⁶ A solidariedade mecânica é uma divisão do trabalho social das sociedades primitivas. Divisão de trabalho que, em regra, se dá pelo gênero. As mulheres tomam conta das crianças e cozinham. Os homens caçam. Todos são como as engrenagens de um relógio. A solidariedade orgânica é a divisão do trabalho típica das sociedades mais desenvolvidas. Cada parte do organismo realiza uma função diferente, como os órgãos do corpo. O coração e os pulmões têm diferentes funções, mas são essenciais para o funcionamento do organismo, ou seja, no tecido social. O autor entende que a especialização promove a manutenção da sociedade: “Afirmamos, não que o crescimento e a condensação das sociedades permitem, mas que necessitam de uma maior divisão do trabalho. Não são um instrumento através do qual esta se realiza; são a causa determinante disso”. DURKHEIM, *A divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2.ed. Lisboa: Presença. 1984. v.2. p. 43.

1.3 A sociologia adjetivando a filosofia de utópica e promovendo a suavização das relações na modernidade: Durkheim (1858-1917) e a Escola Francesa de Sociologia.

Por ser o fundador da Escola Francesa de Sociologia, a obra de Durkheim é essencial para a compreensão da contemporaneidade e a crise na decisão judicial contemporânea. A sociologia e a psicologia são ciências criadas no século XX e analisam problemas tipicamente filosóficos.

A sociologia, como especialização científica, facilitou o trabalho acadêmico, pois oferecia à Academia a polidez exigida pela modernidade na suavização das relações na sociedade burguesa. Criou suas categorias e passou a estudar classes de pessoas e não mais o comportamento do indivíduo, o que promoveu o desenvolvimento da Academia. Apesar disso, a mudança não trouxe apenas benefícios. A abstração em categorias sociais permitiu que os indivíduos fossem tratados como meros objetos de estudo. Como se fossem “os grupos sociais”, categorias, e não grupos de seres humanos.

A sociologia passa a apresentar como ciência a visão “do ser”, a análise social positiva⁴⁷ “do que é”, em contraposição a filosofia. A filosofia, segundo Durkheim, trabalha com o “dever ser”, com uma análise negativa⁴⁸. Assim, para firmar sua independência como ciência além de expropriar conteúdos da filosofia buscou diminuir sua utilidade.

A psicologia⁴⁹ também teve seu papel, com a análise do consciente e do inconsciente. A psicologia demonstrou fraqueza na racionalidade humana, pois mostrou que o homem também tinha impulsos inconscientes. Assim, a psicologia também retirou conteúdos da filosofia e também diminuiu sua utilidade ao enfraquecer a noção de racionalidade com a teoria do inconsciente.

Na decisão judicial a sociologia criou outro problema. As categorias da sociologia como os grupos sociais, promoveram uma falsa impressão de que ao tratar de grupos sociais, os sociólogos não estavam tratando dos homens.

Ontologicamente ao falar do comportamento dos grupos sociais o sociólogo está

⁴⁷DURKHEIM, op. cit., 2008 p. 41.

⁴⁸O positivismo jurídico decorre do positivismo filosófico de Comte, contemporâneo de DURKHEIM. Não tem a conotação que hoje é empregada simplesmente de lei positivada, é antes um pensamento positivo de encontro ao dever ser. A sociologia contra a filosofia era ciência positiva do que é.

⁴⁹FREUD, op. cit., p.217

falando da convergência dos comportamentos dos indivíduos. Mas esse processo gera uma aparente distância e oculta que, em verdade, o objeto de estudo é o homem e não o grupo.

Esse problema epistemológico foi transposto para o direito. A partir da alteração do sujeito das frases nas decisões judiciais, ao invés de serem adjetivadas pessoas, passaram a ser adjetivadas classes e categorias de pessoas. A modificação possibilitou tratamento diferente para determinadas “classes” e “categorias” de pessoas. Esses conteúdos foram estudados com especificidade no direito penal pela “teoria do etiquetamento”, *labelling approach*⁵⁰.

Além disso, a especialização, também promoveu outro problema epistemológico para o direito, a falsa impressão de que determinada questão não era afeta a uma ciência. Essa impressão de que determinada questão não pertencia a uma ciência, mais a outra, foi responsável pela proposta de separação entre direito e justiça, origem do paradoxo do direito amoral.

Por tudo o que foi dito, é possível verificar que, em função desse processo, o ser humano passou a ser tratado como coisa, objeto de estudo, etiquetado, adjetivado, mero integrante da classe ou do grupo. Tendo sido o ser humano absorvido por uma categoria, tornou-se possível a utilização de processos hermenêuticos diferenciados em seu desfavor.

Em direito penal é muito comum que seja utilizada a expressão “traficante” para amparar medidas cautelares prisionais carentes de legitimidade democrática. Muitas vezes o Juízo aplica essa adjetivação ao primário, cujo processo de tráfico ainda nem foi iniciado. Fazendo assim, o Magistrado sente conforto psicológico para dar tratamento interpretativo mais grave ao indivíduo. Por meio da representação social “traficante” fundamenta um “alto grau de periculosidade social⁵¹” para a aplicação da medida cautelar de manutenção prisional, isso ocorre corriqueiramente no Brasil. Apesar dessas distorções é importante salientar que a Constituição não exclui nem os “traficantes”, sentenciados, da presunção de inocência no caso de fato novo, investigação pela prática de novo crime, em tese.

Pelo que foi dito, ficou constatado que por meio do surgimento de representações sociais, como por exemplo: “bandidos” e “traficantes”, passou a ser recorrente a utilização de processos hermenêuticos desfavoráveis a determinadas “categorias” de pessoas, acarretando

⁵⁰A expressão significa que a teoria do etiquetamento tem como tese que a criminalidade é o resultado do processo de imputação. Segundo Hassemer: “a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social”[...] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005 p. 101-102. Apud Labeling Approach” ou etiquetamento

⁵¹Essa expressão “alto grau de periculosidade social” é expressão que não resiste a poucos minutos de discussão filosófica séria.

no “problema do distanciamento da facticidade”, que é no mínimo uma atitude antidemocrática.

Essa questão de política criminal, como outras questões políticas influenciam na decisão judicial. A ausência de uma epistemologia hermenêutica produz interpretações retrospectivas⁵², nos mais diversos ramos das ciências jurídicas.

Nesse ponto, o trabalho provou que a suavização das relações promovida pela filosofia causou problemas jurídicos ao tratar seres humanos como categorias sociais, possibilitando um aparente distanciamento científico que a crítica do trabalho passa a chamar de “distanciamento da facticidade” e que possibilitou o tratamento desigual para grupos de pessoas. Além disso, restou sobejamente demonstrado que a especialização também teve responsabilidade na separação da entre direito e justiça e consequentemente entre direito e moral.

Apesar do que já foi demonstrado, existem outras perguntas que devem ser oferecidas como desafios hermenêuticos, que são as seguintes: As categorias sociais fazem com que o Magistrado, em seu psique, sinta distância do seu semelhante, do “ser humano”, “outro”, de forma a tratá-lo com mais rigor? Essa distância que povoa o inconsciente do Magistrado pode ser trazida para o consciente por uma proposição de teoria para a decisão judicial, espiral hermenêutica, que preconize um atuar crítico?

Para o desenvolvimento do atuar crítico é necessário conhecer os problemas que o ser humano encontra para conceituar justiça. Considerando que esses problemas têm origem na antiguidade, será estudado o conceito de justiça na antiguidade.

1.4 História e história da filosofia: o conceito de justiça na antiguidade e “o problema do valor de justiça e do valor de verdade entre os Sofistas e os Socráticos”

Considerando que os problemas na decisão judicial são intrinsecamente ligados aos conceitos de justiça e de verdade é necessário perquirir esses conceitos dentro dos diversos períodos históricos. Na antiguidade as primeiras discussões são realizadas durante o período

⁵²Fato estudado pelo Professor e Magistrado Rubens Cassara⁵², no livro *Interpretação Retrospectiva do Processo Penal*. CASSARA, Rubens R.R. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*.

da metafísica.⁵³ Os socráticos propõem o contraponto do conceito de justiça dos sofistas.

Sócrates, Platão e Aristóteles entendem por uma justiça universal e perene⁵⁴. A justiça não varia conforme o lugar e o tempo. Ela repousa na natureza humana como princípio imutável. Os sofistas⁵⁵, entendem que a justiça não repousa na natureza humana⁵⁶. Assim, já é possível pontuar a primeira dicotomia o conceito de justiça.

Sofistas – Valor de Justiça	Socráticos – Valor de Justiça.
Individual; Mutável; Não perene; Humano; Imperfeito.	Universal; Imutável; Perene; Divino; Perfeito.

Sofistas e socráticos entendiam que o conceito de justiça estava atrelado ao conceito de verdade, motivo pelo qual, havia também dicotomia nesses conceitos: (i) nos sofistas onde se constatava a tese do valor de justiça e de verdade como particular, sendo o homem a medida de todas as coisas, e (ii) nos socráticos onde se constatava a tese do valor de justiça como valor de verdade universal, e assim também o conceito de justiça.

⁵³Aula ministrada pelo professor Dráuzio Macedo Gonzaga, tema: *Introdução ao Direito*: distinção entre filosofia e filosofia do direito, divisão histórica e doutrinal da filosofia do direito, principais questões e temas filosóficos pertinentes a função jurisdicional. Módulo de Filosofia do Direito, CP VI, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 19.10.2012. Informação oral, GONZAGA, Dráuzio Macedo.

⁵⁴Segundo os socráticos a verdade era um bem público, humano e universal. Platão, como os demais socráticos, entendia que o homem não era a medida de todas as coisas, mas Deus. Os sofistas que entendiam que cada homem possuía sua razão, não consideravam à filosofia um bem público, motivo pelo qual, recebiam valores para ensinar. Tal atitude era condenável na concepção dos socráticos. “A exemplo dos sofistas, seus contemporâneos, Sócrates atraía ouvintes, com eles se reunindo em praças públicas, mas enquanto os primeiros proferiam palestras e cobravam, ele mantinha fecundos diálogos e nada recebia em troca”. NADER, op. cit., p.105.

⁵⁵“Os sofistas não chegaram a formar uma escola, pois não adotaram uma linha única de pensamento, (...) Entre os autores, são classificados como individualistas e subjetivistas, além de negadores da ciência, pois eles entendiam que toda a pessoa tinha seu modo próprio de ver as coisas, fato esse que inviabiliza qualquer ciência, pois nenhuma delas pode constituir-se por meras opiniões isoladas. Em decorrência dessa premissa, admitiram apenas o caráter relativo da justiça e do direito, que seriam contingentes de expressão convencional”. NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 105.

⁵⁶O Sofista Protágoras, autor da máxima que inaugura posteriormente o humanismo, entendia que o homem era a medida de todas as coisas. Por assim pensar, para ele a verdade não poderia ser algo universal, mas particular. Segundo Protágoras, como não havia um Deus ou um juiz para dizer o que era verdade, logo, a verdade era a verdade de cada um. GONZAGA, op. cit.

Conceito de Justiça x Verdade	
Sofistas-	Tese do valor de justiça e de verdade como particular, sendo o homem a medida de todas as coisas.
Socráticos-	Tese do valor de justiça como valor de verdade universal, sendo Deus a medida de todas as coisas.

Platão considerava a justiça como equilíbrio, igualdade e equidade. A justiça deveria se realizar no campo político e social, como uma projeção ampliada do ser individual.⁵⁷. Dentro do Estado, as pessoas tinham suas aptidões para exercer atividades conforme a preponderância das instâncias interiores. Tais instâncias deveriam ser submetidas à razão, por meio do qual seria obtido o equilíbrio. Nesse sentido, para Platão tudo é a medida, (i) shophosine que equivale à justa medida, e o contrário há a (ii) hybris, o excesso⁵⁸.

Aristóteles⁵⁹ escreveu sobre as formas de estado e sua degeneração⁶⁰. Aristóteles também defendia a existência de uma justiça universal, porém ele a dividia em duas formas: (i) justiça distributiva, de distribuição segundo o critério do mérito, proporcional, igualdade no sentido de equidade; (ii) justiça comutativa, ou corretiva, de troca, pois havia uma igualdade em princípio, porém com a quebra dessa igualdade há a necessidade de correção.⁶¹

⁵⁷ Nesse sentido, Platão entendia que antes da justiça se projetar para a sociedade ela estaria dentro do indivíduo em três instâncias: (i) na razão, (ii) na ira e paixão (iii) nos apetites. Instancias: (i) razão, a justa medida era característica dos sábios, filósofos; (ii) ira, a paixão, era característica dos guardiões, dos militares, que promoviam a defesa interna e externa da sociedade; (iii) apetites, característica dos artesãos e agricultores, os trabalhadores que produzem os bens necessários para a vida. Nessa acepção, segundo Platão, a cidade era justa quando essas instâncias ou funções estavam equilibradas, e em sentido contrário, no momento em que uma das classes extrapolasse cada uma delas sua instância correspondente, haveria injustiça. GONZAGA, op. cit. Ainda, sobre o estado ideal em Platão, ensina Paulo Nader: “A sociedade no estado ideal seria formada pelos artesãos, que seriam laboriosos; pelos guerreiros, que seriam fortes; pelos magistrados, que seriam dotados de racionalidade. Entre as classes haveria uma hierarquia, pois os artesãos e guerreiros deveriam subordinar-se aos magistrados, que seriam governantes e representados pelos filósofos. Cada membro da sociedade deveria desempenhar papel correspondente as suas aptidões. [...] A justiça somente seria alcançada na medida em que as pessoas desempenhassem na sociedade na sociedade um papel compatível com as suas aptidões” NADER, op. cit., p.108.

⁵⁸ GONZAGA, op. cit.

⁵⁹ Como Platão, Aristóteles partiu da personalidade e dividiu os seres conforme a alma que possuíam. Platão cria sua teoria contemplava: (i) alma intelectual, que possuem os homens, pois são dotados de razão; (ii) alma sensitiva, comum aos homens e animais, instância dos sentidos, amor e ódio, e (iii) alma vegetativa, comum aos homens, animais e vegetais, que precisam de ar para viver. Se para os seres vivos sentido maior era o reprodutivo, para o homem era o intelectual. Idem.

⁶⁰ Aristóteles também escreveu sobre as formas de estado e sua degeneração. O Estado, tratado como bem público podia ser: (i) uma monarquia, governo de um; (ii) uma aristocracia, governo de alguns; ou (iii) uma democracia, governo de muitos. O Estado tratado como bem particular pode ser: (i) uma tirania, governo de um; (ii) uma oligarquia, governo de alguns; ou (iii) uma demagogia, governo de muitos. GONZAGA, op. cit.

⁶¹ Ainda, sobre o conceito de justiça em Aristóteles, ensina Paulo Nader: “A justiça não implicaria apenas em igualdade, tomada esta como proporção aritmética, mas também em proporcionalidade, que ‘é uma igualdade de razões’” Classifico a justiça em duas espécies básicas: distributiva, que denominou proporcional, e comutativa, por ele chamada de retificadora ou corretiva. A distributiva se configura com a distribuição, proporcional ao mérito de cada pessoa, de bens, recompensas e honras. A comutativa ocorreria nas relações de troca, considerando a igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe. Ela poderia ser voluntária, como nos contratos, e involuntária, como nos delitos. Na última hipótese caberia ao juiz ‘igualar as coisas mediante as

Nesse momento já é possível observar problemas interdisciplinares entre filosofia e direito. Esse primeiro problema apontado será chamado de “problema do valor de justiça atrelado ao valor de verdade, entre sofistas e socráticos”.

O problema do valor de justiça entre sofistas e socráticos tem o mesmo cerne das dificuldades sistêmicas hodiernamente encontradas para teoria do direito, da norma e da decisão judicial. Além disso, o problema do valor de justiça como valor de verdade, ainda hoje gera o problema do conceito de justiça. A pesquisa entende que alguns desses problemas sempre vão permanecer nas teorias, como ocorreu desde a antiguidade, até hoje. Para demonstrar a permanência desses problemas, serão estudados os mesmos conceitos na idade média.

1.5 Idade Média: “O problema da carga semântica da palavra dogma” e a sugestão da substituição da expressão “dogmática” por “nova dogmática”.

A idade média historicamente é dividida em: (i) alta idade média e (ii) baixa idade média. A filosofia cristã na idade média também comportou dois períodos, o primeiro dos séc. I ao IV, período da patrística e o segundo, dos séc. XIII ao XIV, o período da escolástica.⁶²

Com a baixa idade média (final da idade média) a educação sofreu alterações, a burguesia mercantil precisava aprender a ler e a escrever, motivo pelo qual surgiram as escolas leigas e depois as corporações, universidades. Em função disso, a igreja para de ter o domínio da educação (escolástica). As universidades possibilitam o desenvolvimento dos saberes científicos com uma visão que deixa de ser teocêntrica⁶³.

Apesar disso, a visão teocêntrica de mundo e da educação em muito influenciou o conceito de direito e justiça na idade média, como será visto. Essa influência até hoje apresenta repercussões, uma delas é o “problema da carga semântica da palavra dogma”,

penas” (...). A noção de equidade foi exposta por Aristóteles com ‘uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade’. O filósofo a apresentou a equidade como critério de preenchimento de lacunas”. NADER, op. cit., p.110.

⁶²Na alta idade média, o mundo medieval seguia as doutrinas da filosofia cristã e a educação escolar era ministrada pelos padres e monges, onde era possível aprender: teologia, latim, harmonia musical, lógica, geometria e astronomia. SILVA, Francisco de Assis. *História Geral: história antiga e medieval*. São Paulo: Moderna, 1988 a p. 151.

⁶³Com os obstáculos colocados pela igreja, as referidas escolas leigas passaram a se organizar em corporações e assim foram criadas as universidades. A partir desse momento, era possível estudar artes, teologia, direito e medicina. As faculdades de direito ensinavam direito canônico e direito romano. Idem.

problema que deve ser superado. Para a superação desse problema a pesquisa propõe a substituição da expressão “dogmática” por “nova dogmática”.

Nesse momento, é necessário apresentar o problema da utilização pejorativa das palavra dogma, de origem medieval, que repercute na criação das bases da epistemologia do direito, já que todas as ciências dependem de teorizações. A palavra assume relevância e é necessário explicar porque semanticamente, dogma sempre recebeu tamanha carga negativa. Os dogmas eram as verdades incontestáveis da igreja. Verdades divinas, imutáveis e não submetidas à razão. Por constituírem o direito canônico possuíam força coercitiva, que era efetivada pelos tribunais da inquisição⁶⁴.

Hodiernamente, a palavra Dogma não deve receber carga semântica negativa de outrora. A crítica carga semântica da palavra dogma faz com que seja proposta a substituição da expressão “dogmática” pela expressão “nova dogmática”. Com a transposição da racionalidade teocêntrica para a antropocêntrica a palavra “o dogma” perde o valor de verdade imutável, apesar de ser utilizada na modernidade para designar as teorizações científicas com pretensão de universalidade e de estabilidade.

A proposta do trabalho é que a palavra “dogmática” na contemporaneidade seja substituída pela expressão “nova dogmática” e que essa “nova dogmática” seja estruturada nos parâmetros da filosofia de Hegel⁶⁵. Assim será possível a criação de uma epistemologia com pretensão de estabilidade e concomitantemente com isso, todos os conceitos formulados poderão ser submetidos, posteriormente, a uma marcha dialética evolutiva.

Essa “nova dogmática” a ser proposta também se insere nos discursos plurais da linguagem. A marcha evolutiva da dialética hegeliana deve ocorrer dentro dos discursos pluralistas na busca da legitimidade democrática. Realizada a proposta de uma nova visão para a dogmática jurídica, é necessário conhecer o pensamento filosófico e jusfilosófico da idade média para depois contextualizá-lo com os problemas da decisão judicial.

1.6 Filosofia na idade média.

⁶⁴No medievo, o pensamento racional passou a ser considerado de origem pagã, motivo pelo qual foi substituído pelo pensamento “divino”, ou seja, a interpretação da igreja católica apostólica romana. Idem.

⁶⁵Prefácio da obra, por Robert S. Hartman. HARTMAN, Robert S. Elemento pré-textual, in HEGEL, op. cit. 23. Para saber mais sobre Hegel pesquisar em: STRATHERN, Paul. *Hegel (1770-1831) em 90 minutos*. Tradução: Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

Para entender a pretensão da filosofia medieval cristã é interessante saber que, com Santo Agostinho a filosofia começa a pretender conciliar a fé com a razão. Santo Agostinho cria um sistema jurídico fundado em leis naturais de origem divina e leis humanas.⁶⁶

Historicamente, foi no final do século IV que o cristianismo passou a ser religião oficial do Império Romano, onde começou sua expansão e foi com o Apóstolo Paulo, que surgiu a ideia de um direito natural fora da lei escrita, pois o homem justo era guiado pela fé.

Considerando que, as transições históricas e filosóficas não ocorrem de maneira instantânea e que a capacidade cognitiva encontra melhor zona de conforto ao elencar marcos. Nesse propósito, é apresentada a figura abaixo, para facilitar a recuperação da informação atinente ao conceito de justiça desde a antiguidade até a idade média.

Idade Antiga	Idade Antiga	Idade Média
Justiça -Sofistas	Justiça - Socráticos	Justiça
Humana – o homem como a medida de todas as coisas. Contra a existência de um direito natural. Valor de Verdade: Individual; Mutável; Não perene; Humano; Imperfeito.	Divina – Deuses gregos. Pensamento racional pagão. Direito natural Valor de Verdade: Universal; Imutável; Perene; Divino; Perfeito.	Divina – Filosofia cristã. Primeiro foi contra o pensamento racional, pagão e depois tentou conciliar fé e razão. Direito Natural de origem divina – filosofia cristã. Dogmas da igreja católica

Visto isso, é importante citar alguns dos principais autores da filosofia medieval, entre eles: Paulo de Tarso⁶⁷, Santo Agostinho (354-430)⁶⁸, Santo Isidoro de Sevilha (570-636)⁶⁹ e Santo Tomás de Aquino (1225-1274)⁷⁰, que são autores que fundamentavam o direito

⁶⁶O pensamento no medievo foi dominado pelo pensamento cristão. O cristianismo, porém, não se ocupou com a ideia de direito, mas com a consciência humana, infundindo-lhe princípios morais voltados para o reino de Deus. Até porque a igreja era superior ao Estado, já que cuidava de interesses da vida eterna enquanto o Estado cuidava de interesses mundanos NADER, op. cit., p.118.

⁶⁷Paulo de Tarso - Ao falar sobre a filosofia cristã, São Paulo, em epístola aos romanos, admitira a existência de um direito natural inscrito no coração dos humanos. Para o apóstolo, a noção de justiça não se achava aprisionada na lei positiva, mas na fé pela orientação do redentor. Idem.

⁶⁸Santo Agostinho (354-430) Foi autor de uma doutrina que é considerada a transição entre a filosofia grega e a medieval, a patrística que se destinava a consolidar a fé cristã contra as crenças pagãs. Sobre sua doutrina, tem-se que: (i) Deus seria o princípio de todas as coisas; (ii) a lei eterna é a lei de Deus; (iii) a justiça é concebida como virtude; (iv) a justiça é elemento essencial ao direito; (v) não pode haver povo sem justiça, como a justiça é coisa do povo, onde não há justiça não há república. Elenca três espécies de lei: (i) eterna, universal e imutável, inacessível ao conhecimento humano, exceto por intermédio da lei natural; (ii) lei natural, a exemplo do que entendia São Paulo, estava inscrita no coração dos homens e a razão humana apenas revelaria as regras expressas nos corações e (iii) lei humana ou terrena, lei eterna adaptada pelo legislador à realidade concreta. Ibidem., p.119-120.

⁶⁹Santo Isidoro de Sevilha (570-636) realizou um trabalho chamado Etimologias e escreveu sobre variados temas entre eles sobre as leis. Nessa ocasião, faz-se presente a transição da patrística para a escolástica. Sobre os

natural como sendo de origem divina. Assim sendo, conforme ensina o Professor Paulo Nader⁷¹:

A concepção religiosa do direito perdurou até o início do séc. XVII, quando Hugo Grócio proclamou a existência do direito natural independente de Deus. Em seu propósito de desvincular o direito natural de Deus, Hugo Grócio chegou a afirmar que aquele direito existiria mesmo que Deus não existisse ou, existindo não cuidasse dos interesses dos humanos.

Na idade média, portanto, ainda se observa o conceito de direito vinculado ao conceito de justiça de origem divina, até Hugo Grócio (1583-1645) proclamou um direito natural que não tinha origem divina.

Estudado o fundamento das principais correntes filosófico-jurídicas da idade média é importante enfatizar a importância dessas doutrinas para a decisão judicial, hodiernamente ainda há discussão doutrinária sobre a existência ou não de um direito natural. Apesar disso, contemporaneamente essa discussão apresenta vertentes que fundamentam o direito natural também como inerente a própria condição de ser humano e na historicidade⁷². Visto isso, já é possível falar do declínio da idade média que ocorreu com a crise do sistema feudal.

1.8 A crise no sistema feudal.

estudos jurídicos de Etimologia, testifica Paulo Nader “O talento e a aguda percepção do fenômeno jurídico se patenteiam no texto que aponta os predicados da lei: “a lei há de ser honesta, justa, possível, adequada a natureza e aos costumes, conveniente no tempo, necessária, proveitosa e clara, sem obscuridade que provoque dúvida e estatuída para a utilidade comum dos cidadãos e não para benefício particular”. Esse elenco de qualidades revela aspectos éticos, sociológicos e filosóficos indissociáveis da lei” Ibidem.

⁷⁰Santo Tomás de Aquino (1225-1274) foi influenciado pela obra de Aristóteles. Sua *Summa Theologica* estabelece harmonia entre a razão e fé, negando validade à dupla verdade. [...] “não era possível que algo fosse verdadeiro na Teologia e falso na Filosofia, ou verdadeiro nessa e falso naquela. (...) A Filosofia deveria subordinar-se à revelação, que é critério de verdade. Criou um neoaristotelismo, para ele existem quatro tipos de leis: (i) eterna, a própria razão, o espírito de Deus e ninguém conhece senão Deus; (ii) natural, participação da criatura racional na lei eterna, seu postulado era observar o bem e evitar o mal, leis de preservação da vida; (iii) divina, as sagradas escrituras que são complementares a lei natural e que orientam a conduta terrena e (iv) humana, promulgada pelo governante vida a paz dos homens, ordenamento da razão que tem como objetivo o bem comum e se destinava àqueles que fossem tendentes ao vício, para que não assim agissem em função da coerção. Jusnaturalista. Entendia que as leis que não eram justas não seriam leis. Ibidem., p. 122-123.

⁷¹ Ibidem., p.118.

⁷²Para saber mais sobre a posição topográfica dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro e internacional pesquisar em: PIOVESAN, Flavia, *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva,2013.

A crise do feudalismo, no sistema servil de produção, agrava-se com as cruzadas que foram responsáveis pela reabertura do mar mediterrâneo estabelecendo rotas de comércio entre Europa e Ásia e Europa e África⁷³, momento em que surge um novo modelo econômico, o capitalismo.

A criação dos Estados nacionais é concomitante com as discussões filosóficas sobre a origem e o fundamento do poder. Tais discussões engendram as formas totalitárias de Estado, o Estado Moderno Absolutista.

Se por um lado, na idade média, o poder político era descentralizado, por outro lado, na baixa idade média, com a crise do sistema feudal de produção, foi iniciado um processo de centralização do poder monárquico, com a formação das monarquias nacionais, caracterizando uma aliança entre o poder político do rei e o poder econômico da burguesia⁷⁴.

Nesse sentido, a idade média deve ser vista como um dos antecedentes históricos dos movimentos constitucionalistas, pois a mesma burguesia que promoveu a realização dos estados modernos para retirar o poder da igreja, depois desejava retirar parte do poder concedido aos reis⁷⁵.

Nesse cenário político a burguesia financia a formação das modernas monarquias nacionais.

Para entender a formação do Estado moderno é preciso entender as teorias políticas que o fundamentaram a origem do poder, o que será objeto do próximo capítulo⁷⁶.

⁷³SILVA, op. cit.,1998 b. p. 12.

⁷⁴Ibidem., p.145-149

⁷⁵Ibidem., p.145-149.

⁷⁶Ibidem.

2. IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA

Para poder oferecer um norte para a criação de uma epistemologia jurídica é necessário conhecer minimamente as principais correntes filosófico-jurídicas da modernidade e da contemporaneidade, motivo pelo qual o trabalho pretende sintetizar tais conteúdos iniciando pelas doutrinas sobre o estado moderno absolutista, até a virada lingüística de Wittgenstein II.

2.1 A Filosofia do Direito na Modernidade: As doutrinas políticas, a Escola Clássica do Direito Natural e críticas a Escola Clássica.

Para compreender os caminhos da modernidade é necessário conhecer as correntes filosófico-jurídicas que deram contorno ao Estado moderno absolutista⁷⁷. Teorias que estão umbilicalmente ligadas aos sistemas jurídicos adotados em cada território. O sistema jurídico atribui ao Magistrado os contornos do exercício do poder jurisdicional, já que o poder judiciário é poder constituído. Nos regimes absolutistas os poderes decorrentes da soberania, as funções do Estado são exercidas pelo soberano. Nesse caso, não há repartição de poderes. Os fundamentos políticos dos Estados absolutistas são diametralmente opostos aos fundamentos políticos dos regimes democráticos.

Para justificar o surgimento do Estado foram elaboradas várias teorias sobre a origem do poder⁷⁸, entre elas, é dada especial ênfase às teorias contratualistas como será visto a seguir:

Desde o florentino Maquiavel, no século XVI, e os ingleses Hobbes e Locke, ambos do século XVII, até, no século XVIII, os franceses Montesquieu e Rousseau e os americanos, Madison, Hamilton e Jay, autores de “o Federalista”, o pensamento político acompanha a construção de uma ordem política da qual o Estado-Nação haveria de

⁷⁷WEFFORT, Francisco C., *Os clássicos da política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”. São Paulo: 2003. p.57.

⁷⁸É importante asseverar que são sete as teorias sobre as origens do poder (i) teoria da origem patriarcal, Robert Flimer, (ii) teoria da origem patrimonial, Friedrich Engels, (iii) teoria da origem violenta, Frans Oppenheimer, (iv) teoria da formação natural, Maurice Hauriou (v) teoria da formação histórica, Johann Bluntschli, (vi) teoria da formação jurídica, Carré de Malberg (vii) teorias contratualistas, Thomas Hobbes, Jhon Locke e Jean-Jaques Rousseau. MORAES, Guilherme Penã de, *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.289.

ser a realização mais completa.⁷⁹

O início da modernidade ocorre por meio do renascimento. Trata-se de movimento intelectual que alcançou o domínio das ideias políticas e filosófico-jurídicas de forma a transpor o fundamento do direito (direito natural) e do Estado, que na idade média eram vinculados a Deus, para um fundamento na razão, onde a base seria o homem. São expoentes desse pensamento Nicolau Maquiavel, Bodin e Hugo Grócio⁸⁰.

Direito Natural na Idade Média	Direito Natural na Idade Moderna
Fundamento Divino (Fundamento Teológico)	Fundamento na Razão (Fundamento Humanista – Racional)

Nicolau Maquiavel (1469-1527), Florentino (República da Florença), preocupado com a unificação da Itália, escreveu entre outras obras, O Príncipe, livro reconhecido como primeiro tratado de teoria política e que oferecia fórmulas para que o governante se mantivesse no poder. Maquiavel, objetivando a unidade de sua pátria, professou uma teoria utilitarista, alheia a valores morais, distanciando-se dos padrões medievais, afastada do direito natural.⁸¹

Bodin (1530-1596), da França, estudou as leis de Toluse, preocupava-se com a unificação e manutenção da unidade da França, que passava por crises de poder em decorrência de divisões religiosas. Concentrou seus estudos mais no Estado. Essa é a principal diferença de sua obra para a obra de Maquiavel que se concentrava no soberano (príncipe). Em seus estudos adotou o método racional ao invés do dogmatismo. Atribuiu caráter absoluto a soberania, pois segundo o mesmo, o governante só se submeteria às leis de origem divina e natural. Considerou a necessidade de adaptação das leis às condições ambientais.⁸²

Hugo Grócio (1583-1645), holandês, era humanista. Segundo Nader, alcançou projeção por seu pensamento jusnaturalista e estudos sobre os direitos das gentes. Foi

⁷⁹WEFFORT, op. cit., p.7.

⁸⁰NADER, op. cit., p.128-129.

⁸¹Para saber mais sobre o assunto é possível observar as considerações do Professor Nader, no sentido de que a doutrina de Maquiavel não comportava o direito natural, pois afastava a arte da administração pública da moral. Ibidem., p.129.

⁸²Ibidem., p.130.

considerado o pai do direito natural e internacional, porém seu maior mérito foi sistematizar sua obra, realizando uma análise do fenômeno jurídico vinculada à razão e não à teologia.⁸³

Na modernidade, surge a Escola Clássica do Direito Natural, que apresenta do direito natural com fundamento racionalista. Segundo a Escola Clássica, o Direito Natural era imutável e universal, por seus princípios e em sua aplicação. São integrantes da Escola Clássica do Direito Natural: Hobbes (1588-1679), Spinoza (1632-1677), Locke (1632-1704), Puffendorf (1632-1694), Tomásio (1665-1728) e Rousseau (1712-1778).⁸⁴

Hobbes - inglês (1588-1679)⁸⁵. Para Hobbes o homem em estado de natureza vivia em ameaça de guerra, motivo pelo qual na doutrina política antropológica de Hobbes a formação da sociedade foi uma necessidade em decorrência da natureza humana. O Estado serviria para reprimir a natureza do homem que é, segundo o filósofo político, agressiva, egoísta, voltada aos seus interesses e insensível à sorte de seus semelhantes. Motivo pelo qual, o homem abriu mão da sua liberdade transferindo seus direitos naturais para o Estado, Leviatã, que era o estado absolutista.

Spinoza⁸⁶ (1632-1677) escreveu sobre a ética, sua obra se baseia na crença de que todas as coisas se reduzem a uma única substância, Deus, que é a natureza, não havendo nada de imperfeito na ordem da natureza. Admitiu que o homem vivesse no estado de natureza, antes do pacto social. O estado teria sido criado para dar limites à força individual, porém não à consciência, motivo pelo qual entendia que seria possível abandonar o pacto.⁸⁷ Como a manutenção do Estado dependia de que as leis não fossem violadas as leis deveriam ser fundadas na razão e concordar com as tendências dos homens.

Locke⁸⁸ (1632-1704), inglês que viveu durante o período da revolução francesa, e era contra o absolutismo defendido por Hobbes. Segundo Locke o legislativo não poderia transferir a função de elaborar as leis, em função de receber esse poder por delegação do povo. Era da escola Clássica do Direito Natural e entendia que o contrato social se formou da necessidade de proteção de alguns direitos como a liberdade e a propriedade. Escreveu sobre a teoria do conhecimento contribuindo com sua tese empirista.

⁸³Ibidem., p.131.

⁸⁴Ibidem., p.132.

⁸⁵Ibidem., p.133.

⁸⁶Ibidem., p.134.

⁸⁷Defendia a união de poderes com o soberano capaz de instituir e interpretar as leis. O objetivo do estado seria a concórdia e os cidadãos deveriam cumprir as leis que eram, segundo Spinoza “a alma do Estado” SPINOSA, Baruch. *Tratado Político* in Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural 1973. *apud* NADER, op. cit., p. 134.

⁸⁸Ibidem., p.135-136.

Pufendorf⁸⁹, (1632-1694) foi catedrático da Universidade de Heidelberg. Sua obra tinha como característica ser sistematizada e suas ideias alcançaram grande repercussão penetrando nos Estados Unidos e influenciando a declaração de direitos do país. Promoveu a separação dos direitos inatos (que antecediam à sociedade) dos adquiridos (que se manifestavam na vida social), sendo os primeiros de origem natural e os segundos decorrentes da vida social e distinguiu direito natural de positivo, sendo o segundo subordinado ao primeiro.

Tomásio⁹⁰ (1665-1728), Lipsia, considerado fundador do direito moderno, separou: (i) direito, cujo princípio era o justo; (ii) moral, cujo princípio era o honesto e (iii) política, cujo princípio era o decoro, atribuindo ao direito caráter externo e a moral interno. A justiça em Tomásio tinha um valor negativo, de abstenção, omissão. O preceito do justo era: “Não faça aos demais aquilo que não queres que eles façam a ti”⁹¹. A moral e a política tinham valor positivo e determinavam ação. Com a diferenciação entre a moral (interna) e o direito (externo), nasce a ideia de dever jurídico, como uma obrigação externa, no plano da objetividade. A moral, porém estabelecia apenas um imperativo de consciência.

Separação Entre Direito e Moral em Tomásio		
DIREITO JUSRISPRUDÊNCIA	MORAL ÉTICA	POLÍTICA DECORO
1. cujo princípio era o justo. 2. direito caráter externo.	3. cujo princípio era o honesto. 4. moral caráter interno.	5. cujo princípio era o decoro.

Considerando um dos elementos da epistemologia que se pretende construir é centrado no conceito de justiça, nesse momento é necessário fazer algumas críticas à primeira teoria a separar o direito e a moral, mantendo o princípio do justo dentro do direito, o que é feito pelas objeções: (i) se o princípio do direito é o justo, então a moral ainda se faz presente no direito, (ii) há inconsistência metodológica em função da cooriginariedade entre a moral e direito, (iii) não existem doutrinas que defendam a possibilidade da produção do sistema jurídico objetivando a injustiça ou a imoralidade, motivo pelo qual é possível concluir que

⁸⁹Ibidem., p.136.

⁹⁰Considerando que, para Tomásio a moral era de foro interno, logo, ninguém poderia ser punido por professar determinado credo. Atribuía à validade do direito natural a Deus como causa remota, e não causa próxima. Defendeu a liberdade de pensamento e de consciência e se insurgiu contra as penas de tortura aplicáveis aos processos de bruxaria. Natural da Lipsia, hoje Itália, Ibidem., p.137-138.

⁹¹Ibidem.

essa separação é paradoxal, (iv) a ausência de preceitos de justiça e a ausência de preceitos de moral e de ética promoveram a falência do sistema jurídico nas grandes guerras, motivo pelo qual não é possível conceber uma cosmologia jurídica que prescindia de tais elementos.

Rousseau⁹² (1712-1778) influenciou os estatutos ideológicos da Revolução Francesa. Jusnaturalista, Rousseau escreveu em 1753 o livro discurso sobre a origem da desigualdade do homem, onde explicava a vida do homem em estado de natureza, onde os homens eram felizes e viviam livres e iguais, até que o primeiro homem cercou a terra, prevalecendo de sua força e criou a propriedade e com ela a sociedade civil. Assim sendo, para tentar restabelecer o bem estar em que vivia o homem realizou então *O Contrato Social*, que intitula a obra escrita em 1762. Por assim fazer, o homem transferiu ao Estado os direitos naturais em troca de direitos civis, motivo pelo qual a legislação deveria destinar-se a promover liberdade e igualdade entre os homens. Sobre as teorias de Hobbes, Locke e Rousseau, é importante observar as principais diferenças no quadro comparativo:

	Hobbes (1588-1679)	Locke (1632-1704)	Rousseau (1712-1778)
Homem em estado de natureza:	Vive em ameaça de guerra. O homem como lobo do homem.	Não havia guerra generalizada, mas arbitrariedade individual.	Os homens eram felizes e a desigualdade tinha origem na propriedade privada.
Estado:	Formação do Estado por um contrato social. Estado Absolutista, Leviatã, que servia para reprimir o homem.	Contra o Absolutismo Defesa do Estado Liberal e da Propriedade Privada.	Com a propriedade foi criada a sociedade civil e o Estado com base no contrato social.
Alienação dos direitos:	O súdito alienava seus direitos para o Estado e não poderia contestar o Estado exceto se lhe fosse imposta a autoeliminação.	Os governos poderiam ser contestados quando ferissem os direitos naturais.	Alienação dos direitos naturais em troca de direitos civis.
Direito: Todos são jusnaturalistas.	Direitos naturais, decorrentes da razão. Direitos Civis, decorrentes do Estado.	Direitos naturais, vida, liberdade e propriedade.	Direitos naturais alienados para o Estado. Com a alienação dos direitos naturais os homens passam a possuir direitos civis.
Forma de conhecimento:	Empirista	Empirista Nega as ideias inatas	Empirista

A gravura apresentada se destina a elucidar algumas diferenças entre os pensamentos de autores da escola clássica do direito natural. Esse esforço é importante para que seja compreendida a perigosa solução de continuidade promovida nos saberes na era da

⁹²Ibidem., p.138.

especialização.

Apontado o objetivo crítico da digressão histórica, é momento de continuar a analisar como se desenvolveu o conceito de justiça dentro da filosofia do direito, motivo pelo qual serão apresentadas as críticas à escola clássica, pelas obras de: Henrique Coccejo (1644-1719), Samuel Coccejo (1679-1755), Vico (1668-1744), Montesquieu (1689-1755), Leibniz (1646-1716) e Wolf (1679-1754). Antes da crítica positivista à Escola Clássica do Direito Natural, alguns autores apresentaram ideias que divergiam das ideias da escola clássica.

Henrique Coccejo (1644-1719), Samuel Coccejo (1679-1755), pai e filho, entendiam que a origem do direito natural era divina, motivo pelo qual a posição de ambos era antiintelectualista. Henrique Coccejo foi sucessor de Pufendorf na Universidade de Heidelberg e seu filho foi um dos autores do Código Civil da Prússia.

Giambatista Vico⁹³ (1668-1744) pensava que o sentimento jusnaturalista era evolutivo, bem como a vida em sociedade e assim passava ciclicamente por três idades: divina, heroica e humana. Tenta aproximar o direito da realidade e não acredita em uniformidade do direito, mas em semelhança entre leis e costumes de povos. Foi precursor da Escola Histórica do Direito juntamente com o Barão de Montesquieu, Charles Louis de Secondat, e, por isso, rejeitava esquemas racionalistas em prol da experiência.

Montesquieu⁹⁴ (1689-1755) tinha um pensamento que não se adequava ao da Escola Clássica do Direito Natural, pois acreditava que o direito emergia do povo como resultado de fatores naturais e culturais. A doutrina de Montesquieu não subordina a justiça ao conteúdo das leis, portanto não é positivista. Segundo Montesquieu as leis da natureza foram criadas por Deus, e discriminou: (i) a paz, (ii) a busca de alimentos, (iii) a atração dos sexos, (iv) o desejo de viver em sociedade.

Leibniz⁹⁵ (1646-1716) reaproximou o direito da moral, para ele a justiça era divina, motivo pelo qual divergia da ideia intelectualista da Escola Clássica do Direito Natural. Foi opositor ao sensismo de Locke, que entendia que todo o conhecimento tinha origem na experiência e que antes disso o homem era um tabula rasa. Desenvolveu em oposição ao sensismo de Locke um racionalismo chamado por Jhoanes Hessen de imanente, pois para ele a razão tinha conceitos imanentes.

Jhoann Cristian Von Woff⁹⁶ (1679-1754) era filósofo, matemático e jurista era

⁹³Ibidem., p.140.

⁹⁴Ibidem., p.140- 141.

⁹⁵Ibidem., p.142.

⁹⁶Ibidem.

seguidor de Leibniz e não apresentou originalidade em seu trabalho, pois analisou a obra de Leibniz. Jungia o direito à moral e situou o fenômeno jurídico como parte de uma lei ética, fundando o direito em instância teológica.

Após compreender as questões sobre a Escola Clássica do Direito Natural, e as críticas realizadas por outros jusnaturalistas, faz-se necessário iniciar os estudos das outras ideias que surgiram na modernidade, como: o direito racional de Kant; o idealismo Alemão e a filosofia e Hegel; a Escola Histórica do Direito.

Mas é necessário lembrar que o jusnaturalismo foi uma corrente filosófica que dominou o século XVIII. Influenciou as declarações de direitos dos Estados Unidos, da França, e as codificações do direito: austríaco, prussiano e francês. Tinha a pretensão de universalidade de um direito natural, muito embora fosse a corrente dominante na época em que eram promulgados os códigos nacionais. O naturalismo inicialmente defendia um direito natural de origem teológica, ao passar a defender um direito natural racional, germinou sua decadência, afirma Welzel⁹⁷.

O professor Nader, aponta como investidas contra o jusnaturalismo o criticismo de Kant e o historicismo de Savigny. Nader lembra que, apesar dos jusnaturalistas Locke e Rousseau, ambos contratualistas, terem baseado o direito natural na racionalidade e não na teologia, é a partir de Kant que se pode falar em uma Escola do Direito Racional.

Ensina o Professor Nader que Giorgio Del Vechio aponta que o sistema filosófico de Kant promoveu o fim da Escola Clássica do Direito Natural, e o início do direito racional.⁹⁸

Escola Clássica do Direito Natural → **Kant –transposição** → **Direito Racional.**

2.2 A Escola do Direito Racional: O Direito Racional De Kant (1724-1804).

Emmanuel Kant (1724-1804) filósofo de Königsberg teve especial importância pela

⁹⁷WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 2ed.espanhola, Madri: Aguiar, 1971.,p.170, *apud* NADER *op. cit.* P. 143

⁹⁸DEL VECHIO, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, v.I,p.291, *apud* NADER, *op. cit.*, p. 143.

teoria do conhecimento que formulou, sustentando teses ecléticas, conciliadoras dos problemas da possibilidade, origem e essência do conhecimento⁹⁹.

A gnosiologia, sobre a possibilidade do conhecimento, se situa entre a dicotomia dogmatismo (onde o sujeito cognoscente pode apreender o objeto e formular juízos dogmas) e ceticismo (onde o sujeito cognoscente não pode apreender o objeto, motivo pelo qual não deve formular juízos).

O sistema Kantiano é conhecido por criticismo e procura conciliar a dogmática com o ceticismo. O método de Kant tem relação com a dúvida cartesiana, dúvida metódica. No início Kant tendeu ao dogmatismo, influenciado pelas obras de Wolff, que abandonou em prol do empirismo e Hume. O empirismo teria promovido o despertar de Kant do sono dogmático, “um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético”.¹⁰⁰

Gnosiologia: Sobre a possibilidade do conhecimento: Dicotomia: dogmatismo e ceticismo	
DOGMATISMO	CETICISMO
O sujeito cognoscente poderá apreender o objeto. O sujeito deve formular juízos.	É impossível para o sujeito cognoscente apreender o objeto. O sujeito não deve formular juízos.
Solução Kantiana: Criticismo. “um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético”	

O problema da origem do conhecimento apresenta tensão entre o conhecimento racionalista, típico das ciências exatas que dependem de raciocínios lógicos, e o conhecimento empírico, típico das ciências naturais onde os estudos são realizados por meio da observação.

Segundo a teoria racionalista, origem do conhecimento com base na razão, o conhecimento seria inato, o homem já nasceria com a capacidade racional. Em oposição a essa teoria, tem-se a teoria empirista, origem do conhecimento com base na experiência, onde o homem nasce como uma tabula rasa e adquire experiências ao longo da vida.

Quanto à origem do conhecimento, a contribuição de Kant, é o apriorismo, tentativa de conciliar o racionalismo e o empirismo, como ensina Nader: “Para o filósofo Alemão o espírito é dotado de elementos *a priori*, de natureza apenas formal, semelhantes a recipientes onde a experiência deposita conteúdos”.

⁹⁹HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Armênio Amado, 1964. apud NADER, op. cit., p. 143.

¹⁰⁰DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito*, Coimbra: Armênio Amado, v.I,p.165 apud RUIZ MORENO, Martin T, *Filosofia Del Derecho*. Buenos Aires: Kraft p.291., apud op. cit., apud Hessen op.cit.66, apud Nader p.143.

Gnosiologia: Sobre a origem do conhecimento: Dicotomia: racional e empírico	
CONHECIMENTO RACIONAL	CONHECIMENTO EMPÍRICO
<p>Típico das ciências exatas; Dependem de raciocínios lógicos.</p> <p style="text-align: center;">CONHECIMENTO COM BASE NA RAZÃO</p> <p>Seria inato - o homem já nasceria com a capacidade racional.</p>	<p>Típico das ciências naturais; Estudos são realizados por meio da observação.</p> <p style="text-align: center;">CONHECIMENTO COM BASE NA EXPERIÊNCIA.</p> <p>Onde o homem nasce como uma tabula rasa e adquire experiências ao longo da vida.</p>
<p>Solução Kantiana: Apriorismo.</p> <p>O espírito é dotado de elementos <i>a priori</i>, de natureza apenas formal, semelhantes a recipientes. Nesses recipientes a experiência deposita conteúdos.</p>	

Kant também procura conciliar o problema da essência do conhecimento e cria o fenomenalismo, que visa à superação entre o antagonismo do realismo e do idealismo.

O realismo entende que as coisas existem no universo independente do sujeito cognoscente, são reais. O sujeito cognoscente, portanto é capaz de conhecer as coisas como são, é capaz de conhecer a realidade. O idealismo, em sentido contrário, entende que não há nada fora de nossa consciência, motivo pelo qual aquilo que se apresenta no pensamento é apenas o objeto ideal e não a realidade.¹⁰¹

A solução de Kant para essa dicotomia é o fenomenalismo, que distingue no objeto o fenômeno, aparência, e o número, coisa em si. Ensina Nader:

O espírito humano seria capaz de conhecer as coisas apenas em sua aparência (phaenomeno), pois o número, ou a coisa em si, seria inacessível à inteligência humana. O fenomenalismo concorda com o realismo ao admitir que há coisas reais e anui à teoria idealista quando assevera que o conhecimento só é possível quanto às aparências. O conhecimento humano pressupõe, para as percepções sensíveis, duas formas subjetivas: tempo e espaço, que não existem fora do sujeito cognoscente, mas que o condicionam, e enquanto os objetos materiais são finitos essas formas são infinitas. Kant enumerou quatro espécies de categoria: quantidade, qualidade, modo e relação. Em seus estudos sobre os juízos, classifica-os em duas espécies: analíticos e sintéticos. Quanto aos primeiros, o que se predica ao sujeito é redundante, pois este já engloba conceptualmente aquilo que se afirma ou se nega. Quando se enuncia que “todo o corpo é extenso”, tem-se um juízo

¹⁰¹As relações sujeito e objeto são dicotomias com origem nas remotas teorias de Parmênides e Heráclito, sendo oportuno lembrar que, no início do trabalho foi enfatizado que tais questões de natureza filosófica permeariam toda a pesquisa e seriam condições de possibilidade do alcance do sentido do problema veiculado.

analítico, pois a propriedade que se declara integra a noção do sujeito. Nos juízos sintéticos, o que se apresenta como predicado não faz parte conceptualmente do sujeito. Quando afirmamos que a água ferve a 100° estamos diante de um juízo sintético, pois não é um dado lógico que a água necessariamente tenha que entrar em ebulição naquela temperatura. Enquanto os juízos analíticos são acessíveis à inteligência, independentemente da experiência, porquanto são juízos *a priori*, os sintéticos são *a posteriori*, pois pressupõe a experiência do sujeito. Após indagar se haveria juízo sintético *a priori*, Kant admitiu que sim, mas apenas para as noções formais, como a Matemática e a Geometria.

Gnosiologia: Sobre a essência do conhecimento: Dicotomia: realismo e idealismo	
REALISMO	IDEALISMO
1. As coisas existem independentemente do sujeito cognoscente e o espírito (sujeito) é capaz de conhecê-las. 2. O sujeito cognoscente é capaz de conhecer as coisas, pois elas existem fora da consciência. 3. O sujeito cognoscente pode conhecer as coisas exatamente como são, pode apreender o objeto, objeto real, pois o real está fora da consciência.	1. Não há nada fora de nossa consciência. 2. O sujeito cognoscente não é capaz de conhecer as coisas como são, não há o real, há apenas o objeto ideal. 3. Aquilo que se apresenta no pensamento é apenas o objeto ideal e não há objeto real, a ser apreendido, pois não há nada fora do pensamento.
SOLUÇÃO KANTIANA: FENOMENALISMO.	
Distingue nos objetos o fenômeno e o número. Objeto= fenômeno (aparência ou parte apreensível) + número (coisa em si ou parte não apreensível). Parte Realista da teoria Kantiana: Fenômeno – a aparência. O espírito pode conhecer as coisas em sua aparência. Parte Idealista da teoria Kantiana: Número – a coisa em si. O espírito não pode conhecer a coisa em si. Existem coisas reais (número – coisa em si), mas o espírito humano não pode apreender a coisa em si, só tem a capacidade de apreender o fenômeno - aparência.	

Ainda sobre Kant, é importante pontuar algumas questões: (i) com relação à moral, Kant dissociou moral de direito; (ii) com relação ao direito colocou a liberdade como valor máximo; (iii) os direitos naturais (liberdade) poderiam ser conhecidos *a priori* pela razão e independiam da legislação externa; (iv) o direito positivo não se vincula sem uma razão externa; (v) sobre a coação, faz diferença entre direito em sentido estrito e em sentido amplo e a coação só cabe ao direito em sentido estrito.¹⁰²

Com relação à obra de Kant o que se pretende levar para a epistemologia hermenêutica a ser proposta é a atitude conciliatória. Apesar da investida de consenso Kantiana, na espiral hermenêutica que se será proposta, o controle de tais tensões não será

¹⁰²NADER, op. cit., p.146.

realizado com a separação de esferas, reservando e compartimentando dogmaticamente os conceitos tratados por cada uma das forças antagônicas.

Na espiral hermenêutica a ser proposta as tensões são controladas por aceleração e desaceleração típicas da física ou pela permeabilidade seletiva típica da biologia. O esforço Kantiano em compartimentar dogmatizando será visto com uma tendência que se consolida, mas que pode ser modificada quando do choque entre a tensão do enfoque zetético e dogmático.¹⁰³

2.3 O Idealismo Alemão e a Filosofia de Hegel (1770-1831)

A filosofia idealista Alemã foi professada por três principais autores: Hegel (1770-1831), Schelling e Fichte. Hegel estruturou um sistema filosófico em sua obra *Philosophie des Rechts* (1821). Para o idealismo Alemão a origem da realidade se identificava com o espírito. Nas lições do Professor Paulo Nader:

Para Hegel não havia limite ao conhecimento humano. Em *Philosophie des Rechts*, declarou que “tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real” o que significa que o ser e o pensar são iguais, não podendo haver divergência entre o ser e o dever ser. Para Hegel, nada existe fora do pensamento. Nada há que não logre uma justificação racional, como também não há posição racional que em algum momento não se realize. Tudo que em algum momento se realiza é um fenômeno da razão absoluta. A ideia, que não era estática, se desenvolvia na historicamente por um período dialético, Haveria sempre a marcha triádica da tese, antítese e síntese. A primeira configuraria a situação, a realidade, com todas as suas características, a qual conteria o gérmen da contradição e que ensinaria a antítese. Com o resultado do processo evolutivo surgiria à síntese, que por sua vez seria tese para uma nova marcha, em uma sequencia infinita. Tal método seria aplicável em todos os setores da realidade. O espírito que é a ideia em si e por si, se manifesta de três modos: o espírito subjetivo (a alma, a consciência e a razão); espírito objetivo (Direito, Moralidade e o Costume); espírito absoluto (Arte, Religião e a Filosofia), que é uma síntese do espírito subjetivo e objetivo. Enquanto a Arte registra a intuição da ideia do absoluto, a

¹⁰³Sobre as possibilidades de proceder à investigação de um problema, enfoque zetético e enfoque dogmático, ensina o Professor Tércio Sampaio: “Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto pergunta, o acentuando o aspecto resposta, Se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida.(...) No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é posto fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas,2003.p.41.

Religião representa a ideia do absoluto e a Filosofia expressa o absoluto. Quanto ao espírito objetivo, que abriga o Direito, seria a “existência do livre querer”, ou a liberdade externa que, não sendo perfeita, leva à Moralidade. Aplicando ao absoluto o método dialético, afirmou Kant que o Direito seria a tese; a Moralidade, a antítese e o Costume, a síntese. A família, a sociedade e o Estado integravam os costumes.¹⁰⁴

Kant	Hegel
<p>O espírito humano (o homem) seria capaz de conhecer as coisas (números) apenas em sua aparência (<i>phaenomeno</i> - fenômeno).</p> <p>A coisa em si, (número), não seria acessível à inteligência humana.</p> <p>Os homens possuem aptidão para conhecer apenas a aparência (fenômeno) e não a coisa em si (número).</p> <p>Nesse sentido, para Kant ser e pensar são diferentes.</p> <p>Há diferença entre ser (coisa em si) e dever ser (pensar).</p>	<p>Segundo Hegel não havia limite ao conhecimento humano, declarou que “tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real” Utilizando a linguagem de Kant, não haveria diferença entre a aparência (fenômeno) e a coisa em si (número).</p> <p>A ideia não era estática. A ideia se desenvolvia na historicamente por um período dialético. Haveria sempre a marcha triádica (dialética): tese, antítese e síntese. A tese (a situação), a realidade, com todas as suas características, a antítese (contradição) conteria o germen da contradição. Com o resultado do processo evolutivo surgiria à síntese (nova tese) tese para uma nova marcha, em uma sequencia infinita.</p> <p>O espírito (ideia em si e por si) se manifesta de três modos: Espírito subjetivo (a alma, a consciência e a razão); Espírito objetivo (direito, moralidade e o Costume); Espírito absoluto (arte, religião e a filosofia), que é uma síntese do espírito subjetivo e objetivo. Arte: registra a intuição do absoluto, Religião: representa a ideia do absoluto, Filosofia: expressa o absoluto.</p> <p>Quanto ao espírito objetivo, que abriga o Direito, seria a “existência do livre querer”, ou a liberdade externa que, não sendo perfeita, leva à Moralidade. Aplicando ao absoluto o método dialético, afirmou Kant que o Direito seria a tese; a Moralidade, a antítese e o Costume, a síntese. Família, sociedade e o Estado integravam os costumes (sínteses – novas teses para retornar ao processo evolutivo).</p>

Assevera o Professor Nader¹⁰⁵ que apesar do direito natural estar na base da filosofia de Hegel, pois o Direito deve ser um devenir mesmo da liberdade, apesar disso, o escritor alemão tinha verdadeira antipatia pelo jusnaturalismo. Hegel não acreditava na supervalorização das questões da natureza e entendia o Estado como fruto da razão humana.

¹⁰⁴Ibidem., p.146-147

¹⁰⁵Ibidem., p.147

2.4 Escola Histórica Do Direito: Gustavo Hugo (1764-1844), Frederico Carlos Savigny (1779-1861) e Jorge Frederico Pucha (1798-1846).

Sobre a Escola Histórica do Direito, é possível dizer que enquanto o jusnaturalismo propõe reflexões abstratas do direito, a Escola Histórica converge suas atenções para a experiência,¹⁰⁶ para os fatos da sociedade e seus costumes.¹⁰⁷ Nesse aspecto, a escola natural traria o elemento natural e a escola histórica o elemento cultural (positivo), tais elementos seriam tese e antítese, cuja síntese, seria o esforço do legislador em superar a tensão entre esses elementos opostos, elemento natural e o elemento cultural (positivo).¹⁰⁸

Escola Clássica do Direito	Escola Histórica do Direito
1. Racionalismo. 2. Propõe reflexões abstratas do direito. 3. A escola natural traria o elemento natural. 4. Método Dedutivo.	1. Empirismo. 2. Converte as suas atenções para a experiência, para os fatos da sociedade e seus costumes. 3. A escola histórica o elemento cultural. 4. Método Indutivo.

ESCOLA NATURAL COMO TESE: apresenta o elemento natural.	ESCOLA HISTÓRICA COMO ANTÍTESE: apresenta o elemento cultural (positivo).
DIREITO COMO SINTESE: O esforço do legislador em superar a tensão entre esses elementos opostos, elemento natural e o elemento cultural.	

Nas lições do Professor Nader:

O historicismo foi um movimento¹⁰⁹ importante de ideias, surgido e desenvolvido no séc. XIX, e que se apresentou como reação ao racionalismo, ao raciocínio puro e abstrato, que utilizava apenas o método dedutivo, desprezando a observação dos fatos.¹¹⁰

¹⁰⁶ Nesse ponto é importante asseverar que a Escola Clássica do Direito Natural tende ao racionalismo enquanto a Escola Histórica do Direito ao Empirismo, doutrinas antagônicas sobre a origem do conhecimento.

¹⁰⁷NADER, op. cit., p.148.

¹⁰⁸Ibidem., p. 148-149.

¹⁰⁹Observe que o referido movimento que é precursor do positivismo apresenta uma expressão realista (empirista) em contraposição ao idealismo (racionalismo).

¹¹⁰NADER, op. cit., p.149.

São expoentes do historicismo filosófico alemão Schelling e Hegel. Note que falar em historicismo filosófico não é exatamente a mesma coisa do que falar em historicismo¹¹¹ político e jurídico. Historicismo de forma geral foi um movimento do século XIX contra o racionalismo (raciocínio puro e abstrato) que utilizava o método indutivo por desprezar a observação dos fatos¹¹²(entre eles os fatos históricos). O historicismo filosófico foi abordado no tópico anterior, sobre o idealismo alemão e filosofia de Hegel.

Segundo o professor Paulo Nader o historicismo político exaltou a alma popular como expressão do espírito universal, sua manifestação política está ligada a Revolução Francesa, racionalismo. A Revolução Francesa significou a queda da tradição, impulsionada pelo pensamento racionalista (jusnaturalista), pensamento que foi severamente criticado na Inglaterra por Burcke (1729-1791) que qualificou a “Declaração dos Direitos do Homem” e do “Cidadão como Digesto da Anarquia”. Em oposição ao movimento racionalista (jusnaturalista), a Santa Aliança: Rússia, Prússia e Áustria, para restaurar a imagem das monarquias, procurou coibir a expansão das ideias racionalistas.

No direito, o historicismo (positivo) teve como representantes: Gustavo Hugo (1764-1844), autor de *Filosofia do Direito Positivo* (1797), Frederico Carlos Savigny (1779-1861), autor de *A Vocação de Nosso Século para a Legislação e a Ciência do Direito* (1814) e Jorge Frederico Pucha (1798-1846), autor de *O Direito Costumeiro*. Tudo isso ocorreu no início do século XIX.

Savigny foi o mais ilustre defensor do historicismo (juspositivista) e realizou obra em oposição à obra do juriconsulto alemão Thibaut (juspositivista), defensor da ideia de codificação. A escola histórica atribui especial ênfase ao direito costumeiro, que seria, segundo a tese defendida, a expressão legítima da vontade do povo. A disputa que havia na Alemanha, com relação à teoria do direito era promovida, por um lado pela escola historicista de Savigny, defendendo o direito costumeiro e por outro lado, Thibaut, defendendo a criação do código civil alemão¹¹³.

¹¹¹Para saber mais sobre historicismo ver REIS, José Carlos. *O Historicismo: A Redescoberta Histórica*. In: *Revista de História*. Juiz de Fora: UFJF. Disponível em: < <http://www.ufjf.br/locus/files/2010/01/15.pdf>> Acessado em: 10/12/2013, p. 9-27.

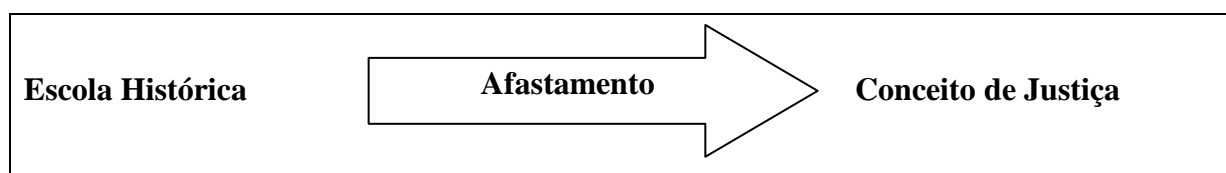
¹¹² NADER, op. cit., p.149.

¹¹³ *Ibidem.*, p.151.

Frederico Carlos Savigny (1779-1861)	Thibaut
1. Defensor do historicismo atribui especial ênfase ao direito costumeiro, que seria, segundo a tese defendida, a expressão legítima do da vontade do povo. 2. Preocupado com a estagnação, fossilização ou esclerosamento do Direito, que ocorreria com a codificação.	1. Defensor da ideia de codificação. 2. Preocupado com a segurança jurídica que não seria alcançada, sem a codificação.

O primeiro, preocupado com a estagnação, fossilização ou esclerosamento do Direito, que ocorreria com a codificação, e o segundo, preocupado com a segurança jurídica que não seria alcançada, sem a codificação, considerando ainda que a segurança jurídica era com ainda é um dos pilares do Direito.¹¹⁴

Del Vecchio aponta como benefício trazido pela Escola Histórica do Direito a demonstração da íntima relação entre o Direito e as condições particulares de cada povo e Nader aponta como prejuízo, o afastamento da busca do conceito de justiça (jusnatural), considerando que a Escola Histórica identifica o dever ser como real (positivo), como existente. Outra crítica é que os historicistas cultuavam o direito romano, que entendiam ser modelo válido universalmente, o que é um paradoxo, já que consideravam o direito expressão da vida do povo e da experiência.¹¹⁵



Compreendida a escola histórica do Direito, cuja doutrina foi desenvolvida na modernidade, é necessário adentrar aos temas da contemporaneidade.

2.5 Filosofia Contemporânea: interpretação ou interpretações?

A filosofia contemporânea se dá com a crise da modernidade e a ruptura com a tradição racionalista (jusnaturalista), em: Kant (filosofia crítica); Hegel (importância da

¹¹⁴ Ibidem.,

¹¹⁵ NADER, op. cit., p.151-152.

história); Marx (crítica da ideologia) e nas origens da escola de Frankfurt.¹¹⁶

Crise da Modernidade – Ruptura com a tradição racionalista - Jusnatutalista		
Kant (filosofia crítica)	Hegel (importância da história)	Marx (crítica da ideologia)

Segundo Marcondes a filosofia contemporânea é o resultado da crise do pensamento moderno do século XIX, nesse sentido leciona:

O projeto moderno se define, em linhas gerais, pela busca da fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas na análise da subjetividade, do indivíduo considerado como sujeito pensante, como dotado de uma mente ou consciência caracterizada por uma determinada estrutura cognitiva, bem como por ter uma capacidade de experiências empíricas sobre o real, tal como encontramos no racionalismo e no empirismo, embora em diferentes versões. Esse é o projeto que entra em crise no século XIX a partir das críticas de Hegel – que aponta para a necessidade de levar em conta o processo histórico de formação da consciência – e de Marx – que questiona os pressupostos idealistas. Além disso, [...], dá-se uma ruptura com ênfase, tanto no racionalismo, quanto no empirismo, da temática referente ao conhecimento e à ciência como modelos privilegiados de relação do homem com a realidade. A concepção de uma filosofia fortemente sistemática e teórica, que, formulando um grande sistema, pudesse dar conta de todas as áreas do saber humano, passa a ser vista como altamente problemática, se não irrealizável. Mesmo os defensores do racionalismo, do empirismo e da importância do conhecimento científico irão compartilhar esse diagnóstico quanto às dificuldades de se construir uma filosofia sistemática, um sistema do saber integrado, cuja última tentativa talvez tenha sido de Hegel.¹¹⁷

Na modernidade, o cerne da discussão filosófica era o sujeito pensante e a consciência individual que foram alternativas necessárias para confrontar a tradição. Ocorre, porém, que Hegel e Marx revelam que, esse caminho de interiorização não é possível, não é real. Assim, contra o racionalismo do sujeito cartesiano é contraposto o realismo das teorias de superação da modernidade, entre as teorias estão: (i) o historicismo; (ii) o materialismo e (iii) as teorias da linguagem.

¹¹⁶MARCONDES, op. cit. .p.212-252.

¹¹⁷Ibidem. p.255.

Projeto moderno	Crise no século XIX
Fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas na análise da subjetividade, do indivíduo considerado como sujeito pensante, como dotado de uma mente ou consciência caracterizada por uma determinada estrutura cognitiva, bem como por ter uma capacidade de experiências empíricas sobre o real, tal como encontramos no racionalismo e no empirismo.	Hegel – que aponta para a necessidade de levar em conta o processo histórico de formação da consciência Marx – que questiona os pressupostos idealistas. Dá-se uma ruptura com ênfase, tanto no racionalismo, quanto no empirismo, da temática referente ao conhecimento e à ciência como modelos privilegiados de relação do homem com a realidade. Mesmo os defensores do racionalismo, do empirismo e da importância do conhecimento científico irão compartilhar o diagnóstico da dificuldade de se construir uma filosofia sistemática.

..Críticas ao Sujeito..... Moderno Cartesiano..... e a SUBJETIVIDADE.....(i) o historicismo;(ii) o materialismo;(iii) as teorias da linguagem.
---	--

Com a superação do projeto da modernidade e com a mudança de paradigma filosófico para as teorias linguísticas há uma série de crises no conceito de verdade. A linguagem, então, aparece como alternativa de explicação da relação do homem com a realidade enquanto relação de significação. Por tal motivo explica autor:

Isso se dá principalmente em duas direções: 1) Em primeiro lugar, é como se o próprio pensamento subjetivo, como se os processos mentais dependessem da linguagem, de significados, de um sistema simbólico: como mais fundamental; 2) Em segundo lugar, a linguagem pode ser considerada, de um ponto de vista lógico, como construída de estruturas formais cuja relação com a realidade podemos examinar independentemente da consideração da subjetividade, da consciência individual.¹¹⁸

TEORIAS DA LINGUAGEM	
Teorias da linguagem como alternativa de explicação da relação do homem com a realidade enquanto relação de significação.	
DIREÇÕES	
Primeira Direção	Segunda Direção
O próprio pensamento subjetivo, os processos mentais dependem da linguagem, de significados, de um sistema simbólico: como mais fundamental.	A linguagem pode ser considerada, de um ponto de vista lógico. Construída de estruturas formais cuja relação com a realidade pode ser examinada independentemente da subjetividade, da consciência individual.

¹¹⁸Ibidem 256.

Com relação às teorias da linguagem, o Professor Marcondes cita as principais teorias: (i) da lógica matemática; (ii) filosofia analítica da linguagem; (iii) semiótica; (iv) positivismo lógico; (v) filosofia das formas simbólicas; (vi) hermenêutica; (vii) estruturalismo; (viii) antropologia linguística e (ix) teoria da linguística.¹¹⁹

Para facilitar a apreensão desses conteúdos é oferecida a figura abaixo onde são apresentadas as principais teorias da linguagem na visão do Professor Marcondes¹²⁰.

Principais Teorias da Linguagem: Locais e Principais Representantes:		
<p>1. Teoria da Lógica Matemática. Alemanha e Inglaterra.</p> <p>Inspirada em Leibniz.</p> <p>Desenvolvimento da lógica matemática.</p>	<p>2. Filosofia Analítica da Linguagem. Gottlob Frege (Conceitografia, 1879). Bertrand Russel (Princípios de matemática, 1903). Bertrand Russell com A. N Whitehead (Principia Mathematica, 1910). Ludwig Wittgenstein (Tractatus logico-philosophicus, 1921).</p>	<p>3. Semiótica. Nos Estados Unidos.</p> <p>Charles Sanders Peirce (1830-1914).</p> <p>Teoria geral dos signos e sua concepção pragmática, segundo a qual as hipóteses verdadeiras são as que dão melhores resultados.</p>
<p>4. Positivismo Lógico. Áustria (Círculo de Viena- capital da Áustria).</p>	<p>5. Filosofia das Formas Simbólicas Alemanha (neokantiano alemão)</p>	<p>6. Hermenêutica Alemanha. Friedrich Schleiermacher (1768-1834).</p>

¹¹⁹É oportuna a transcrição dos tópicos elencados pelo professor Marcondes: “Podemos citar dentre as mais importantes dessas teorias: (i) Teoria da Lógica Matemática - Na Alemanha e posteriormente na Inglaterra, o desenvolvimento da lógica matemática, que se inspira em parte em Leibniz; (ii) Filosofia analítica da linguagem, com Gottlob Frege (Conceitografia, 1879) Bertrand Russel (Princípios de matemática, 1903, e Principia mathematica, 1910, com A. N Whitehead) e Ludwig Wittgenstein (Tractatus logico-philosophicus, 1921); (iii) Semiótica - Nos Estados Unidos; Charles Sanders Peirce (1830-1914), sua teoria geral dos signos e sua concepção pragmática, segundo a qual as hipóteses verdadeiras são as que dão melhores resultados; (vi) Positivismo Lógico do Círculo de Viena e sua concepção de fundamentação do conhecimento científico na lógica das teorias científicas, com Rudolf Carnap (A estrutura lógica do mundo, 1928, e a sintaxe lógica da linguagem, 1934) e Moritz Schlick (com o artigo “Significado e verificação”, 1936); (v) Filosofia das formas simbólicas do neokantiano alemão Ernest Cassirer (1874-1945), com a obra do mesmo título publicada entre 1923-1929, dando uma interpretação do conhecimento e da cultura através do processo de simbolização desenvolvidos historicamente; (vi) Hermenêutica - Surge na Alemanha a partir da inspiração no teólogo e filósofo Friedrich Schleiermacher (1768-1834) e que considera a interpretação como a nossa forma de relação originária com o real, tendo seu principal representante contemporâneo em H.G. Gadamer (Verdade e Método, 1960); (vii) Estruturalismo linguístico – Obra do suíço Ferdinand Saussure (Curso de linguística geral, 1916), desenvolvido posteriormente na antropologia pelo francês Claude Lévi-Strauss (Antropologia estrutural, 1958), de grande influência no contexto intelectual francês dos anos 70, o que por vezes caracterizava-se como pós-estruturalismo, com Louis Althusser, Jacques Lacan, Michel Foucault e Roland Barthes; (viii) Antropologia linguística, na Inglaterra, com Borislaw Malinowski (“O problema do significado nas linguagens primitivas”, 1923), e Benjamin Lee Whorf (1897- 1941); (ix) Teoria linguística de Noam Chomsky (Estruturas sintáticas, 1957) com sua busca de universais linguísticos comuns a todas as línguas e a nossos processos cognitivos e representacionais. Ibidem., p.257.

¹²⁰ Ibidem.

<p>Círculo de Viena.</p> <p>Rudolf Carnap (A estrutura lógica do mundo, 1928, e a sintaxe lógica da linguagem, 1934).</p> <p>Moritz Schlick (com o artigo “Significado e verificação”, 1936).</p> <p>Concepção de fundamentação do conhecimento científico na lógica das teorias científicas.</p>	<p>Ernest Cassirer).</p> <p>Ernest Cassirer (1874-1945), com a obra do mesmo título publicada entre 1923-1929.</p> <p>Interpretação do conhecimento e da cultura através do processo de simbolização desenvolvidos historicamente.</p>	<p>H.G. Gadamer (Verdade e Método, 1960).</p> <p>Alemanha a partir da inspiração no teólogo e filósofo Friedrich Schleiermacher (1768-1834) e que considera a interpretação como a nossa forma de relação originária com o real, tendo seu principal representante contemporâneo em H.G. Gadamer (Verdade e Método, 1960).</p>
<p>7.Estruturalismo. Suíça e França.</p> <p>Ferdinand Saussure (Curso de linguística geral, 1916).</p> <p>Claude Lévi-Strauss (Antropologia estrutural, 1958). Obra do suíço Ferdinand Saussure (Curso de linguística geral, 1916), desenvolvido posteriormente na antropologia pelo francês Claude Lévi-Strauss (Antropologia estrutural, 1958), de grande influência no contexto intelectual francês dos anos 70, o que por vezes caracterizava-se como pós-estruturalismo, com Louis Althusser, Jacques Lacan, Michel Foucault e Roland Barthes.</p> <p>Pós Estruturalismo: Louis Althusser. Jacques Lacan. Michel Foucault. Roland Barthes.</p>	<p>8.Antropologia Linguística.</p> <p>Inglaterra.</p> <p>Borislav Malinowski (“O problema do significado nas linguagens primitivas”, 1923).</p> <p>Benjamin Lee Whorf (1897-1941).</p> <p>Antropologia linguística, na Inglaterra, com Borislav Malinowski (“O problema do significado nas linguagens primitivas”, 1923), e Benjamin Lee Whorf (1897- 1941).</p>	<p>9.Teoria linguística.</p> <p>Chomsky (Estruturas sintáticas, 1957).</p> <p>Teoria linguística de Noam Chomsky (Estruturas sintáticas, 1957) com sua busca de universais linguísticos comuns a todas as línguas e a nossos processos cognitivos e representacionais.</p>

Considerando as teorias linguísticas, em função dos estudos realizados objetivando a organização dos conteúdos necessários a criação de uma epistemologia como teoria da decisão, a pesquisa se posiciona no sentido de que: (i) as teorias da linguagem não são pós-positivistas; (ii) a lógica matemática, semântica formal de Frege que inspirou Wittgenstein a realizar seu tratado de lógica filosófica é a origem das teorias da argumentação; (iii) o tratado de lógica da filosofia de Wittgenstein foi estudado pelo Círculo de Viena e é o alicerce do positivismo lógico; (iii) a semiótica apresenta na teoria dos signos a verdade como melhor resultado, constituindo uma visão pragmática de verdade correspondência; (iv) o positivismo lógico do Círculo de Viena é teoria da linguagem com base na estrutura lógica do mundo, tema do livro de Carnap; (v) a filosofia das formas simbólicas também defende processo de correspondência entre conhecimento e cultura, dentro dos processos de simbolização; (vi) a hermenêutica que foi desenvolvida por Gadamer tem origem em Schleiermacher e apresenta a interpretação como forma de relação originária com o real, correspondência.

Constatada a importância de Wittgenstein I (primeira fase), para o positivismo lógico da escola de Viena, é necessário reconhecer que também que, “de fato”, a hermenêutica de Gadamer tem origem comum nas tentativas de solver os problemas da verdade por meio de processo de linguagem. Essa teoria que hodiernamente é utilizada com objetivo de promover a superação do positivismo teve sua base estrutural a partir de teorias que serviram de gênese para o positivismo. Em razão disso se depreende que, as mesmas racionalidades que fundamentaram o positivismo hoje são vistas como racionalidades tendentes a superá-lo. Além disso, é importante salientar que não há apenas um positivismo, mas algumas vertentes de teorias jurídicas positivistas.¹²¹

2.6 O Falso salto Epistemológico para Wittgenstein II: A espiral hermenêutica tentando conciliar as modernas teorias da linguagem.

Contemporaneamente, as teorias da linguagem fazem um falso salto epistemológico para a viragem pragmática iniciada por Wittgenstein, em sua segunda fase. É necessário reconhecer que a hermenêutica filosófica e as renovadas teorias da argumentação, todas arejadas pela crítica ao positivismo, também fazem um falso salto epistemológico para a viragem pragmática.

Por esse motivo, é possível concluir que todas essas teorias negam a carga genética comum com relação às teorias, da linguagem, anteriores, bem como negam a correlação que possuem, na qualidade de teorias da linguagem. Por assim fazerem, estas teorias criam uma “solução de continuidade que impede compreensão e conciliação de suas categorias”.

A forma com que a hermenêutica filosófica e a teoria da ponderação são encampadas, no Brasil, impossibilita a conciliação das teorias pelos pontos de convergência. Essa atitude, de não permitir a conciliação das teorias é combatida na pesquisa. A solução de continuidade dos conteúdos gera um vazio epistemológico que causa confusão no discente e isso se comunica para toda a comunidade jurídica, culminando na decisão judicial. Notadamente, o problema de interpretação é muito antigo, e parte desses problemas é devido à tendência da superação das doutrinas por meio da absoluta desvalorização das doutrinas anteriores. O “problema do movimento cíclico de superação de racionalidades” já

¹²¹ O que é constatado decorre da análise crítica proposta na pesquisa. *Ibidem.*, p.257.

demonstrado.

Esse processo de substituição de correntes de pensamento é algo muito antigo, apesar de ser evidenciado na atualidade. Trata-se da “marcha espiral do desenvolvimento da humanidade, ininterrupta, de fluxo contínuo”¹²².

Essa marcha espiral foi demonstrada pela alternância nos objetivos de superação de racionalidades entre a mitologia e o saber racional na antiguidade. Passou para a religião com o objetivo de superação de doutrinas pagãs pelas doutrinas cristãs, no medievo. Migrou para modernidade, onde a era da especialização promoveu a expropriação de conteúdos, momento em que a tensão passou a pairar nas brigas conceituais das racionalidades das ciências especializadas dentro dos problemas de relação sujeito e objeto e dentro dos problemas gnosiológicos da possibilidade, origem e essência do conhecimento. Momento em que, é superada a ingênua crença de que o homem se apropriaria de todo o saber pela ciência. Paradoxalmente, essa necessidade de superação entre racionalidades e teorias, essa necessidade de expropriação de conteúdos migrou, por meio da filosofia da linguagem, para os métodos.

Para ficar mais evidente o problema levantado pela pesquisa, o “problema de pretensão de racionalidade totalizante”, a figura abaixo demonstra a renovação de racionalidades e projetos intelectuais, religiosos, políticos e científicos.

Renovação de Racionalidades e de Projetos Intelectuais, Religiosos, Políticos e Científicos.			
Idade Antiga	Medievo	Modernidade	Contemporaneidade
Mitologia pelo saber racional, da mitologia para a filosofia. Direito com base na moral e na ética filosófica.	Fé pagã com base na racionalidade grega pela fé cristã baseada em dogmas da igreja católica. Direito natural com origem divina.	Era das especializações com expropriação de conteúdos pelas novas ciências. Da filosofia para a sociologia, para a psicologia, para a economia, para o direito. Teoria da norma pura, direito dissociado da moral e da ética.	Como não há mais sistemas filosóficos a serem combatidos e como o paradigma filosófico passou a ser a linguagem a marcha dialética se deslocou para a verdade obtida por meio do método, momento em que as doutrinas brigam pelo reconhecimento do melhor método para a solução dos paradoxos, “metafísica teorética”.

Notadamente, os métodos de hoje tem a mesma “pretensão de racionalidade totalizante” e de “verdade absoluta”, do que todas as outras sucessões históricas de racionalidades. Nesse sentido já é possível entender que esses problemas hermenêuticos e

¹²² Nesse ponto a crítica do trabalho se inspira em Hegel. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. op.cit., p. 53-60.

saltos epistemológicos maculam a compreensão dos estudiosos.

2.7 O problema da metafísica teorética e a busca da racionalidade totalizante.

Hodiernamente, sem perceber a filosofia contemporânea objetivando romper com a modernidade, acabou redimensionando os antigos paradoxos e com a transferência dos problemas da contemporaneidade para a linguagem e para o método. Por assim fazer, a filosofia contemporânea criou o “problema da metafísica teorética”.

O “problema da metafísica teorética” é a visão de que as novas teorias são teorias sobre teorias. Assim, as novas teorias (teorias das teorias) buscam comprovar a verdade pela “racionalidade totalizante”, motivo pelo qual as modernas teorias se convolam em uma “metafísica teorética das racionalidades totalizantes no paradigma da filosofia da linguagem na defesa do método com pretensão de universalidade”.

“Metafísica teorética”, expressão cunhada para a pesquisa é a pretensão de uma racionalidade totalizante e o conseqüente afastamento ou distorção das racionalidades anteriores.

Nesse momento, serão demonstradas, dentro do problema da metafísica teorética, as seguintes distorções epistemológicas: (i) o problema em apresentar categorias dicotômicas estratificadas por suas características comuns, como se fosse um estudo completo; (ii) problema da interpretação pejorativa da palavra positivismo; (iii) problema da interpretação pejorativa da palavra dogma.

Problemas da Metafísica Teorética: Pretensão de uma racionalidade totalizante e o conseqüente afastamento ou distorção das racionalidades anteriores.		
(i) problema da escolha em apresentar as categorias dicotômicas estratificadas, por suas características comuns, como se fosse um estudo completo;	(ii) problema da interpretação pejorativa da palavra positivismo;	(iii) problema da interpretação pejorativa da palavra dogma.

Os livros de filosofia do direito em geral, ao chegarem à contemporaneidade, ensinam as correntes filosóficas a partir da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo. Isso gera certa insegurança no discente, futuro Magistrado também o “o problema em apresentar categorias dicotômicas estratificadas por suas características comuns, como se fosse um

estudo completo”.

O que se pretende esclarecer é que antes os sistemas filosóficos elucidavam seus: conceitos, elementos, categorias. Também falavam sobre o processo de apreensão do conhecimento (racionalismo - empirismo) e agora, na contemporaneidade a introdução dos temas decorre da análise de dois sistemas jus-filosóficos, não vinculados a sistemas filosóficos puros. Nesse ponto, há uma inconsistência metodológica que adquiriu alto grau de estabilidade na dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo.

Na justificação das racionalidades nem sempre é tão fácil encontrar essas inconsistências. Por exemplo, o direito natural poderia ter três fundamentos: (i) fundamento divino; (ii) fundamento na razão humana; (iii) fundamento histórico. Assim, direito natural poderia ser divino e não ser racional nem histórico; poderia ser racional e não ser histórico nem divino e podia ser histórico e não ser divino nem racional. Isso fica mais fácil de ver, porém é importante observar a questão a seguir, por meio da hipótese:

Direito Natural - Fundamentos		
(i) Fundamento divino	(ii) Fundamento na razão humana;	(iii) Fundamento histórico

O direito natural é uma categoria que tem determinadas características. Em decorrência das características do direito natural há a produção de efeitos diferentes. Assim, o direito natural (categoria), supralegal (característica), não pode ser suplantado pelo direito positivo (efeito da supralegalidade). Notadamente o direito natural é a categoria e no caso de um direito positivado, ser positivado com a característica de não poder ser suplantado pelo próprio direito positivo, isso não o erige a categoria de direito natural.

Além dessas confusões que são feitas hodiernamente, também há o problema da carga semântica de algumas palavras, como positivismo e dogma.

Sobre a primeira palavra será apresentado “o problema da interpretação pejorativa da palavra positivismo” é pertinente a reclamação do Professor Lenio Streck, no sentido de que, chamar o juiz que aplica a lei de juiz boca da lei ou positivista não é correto.

A lei pode estar dentro da legitimidade democrática e respeitar a legitimidade democrática pode significar aplica-la. Nesse caso, deixar de aplicar a lei seria encontrar uma manobra para a utilização da discricionariedade em prol de paixões pessoais. O juiz estaria fazendo o que intimamente acha mais certo, poderia estar motivado pelos seus preconceitos

ou pelo seu inconsciente. Notadamente, essa aparente confusão se deve ao fato de que na contemporaneidade a ruptura com o sujeito moderno se deu por meio das teorias da argumentação. Essas teorias além de dar origem ao positivismo deram origem ao pós-positivismo e hodiernamente tratam o positivismo como um vilão da história. As teorias da linguagem recusam o positivismo, embora elas estejam na base filosófica que fundamentou o positivismo lógico do círculo de Viena (como a semântica formal de Frege e Wittgenstein I).

Na contemporaneidade, o repúdio às correntes positivistas de origem racional e metafísica impôs uma aderência tal ao niilismo que, qualquer forma de sistematização pode levar o filósofo a ser acusado de metafísico e o jurista a ser acusado de positivista, isso, com “certo tom de hediondez”. Esse raciocínio é veementemente combatido por essa pesquisa, pois a pretensão da pesquisa é deixar de enxergar o positivismo como corrente para observar como uma racionalidade.

Ainda restou um problema gerado pela filosofia contemporânea, o “problema da interpretação pejorativa da palavra dogma”. Aconteceu assim na filosofia e também na filosofia do direito. A palavra dogma, e suas derivações como dogmática, hodiernamente soam como “sacrilégio”. Isso se dá em função do sentido adotado no medievo, verdade divina, cujo descumprimento atraía para o indivíduo a acusação de herege. Se antes era sacrilégio discordar do dogma hoje parece ser um sacrilégio promover uma teorização objetivando uma dogmática.

Trata-se, portanto, de um “invertido raciocínio”. Motivo pelo qual, quem sistematizar algum conhecimento jurídico e arriscar uma dogmática, então, passa a ser o “inimigo público” da “era dos princípios”, do que se depreende que os dogmas agora, são a própria heresia.

É da natureza do ser humano organizar os conhecimentos produzidos, reproduzidos, adquiridos e modificados. Apesar disso, hodiernamente a “nova dogmática”¹²³ reconhece que os conhecimentos organizados podem ser reformulados. Não se pretende um conhecimento totalizante e perene, mas evitar a inviabilidade de qualquer grau de estabilidade nos saberes científicos.

2.8 As desavenças das teorias da argumentação e a objeção ao paradoxo das racionalidades totalizantes:

¹²³Expressão cunhada pela pesquisa, cuja inspiração foi a dialética hegeliana. O tema já foi abordado no capítulo anterior.

Outra questão fundamental a ser tratada pela filosofia do direito na contemporaneidade é que existem desavenças entre as teorias da argumentação. As teorias da argumentação se atacam de forma que algumas “correntes de teoria da argumentação” acusam a hermenêutica filosófica de ser uma corrente diametralmente oposta a elas. Enquanto a hermenêutica filosófica, por seu turno, acaba acreditando não ser realmente parte da teoria da argumentação. O que se observa é que as correntes da hermenêutica filosófica recusam a polissemia da palavra hermenêutica. Recusam que a palavra hermenêutica sirva para designar uma metodologia de interpretação judicial e também uma corrente das teorias da argumentação, voltada para solução do problema da verdade pelo método, principalmente dentro das teorias chamadas de eixo Heidegger-Gadamer hermenêutica filosófica.

Notadamente, a filosofia jurídica contemporânea, sobretudo no Brasil, parece estar condenada a desorganização. Para cada um dos lados, dos quase sistemas filosóficos, o mais importante trabalho a ser realizado é o de manter a dicotomia nas linhas de pesquisa. No Brasil, parece mais importante combater a corrente oposta do que ensinar aos discentes sobre a origem e a natureza comum dos fenômenos, o que acarreta no paradoxo dessas teorias se tornarem “teorias totalizantes das racionalidades que defendem”.

A pesquisa localizou como uma das dimensões problema da interpretação, o “problema das teorias totalizantes das racionalidades”, ou “metafísica teorética do método”. Esse paradoxo poderia ser combatido pela seguinte objeção: (i) “Se não é possível acreditar em conhecimento totalizante, logo não é possível acreditar em um método ou em uma racionalidade totalizante”¹²⁴. Por tudo o que foi dito, é possível dizer que nesse momento já foi alcançado outro objetivo da pesquisa, demonstrar: “a impossibilidade na crença de uma racionalidade totalizante”.

Em verdade, os pesquisadores contemporâneos, deixaram de observar o novo paradoxo que inauguram. Tentaram combater a “metafísica ontológica” e criaram a “metafísica teorética”. Ao criarem a “metafísica teorética”, tornaram os objetos de estudo - sujeitos e na diferença ôntico e ontológico, de ser e ente, trataram os “seres estudados” e o “pesquisador” em uma relação (S-S)¹²⁵.

¹²⁴Nesse ponto a pesquisa subtítulo assim como no subtítulo anterior a pesquisa já apresenta teorizações sobre problemas epistemológicos incidentes na teoria da decisão judicial.

¹²⁵Nesse ponto é realizada uma crítica a pretensão da superação da dicotomia sujeito objeto que Lenio Streck entende ter ocorrido na hermenêutica do eixo Heidegger-Gadamer como será demonstrado no próximo capítulo. Prefácio da obra de Marrafon por Lenio Streck, elemento pré-textual, xvi. MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e*

O problema disso é que, notadamente, para fazerem a transposição da relação (S-O) para a relação (S-S), esses pesquisadores reificam a racionalidade que é tornada objeto por meio do método. Em continuidade, quando os pensamentos foram tornados objetos, os filósofos passaram a buscar fórmulas totalizantes para as interpretações.

Com tudo isso, “saiu de cena” a teoria da forma, da “coisa” ontologia platônica, onde a forma era perene, para “entrar em cartaz” “o espetáculo das teorias da interpretação” (S-S). Ocorre que, essas teorias objetivam racionalidades perenes, motivo pelo qual inauguram novo paradoxo.

O que o pesquisador continua fazendo é tentar superar as linguagens anteriores e valendo-se delas para criar novas linguagens, objetivando a expropriação de conteúdos e a superação das antigas linguagens. Enquanto isso, os pesquisadores não enxergam que deveriam adotar uma postura diferente, e deveriam buscar o aperfeiçoamento e o diálogo das teorias anteriores, partir de suas categorias, para promover uma marcha dialética hegeliana¹²⁶ das racionalidades onde a síntese será sempre nova tese proposta para a submissão de nova antítese.

Com tudo isso que foi dito, conclui-se que no direito, alguns discentes, por sua vez, Mestres em diferenças entre positivismo e pós-positivismo, não entendem as críticas da hermenêutica filosófica e nem as críticas das chamadas teorias da argumentação, pois não entendem que as críticas são complementares. Para tentar solucionar alguns desses problemas a pesquisa passa a demonstrar o panorama da filosofia contemporânea do direito.

2.9 Filosofia contemporânea do direito: panorama.

Para entender como a contemporaneidade passou a rechaçar a antiga ideia de sistematização dos saberes, são profícuas as lições do Professor Marcondes “A concepção de uma filosofia fortemente sistemática e teórica, que, formulando um grande sistema, pudesse dar conta de todas as áreas do saber humano, passa a ser vista como altamente problemática, se não irrealizável”¹²⁷.

fundação ética na Práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹²⁶HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. op. cit. p. 53-60.

¹²⁷MARCONDES, op. cit. .p.255.

Trabalhando a contemporaneidade o Professor Paulo Nader¹²⁸ prefere dividir a matéria apresentando os seguintes temas: (i) a doutrina do direito natural; (ii) positivismo jurídico e suas correntes; (iii) teoria pura do direito; (iv) teoria marxista e o direito; (v) existencialismo e o direito; (vi) a filosofia jurídica de Del Vecchio; (vii) filosofia do direito no Brasil.

Considerando que os conteúdos acima elencados estão problematizados na pesquisa, é importante lembrar alguns aspectos. Na idade média o pensamento era firmado na doutrina cristã. A doutrina cristã procurou aproximar-se da razão e em Santo Agostinho (354-430) e Santo Tomás de Aquino (1225-1274), respectivamente o platonismo cristão e o aristotelismo cristão, ambos naturalistas¹²⁹.

Na modernidade ocorreu o movimento humanista, o renascentismo, a reforma protestante e a revolução científica, com o afastamento do pensamento do eixo teocêntrico, para o pensamento humanista. Apesar disso, objetivando a prova da existência de Deus, Descartes (1596-1650) cria o sujeito moderno cartesiano (racional)¹³⁰.

Com isso, o que se tem na idade média é uma metafísica baseada na teologia (instância suprassensível de origem divina) e na modernidade uma metafísica racionalista (instância suprassensível baseada na razão). Na idade modernidade há demasiada crença na inteligência humana, como se o homem pudesse racionalizar tudo e dominar tudo pela ciência.

A crise do pensamento moderno se dá com o pensamento niilista. Ensina Marrafon que há uma mudança de atitude onde é desmistificado o conceito de verdade¹³¹. Por meio do estudo da obra de Marrafon serão encontradas as questões da superação da filosofia moderna pela contemporânea, onde Marx (1818-1883), Engels (1820-1895) e Freud (1856-1939), são apresentados como grandes desconstrutivistas¹³².

¹²⁸NADER, op. cit. 156-295.

¹²⁹Ibidem, p. 118-120.

¹³⁰MARCONDES, op. cit. .p.164.

¹³¹Considerando como característica do sujeito moderno a centralidade e subjetividade, Marcondes ensina quais são as cinco grandes rupturas com a centralidade do homem moderno: (i) Teoria heliocêntrica, o sol como centro do sistema, Copérnico (1543); (ii) a revolução darwiniana com a teoria da evolução que matou a crença na superioridade humana, Darwin (1859); (iii) a revolução freudiana e a descoberta do inconsciente, sendo certo que o homem não é guiado apenas pela racionalidade, Freud (1900) Descobertas científicas do século XX: (iv) a revolução da informática, com a criação da inteligência artificial; (v) a revolução biológica, com a engenharia genética e a possibilidade de criar novas espécies e manipular característica de uma espécie. MARCONDES, op.cit. p. 258-259.

¹³²Prefácio da obra de Marrafon por Lenio Streck, elemento pré-textual, xvi. MARRAFON, op.cit.

RUPTURAS COM A CENTRALIDADE DO HOMEM MODERNO.				
Revolução copernicana.	Revolução darwiniana	Revolução freudiana	Revolução da informática	Revolução biológica

É com especial atenção a superação do homem cartesiano moderno que deve ser interpretada a filosofia e a filosofia do direito na contemporaneidade. Apesar disso, a filosofia do direito na contemporaneidade inicialmente é estudada pela doutrina do direito natural.

Ao dissertar sobre o direito natural, o professor Nader rememora Heráclito de Éfeso que embora defendesse os fluxos contínuos, quanto à lei, acreditava em uma lei universal e eterna. Também aduz sobre o drama em Antígona, com o problema da legitimidade da norma que revoga um costume aquilatado por direito natural e explica as divergências entre as teorias: monista e dualista. A teoria monista defensora da existência de um direito natural supralegal e a dualista defensora de um direito natural frente ao ordenamento posto.

Jusnaturalistas – concepção dualista do direito	Juspositivistas – concepção monista do direito.
Direito natural paralelo a ordem institucionalizada. Defendido por Heráclito de Éfeso (535-470). Narrado em Antígona (494-406) Onde Antígona afirmou ao rei Creonte que as ordens ditadas não eram superiores as leis não escritas e imutáveis dos deuses.	Só reconhecem o direito institucionalizado

Enfoque na Dicotomia com o Direito Positivo.	
Teoria Monista - Teoria defensora da existência de um direito natural supralegal.	Teoria Dualista - Teoria defensora de um direito natural frente ao ordenamento posto.

Apesar de trabalhar com a necessária dicotomia, direito natural e direito positivo é possível depreender da leitura Nader algumas questões importantes sobre o direito natural que embasaram os sistemas nos mais diferentes momentos históricos: (i) como referência para o legislador; (ii) como referência para as consciências individuais; (iii) inerente a natureza humana; (iv) decorrente de leis divinas, (v) decorrentes dos costumes, (vi) decorrentes da racionalidade humana em determinada época, (vii) um ideal de justiça, (viii) promove a insatisfação ou resistência na carência de justiça nos estatutos legais.¹³³

Mesmo apresentando tantas acepções do direito natural, Nader acaba retomando a

¹³³NADER., op. cit. p.156-157.

dicotomia e enfatiza mais as tensões entre direito natural e direito positivo, do que nos fundamentos dos sistemas, que podem ser absolutamente diferentes.

Essa tendência dos doutrinadores é uma das principais causas das inconsistências metodológicas hodiernamente encontradas na filosofia do direito. A pesquisa defende a teoria dualista, com a existência de um direito natural de origem racional, e legitimado historicamente e progressivo. Apesar de progressivo, para a pesquisa nem o direito natural, tampouco o direito positivo são vistos como imutáveis a característica de perenidade que foi atribuída às duas espécies de direito passa a ser substituída por graus de estabilidade.

Os jusnaturalistas da antiguidade, do medievo e da modernidade não apresentam um mesmo sistema jurídico, apesar da crença em uma lei com atributo de universalidade, generalidade e imutabilidade, que prepondere sobre a lei posta. Notadamente, nem mesmo a natureza humana é matéria de consenso filosófico. São corrente sobre a natureza humana: (i) A corrente materialista, que considera o homem apenas matéria, portanto, segundo essa corrente, o homem é desprovido de espírito; (ii) e seu antagonismo a corrente dualista sobre a natureza humana, que entende haver corpo e espírito¹³⁴.

Outra dicotomia está na base da ação humana: (i) Determinismo que levaria o homem a praticar condutas, motivado por questões econômicas¹³⁵ ou internas¹³⁶; (ii) e seu antagonismo, corrente do livre arbítrio, que levaria o homem a praticar suas condutas com liberdade em suas escolhas.

Dicotomia sobre a natureza humana.		Dicotomia sobre a base da ação humana.	
Corrente materialista	Corrente dualista.	Determinismo	Livre arbítrio.
O homem é apenas matéria.	O homem é corpo e espírito.	Não há liberdade na ação humana. O homem atua motivado por impulsos.	Os homens são livres na escolha de valores e em suas decisões.
		Marx Econômico.	
		Freud elemento interno próprio do ser.	

Apesar do que foi dito, há, realmente, um ponto de convergência nas teses jusnaturalistas até a contemporaneidade. A convergência é a imutabilidade do direito natural. Em função de tal convergência, apresentando contrariedade a tal convergência, R Stammler

¹³⁴Ibidem, p. 159.

¹³⁵Materialismo de Max. Ibidem.

¹³⁶Inconsciente de Freud. Ibidem.

defendeu a tese de que não há incompatibilidade do processo histórico ou dialético e o direito natural.¹³⁷ Stammler desenvolve a tese de direito natural de conteúdo variável.

Georges Renard, por sua vez, sustenta a tese de direito natural progressivo. Para o francês, o direito natural apresenta estabilidade e progressividade, motivo pelo qual o jusnaturalismo não apresentaria antagonismo às teses de caráter historicista. Entendia, também, que o direito natural não seria obstáculo ao desenvolvimento.¹³⁸

Gustav Radbruch que se converteu ao jusnaturalismo rebatendo o positivismo, o historicismo e o evolucionismo, entendia que o direito natural não era conservador. Assim fazia, pois defendia que quando o direito natural estava em desarmonia com o direito positivo, ele invocava seus princípios para transformá-lo. Para Radbruch, o direito natural também não era revolucionário, pois a tábua de valores que se encerrava deveria nortear o direito positivo.¹³⁹

Na Antiguidade	R. Stammler	Georges Renard	Gustav Radbruch
Imutabilidade do direito natural	Não há incompatibilidade do processo histórico ou dialético e o direito natural	Direito natural progressivo O direito natural apresenta estabilidade e progressividade, motivo pelo qual o jusnaturalismo não apresentaria antagonismo às teses de caráter historicista.	Converteu-se ao jusnaturalismo rebatendo: 1. Positivismo; 2. Historicismo; 3. Evolucionismo. Entendia que o direito natural não era conservador. Defendia que quando o direito natural estava em desarmonia com o direito positivo, ele invocava seus princípios para transformá-lo.

Orienta Nader¹⁴⁰ que, a doutrina marxista contesta o direito natural, apontando sua origem nas revoluções liberais burguesas. A doutrina marxista atribui ao direito natural o objetivo de dar suporte às pretensões capitalistas. Para V. A. Tumanov, as lutas trabalhistas indicam o caráter enganador desse direito. Nader distingue direito natural de positivo falando sobre a insuficiência do sistema de legalidade de Kelsen, pois nesse sistema o direito natural tem função meramente indicativa e para Nader o direito natural tem função ordenadora de: (i) princípios gerais de direito; (ii) equidade; (iii) resistência ao direito legítimo.¹⁴¹ Apresenta

¹³⁷NADER, op. cit. P. 160.

¹³⁸Interessante que para o direito natural progressivo a tese é invertida, pois enquanto o direito natural é progressivo o direito positivo é estável Ibidem, p. 161

¹³⁹Ibidem., p. 162.

¹⁴⁰Ibidem., p. 168.

¹⁴¹Ibidem., p. 163.

também as semelhanças entre o direito natural e costumeiro, pois eles não têm origem estatal.

Nesse ponto é necessário apresentar algumas considerações: Nader aponta como diferença entre direito natural e costumeiro a fonte a que positivados o direito costumeiro passa a ser legal e o natural passa a ser positivo. Nesse ponto a pesquisa considera a informação insuficiente. Motivo pelo qual inclui outra questão: A principal diferença entre o direito natural e o costume é ontológica o direito costumeiro se consolida com um comportamento reiterado e torna-se socialmente aceito, dentro de um sistema que reconheça validade nessa fonte e que a jurisprudência consolide a validade que já era possível no ordenamento jurídico positivo, ou seja, na norma sobre a formação do ordenamento jurídico, o direito natural prescinde de fonte no sistema positivo.

Entre os séculos XVI e XVIII o direito natural era racionalista e de índole normativa, hoje a projeção é mais assemelhada a da idade média, princípios, acessíveis pela indução, comuns ao gênero humano¹⁴².

O direito natural sofreu críticas pela interpretação marxista, interpretação materialista da história histórica como um direito manipulado pelo fator econômico e contaminado, pois se relaciona com o direito positivo indicando princípios e alguns limites. Engels apresenta visão utilitarista, pois entende que a existência de direitos inalienáveis depende da conveniência do momento histórico. Dessas correntes se apropria o direito soviético para em Tumanov considerar o direito natural como instrumento capitalista, superestrutura jurídica, pretexto para o abandono da legalidade. Apesar disso, para Nader “A existência do Direito Natural pressupõe a convivência humana e não depende de teorizações. A sua fonte é a natureza humana, a ordem natural das coisas, não a mente dos filósofos políticos¹⁴³”.

Funções do Direito Natural-Nader:

(i) Princípios gerais de direito; (ii) Equidade; (iii) Resistência ao direito legítimo.

Direito Natural: Entre os séculos XVI e XVIII era racionalista e de índole normativa.

Hoje a projeção é mais assemelhada a da idade média, princípios, acessíveis pela indução, comuns ao gênero humano.

Críticas ao direito natural:

Pela **interpretação marxista histórica** como um direito manipulado pelo fator econômico e contaminado, pois se relaciona com o direito positivo indicando princípios e alguns limites.

Pela **interpretação de Engels, em visão utilitarista** entende que não são inalienáveis, apenas conforme a conveniência do momento histórico.

Tumanov. O **direito soviético** se apropria das críticas de Marx e Engels. Considera o direito natural capitalista, uma superestrutura jurídica, um pretexto para o abandono da legalidade.

¹⁴²Ibidem., p. 164.

¹⁴³Ibidem., p. 171.

Notadamente resta, portanto, provado que em verdade não há o direito natural. Em verdade existem diversas teses sobre direitos naturais, pois variadas são as teses e variados são os bens jurídicos considerados integrantes desse sistema chamado direito natural. Para a pesquisa, será reconhecida a existência do direito natural, assim como será reconhecido que as conquistas dos direitos humanos decorreram da defesa dos direitos naturais. Por esse motivo, a positivação dos direitos naturais não retira a sua supralegalidade, não retira a validade e validade dos direitos humanos não positivados. A positivação dos direitos humanos é realizada de forma a: (i) reconhecer o momento de evolução política e democrática do sistema; (ii) reconhecer a afirmação histórica desses direitos ; (iii) de facilitar o exercício desse direitos afastando racionalidades que gravitem objetivando afastar esses direitos. Estudado o direito natural é o momento de estudar o positivismo jurídico e outros temas da filosofia contemporânea.

O positivismo foi um movimento filosófico que migrou para as ciências jurídicas. Paulo Nader abordar o tema por meio das seguintes questões: (i) a filosofia positiva¹⁴⁴; (ii) o pensamento científico de Augusto Comte¹⁴⁵; (iii) positivismo jurídico e suas tendências fundamentais¹⁴⁶; (iv) positivistas e jusnaturalistas¹⁴⁷; (v) escola da exegese e o codicismo¹⁴⁸; (vi) escola dos pandectistas e o conceptualismo (movimento codicista)¹⁴⁹ e historicismo

¹⁴⁴A filosofia positiva foi uma reação ao idealismo transcendental de Hegel (história) e ao criticismo de Kant (onde o homem não é capaz de conhecer a coisa em si, número, apenas a aparência, fenômeno), com a pretensão de substituir apriorismo por experiência e metafísica pelas ciências particulares. NADER, op. cit. p.173-194.

¹⁴⁵No pensamento científico de Comte o mundo já é dado e o homem deve se limitar a experiência, assim deve comprovar os nexos causais pelas ciências positivas (matemática, astronomia, física, química, biologia, psicologia, sociologia) A sociologia que aferiu a regularidade dos fatos sociais permitiu o regramento, criação de leis objetivas para os fatos. Criou para as leis as etapas: (i) teológica, leis divinas; (ii) metafísica; entidades abstratas; (iii) positiva, realidade constatada por nexos de causalidade. Ibidem., p. 173-194.

¹⁴⁶São as tendências fundamentais do positivismo jurídico: (i) normativa, Kelsen, Teoria Pura do Direito; (ii) codicista, escola da exegese, França, sec. XIX, direito com conteúdo do código; (iii) sociologista, ideológica, direito como fato social; (iv) realista, direito em função das sentenças judiciais. Ibidem.

¹⁴⁷ Positivistas e jusnaturalistas: Diante da legislação, são características dos positivistas: (i) Interpretação voltada para interpretação e sistematização das normas jurídicas; (ii) praticam o puro legalismo ou codicismo; (iii)excluem relevância ao estudo da sociologia do direito, dever jurídico; (iv) são contra a especulação ética, metafísica ou sociológica nas lacunas. Ibidem.

¹⁴⁸ A escola da exegese (codicismo) está ligada a promulgação do Código Napoleônico, Código Civil Francês no início do sec. XIX. O código era a única fonte do direito, perfeito e sem lacunas e os julgadores não podiam utilizar outras fontes. No final do séc. XIX com a industrialização os códigos ficaram insuficientes e ocorreu o enfraquecimento da escola da exegese. Ibidem.

¹⁴⁹ Os pandectistas (movimento codicista) de forma semelhante à escola da exegese na Alemanha do sec. XIX, com o estudo das Pandectas, ou Digesto de Justiniano. Promoveram noções de alto poder de abstração, como negócio jurídico e direito subjetivo. Promoveram esforço pela unidade do direito alemão e pela política nacional.

jurídico (não codicista)¹⁵⁰; (vii) jurisprudência analítica de John Austin¹⁵¹; (viii) positivismo crítico de I. Vanni¹⁵² e de G. Carle¹⁵³; (ix) neokantismo de R. Stammler¹⁵⁴ e de E. Lask¹⁵⁵; (x) A posição doutrinária de Léon Duguit¹⁵⁶; (xi) teoria geral do direito¹⁵⁷; (xii) realismo jurídico norte-americano¹⁵⁸ e escandinavo¹⁵⁹.

Para facilitar a recuperação dos conteúdos a serem contextualizados pela pesquisa é oferecida uma figura sobre a filosofia do direito na contemporaneidade.

¹⁵⁰ O historicismo jurídico (movimento não codicista) é da primeira metade do séc. XIX, juntamente com a escola da exegese da França. Contrários aos pandectistas, não pretendiam a codificação do sistema jurídico alemão. Um de seus maiores expoentes foi Savigny (1779-1861) que defendia um direito positivo psicológico “forças espirituais da nação”. Ibidem.

¹⁵¹ A jurisprudência analítica de Austin (1790-1859), inglês, foi estudo paralelo ao dos pandectistas e escola da exegese, porém, o direito foi concebido como reunião de normas do soberano para o súdito, ou seja, o direito era chancelado pelo estado. A moral era matéria afeta ao legislador e a jurisprudência analítica abordava exclusivamente leis positivas. Idem. Ibidem.

¹⁵² Positivismo de I Vanni (1855-1903) Positivismo crítico na Itália, no último quarto do séc. XIX aproxima positivismo jurídico e idealismo alemão. O direito está no campo da experiência e tem exigências de ordem ética. Atribui validade às leis injustas, embora ao estudar este problema afirme que a norma é o último elo de uma corrente de uma ordem jurídica de uma comunidade de forma a reconhecer que o direito deveria ter uma exigência ética de ser intrinsecamente justo. Ibidem.

¹⁵³ O positivismo de G. Carle (1845-1917) Também promove o positivismo jurídico crítico, tenta conciliar positivismo e idealismo hegeliano, e entende pela obrigatoriedade do elemento moral no direito. Segundo ele o justo é estímulo para que a lei se cumpra e a moralidade atribui caráter obrigatório a lei. Entende que o papel da filosofia do direito é o estudo histórico, pois as leis históricas se projetam pelos princípios da razão. Ibidem.

¹⁵⁴ O neokantismo de Stammler (1856-1938): O alemão tem uma concepção idealista. O direito não pode ser apreciado pelo método indutivo, necessita da pesquisa de fatos sociais. O direito não é um corpo físico, mas uma categoria da vontade como as demais regras de conduta social, só que o direito tem autarquia, que são as formas de preceito jurídico a violabilidade, a permanência e a vinculação. Critica o materialismo histórico (onde o direito é superestrutura de fenômenos econômicos), pois para ele o direito é precondição da vida social e antecede aos fenômenos econômicos. Ibidem.

¹⁵⁵ O neokantismo de Emil Lask (1875-1915) austríaco, situou o direito no mundo da cultura, pretendendo enlaçar fatos e valores e assim o direito seria composto de dois métodos: (i) fator atuante na vida social e (ii) conjunto de significados. O direito pode ser estudado por três ângulos: (i) ciência do direito como ordenamento; (ii) sociologia jurídica como fato social; (iii) filosofia jurídica como valor. Ibidem.

¹⁵⁶ Léon Duguit (1859-1928) Francês, pretendia criar uma teoria realista antagônica ao direito natural, com coloração sociológica pretendia que o direito fosse realista para fundamentá-lo na solidariedade e interdependência social Interdependência (ordenamento de fatos) e solidariedade (entrosamento social). Rejeitou juízos de valor no direito, mas paradoxalmente concebeu dimensão axiológica. Ibidem.

¹⁵⁷ A teoria geral do direito é teoria positivista que objetiva extrair do método de trabalho indutivo das ciências naturais, a análise de fatos para organizar conceitos gerais e abstratos de um ramo ou árvore jurídica. Do direito natural, apenas estuda os valores sendo importante para a compreensão do fenômeno jurídico. Ibidem.

¹⁵⁸ Realismo jurídico norte-americano: Realismo, positivismo e empirismo jurídico por vezes são expressões sinônimas. Na corrente americana representada por Roscoe Pound, há a valorização da prática judicial e o papel secundário das normas, na lógica anglo-americana do direito. Nesse caso os métodos lógico, histórico e sociológico são utilizados, lógica história e costume têm seu lugar. Pound (1870-1964) foi expoente da jurisprudência sociológica, tinha influencia do pragmatismo de Willian James (1842-1910) Depois da segunda guerra mundial, Paud abrandou sua posição empirista e mostrou-se receptivo às doutrinas jusnaturalistas. Ibidem.

¹⁵⁹ Realismo jurídico escandinavo: Para o dinamarquês Alf Ross (1889-1979), discípulo de Kelsen, o direito vigente não é fenômeno do direito, mas da aplicação dos juízes. Para que uma proibição tenha qualificação jurídica é indispensável que os tribunais declarem nos casos submetidos. O direito é um conjunto das previsões das decisões judiciais. A interpretação jurídica se funda no princípio da verificação, é ciência empírica com função exegética, mas isso não é suficiente. Para saber mais sobre o positivismo jurídico vide também: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. Ibidem.

A filosofia positiva.	O pensamento científico de Augusto Comte.	O positivismo jurídico e suas tendências fundamentais.	Positivistas jusnaturalistas.
<p>A filosofia positiva foi:</p> <p>(i) Reação ao idealismo transcendental de Hegel (história);</p> <p>(ii) Reação ao criticismo de Kant (onde o homem não é capaz de conhecer a coisa em si, número, apenas a aparência, fenômeno).</p> <p>O positivismo tinha a pretensão de substituir:</p> <p>(i) o apriorismo pela experiência;</p> <p>(ii) a metafísica pelas ciências particulares.</p>	<p>O mundo já é dado e o homem deve se ater a experiência, assim deve comprovar os nexos causais pelas ciências positivas (matemática, astronomia, física, química, biologia, psicologia, sociologia).</p> <p>A sociologia que aferiu a regularidade dos fatos sociais permitiu o regramento, criação de leis objetivas para os fatos.</p> <p>Comte criou as seguintes etapas para as leis: (i) teológica, leis divinas; (ii) metafísica; entidades abstratas; (iii) positiva, realidade constatada por nexos de causalidade.</p>	<p>Tendências fundamentais do positivismo jurídico:</p> <p>(i) Normativa, Kelsen, Teoria Pura do Direito;</p> <p>(ii) Codicista, escola da exegese, França, sec. XIX, direito com conteúdo do código;</p> <p>(iii) Sociologista, ideológica, direito como fato social; (iv) realista, direito em função das sentenças judiciais.</p>	<p>Diante da legislação, são características dos positivistas:</p> <p>(i) Interpretação voltada para interpretação e sistematização das normas jurídicas;</p> <p>(ii) praticam o puro legalismo ou codicismo;</p> <p>(iii) excluem relevância ao estudo da sociologia do direito, dever jurídico;</p> <p>(iv) são contra a especulação ética, metafísica ou sociológica nas lacunas.</p>
Escola da exegese e o codicismo	Escola dos pandectistas e o conceptualismo (movimento codicista)	Historicismo jurídico (não codicista)	Jurisprudência analítica de John Austin
A escola da exegese está ligada a promulgação do Código Napoleônico, Código Civil Francês no início do séc. XIX. O código era a única fonte do direito, perfeito e sem lacunas e os julgadores não podiam utilizar outras fontes. No final do séc. XIX com a industrialização os códigos ficaram insuficientes e ocorreu o enfraquecimento da escola da exegese.	Os pandectistas (movimento codicista) de forma semelhante à escola da exegese na Alemanha do séc. XIX, com o estudo das Pandectas, ou Digesto de Justiniano. Promoveram noções de alto poder de abstração, como negócio jurídico e direito subjetivo. Promoveram esforço pela unidade do direito alemão e pela política nacional.	O historicismo jurídico (movimento não codicista) é da primeira metade do séc. XIX, juntamente com a escola da exegese da França. Contrários aos pandectistas, não pretendiam a codificação do sistema jurídico alemão. Um de seus maiores expoentes foi Savigny (1779-1861) que defendia um direito positivo psicológico “forças espirituais da nação”.	A jurisprudência analítica de Austin (1790-1859), inglês, foi estudo paralelo ao dos pandectistas e escola da exegese, porém, o direito foi concebido como reunião de normas do soberano para o súdito, ou seja, o direito era chancelado pelo estado. A moral era matéria afeta ao legislador e a jurisprudência analítica abordava exclusivamente leis positivas.

Positivismo crítico de I. Vanni.	Positivismo crítico de G. Carle.	Neokantismo de R. Stammler.	Neokantismo de E. Lask.
Positivismo de I Vanni (1855-1903) Positivismo crítico na Itália, no último quarto do séc. XIX, aproxima	O positivismo de G. Carle (1845-1917) Também promove o positivismo jurídico crítico, tenta conciliar	O neokantismo de Stammler (1856-1938): O alemão tem uma concepção idealista. O direito não pode ser apreciado pelo método	O neokantismo de Emil Lask(1875-1915) Austriaco situou o direito no mundo da cultura, pretendendo enlaçar fatos

<p>positivismo jurídico e idealismo alemão. O direito está no campo da experiência e tem exigências de ordem ética. Atribui validade às leis injustas, embora ao estudar este problema afirme que a norma é o último elo de uma corrente de uma ordem jurídica de uma comunidade de forma a reconhecer que o direito deveria ter uma exigência ética de ser intrinsecamente justo.</p>	<p>positivismo e idealismo hegeliano, e entende pela obrigatoriedade do elemento moral no direito. Segundo ele o justo é estímulo para que a lei se cumpra e a moralidade atribui caráter obrigatório a lei. Entende que o papel da filosofia do direito é o estudo histórico, pois as leis históricas se projetam pelos princípios da razão</p>	<p>indutivo, necessita da pesquisa de fatos sociais. O direito não é um corpo físico, mas uma categoria da vontade como as demais regras de conduta social, só que o direito tem autarquia, que são as formas de preceito jurídico a violabilidade, a permanência e a vinculação. Critica o materialismo histórico (onde o direito é superestrutura de fenômenos econômicos), pois para ele o direito é precondição da vida social e antecede aos fenômenos econômicos.</p>	<p>e valores e assim o direito seria composto de dois métodos: (i) fator atuante na vida social e (ii) conjunto de significados. O direito pode ser estudado por três ângulos: (i) ciência do direito como ordenamento; (ii) sociologia jurídica como fato social; (iii) filosofia jurídica como valor.</p>
<p>A posição doutrinária de Leon Duguit.</p>	<p>Teoria geral do direito.</p>	<p>Realismo jurídico norte-americano.</p>	<p>Realismo jurídico escandinavo.</p>
<p>Léon Duguit (1859-1928) Francês, pretendia criar uma teoria realista antagônica ao direito natural, com coloração sociológica pretendia que o direito fosse realista para fundamentá-lo na solidariedade e interdependência social. Interdependência (ordenamento de fatos) e solidariedade (entrosamento social). Rejeitou juízos de valor no direito, mas paradoxalmente concebeu dimensão axiológica.</p>	<p>A teoria geral do direito é teoria positivista que objetiva extrair do método de trabalho indutivo das ciências naturais, a análise de fatos para organizar conceitos gerais e abstratos de um ramo ou árvore jurídica. Do direito natural, apenas estuda os valores sendo importante para a compreensão do fenômeno jurídico.</p>	<p>Realismo jurídico norte-americano: Realismo, positivismo e empirismo jurídico por vezes são expressões sinônimas. Na corrente americana representada por Roscoe Pound, há a valorização da prática judicial e o papel secundário das normas, na lógica anglo-americana do direito. Nesse caso os métodos lógico, histórico e sociológico são utilizados, lógica história e costume têm seu lugar. Pound (1870-1964) foi expoente da jurisprudência sociológica, tinha influência do pragmatismo de William James (1842-1910) Depois da segunda guerra mundial, Paud abrandou sua posição empirista e mostrou-se receptivo às doutrinas jusnaturalistas</p>	<p>Realismo jurídico escandinavo: Para o dinamarquês Alf Ross (1889-1979), discípulo de Kelsen, o direito vigente não é fenômeno do direito, mas da aplicação dos juízes. Para que uma proibição tenha qualificação jurídica é indispensável que os tribunais declarem nos casos submetidos. O direito é um conjunto das previsões das decisões judiciais. A interpretação jurídica se funda no princípio da verificação, é ciência empírica com função exegética, mas isso não é suficiente. NADER op. cit. 174-194 Para saber mais sobre o positivismo jurídico vide também: BOBBIO, Norberto. <i>O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito</i>. São Paulo: Ícone, 2006. Idem.</p>

Notadamente, o elenco de temas explicitado se destina a evitar solução de continuidade nos estudos, para evitar inconsistências metodológicas.

Além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico são temas da filosofia contemporânea do direito, segundo o professor Nader: (i) teoria pura do direito; (ii) teoria

marxista e o direito; (iii) o existencialismo e o direito; (iv) a filosofia jurídica de Del Vecchio e a (v) filosofia do direito no Brasil. Sobre esse conteúdo exposto em elenco, esses conteúdos que já permeiam o trabalho foram didaticamente organizados em uma figura.

Teoria pura do direito	Teoria marxista e o direito	O existencialismo e o direito
<p>Hans Kelsen Austríaco (1881-1973) Em 1919 foi convidado para elaborar a Constituição da nova República da Áustria.</p> <p>Atribuiu a ciência do direito o papel de estudar normas jurídicas, separando o direito da ética sociologia e política, todas com função de submeter o direito à crítica de conteúdo.</p> <p>A teoria pura do direito sofreu influência da Jurisprudência analítica de John Austin (1790-1859).</p>	<p>Marx (1818-1883) Engels (1820-1895)</p> <p>Filosofia Marxista</p> <p>(i) Primado do real sobre o ideal;</p> <p>(ii) teoria evolucionista de Darwin;</p> <p>(iii) materialismo histórico, dialética hegeliana revisada.</p> <p>Atenção voltada para a função exercida pelo direito que é instrumento de opressão da sociedade capitalista.</p> <p>Apesar de ser influenciado por Savigny, elabora teoria contrária a escola histórica, pois a evolução não se dá com o estudo dos fatos pretéritos, mas com a ruptura com o passado.</p> <p>A tese materialista (realista) nega o direito racional.</p> <p>O direito natural seria ideológico e utilizado pela burguesia para impor sua conveniência.</p> <p>Tese da provisoriedade do direito.</p>	<p>Contra o racionalismo de Hegel o dinamarquês Kierkegaard (1813-1855) não admitia a existência limitada a processos lógicos.</p> <p>Para os racionalistas a realidade é acessível pelo pensamento, para os existencialistas a existência, a vida interior é insondável.</p> <p>O existencialismo alcançou seu máximo no século XX com o Ser e o Tempo de Heidegger (1889-1976), porém ao falar sobre ontologia afastou-se do existencialismo.</p> <p>Há dificuldade em conciliar o existencialismo com as atuais doutrinas de direito.</p>

Considerando que, a pesquisa reuniu conhecimento teórico, suficiente, sobre as principais correntes filosófico-jurídicas da idade antiga até a contemporaneidade, faz-se necessário retornar a filosofia para conhecer a viragem pragmática linguística de Wittgenstein, *linguistic turn*, a seguir¹⁶⁰.

Para compreender os problemas do conceito de verdade no paradigma da linguagem, desafio do próximo capítulo da pesquisa, é necessário compreender a mudança de paradigma filosófico proposto pelos linguistas. Já foi demonstrado como a filosofia contemporânea procurou deslocar a relação sujeito-objeto para um terceiro elemento, linguagem. Nesse momento o trabalho objetiva apresentar um dos principais autores responsáveis por essa mudança paradigmática e como a obra desse autor se desenvolveu. Tudo isso é necessário, pois tendo Wittgenstein apresentado duas fases em seu trabalho ele não é apenas um dos

¹⁶⁰ Ibidem., p. 272-275.

responsáveis pela mudança de paradigma filosófico para a linguagem, ele também estuda os problemas linguísticos em dois eixos, o primeiro, (i) eixo da linguagem como espelhamento, narrativa e o segundo, (ii) eixo da linguagem nos jogos de linguagem¹⁶¹.

Wittgenstein será tratada como precursor da *linguistic turn*, ou seja, do “giro linguístico” da filosofia, que é um novo paradigma para a filosofia. Wittgenstein, como filósofo, teve seu trabalho dividido em duas fases. A primeira fase onde escreveu o livro *Tractatus Logico-Philosophicus*, onde defendeu a tese de que os problemas de filosofia seriam problemas de linguagem. Nesse momento, o filósofo dedicou-se a classificar a linguagem e analisá-la como precipuamente descritiva, motivo pelo qual o autor foi a maior influência do positivismo lógico¹⁶².

A segunda fase foi o momento em que Wittgenstein escreveu o livro *Investigações Filosóficas*. Nesse momento o filósofo conclui que não existe uma linguagem, mas linguagens. Nessa teorização Wittgenstein introduz no estudo da linguagem os conceitos de “semelhança de família” e de “jogos de linguagem”¹⁶³.

Por tudo que foi dito, é necessário lembrar que, a linguagem privada, segundo Wittgenstein é incoerente, pois a linguagem antes de tudo é uma prática pública. Constatado isso, é momento de enfrentar o capítulo sobre a jurisdição constitucional no paradigma da linguagem¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

3. CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA, NORMATIVIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A DECISÃO COMO FENÔMENO COMPLEXO.

Considerando que o trabalho se dispõe a questionar a legitimidade democrática da decisão judicial, faz-se necessário entender o constitucionalismo como um processo histórico de amadurecimento da sociedade, o que se comprova por meio dos marcos legislativo-temporais dos direitos humanos, matéria de índole constitucional: (i) 1215 - Magna Carta Inglaterra; (ii) 1628 - *Petition of Rights* – Petição de Direitos; (iii) 1679 - Lei de *Habeas Corpus*; (iv) 1689 - *Bill Of Rights*; (v) 1776 Declaração da Virgínia, que serviu de base para a constituição dos Estados Unidos da América em 1787; (vi) 1789 - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; (vii) 1948 - Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com a evolução das teorias sobre a origem e a validade do sistema jurídico, a Constituição passou a ser considerada norma fundante do Estado, com hierarquia superior às demais normas. Essa consciência da Constituição como norma fundante a erigiu ao topo do ordenamento jurídico. Isso fez com que os fundamentos dos sistemas jurídicos gravitassem ao redor da norma fundante. Motivo pelo qual, falar em decisão judicial e em interpretação da norma, passa pela análise da conformação da norma com o fundamento de validade do sistema.

Além de compreender a hierarquia e historicidade da norma constitucional, é importante colocar em evidência que, como fundamento de validade do ordenamento, a Constituição tem o atributo da normatividade e não constitui tão somente valores sociológicos, motivo pelo qual tem mais vocação para Hesse (1919-2005)¹⁶⁵ do que para Lassalle (1852-1864)¹⁶⁶. Do exposto, se depreende que a pedra fundante e fundamental do sistema jurídico é antes um corpo com força normativa, do que a simples reunião de fatores reais de poder.

¹⁶⁵O trabalho em referência A força normativa da constituição foi a base da aula inaugural proferida pelo professor Konrad Hesse, na Universidade de Freiburg em 1959, onde o professor se contrapõe à reflexões de Ferdinand Lassalle. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição: die normative kraft verfassung*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 10.

¹⁶⁶A Essência da Constituição foi palestra proferida por Ferdinand Lassalle em 1862 na Associação Liberal progressista de Berlin. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução: Aurélio Wandir Bastos. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 15.

Ferdinand Lassalle (1852-1864) A essência da Constituição. Palestra proferida em 1862. Associação Liberal progressista de Berlin. Conceito sociológico de Constituição.	Konrad Hesse (1919-2005) A força normativa da Constituição. Aula inaugural proferida em 1959. Universidade de Freiburg. Conceito jurídico de Constituição.
Questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. A Constituição é um pedaço de papel que sucumbe a fatores reais de poder. A Constituição se submete a fatores reais de poder.	O direito constitucional é ciência normativa. O conceito de Constituição jurídica é próprio da definição da ciência do direito constitucional enquanto normativa. A Constituição tem força normativa.

O constitucionalismo foi um movimento onde se buscou, entre outros direito, as liberdades públicas. Considerando que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico a jurisdição constitucional é o cerne do problema da decisão judicial.

3.1 Jurisdição Constitucional: cerne do problema da decisão judicial.

Após entender que a jurisdição constitucional é o cerne do problema da decisão judicial é necessário identificar os problemas da jurisdição constitucional. Entre esses problemas, é possível elencar que não é possível concretizar a verdade processual exclusivamente com métodos interpretativos, tampouco sem eles. Assim, com o objetivo de teorizar sobre a decisão judicial o Professor Marco Aurélio Marrafon objetivou conciliar hermenêutica e epistemologia jurídica, posição que é encampada pela pesquisa¹⁶⁷.

Marrafon pretende uma metodologia da decisão judicial, pois entende que hermenêutica e argumentação jurídica são dialeticamente complementares, além disso, reconhece o caráter psicológico da decisão judicial¹⁶⁸. O autor foi escolhido para representar a cruzada hermenêutica junto com Lenio Streck, pois inovou na hermenêutica ao pretender conciliar hermenêutica e a teoria da argumentação, posição que vai ao encontro da solução que pretende propor esse trabalho.

Segundo Lenio¹⁶⁹ “a dogmática jurídica que trabalha nas salas de aula, considera o

¹⁶⁷Prefácio da obra de Marrafon por Lenio Streck, elemento pré-textual, xvi. MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶⁸Ibidem.

¹⁶⁹Ao apresentar a obra de Marrafon, o Lenio Luiz Streck enfatiza: O que a comunidade jurídica – inserida *habitus dogmaticous* – não se deu conta é que aconteceram ao menos duas grandes revoluções (copernicanas), que alteraram significativamente o direito e a filosofia. Com efeito, no campo jurídico, o direito público assume um lugar cimeiro, a partir da incorporação dos direitos de terceira dimensão no rol dos direitos individuais -

direito como uma mera racionalidade instrumental”, as questões da decisão judicial têm correlação com a crise do conhecimento e da fundamentação, dentro das teorias sobre as relações sujeito e objeto e conseqüentemente objetivismo e subjetivismo. Para Lenio as teses sobre o problema da relação sujeito e objeto só foram, enfrentadas pela viragem linguístico-ontológica.¹⁷⁰

Segundo o Professor Lenio Streck	
Teorias da Argumentação	Hermenêutica Filosófica
Teorias Procedurais – não superam o esquema sujeito x objeto (S-O).	Atua no âmbito da intersubjetividade – no esquema sujeito x sujeito (S-S).

Nesse sentido, é possível compreender que, segundo Lenio as teorias procedurais, como a teoria da argumentação, não superam a relação sujeito e objeto (S-O) e a hermenêutica filosófica supera essa dicotomia, pois trabalha no âmbito da intersubjetividade (S-S).

A pesquisa diverge, nesse aspecto, pois demonstra a impossibilidade de superação dessas dicotomias, entre elas a relação sujeito-objeto (S-O). Não é possível solver dicotomias filosóficas. Com relação à dicotomia sujeito e objeto (S-O), esse paradoxo, como tese e antítese não passível de ser sintetizado. Isso acontece em toas às dicotomias onde a tese e a antítese sejam a condições de existência, condições de possibilidade, um do outro. Na pesquisa o que se defende é a gravitação dessas categorias em uma espiral de interpretação chamada “espiral hermenêutica da interpretação judicial”

primeira dimensão e sociais -segunda dimensão. Às facetas ordenadora (Estado liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito) o Estado Democrático de Direito, agrega um plus (normativo-quantitativo), representado por sua função nitidamente transformadora, uma vez que os textos constitucionais passam a constitucionalizar um ideal de vida boa, a partir do que se pode denominar de cooriginalidade entre direito e moral (Habermas). Ibidem.

¹⁷⁰[...] viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica”. (...) “inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista-aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje tem sustentado as teses exegetico-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica. (...) Dito de outro modo, se compararmos a “teoria da moda” (teoria da argumentação jurídica) com a hermenêutica filosófica (na perspectiva que defendo), veremos a distância entre tais posturas. A diferença fundamental talvez seja que a hermenêutica atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) não superam o esquema sujeito-objeto (S-O). Ibidem.

Tese de Lenio Streck	Tese defendida na pesquisa
Possibilidade de superação da dicotomia (S-O) pelo esquema da hermenêutica filosófica (S-S)	Impossibilidade da superação da dicotomia (S-O) e gravitação desta e das demais dicotomias denominadas problemas filosóficos dentro da espiral hermenêutica interpretativa. Criação da Espiral Hermenêutica da Interpretação Judicial.
Trabalha com o círculo hermenêutico de Gadamer	Pretende formular a espiral hermenêutica que: (i) em linguagem biológica seria dotada de permeabilidade seletiva; (ii) em linguagem fiscalista seria dotada de aceleração e desaceleração; (iii) vista pelo processo histórico seria dotada da dialética de hegeliana.

Como Marrafon entende hermenêutica e interpretação complementares, sua obra será utilizada para apresentar outros conteúdos essenciais à compreensão das questões de interpretação, como a questão da verdade.

Com relação à tese do Professor Marrafon, a espiral hermenêutica pretende encampar: (i) que são eixos fundamentais da atividade interpretativa promover a discussão sobre os desafios filosóficos dicotômicos interpretativos representados pelas indagações: Interpretar para compreender ou compreender para interpretar? A proposta interpretativa deve estar entre o sentido da estrutura ou a estrutura do sentido? (ii) A defesa de que: “Não é possível sustentar teoricamente a concepção de que a atividade de interpretação e aplicação do direito pode ser realizada através da concretização de uma verdade metafisicamente aferível a partir exclusivamente de métodos de interpretação”. (iii) Defender a tentativa de conciliar hermenêutica e epistemologia jurídica, com base em uma relação produtiva das categorias da hermenêutica aliada à exigência de normatividade e legitimidade requeridas pelo direito, eixo principal da epistemologia jurídica enquanto teoria do direito; (iv) Defender que a tomada de decisão é realização do direito¹⁷¹. Ao final a pesquisa inclui também que: (v) hermenêutica jurídica e as teorias da argumentação são conciliáveis, (vi) a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação criaram epistemologias jurídicas (hermenêutica voltada para a ontologia – voltada para as premissas fundantes e as teorias da argumentação voltadas para o método de decisão judicial - justificação) (vii) como compreender e interpretar são fenômenos

¹⁷¹Nesse aspecto a espiral hermenêutica vai extrapolar a tese do Professor Marrafon, para encampar a tese do Professor Guilherme Sandoval Góes que defende que a norma-decisão possui racionalidade dianoética e fatos portadores de juridicidade. O autor atrela a normatividade do direito a aceitabilidade da norma-decisão na comunidade aberta de interpretes da constituição dotada de consciência-epistemológica. Nesse diapasão, a espiral hermenêutica não poderá prescindir da inclusão de outro item que não pertencente à obra do professor Marrafon, mas que possui grande importância para promoção da espiral epistemológica, qual seja, (x) O reconhecimento da força jurígena à dimensão retórica das decisões judiciais. GOES, op. cit. p.175.

relacionais não há uma racionalidade totalizante o círculo hermenêutico deve ser aberto para buscar mediações das racionalidades. A interpretação deve ocorrer dentro de uma estrutura com outra dinâmica diferente do círculo hermenêutico. (viii) deve ser criada uma espiral interpretativa, onde todas as racionalidades apresentadas possam ingressar e onde hermenêutica e teorias da argumentação trabalhem de forma complementar nos processo de interpretação e justificação, pois estes processos também são cooriginários. (ix) entender pela cooriginalidade da compreensão com a interpretação e da estrutura do sentido com o sentido da estrutura; (x) o reconhecimento da força jurígena à dimensão retórica das decisões judiciais.

O que a pesquisa pretende encampar da tese de Marrafon?	O que a pesquisa pretende ampliar na tese de Marrafon?
<p>(i) que são eixos fundamentais da atividade interpretativa promover a discussão sobre os desafios filosóficos dicotômicos interpretativos representados pelas indagações: Interpretar para compreender ou compreender para interpretar? A proposta interpretativa deve estar entre o sentido da estrutura ou a estrutura do sentido?</p> <p>(ii) A defesa de que não é possível sustentar teoricamente a concepção de que a atividade de interpretação e aplicação do direito pode ser realizada através da concretização de uma verdade metafisicamente aferível a partir de métodos de interpretação.</p> <p>(iii) Defender a tentativa de conciliar hermenêutica e epistemologia jurídica, com base em uma relação produtiva das categorias da hermenêutica aliada à exigência de normatividade e legitimidade requeridas pelo direito, eixo principal da epistemologia jurídica enquanto teoria do direito;</p> <p>(iv) Defender que a tomada de decisão é realização do direito.</p>	<p>(v) hermenêutica jurídica e as teorias da argumentação são complementares, por isso são conciliáveis.</p> <p>(vi) a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação criaram epistemologias jurídicas (hermenêutica voltada para a ontologia, premissas fundantes e as teorias da argumentação voltadas para o método de decisão judicial - justificação).</p> <p>(vii) como compreender e interpretar são fenômenos relacionais não há uma racionalidade totalizante o círculo hermenêutico deve ser aberto para buscar mediações das racionalidades. A interpretação deve ocorrer dentro de uma estrutura com outra dinâmica diferente do círculo hermenêutico.</p> <p>(viii) deve ser criada uma espiral interpretativa, onde todas as racionalidades apresentadas possam ingressar e onde hermenêutica e teorias da argumentação trabalhem de forma complementar nos processo de interpretação e justificação, pois estes processos também são cooriginários.</p> <p>(ix) entender pela cooriginariedade da compreensão com a interpretação e da estrutura do sentido com o sentido da estrutura, o que motiva a complementariedade dentre o paradigma da hermenêutica da premissa e o paradigma argumentativo da justificação como relacionais.</p> <p>(x) O reconhecimento da força jurígena à dimensão retórica das decisões judiciais.</p>

Mas, para que seja possível compreender a teoria de Marrafon e os acréscimos pretendidos pela pesquisa é necessário falar sobre a tomada de decisão pelos discursos da verdade na tese de Marrafon.

3.2 A tomada de decisão passa pelos discursos sobre a verdade.

Sobre a decisão judicial e a ideia da verdade, o niilismo promoveu a ausência de referências como: Deus, ideologias, promessas. A falta de limites de liberdade individual promoveu o individualismo, [...] “o que gera parcialidade da ideia de verdade como fenômeno presente no plano filosófico”¹⁷², relativização que no campo sociológico acarreta pluralismo axiológico e, por conseguinte, uma complexidade sistêmica da decisão impedindo uma imagem antropológica coerente e tornando suspeitos conhecimentos totalizantes.

Ao observar o que foi dito, Marrafon¹⁷³ chega a reconhecer a dificuldade de ordem gnosiológica da prática decisória e traça dois paradigmas ao tentar solucionar o problema¹⁷⁴: (i) considerar a tomada de decisão como realização do direito (ii) tratar da multiplicidade de fatores, da teoria da linguagem e recepções de categorias das teorias da linguagem. Pelo exposto entende que é necessário investigar os discursos sobre a verdade e a sua interferência no repensar do método jurídico: (i) no paradigma da linguagem; (ii) na pluralidade de discursos.

O que se pretende elucidar em primeiro lugar? Os discursos sobre a verdade.	
Onde se pretende elucidar tais discursos?	
No paradigma da linguagem	Na pluralidade de discursos

3.3 Verdade no Paradigma da Linguagem.

A pesquisa se dispõe a percorrer todas as racionalidades da antiguidade até a contemporaneidade defendendo que não é possível acreditar em uma racionalidade totalizante, assim como não é possível defender radicalmente uma das dicotomias sobre os problemas epistemológicos: Quanto a possibilidade do conhecimento, dogmatismo e

¹⁷²MIRANDA COUTINHO, apud MARRAFON.p.1.

¹⁷³MARRAFON, op. cit.,p.3.

¹⁷⁴Ibidem., p.14.

ceticismo; quanto à origem do conhecimento, racional ou empírico; quanto a essência do conhecimento, realismo ou idealismo. Esclarecido isso, é necessário entender a Verdade no Paradigma da linguagem, cuja primeira abordagem será sobre o niilismo¹⁷⁵.

3.4 Sobre a verdade, niilismo e linguagem, considerando o ambiente niilista e considerando a verdade como verdade.

Sobre a verdade, niilismo e linguagem, no ambiente niilista, Marrafon¹⁷⁶ demonstra a desconstrução da crença de verdade do “fundo de metafísica”, na obra de Nietzsche¹⁷⁷. Com a perda do domínio metafísico, suprassensível, o homem se submete à vontade de potência e assim, não se fazem presentes mais as antigas bases seguras, para se pensar a realidade e a existência. Com essa crise, a filosofia deverá buscar as causas últimas do conhecimento que deve agora servir à ação.¹⁷⁸

Com o pensamento niilista¹⁷⁹, há uma mudança de atitude, é desmistificado o conceito de verdade, o que ocorre na obra de grandes desconstrutivistas, como : Marx, Engels e Freud¹⁸⁰.

Verdade Niilismo e Linguagem: O Ambiente Niilista			
Nietzsche	Marx	Engels	Freud

¹⁷⁵Ibidem., p.9.

¹⁷⁶Ibidem.

¹⁷⁷ [...] esse movimento pode ser sintetizado da seguinte maneira: começa na definição do mundo verdadeiro como fábula em crepúsculo dos ídolos, passa pela proposta de um pensamento não mais voltado ao fundamento da filosofia da manhã que fala a obra, humano demasiadamente humano, continua na dissolução da lógica do *grund* contida em *Aurora*, até o decreto de morte de Deus, na *gaia* da ciência. Isso só para demonstrar alguns dos pensamentos anti-metafísicos de Nietzsche. A morte de Deus não é apenas do Deus-cristão. Ela representa o fim da instância suprassensível que determina os valores, ideais, normas e fins que dão sentido aos entes do mundo. HEIDEGGER, *apud* MARRAFON, p. 9.

¹⁷⁸MARRAFON, op. cit.p.10-11.

¹⁷⁹Ibidem., p.11.

¹⁸⁰ Marx por desvendar conhecimentos históricos e sociais que contaminam o conhecimento, revelando a ideologia que macula a pretensa neutralidade da ciência. Engels pelo materialismo histórico que demonstra que a consciência que o homem faz de si e do mundo depende de suas relações de base econômica. Freud por destacar a força do inconsciente na atividade humana. Ibidem.

Nesse sentido, contemporaneamente não é mais possível acreditar em explicações totalitárias, pois há limites à razão humana. Limites internos, o inconsciente, e externos, fatores históricos, sociais e econômicos. O foco da filosofia deixa de ser a consciência e passa a ser o método, ou seja, como se chega ao conhecimento de algo. Nesse momento, surgem as correntes filosóficas da guinada linguística e da hermenêutica.¹⁸¹ Conforme já foi sobejamente demonstrado no trabalho, esse é o momento em que a filosofia tenta afastar-se do problema da relação sujeito objeto (S-O), buscando algo exterior a essa relação, que seria a linguagem, que promove mudanças no conceito de verdade como verdade, que se volta para o método.

Essas mudanças decorrem das pesquisas, das elaborações teóricas, da filosofia da linguagem¹⁸², seja na linha analítica anglo-saxã, seja na hermenêutica continental”. Na linha analítica anglo-saxã da filosofia da linguagem há a perspectiva universal da linguagem que aparece em Frege e a mudança paradigmática de Wittgenstein, [...] “que tomou a tarefa como filosófica” (...) Na linha da hermenêutica continental “Heidegger vislumbra então a presença de dois cosmos”: o (i) hermenêutico, interpretativo, referente à circunvisão; o (ii) da proposição, apofântico, da estrutura, do dado.

Entendia a verdade como verdade é o momento de entender o que é a verdade estruturada como “leis lógicas do pensamento”. Nesse caso, a linguagem é estudada como estrutura lógica e é tratada como uma ciência que pode ser assemelhada a aritmética (matemática).

3.5 Verdade como leis lógicas do pensamento.

Frege primeiro trabalha com a semântica formal e estuda a linguagem como estrutura lógica, como se possuísse universalidade e objetividade incontestáveis. Essa teoria utiliza para tal a fundamentação aritmética. Trata-se da chamada “Semântica Formal de Frege”.

Ao verificar, porém, que a forma linguística das equações é uma sentença assertiva, Frege cria a “Teoria da Significação”. Consequentemente, apresenta nexos internos entre

¹⁸¹A linguística procurou analisar as proposições do processo de conhecimento de forma que os objetos não fossem confundidos com seus significados. A estrutura proposicional da linguística é “algo enquanto algo”. A hermenêutica busca superar a metafísica. A hermenêutica trabalha com a tese da “diferença ontológica” Ibidem., p.13-14.

¹⁸²Ibidem.

significado e validade nas asserções. Nessa base, cria a diferença entre referência, denotação - objeto designado por nome próprio exemplo: Planta Vênus, e sentido, modo de apresentação desse objeto- variável, como estrela da manhã ou estrela da tarde, a depender do local onde está o observador)¹⁸³. Em outras palavras, só é possível entender o sentido (modo de apresentação de um objeto) se houver o compartilhamento subjetivo de pensamento, donde surge uma nova categoria, a representação.

A nova categoria, a representação, é uma imagem interna impregnada de subjetividade. Apesar de criar a categoria, representação, Frege intenciona combatê-la, anti-psicologismo¹⁸⁴.

Por fim, a “Lógica como Teoria da Verdade” se dá na reflexão de que a verdade tanto os nomes próprios como as frases possuem duplo valor semântico. Valor de denotação (referência) e de sentido (modo de apresentação do objeto). Nas frases (proposições) a verdade não pode ser alcançada pelo estudo do predicado, mas pode ser alcançada com a investigação do sentido (modo de apresentação do objeto) e da referência (objeto-denotação). A referência é a garantia do valor da sentença.¹⁸⁵

O importante não é a relação sujeito e predicado, mas o conteúdo do predicado, o sentido da referência. Quando se diz: “algo é”. É possível que se esteja adjetivando, ou que se esteja oferecendo correspondência ao objeto.

Os exemplos utilizados são: “Esta folha é verde” e “Estrela matutina é Vênus”. No primeiro caso, temos a predicação ofertando uma característica do objeto (a predicação expressa o conceito). No segundo caso, há uma relação de identidade, o que se expressa é o próprio objeto (sentido, a referência). No segundo caso não há predicação, há um nome próprio.

Em apertada síntese, o valor de verdade poderia ser retirado de uma referência comum, os sentidos mudam, porém a referência é a mesma.¹⁸⁶ No nome próprio, o valor de verdade é sustentado por uma referência e no conceito, o valor de verdade é sustentado com uma função que faz valor de predicado.

Apresentados três momentos do trabalho de Frege, representante da filosofia da

¹⁸³Este sentido (modo de apresentação de um objeto) corresponde a uma referência (a um objeto - denotação). Porém, a referência (objeto - denotação) não deve corresponder a um sinal (nome) e o sentido (modo de apresentação do objeto) pode encontrar diferentes manifestações na linguagem. Ibidem., p.16-18.

¹⁸⁴Em razão de tentar combater a representação, Frege é acusado de ser um metafísico platônico, como se buscasse a correspondência da verdade com as entidades, muito embora, Frege negue o acesso à verdade como correspondência. Ibidem., p.19.

¹⁸⁵Ibidem., p.23.

¹⁸⁶Ibidem., p.21-28.

linguagem na linha analítica anglo-saxã, é necessário entender o uso intencional da linguagem, a seguir.

3.6 Verdade como uso intencional da linguagem.

Ao falar na verdade, como uso intencional da linguagem, tem-se da virada pragmática de Wittgenstein e os jogos de linguagem à teoria dos atos de fala. A virada pragmática de Wittgenstein, que teve início na virada pragmática de Frege. Primeiro, Wittgenstein I entende que “a forma lógica de uma proposição corresponde à forma lógica de uma realidade”. Motivo pelo qual, utiliza a ideia de espelhamento, trabalhando com a ideia de linguagem perfeita, a metalinguagem, capaz de reproduzir fielmente a estrutura ontológica do mundo, a partir de um modelo de cálculo lógico. A metalinguagem ideal era fundamento do positivismo lógico da escola de Viena.¹⁸⁷

De forma simplória, o primeiro Wittgenstein I, fenomenalista, se contrapõe ao segundo, Wittgenstein II fisicalista. No *Tratatus*, a linguagem era limitada pelo mundo fenomênico, puro instrumento de comunicação. Posteriormente, com a inversão, nas *Investigações Filosóficas*, o mundo passou a ser limitado pela linguagem, pois a linguagem é condição de possibilidade da constituição do mundo. Diante disso, como a linguagem passou a ser fisicalista, por pertencer ao mundo físico, tornou-se a única linguagem possível de representá-lo. Apenas a linguagem fisicalista torna possível a comparação de sentenças aos fatos, motivo pelo qual deve ser a linguagem básica da filosofia.¹⁸⁸

Wittgenstein II atribui à linguagem caráter público, também ligou linguagem e ação, conferindo caráter dialógico adicional dos proferimentos linguísticos à ocorrência dos jogos de linguagem, como uma comunicação compartilhada, em uma comunidade de fala historicamente organizada¹⁸⁹, o que criou o ambiente necessário para a “Teoria do uso Intencional da Linguagem” na “Teoria dos Atos de Fala”.

Ao pensar na verdade, como uso intencional da linguagem, dos jogos de linguagem à teoria dos atos de fala, tem-se que a teoria dos jogos de linguagem foi um passo para a pragmática na teoria da significação. A tese de Wittgenstein foi assumida pelos filósofos de

¹⁸⁷HINTIKKA, Jaakko; HINTIKKA, Merril *apud* MARRAFON, p. 29-30.

¹⁸⁸MARRAFON, *op. cit.*p.31.

¹⁸⁹*Ibidem.*, p.31-34.

Oxford, Austin e Searle, na Teoria dos atos de fala.¹⁹⁰

Austin compartilha com Wittgenstein a questão de que linguagem e sociabilidade são indissociáveis. Austin fez pensar a “Teoria da Linguagem Performativa”, separando (i) enunciados constataivos, de (ii) enunciados de fatos e performativos (direcionados a uma ação prática), quebrando o monopólio das sentenças declarativas, na primeira fase de seu pensamento.¹⁹¹

Na segunda fase de seu pensamento, Austin investiga a afirmação “dizer algo é fazer algo”, e assim formula a “Tese da Pluridimensionalidade dos Atos de Fala”. Estes podem ser do tipo (i) locucionário, ato de dizer algo (ii) ilocucionário, advertência ou (iii) perlocucionário, com intensão de produzir efeito.

Searle, partindo de Austin, passa a observar (i) o modo como as palavras se relacionam com o mundo e (ii) a diferença entre verdade e falsidade na significação, problemas centrais da teoria da linguagem. A intencionalidade recusa, impede que as palavras ganhem significado com relação às coisas, já que os atos linguísticos são elementos centrais da comunicação. Falar uma língua é um comportamento determinado por regras e executado por meio de atos linguísticos. Searle classifica os atos ilocucionários, para classificar a intencionalidade, segundo ele os limites do significado são os limites da intencionalidade.¹⁹²

A fim de cumprir sua tarefa, Searle divide o ato linguístico em quatro diferentes tipos, a depender do critério de identificação que se use: (i) atos de proferimentos ou enunciação (morfemas, frases); (ii) atos proposicionais (dizem respeito à referência e à predicação); (iii) atos ilocucionários (trata da intenção: afirmar, ordenar, prometer) e (iv) atos perlocucionários (cuida-se dos efeitos dos atos perlocucionários sobre o ouvinte).¹⁹³

Estuada a filosofia da linguagem analítica anglo-saxã em Frege, Wittgenstein I, Wittgenstein II, Austin e Searle é o momento de entender a Hermenêutica Continental com Heidegger, onde será trabalhada a verdade no paradigma da linguagem no existencial do

¹⁹⁰Ibidem., p.35.

¹⁹¹Ibidem., p.35.

¹⁹²MARRAFON, op. cit., p.40.

¹⁹³SEARLE, apud MARRAFON, p. 39.

Daisen.

3.7 Verdade como existencial do Daisen.

Na verdade como existencial do Dasein: ontologia fundamental de Heidegger - aletheia e acontecer de verdade, Heidegger promove um giro no pensar filosófico, pois supera a consciência de si, cartesiana, em direção a uma perspectiva hermenêutica, com fundamento no paradigma da linguagem.

Assim, Heidegger constrói uma ontologia fundamental¹⁹⁴ e utiliza como método a fenomenologia de Husserl, buscando o ser dos entes. O homem não seria o ser, nem o objeto. O homem seria o ele é o “ser aí”, o “ser que está” “presença”, o *daisen*, o homem no mundo¹⁹⁵. Marrafon ensina que o mundo pré-compreensivo não é fixo, pois está em permanente reconstrução, bem como que o Daisen está vinculado ao tempo e a temporalidade, que são marcas que não se pode eliminar do processo de compreensão. A evolução temporal abre a pre-sença, dá forma à compreensão, projeta e alcança a compreensão do ser-no-mundo. Nesse sentido é a compreensão é existencial¹⁹⁶.

Segundo o Professor Ernildo Stein: “antes de nos darmos conta, nós já compreendemos. O mundo já está compreendido¹⁹⁷, não há como chegar antes dele e

¹⁹⁴Ibidem., p.45.

¹⁹⁵Para Heidegger, a existência em sentido ontológico é exclusivamente do Daisen, sendo esta sua essência. O Daisen (ser aí, presença) é entendido como o “ente que cada um de nós somos e que entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar”, possuindo um primado ôntico, ontológico, e também ôntico-ontológico sobre os entes, sendo que é apenas através dele que a compreensão se torna possível. (...) Deste modo, a significação só acontece dentro do universo linguístico-existencial já adquirido e disponibilizado pelo Daisen, ou seja, ela é determinada pela estrutura pré-compreensiva do ser humano que existe e está aí. Isto significa que a compreensão humana e sua consciência de mundo dependem de um conjunto de valores e conhecimentos dados a priori (pré-compreensão), frutos da própria condição de “estar-no-mundo” do Daisen, que é a causa do sentido existencial Ibidem., p.44-45.

¹⁹⁶“Pode-se afirmar que esta é uma das principais características existencialistas da filosofia de heideggeriana, pois essa determinação recíproca se dá num processo que de um lado, o mundo já está dado antes do Daisen ser nele jogado e de outro, esse mundo dado apenas adquire sentido existencial porque o Daisen lhe fornece. Assim a realidade não é um mundo exterior, mas o se encontrar no interior do mundo” Idem.

¹⁹⁷“Enquanto existencial, ela se constitui uma categoria ineliminável e antecipadora da compreensão ontológica da essência dos entes, promovendo, segundo STEIN, um “encurtamento hermenêutico” que institui paradigma da totalidade previamente dada, incompatível com o paradigma da consciência ou da representação porque nele a distância entre o sujeito e o objeto é eliminada” Nota de rodapé do livro. Transcrição de trecho do livro Racionalidade e existência do professor Ernildo Stein. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência* p.31 apud MARRAFON, op. cit., p. 46.

compreendê-lo”¹⁹⁸. Por tudo que foi exposto, com base na obra de Heidegger, “O retorno ao fundamento da metafísica”, conclui Marrafon:

A partir desses pilares a ontologia fundamental heideggeriana rejeita os modos e métodos clássicos da filosofia metafísica até então praticada - que, segundo Heidegger, nunca atingira a verdade porque entende o “ser” como se fosse um “ente simplesmente dado” - e se põe a pensá-lo em sua essência desveladora.

Para falar em verdade como *aletheia* e acontecer da verdade é importante lembrar que, em Aristóteles a expressão *aletheia* significa desvelar. Já para a fenomenologia o importante é fazer ver aquilo que não se mostra, mas não é visto, pois está oculado. O método fenomenológico utiliza o processo de velamento-desvelamento e apresenta algo enquanto algo. Desta forma, para Heidegger o “ser verdadeiro” é o “ser-descobridor”, “ser-no-mundo”¹⁹⁹.

Heidegger desconstrói o conceito de conceito tradicional de verdade e demonstra seu caráter derivativo. O fenômeno da verdade passa a depender de uma condição ontológica da fundação da presença do “ser-aí”, já a verdade passa a ser um existencial dependente do modo de composição da pre-sença. Para Heidegger o ser e a verdade são cooriginários e dependentes ontologicamente da hermenêutica da faticidade (compreensão do mundo enquanto interpretação fática do ser-aí), motivo pelo qual a fenomenologia passa a ser uma ontologia hermenêutica.

A partir de Gadamer, a hermenêutica da faticidade heideggeriana ganha contornos pragmáticos, pois busca o entendimento entre autor e intérprete, por meio do círculo hermenêutico. No círculo hermenêutico a objetividade da compreensão se dá em uma prática de perguntas e respostas em determinado horizonte histórico²⁰⁰:

¹⁹⁸Considerando os fundamentos apresentados, é imperioso elucidar as consequências para o pensamento filosófico do século XX, que decorreram da mudança de paradigma. Na atualidade, novas mediações devem ser observadas e é possível citá-las: (i) os “entes” no mundo somente “são” porque podem ser compreendidos; (ii) a centralidade de linguagem da determinação ontológica (o compreender depende de todo um conjunto de significações e relações linguísticas prévias que o Dasein dispõe); (iii) a superação irresistível das dicotomias positivas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum, justamente porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que o conhece e (iv) a impossibilidade de o sujeito fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo, sobre o mundo. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. p.32 apud MARRAFON, op. cit., p. 47.

¹⁹⁹STEIN, *Seminário sobre a Verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 297 apud MARRAFON, op. cit., p. 48.

²⁰⁰Nos ensinamentos de Marrafon: O “acontecer de verdade” não é absolutamente lógico, mas também não deve

Agora a linguagem não é limitada pelo mundo fenomenológico, não é a linguagem como instrumento e exterior ao mundo (Wittgenstein I), também não é a linguagem que limita o mundo fisicalista, linguagem integrando o mundo fisicalista e sendo a única possibilidade de interpretá-lo (Wittgenstein II).

Na linguagem fenomênica a linguagem era exterior ao mundo. A linguagem em Wittgenstein II por ser fisicalista passou a pertencer ao mundo e limitá-lo. Depois disso Heidegger criou a visão da fenomenologia como uma ontologia hermenêutica.

Nesse momento, o ser é existencial, é o Daisen, ser no mundo, motivo pelo qual a verdade ocorre dentro do existencial do ser no mundo. Não há mais a consciência cartesiana, a verdade cartesiana. Não há uma verdade que é um terceiro elemento exterior ao mundo e que é limitada pelo mundo dos fenômenos e nem uma linguagem dentro do mundo físico que limita o mundo físico, pois é a forma, meio, do homem conhecer o mundo físico. Agora a linguagem acontece dentro do mundo fenomênico. O ser e a verdade são cooriginários e a verdade acontece dentro do ser existencial. A verdade não é independente do ser, mas tem um caráter derivativo, pois a verdade acontece é um acontecer.

Há o acontecer da verdade, desvelar (significação no universo linguístico existencial) no Daisen (ser existencial). Isso se dá pela diferença entre o ontológico (ser, Daisen) e o ôntico (ente compreendido). O sujeito é existencial, está presente no mundo, não pode buscar conhecimento externo sobre o mundo.

Nesse sentido, o conhecimento depende do Daisen, ser existencial no mundo, então, não pode, portanto, a linguagem limitar o mundo, o mundo permanece limitando a linguagem, no universo de compreensão do Daisen (hermenêutica da facticidade), pois a verdade é um acontecer no mundo existencial, como será observado também na Espiral. A fenomenologia, a

recair em arbitrariedade, o que leva Gadamer a garantir a objetividade da compreensão hermenêutica através de uma prática que funciona como um jogo de perguntas e respostas que opera em determinado horizonte histórico. Nele é privilegiada a elevação da historicidade na compreensão à condição de princípio hermenêutico, agora desdobrável em quatro elementos: os círculos hermenêuticos; os preconceitos como condição da compreensão, a distância temporal e a história efetual. Entre esses elementos, o círculo hermenêutico é uma metáfora que indica o momento metódico que se realiza através de giros entre o ser-inter-pretante e o objeto interpretado, numa dada tradição, onde a compreensão surge como um acontecimento que eclode “entre” esses giros a partir da historicidade em que está inscrita. Com ele Gadamer fornece contornos mais nítidos aos processos de descobrimento que leva “acontecer da verdade” e demonstra que ele não é essencialmente ametódico. O que ocorre, justificadamente, é a rejeição do exclusivismo do método lógico-analítico. Assim as verdades da hermenêutica filosófica produzidas pela práxis hermenêutica não são metafísicas, nem comprováveis empiricamente, não possuem o caráter de exatidão, universalidade e necessidade dos saberes eminentemente teóricos, mas antes se constituem existenciais que acontecem a partir dos pré-juízos determinantes da doação de sentido do ser aos entes numa dada totalidade no momento da compreensão, cuja atividade se realiza de modo não científico e sim prudencial, sendo, portanto, dotada de uma racionalidade prática, no sentido aristotélico. MARRAFON, op. cit., p.53-54.

forma essência do conhecimento passa a ser uma ontologia fundamental.

Gadamer pegou esse acontecer da verdade existencial do Daisen e deslocou para o eixo autor e interprete (ser-inter-pretante e objeto-inter-pretado), com contornos pragmáticos, dentro do círculo hermenêutico, perguntas e respostas em um horizonte histórico. Ele objetiva o método de interpretação, pois para ele o acontecer da verdade não é ametódico. Rejeita o método lógico-analítico. As verdades hermenêuticas não são metafísicas, não têm comprovação empírica, não são exatas, não são universais, não tem necessidade de saberes eminentemente teóricos, são existenciais acontecem por pré-juízos que doam sentido do ser dos entes dada uma totalidade em um momento.

3.8 Verdade como significante primeiro.

Ao estudar a verdade como significante primeiro: O outro do discurso e o discurso do outro. Sobre o outro do discurso, é possível compreender a influência das teorias de Freud no conceito de verdade. Com a psicanálise, Freud demonstra que o psiquismo é formado pela tensão entre o inconsciente, o pré-consciente e o consciente. Lacan ensina que o inconsciente é governado pelo princípio do prazer, enquanto o pré-consciente e o consciente são governados pela realidade, o que os incita à moderação. Da tensão entre os elementos do psiquismo surge o recalque. Este impede que algumas representações do inconsciente sejam trazidas para o consciente. Com isso, o ser humano submetido à racionalidade reduz sua consciência à adequação cartesiana. Tal situação é exteriorizada na primazia da ordem moral, legal e religiosa.²⁰¹

Apesar disso, as representações inconscientes permanecem, ocultam e submetem os indivíduos a juízos e decisões que são passíveis de explicação pela racionalidade. As representações inconscientes de acesso a essa verdade oculta são classificadas em quatro categorias: (i) Atos falhos; (ii) sonhos; (iii) formações encobridoras e (iv) sintomas.

Sobre o sujeito em Lacan, Marrafon²⁰² ensina que para explicar melhor a centralidade da noção de “outro” na produção de sentido, “Lacan lança mão da tese do “estádio do espelho”, onde revela a antecipação do psicológico sobre o fisiológico na

²⁰¹Ibidem., p.54-55.

²⁰²Ibidem., p.57.

formação da ordem simbólica, que propicia a estruturação ontológica do ser humano ”²⁰³.

Sobre o discurso do outro, na teoria de Lacan, ensina Marrafon que a teoria estrutura o inconsciente como linguagem e a construção do simbólico, a partir de um pressuposto fundamental que determina a verdade, o significante. O significante seria parte do inconsciente e trabalharia como metáforas ou metonímias. Ao final, o significante daria efeito ao significado. Nesse caso, o significante daria efeito ao significado e não à palavra. Com isso, a palavra, aquilo que se ouve, é o significante e o significado é o efeito do significante.

Marrafon ensina que Lacan inverte a teoria de Saussure com a supremacia do significante, ente linguístico que pode ganhar diversos significados reconhecendo o caráter psicológico do direito.

Nesse sentido o outro do discurso se dá com base na teoria de Freud, onde o outro é o inconsciente e o discurso do outro se dá com a teoria da Lacan onde o significante (matriz simbólica que se antecipa e neutraliza o real) dá efeito ao significado.

Entendida a verdade no paradigma da linguagem, como significante primeiro, no outro do discurso (inconsciente) e no discurso do outro (significante), é necessário entender a verdade na pluralidade dos discursos, como será visto a seguir.

²⁰³A metáfora do espelho se justifica porque o psicanalista francês trabalha com a ideia de que quando uma criança nasce ela é um corpo indiferenciado, parte do real (momento antes da palavra, pré-simbólico e pré-linguístico que, só através do contato com sua imagem refletida, com os costumes e ordens discursivas exteriores acaba aprendendo a se identificar, a controlar as próprias funções corporais e a significar o mundo. Nesse processo a matriz simbólica cria uma outra realidade, antecipa-se e neutraliza o real. Ela surge, então, como uma ordem que existe em função da linguagem e, portanto, é nela que se realiza o falar e o pensar, a seu modo o que não pode ser falado não é parte dessa realidade construída social e linguisticamente e, a rigor não existe – ou apenas “ex-siste” à sua margem. LEITE, Marcelo Peter de Souza, p. 49 apud MARRAFON., op. cit. 57.

4. VERDADE NA PURALIDADE DOS DISCURSOS EM MARRAFON

Ao estudar a verdade na pluralidade dos discursos a pesquisa optou em seguir os ensinamentos do professor Marrafon, motivo pelo qual os tópicos do trabalho, nesse ponto, vão seguir a organização da obra bibliográfica adotada como referência, iniciando pela verdade na teoria do agir comunicativo.

4.1 Verdade na teoria do agir comunicativo

A verdade na “Teoria do Agir Comunicativo” elucidada os discursos fundantes da razão comunicativa e o momento da verdade prático discursiva até realismo pós-pragmático. A verdade na teoria do agir comunicativo e os discursos fundantes da razão comunicativa têm base nas principais questões desenvolvidas na obra de Habermas, que busca: (i) A preservação do caráter emancipatório do agir humano na perspectiva intersubjetiva e (ii) a superação da razão prática Kantiana pela comunicativa, por meio do médium linguístico²⁰⁴.

A razão comunicativa é diferente da razão prática Kantiana. A razão prática Kantiana é guiada pela ação individual, autoridade epistêmica do sujeito *cognoscendi*. A razão comunicativa carrega elemento hermenêutico, “ser no mundo” contribuição da teoria de Heidegger²⁰⁵.

Sobre a teoria habermasiana do agir comunicativo, que desloca o problema da verdade para as estruturas do interior da comunidade linguística, trata-se de tese que será encampada na espiral hermenêutica da decisão judicial. Habermas adota conceitos das teorias da linguagem: (i) Wittgenstein, linguagem a partir do compartilhamento de valores; (ii) Austin e Searle, os atos de fala revelam a intenção de agir, pela força ilocucionária que estabelece relação entre fala e ação, dizer e fazer; (iii) Heidegger, influencia o elemento hermenêutico, a força normativa da noção de mundo, o doador de conteúdo(material), o ser no

²⁰⁴MARRAFON, op. cit., p.65-68.

²⁰⁵Na razão comunicativa há um médium linguístico, a validade é intersubjetiva, pois o problema da verdade não se encontra em um sujeito singular, mas nas estruturas do interior de uma comunidade linguística. *Ibidem.*, p.74.

mundo, orienta o agir comunicativo²⁰⁶.

Assim é estabelecida diferença entre o problema da verdade: (i) na razão prática Kantiana –individual (com autoridade epistêmica no sujeito cognoscente) e (ii) na razão comunicativa de Habermas, práxis, médium linguístico (no interior da comunidade linguística, com validade intersubjetiva)²⁰⁷.

A partir da razão comunicativa surgem dois meios de consenso: (i) a pretensão de validade epistêmica; (ii) a pretensão de validade das razões normativas. A pretensão de validade epistêmica é o agir comunicativo em sentido fraco, baseado no mundo objetivo compartilhado e pretende apenas um acordo cognitivo. A verdade epistêmica é procedimental, consensual-discursiva. A pretensão de validade das razões normativas é o agir comunicativo em sentido forte, orientações axiológicas intersubjetivamente compartilhadas que orientam escolhas e fins e constituem discernimentos normativos com assunção de obrigações mútuas. A teoria normativa é fundada na ética do discurso, sua teoria é baseada na democracia e no direito²⁰⁸.

A racionalidade comunicativa pretende atenuar a tensão entre facticidade e validade. A verdade não pode ser objetiva ela transcende ao contexto das justificações, a verdade não pode ser universal. A justificação por si só não garante mais a coerência discursiva²⁰⁹. Há uma conexão entre a verdade e a justificação.

Sobre a conexão entre a verdade e a justificação, ela será defendida no interior da espiral hermenêutica da decisão judicial. Nesse sentido, o que se pretende encampar é a ideia de que os debates funcionam como filtros aos quais devem se submeter às intuições de verdade, para sua correção. A soma do realismo pragmático ao paradigma da linguagem é necessária em função da relação lógica entre o mundo objetivo e a validade discursiva²¹⁰.

Projeto da Espiral Hermenêutica.
Sobre a conexão entre a verdade e a justificação, ela será defendida no interior da espiral hermenêutica da decisão judicial.
Será encampada a ideia de que os debates funcionam como filtros aos quais devem se submeter às intuições de

²⁰⁶Ibidem., p.65-68.

²⁰⁷Ibidem.

²⁰⁸Ibidem.

²⁰⁹Habermas, com sua nova concepção soma o realismo pragmático ao paradigma da linguagem. Agora os debates são vistos como filtros, pois em princípio, as pessoas são movidas pela (i) intuição de verdade, e após, submetem essa intuição ao (ii) processo argumentativo, onde é possível corrigir e validar as certezas pelo discurso racional. Assim, há relação lógica entre: (i) mundo objetivo e (ii) validade discursiva, a ação pode transformar : (i)justificação em (ii) verdade, pela validação pragmática. Ibidem.

²¹⁰Ibidem., 65-74.

verdade, para sua correção.

A soma do realismo pragmático ao paradigma da linguagem é necessária em função da relação lógica entre o mundo objetivo e a validade discursiva.

4.2 Verdade na alteridade do princípio ético-material

Para estudar a verdade na alteridade²¹¹ do princípio ético-material é preciso entender que ela ocorre na filosofia de superação do eurocentrismo e na vida humana como verdade material com fundamentação discursiva. Filosofia da Libertação Latino-americana de DUSSEL:

Essa nova perspectiva é denominada de “transmodernidade” e, em resumo propõe uma releitura da modernidade não apenas sob o paradigma exclusivamente europeu enquanto projeto iluminista que envolve o progresso científico e a emancipação racional do homem, mas também a partir da crítica das colônias da América indígena que a perceberam (literalmente na pele) como uma práxis irracional e violenta de dominação. [...] A partir dessa proposta, a ideia de verdade ganha novos contornos e passa a pressupor a negação do domínio ideológico existencial da totalidade vigente através da adoção de uma “Ética da Alteridade” que atue no âmbito da exterioridade e veja no “outro” o ponto de partida de sua racionalidade.²¹²

Ponto importante na filosofia da libertação de Dussel é a diferença entre a emancipação e a libertação. A emancipação opera no interior da totalidade vigente, você ocupa novo lugar dentro dessa totalidade, é um caminho dialético progressivo para ocupar esse novo lugar, porém, se a totalidade vigente é injusta, a emancipação não romperá com a injustiça, já que é um movimento interno e, por conseguinte, insuficiente²¹³.

A libertação rompe com a injustiça por tratar-se de um ponto de partida que rompe com a totalidade vigente. Trata-se de um projeto crítico-dialético além da totalidade. Com a filosofia da libertação a noção de verdade passa a pressupor a negação do domínio ideológico com a proposição de uma ética da alteridade que veja no outro um ponto de partida de sua

²¹¹Outridade, contrário de identidade, diferente. Ibidem., p.74-79.

²¹²Ibidem., p.79.

²¹³Ibidem.

racionalidade²¹⁴.

Ao estudar a verdade na alteridade do princípio ético-material tendo a vida humana como verdade material em sua fundamentação discursiva é possível compreender que a verdade no pensamento de Dussel, apesar de hermenêutica, supera a ontologia fundamental de Heidegger, pois funda o agir ético com abertura para o outro²¹⁵.

A abertura para o outro se dá pelas categorias: Exterioridade e proximidade. A exterioridade quando o outro se mostra como outro homem, não é mais um objeto ou instrumento e não faz parte da totalidade é alguém que foge da totalização instrumental, outro enquanto outro e exterior ao meu mundo, não condicionado ao sistema de significação do eu-próprio²¹⁶.

Proximidade (maior encurtamento possível entre o eu-próprio e o outro – se constitui face a face – relação intersubjetiva imediata, sem mediações). A primeira proximidade é anterior à compreensão do mundo, proximidade com a mãe, proximidade originária. Depois ocorre a proximidade histórica e a totalidade em um projeto coletivo de ser que aliena (torna o outro instrumento) e coisifica o homem. A alienação é um resultado da práxis de dominação. A libertação é a desalienação de pessoas e povos com respeito à alteridade e exterioridade ético-antropológicas. Dussel propõe a reformulação da ética do discurso²¹⁷.

Notadamente, ao propor a criação de uma epistemologia hermenêutica da decisão judicial, para o sistema nacional, o trabalho pretende uma proposta tendente a promover mais do que autonomia, tendente a promover a libertação. Nesse aspecto, a pretensão da pesquisa é promover a ética discursiva de forma a consolidar uma epistemologia hermenêutica que promova uma norma-decisão dotada de legitimidade democrática, cuja juridicidade de sua dimensão retórica seja reconhecida pela consciência epistemológica da comunidade aberta de interpretes no Brasil²¹⁸.

Por esse motivo, a pesquisa defende a força jurígena da dimensão retórica das decisões judiciais como espaço para a efetividade dos princípios constitucionais, reaproximando ética e direito, por meio do reconhecimento da categoria norma-decisão na teoria da norma brasileira, teoria que deve ser integrante da teoria do sistema, teoria do

²¹⁴Ibidem.

²¹⁵Ibidem., p.79-88.

²¹⁶Ibidem.

²¹⁷Ibidem.

²¹⁸GOES, op. cit. p. 147.

ordenamento jurídico brasileiro²¹⁹.

Pelo que foi dito, sobre a norma decisão, a mesma precisa ter sua juridicidade reconhecida em função de tratar-se de uma categoria, cuja racionalidade imprimida será tendente a promover a efetividade das propostas constitucionais, que são dotadas de normatividade²²⁰. Notadamente, isso deve ser feito objetivando alcançar materialidade da Constituição, dentro da facticidade, postura que promove o amadurecimento da democracia brasileira, na dialética histórico-evolutiva de índole hegeliana.

Projeto da Espiral Hermenêutica.
<p>Promover a libertação epistemológica e hermenêutica da comunidade de intérpretes na nação brasileira. A libertação é a desalienação de pessoas e povos com respeito à alteridade e exterioridade ético-antropológicas. Dussel propõe a reformulação da ética do discurso. A proposta da espiral hermenêutica é a criação de uma epistemologia hermenêutica preocupada para os problemas o sistema jurídico nacional. Promover a ética discursiva de forma a consolidar uma epistemologia hermenêutica que promova uma norma-decisão dotada de legitimidade democrática, cuja juridicidade de sua dimensão retórica seja reconhecida pela consciência epistemológica da comunidade aberta de interpretes. Por esse motivo, a pesquisa defende a força jurígena da dimensão retórica das decisões judiciais como espaço para a efetividade dos princípios constitucionais, reaproximando ética e direito, por meio do reconhecimento da categoria norma-decisão na teoria da norma brasileira, teoria que deve ser integrante da teoria do sistema jurídico brasileiro ou teoria do ordenamento jurídico brasileiro. A norma decisão, a mesma precisa ter sua juridicidade reconhecida em função de tratar-se de uma categoria, cuja racionalidade imprimida, será tendente a promover a efetividade das propostas constitucionais, propostas dotadas de normatividade. Isso deve ser feito objetivando alcançar materialidade da Constituição, dentro da facticidade, postura que promove o amadurecimento da democracia brasileira, na dialética histórico-evolutiva de índole hegeliana</p>

4.3 Verdade na reconstrução da racionalidade hermenêutica: a consumação do niilismo na hermenêutica de Vattimo e a verdade como experiência estética e retórica.

Verdade na reconstrução da racionalidade hermenêutica, sobre a consumação do niilismo na hermenêutica de Vattimo, tem-se que a matriz da transmodernidade pretende construir diálogo crítico assentado no outro (alteridade – outridade - contrário de identidade) e nesse sentido, deveria ser repensado o método jurídico-decisório, com a crítica à matriz eurocentrista em função de sua racionalidade uni discursiva. O niilismo coloca fim à possibilidade de se encontrar uma verdade profunda, é deixado apenas o jogo de interpretação, também uma

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Ibidem.

interpretação. Ao considerar tudo como interpretação a filosofia fica submetida a um relativismo ilógico, irracionalista, como se a hermenêutica em seu discurso filosófico ou em seu discurso jurídico se comportasse como um discurso poético-literário, o que não é verdade, mas que foi o fundamento da crítica do racionalismo histórico e o cientificismo positivista à hermenêutica. Com a perda de hegemonia dessas teorias, hoje a crítica à hermenêutica é mais fraca e opera no sentido de que ela recusa as teorias da argumentação e opera em um universo poético criativo narrativo de fazer filosofia.²²¹

Realmente, no Brasil, não parece haver um grande esforço para a composição de uma teoria única ou para a composição de teorias que mesmo com alguns pontos de divergência, aproximem as teorias da argumentação da hermenêutica filosófica, ao contrário disso, os grandes juristas e pensadores pátrios, insistem em posicionarem-se de maneira antagônica, enfatizando mais as suas paixões pelas “teorias-originárias-puras” e enfatizando as diferenças epistemológicas entre as teorias da argumentação e a hermenêutica filosófica, do que enfatizando suas convergências e similitudes enquanto teorias originárias dos discursos sobre à linguagem no paradigma da verdade e que evoluíram para os discursos pluralistas sobre a verdade.

Nesse ponto, a pesquisa apresenta uma crítica às vertentes das chamadas teorias da argumentação e também as vertentes da chamada cruzada hermenêutica, no sentido de instá-las a promoção de uma nova teoria onde fossem enfatizadas as convergências, as similitudes e as interseções das duas vertentes.

Fazendo assim, as teorias passariam a ser primeiro lugar, mais pragmáticas, na disposição em promover a solução de problemas. Além disso, essas teorias passariam a ter a capacidade de criar uma “nova dogmática jurídica” decorrente dos discursos pluralistas, que chancelada pela aprovação da comunidade aberta de interpretes da Constituição acabaria se tornando um paradigma a priori.

Essa “nova dogmática jurídica” seria “antimetafísica”, pois seria decorrente da facticidade no interior da comunidade linguística, mas seria uma “verdade forte”, pois seria passível de substituição apenas pela dialética, quando ocorresse a apresentação da verdade fraca mais crítica, dentro de um processo evolutivo e histórico assemelhado a dialética hegeliana. Nesse sentido, a “nova dogmática” poderia sempre ser substituída, e sintetizada novamente.

Marrafon, que defende a hermenêutica, reconhece que a vertente do eixo Heidegger-

²²¹Ibidem., p.90.

Gadamer, Marrafon oferece caráter universalista à hermenêutica. Heidegger, por destacar o aspecto ontológico (caráter universalista sob o aspecto do “ser”) e Gadamer, por destacar o aspecto linguístico, colocando a interpretação como universal (caráter universalista sob o aspecto da linguagem)²²².

Gadamer cria uma teoria geral de interpretação coincidente com a experiência humana possível no mundo, motivo pelo qual a verdade se dá fora do método positivista, se dá com a interpretação. A verdade como método interpretativo tem fundamento na historicidade e finitude da compreensão humana, não podendo a verdade ser metafísica ou possuir estrutura objetiva²²³.

Vattimo vai de encontro à ideia da hermenêutica como meta-teoria do jogo das interpretações (anterior ao pensamento científico), ou seja, como meta-teoria da universalidade do fenômeno interpretativo (metafísica). Por esse motivo, Vattimo propõe que seja reconhecida a historicidade da interpretação para eliminar o último resquício metafísico (a historicidade substitui a instância suprassensível). Para Vattimo é necessário que a hermenêutica seja recontada, reinterpretada em termos niilistas, de forma a propiciar o reconhecimento entre a essência interpretativa da verdade e o niilismo. Vattimo entende que toda a experiência gnosiológica (de teorizar o conhecimento) é interpretativa. A hermenêutica deve ser reinterpretada após o niilismo, como uma experiência estética e retórica²²⁴.

Na verdade na reconstrução da racionalidade hermenêutica: verdade como experiência estética e retórica, ensina Marrafon que Vattimo concorda com Heidegger ao criticar a teoria da verdade como correspondência em “O Ser e o Tempo” e adota a diferença ontológica entre ser e ente. Nesse sentido, Vattimo é da esquerda heideggeriana, em oposição a direita heideggeriana²²⁵. Explica Marrafon²²⁶:

²²²Ibidem., p.88-99.

²²³Conforme VATTIMO, a ideia de que toda a experiência de verdade é uma experiência interpretativa existencial é quase uma banalidade na filosofia de hoje (...) autores compartilham da ideia que hermenêutica é um pressuposto para o desenvolvimento do processo cognitivo (...) a hermenêutica parece não ter compreendido a dimensão da problemática levantada por Heidegger e tem se restringido a um pano de fundo das ciências (...) na discussão entre hermenêutica versus epistemologia (...) a hermenêutica aparece relacionada como o acontecer da verdade, experiência estética, anterior ao pensamento articulado (...) na proposta de Rorty relaciona o processo hermenêutico como pré-ciência, anterior ao paradigma, enquanto a epistemologia seria o momento da ciência. Ibidem., p.90.

²²⁴Ibidem.

²²⁵Para Vattimo a direita heideggeriana pretende superar a metafísica promovendo o retorno do ser, com uma leitura que parece uma ontologia mística e que transforma a hermenêutica em uma meta-teoria difusa do jogo de interpretações onde é possível chegar nos princípios fundantes do conhecimento. Apesar disso, Vattimo entende que a hermenêutica não pode se tornar descrição objetiva do conhecimento, sob pena de tornar-se nova metafísica. Por tal motivo, a hermenêutica deve assumir a sua essência interpretativa e não descritiva da verdade, aderindo à esquerda heideggeriana, pois não se pretende mais tornar presente o ser,

Para tanto, entende que a teoria hermenêutica não pode justificar sua validade no acesso às coisas mesmas, devendo, no máximo, ambicionar a uma análise fenomenológica adequada à experiência. Esta análise fenomenológica pressupõe que ela é mesma tão- somente uma interpretação e, em função disto, a preservação da diferença ontológica se realiza “no dar-se do ser” como suspensão e como “subtrair-se”. “Não por nada”, diz ele, “o máximo esquecimento do ser é aquele que o pensa como presença”. (...) a racionalidade está sempre imersa num processo histórico-existencial. (...) Porém, para nos orientarmos necessitamos reconstruir e interpretar o processo da maneira mais completa e persuasiva possível. [...] Sobre essa base Vattimo conclui que a hermenêutica não pode pensar que o sentido da história seja um fato passível de reconhecimento, descrição e aceitação. Antes o fio condutor da história só é conhecido no interior de um ato interpretativo, que apenas adquire validade quando em confronto com outras interpretações possíveis, as quais podem contribuir até mesmo para uma modificação na leitura do próprio fato, tornando a interpretação mais verdadeira. [...] A interpretação racional (...) da história pressupõe razão fraca (...) dando ensejo ao enfraquecimento de toda a projetualidade forte ou vontade de potência, debilitando, inclusive, o modo ontológico de enxergar a diferença. [...] Nesse sentido, a hermenêutica se transforma numa filosofia que responde positivamente ao niilismo nietzschiano e torna possível a admissão de uma concepção de verdade interpretativa obtida a partir da pluralidade de linguagens que se cruzam, contemplando a sua complexidade, e construída a partir da constante determinação recíproca entre a experiência estética e retórica.

Considerando a proposta de Dussel, a proposta da Vattimo não é suficiente, pois “o diálogo filosófico não pode ser travado em ambiente totalitário”,²²⁷ deve ser firmado um compromisso ético com a afirmação exterior do outro, para superar a pós-modernidade rumo a transmodernidade, conforme já foi visto na filosofia da libertação.

Nesse sentido, foram apresentados discursos filosóficos plurais, momento em que será demonstrado como tais discursos influem no repensar do método jurídico.

mas recordar-se do esquecimento do ser, ou seja, recordar seu caráter interpretativo de viés fenomenológico em uma reconstrução histórica. Ibidem, p. 93-99.

²²⁶A racionalidade, fio condutor da justificação argumentativa está emersa em processo histórico existencial sendo necessário reconstruir e interpretar os processos de maneira completa e persuasiva. Vattimo acentua o caráter público do verdadeiro, onde a hermenêutica deve controlar as diferentes linguagens e os discursos parciais das ciências, pois tem feição dialogal e opera no jogo da aberturas des-veladoras do “ser-aí” (autentico e inautentico). A hermenêutica é uma filosofia que possibilita a concepção de verdade interpretativa a partir da pluralidade dos jogos de linguagem em sua complexidade e as relações entre experiência, estética e retórica. Ibidem.

²²⁷Ibidem., p.98.

4.4 Duas teses para repensar o método jurídico a partir dos discursos pluralistas

Marrafon apresenta duas teses para repensar o método jurídico a partir dos discursos pluralistas²²⁸:(i) hermenêutica e argumentação são complementares, onde o autor tenta conciliar a hermenêutica e as teorias da argumentação, abrindo o círculo hermenêutico que deve dialogar com os outros vetores de racionalidade e (ii) razão fraca mais crítica, onde é apresentada a teoria do agir comunicativo de Habermas com a proposta de substituir a razão forte, instrumental, subjetiva por uma razão fraca, mas crítica.

Ao defender que hermenêutica e argumentação são complementares, Marrafon tenta conciliar a hermenêutica e as teorias da argumentação, evitando as teorias totalitárias em função da complexidade da decisão judicial e buscando mediações de teorias discursivas para superar o problema da cognição na busca da verdade, assim como abrindo o círculo hermenêutico que deve dialogar com os outros vetores de racionalidade e criando novas categorias como: (i) duas dimensões da ideia de verdade, a realista (exterior ao universo linguístico) e a interpretativa (que carece de validação discursiva); (ii) distinguir o problema da verdade da validade ainda que a verdade dependa da justificação racional; (iii) a hermenêutica em sentido forte tem conotação semântica e precisa ser abrandada pelo viés pragmático-interpretativo; (iv) a justificação racional interpretativa não é transcendente é totalitária, contextual está impregnada em um horizonte histórico e finito não se desvincula do “mundo-da-vida”, precisa do processo discursivo, análise das etapas discursivas, antes durante e depois, da contribuição hermenêutica e existencial; (v) internalizado o fundamento ético a hermenêutica e interpretação são complementares, pois a verdade interpretativa, tipo dialogal, depende da exterioridade (critério ético-material) e do conteúdo hermenêutico (fenomenológico), assim como a argumentação depende das mediações com a lógica e a intencionalidade para garantir a validação do consentimento intersubjetivo²²⁹

Apresenta assim, duas mediações teóricas. A primeira mediação teórica²³⁰, sobre: (i) a verdade reside na categoria da exterioridade (Dussel- a verdade é revelada na proximidade, pois fica encoberta pela totalidade de sentidos, Habermas- realista certeza por meio da aquiescência intersubjetiva); (ii) verdade como interpretação (filósofos da reviravolta linguístico-pragmática, Wittgenstein II, Austin e Searle, até a fase epistêmica consensual de

²²⁸Ibidem., p. 99.

²²⁹Ibidem., p. 100.

²³⁰Ibidem., p. 101.

Habermas –consumação niilista , descoberta do problema gnosiológico- não se preocupa com o real). A parte comum das teorias (exterioridade x interpretação) é a importância da validação argumentativa na pluralidade dos discursos.

A segunda mediação teórica sobre: (i) verdade realista e (ii) verdade interpretativa. A verdade interpretativa não se identifica com a noção de validade de forma a que está ligada a juízos capazes de ligar a verdade interpretativa ao mundo físico.

Terceira mediação teórica²³¹ sobre: (i) hermenêutica filosófica (primado da compreensão) e teorias da linguagem (como primado da explicação). As teorias da argumentação como a de Habermas (possibilidade de consenso racional–regras procedimentais de racionalidade discursiva) não podem prescindir que são uma manifestação linguística e existencial devendo ser, portanto iluminadas pela ontologia fundamental.

Marrafon defende a tese de Vattimo em contraposição a de Habermas, pois o primeiro procura racionalizar o “ser-no-mundo” como “ser-descobridor”, sem desprezar o fenômeno. Segundo Marrafon, Habermas teria uma ideia de mundo como totalidade de sentidos, impregnado por uma racionalidade linguística e impeditiva do acesso as coisas mesmas.

Defende ainda que Gadamer apresenta em seu trabalho vários tópicos onde concilia hermenêutica com linguagem, mas apesar disso, acusa Gadamer de não solver o problema da busca do consenso pela hermenêutica e de sua desestabilização pela retórica.²³²

No capítulo das duas teses para o repensar do método jurídico a partir dos discursos pluralistas, ao falar sobre a Razão fraca mais crítica, apresenta a teoria do agir comunicativo de Habermas com a proposta de substituir a razão forte, instrumental (com base na filosofia da consciência, de controle teórico – do conhecimento e controle prático -dominação) e subjetiva (privilégio do sujeito sobre o objeto), por uma razão fraca, mas crítica (comunicativa – pior meio do médium linguístico).

A razão comunicativa tem baixa capacidade de imposição de conteúdos, atua na intersubjetividade e dá condições de possibilidade do conteúdo cognitivo, de verdade do conteúdo normativo, norma moral ou jurídica pelo médium linguístico (temporal, histórico e finito)

Em Dussel a razão comunicativa, fraca, apresenta validade e justificação intersubjetiva e um conteúdo material forte, pela exterioridade. Vattimo enfraquece a razão

²³¹Ibidem., p. 102.

²³²Ibidem., p. 106.

pelo niilismo. Trata-se de uma razão débil.

Habermas, com a razão comunicativa pretende superar o eclipse da razão da primeira fase da Escola de Frankfurt, para salvar o raciocínio crítico por outras bases. Em Habermas há recusa ao determinismo hermenêutico, há abertura linguística, as opções racionais falham, mas promovem aprendizado, há ideia de emancipação.

Em Dussel, há a preocupação em libertar a ação humana. A crítica é de não haver emancipação. Motivo pelo qual, se busca a libertação, o não-eurocentrismo. Dussel apresenta a tese do declínio do ser e por isso, promove a libertação do ser existencial para o diálogo do agir coletivo. Segundo Dussel, a classe e não o indivíduo é protagonista da história.

É nesse sentido, que Marrafon entende que a razão decisória na nova metodologia do de aplicação do direito é fraca, porém crítica, motivo pelo qual pretende delinear mediações jurídicas para identificar o processo decisório-compreensivo como contínuo e unitário.

4.5 Hermenêutica filosófica na decisão judicial, adequações necessárias: correntes e limites a pretensão de universalidade hermenêutica e as novas aberturas do círculo hermenêutico.

Marrafon²³³ também dispõe sobre a hermenêutica filosófica na decisão judicial e propõe como adequações necessárias: (i) correntes e limites à pretensão de universalidade da hermenêutica, onde propõe mediações, para o repensar da metodologia jurídico-decisória, dialogando a hermenêutica filosófica e abrindo o círculo hermenêutico com proposições de Vattimo e Habermas e (ii) novas aberturas do círculo hermenêutico, propondo a abertura do círculo hermenêutico já que, segundo o autor, a complexidade da decisão judicial faz com que seja necessário reconhecer a razão hermenêutica como prática, fraca e crítica, pois não é suficiente à decisão judicial, de forma que, faz-se necessário: Delinear as mediações propriamente jurídicas e verificar a possibilidade de conceber o processo decisório-compreensivo como contínuo e unitário.

Hermenêutica filosófica na decisão judicial, adequações necessárias: correntes e limites à pretensão de universalidade da hermenêutica. As mediações das teses apresentadas servem como fio condutor para o processo de individuação do direito, motivo pelo qual

²³³Ibidem., p.111-112.

Marrafon²³⁴ oferece uma análise crítica da pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica, o que faz por meio de postulados e elementos da ontologia hermenêutica.

Para falar da pretensão de universalidade hermenêutica, Vattimo elenca a conjugação dos elementos do círculo hermenêutico da seguinte forma: (i) recusa a objetividade positivista em prol da consciência histórica; (ii) a consciência histórica é substituída pela hermenêutica; (iii) “o ser que pode ser compreendido é a linguagem”; (iv) consciência hermenêutica baseada na relação sujeito-sujeito.

A consciência hermenêutica constitui limite e condição de possibilidade do conhecimento. A linguagem é elemento central. Os preconceitos possibilitam a capacidade de experiência, a historicidade da existência, antecipações da abertura do ser para o mundo. Em Heidegger há uma abertura originária, conformidade ou desconformidade entre proposição e coisa.

Em Gadamer o problema hermenêutico é mostrar a possibilidade de conhecimento e os pressupostos para a ciência, motivo pelo qual, para ele a hermenêutica atinge todos os procedimentos da ciência. A consciência científica é interpretação (no plano da linguagem que se espelha) e se realiza como articulação do que foi compreendido. A compreensão é a conformidade do que é compreendido com o elemento exterior e amplia a experiência de mundo e a argumentação só adquire sentido com um acordo anterior.

Além de configurar a universalidade hermenêutica, Gadamer²³⁵ procura garantir sua objetividade na tradição e consciência histórica. Consideradas a tradição e a consciência histórica, a hermenêutica não será relativista, irracionalista ou esteticista.

Habermas apresenta as seguintes objeções à hermenêutica filosófica de Gadamer: (i) não observa como limite determinações incompreensíveis, condições de comunicação distorcidas, como manifestações inconscientes; (ii) reabilita o preconceito e não faz distinção entre autoridade e razão. A verdade pode ser injusta ou autoritária, apesar disso se perpetua pelo dogma; (iii) a pretensão de universalidade deve se deslocar para o discurso racional, um agir emancipatório, face a tradição; (iv) razão prática não contempla a perspectiva pragmática, devendo ser substituída pelo agir comunicativo²³⁶.

Dussel rompe com o determinismo da tradição eurocêntrica, a totalidade é vista como o limite da hermenêutica. Outro limite da pretensão de universalidade da hermenêutica

²³⁴Ibidem.

²³⁵A busca da objetividade é tarefa prática do labor interpretativo no contexto da história, sendo assim, a razão hermenêutica prática, não é um ponto fixo, mas um espaço que oscila no caso concreto, a ser alcançado na experiência, pela abertura que promove que o intérprete possa se movimentar. Ibidem., p.113-114.

²³⁶Ibidem., p. 114.

está ligado à doença histórica, já que o niilismo não acredita na história como processo unitário e objetivo, o que enfraquecem a consciência histórica e história efetual.

Nesse sentido são três os limites à pretensão de universalidade da hermenêutica: (i) recusa do determinismo; (ii) recusa da objetividade de tradição; (iii) crítica a ausência de agir crítico-emancipatório²³⁷.

A (i) razão hermenêutica e a da (ii) razão retórica argumentativa, são diversas. A (i) razão hermenêutica mostra o princípio primeiro e a razão retórica. A (ii) razão dialética (retórica argumentativa) promove à justificativa ou epistemologia²³⁸, sendo complementares, não sendo possível falar de objeto de análise separados, um método é condição de possibilidade do outro para alcançar o conhecimento. Assim a hermenêutica deve ser crítica, mas fraca, para poder influir no discurso epistemológico. A hermenêutica e a argumentação são reciprocamente limites de pretensão da universalidade, uma da outra.

Marrafon demonstra em sua tese que um limite à pretensão de universalidade hermenêutica é a ausência de destaque do caráter crítico-argumentativo na obra de Gadamer. Outro limite é o universo linguístico a partir do discurso histórico que forma uma coexistência existencial que encobre a realidade (Dussel) e as manifestações inconscientes (Lacan)²³⁹. Outros limites da hermenêutica são a (i) exterioridade (agir ético no campo da metodologia) e (ii) o limite da do pela psicanálise (inconsciente que não foi previsto em Heidegger).

Para entender a hermenêutica filosófica na decisão judicial, adequações necessárias: novas aberturas do círculo hermenêutico é preciso pensar que para superar seus limites, a hermenêutica deve sofrer aberturas no círculo hermenêutico. A razão hermenêutica é fraca, permite assunção de caráter emancipatório crítico, pois seu enfraquecimento permite rompimento com tradição e autoridade.

Pela carência de validade permite conexão com o agir retórico-argumentativo apesar de ainda possuir, caráter antecipador. Rompe com a totalidade e se abre para a exterioridade²⁴⁰.

Em Gadamer o círculo hermenêutico traz a noção de fusão de horizontes, com origem no método fenomenológico de Heidegger, apresenta a ideia de mundo como horizonte, manifestação do possível e da linguagem. Apresenta as; categorias: (i) consciência da finitude; (ii) diálogo que permite a compreensão pela abertura; (iii) temporalidade; (iv)

²³⁷Ibidem., p. 115.

²³⁸Ibidem., p. 116.

²³⁹Ibidem., p. 117.

²⁴⁰Ibidem., p. 119.

historicidade. A abertura do “ser-aí”, no mundo é determinada pela pré-estrutura de compreensão, a abertura permite a projeção do Daisen. A compreensão é limitada e assentada na teia linguística. O círculo tem movimento ontológico, sujeito – abertura – estranhamento – internalização ôntica do sujeito em uma circularidade espiral que se fecha sobre si. Círculo ligado aos preconceitos e a historicidade.²⁴¹

A tradição distingue preconceitos verdadeiros e falsos, a partir da história efetual, como consciência da situação hermenêutica, dentro da tradição que se pretende compreender. O ser deve conhecer também o horizonte do outro, a consciência histórica deve se deslocar por horizontes para se unir ao horizonte preconceitual e formar uma única compreensão.²⁴²

Compreender é a fusão de horizontes, preconceitos e tradições (horizontes que abrem o diálogo) em um processo de acordo quanto a coisa. A consciência hermenêutica não deve se ater a estética, deve também superar alienação e técnica pela consciência histórica. Isso por meio das tarefas: (i) elaboração da situação hermenêutica; (ii) abertura para o diálogo; (iii) controle da fusão de horizontes (velho e novo).

A hermenêutica é um movimento circular, um processo compreensivo sem a relação sujeito objeto e busca salvar a coisa da arbitrariedade do sentido projetado pela consciência histórico-efetual. Apesar disso, é insuficiente como método decisório e precisa de outras mediações.

²⁴¹Ibidem., p. 120.

²⁴²Ibidem., p. 122.

5. AS ESTRATÉGIAS EPISTEMOLÓGICAS NA CONTEMPORANEIDADE: A críticas às teorias e o início da teorização da espiral hermenêutica da interpretação.

Para combater a racionalidade positivista foram criadas três principais estratégias epistemológicas: o modelo hermenêutico, a proposta argumentativo pragmática, e leitura argumentativo-democrática-procedimental. Essas estratégias foram insuficientes para resolver os problemas de individuação do direito, ou seja, da decisão judicial. Com isso, surgem novas propostas, como a proposta hermenêutica do Professor Marrafon, que enfatiza a preocupação da hermenêutica com o processo interpretativo e a preocupação das teorias da argumentação com o processo de justificação, e visa superar a deficiência de justificação do método hermenêutico com a inserção da teoria da libertação e da psicologia.

Assim, a decisão judicial é vista como uma bricolagem onde devem estar presentes mediações correspondente a racionalidades: (i) mediação factual, racionalidade hermenêutica (fraca e crítica), (ii) mediação normativa, racionalidade analítica (logico-normativa) e (iii) mediação argumentativa, racionalidade pragmática (argumentativa). Nessas mediações o professor utiliza a hermenêutica de Vattimo (fraca e críticas), a psicologia dentro do existencial do Daisen e a teoria da libertação de Dussel para promover mediação ética à decisão judicial. A proposta, porém é verdadeira defesa da hermenêutica jurídica filosófica como racionalidade primeira, pois o Professor entende a hermenêutica é a única racionalidade que incide sobre a mediação factual.²⁴³

Nesse ponto, a pesquisa vai de encontro com a solução de Marrafon e realizando crítica a essa solução, utiliza apenas a exposição das racionalidades para inseri-las dentro da espiral hermenêutica. A diferença é que a pesquisa defende que todas as racionalidades em princípio têm a mesma força. O maior ou menor grau de preponderância de uma racionalidade depende da premissa processual onde ela incide. A pesquisa entende que compreender e interpretar são atividades simultâneas, motivo pelo qual a teoria da argumentação e a hermenêutica são complementares. A pesquisa entende que há cooriginalidade entre o compreender para interpretar e interpretar para compreender, assim como nos processos de interpretação e justificação.

Com relação às mediações apresentadas por Marrafon, a pesquisa entende que são

²⁴³Ibidem., p. 125-210.

apenas duas: (i) mediação factual –argumentativa, com preponderância da racionalidade hermenêutica – argumentativa (fraca e crítica) (ii) mediação normativa- argumentativa, preponderância da racionalidade analítica em tempos positivistas e em pós-positivismo tem de interpretação negativa (impede interpretações hermenêutico-argumentativas absurdas), superada a função negativa, pode ser também hermenêutica –argumentativa. Pode ser reconhecida ainda a mediação pragmática – argumentativa, posição que Marrafon defende no também no trabalho, porém como o discurso que se defende é o discurso plural voltado para a ação na teoria do agir comunicativo, essa mediação pragmática pode ser considerada uma categoria a parte para a facilitação do estudo da “nova dogmática”, ou pode ser considerada intrínseca à racionalidade argumentativa.

O que a pesquisa defende é que assim como os tipos psicológicos da teoria de Freud não são tipos puros, assim como todas as sentenças constitutivas tem seu caráter declaratório, o processo hermenêutico é argumentativo e o processo argumentativo está inserido no espectro do ontológico e do ôntico nos existenciais do Daisen.

Tese de Marrafon	Pesquisa
<p>Entende que a hermenêutica atua no processo interpretativo. Para Marrafon a preocupação das teorias da argumentação são com o processo de justificação.</p> <p>Mediações correspondente a racionalidades: (i) mediação factual, racionalidade hermenêutica (fraca e crítica), (ii) mediação normativa, racionalidade analítica (logico-normativa) (iii) mediação argumentativa, racionalidade pragmática (argumentativa).</p> <p>Nessas mediações o professor utiliza a hermenêutica de Vattimo (fraca e críticas), a psicologia dentro do existencial do Daisen e a teoria da libertação de Dussel para promover mediação ética à decisão judicial.</p>	<p>Defende a hermenêutica e as teorias da argumentação como complementares.</p> <p>Compreender, Interpretar e justificar são processos simultâneos.</p> <p>Quando o intérprete acredita chegar a uma conclusão correta, o processo de justificação que será exteriorizado, foi produzido por meio dos processos de hermenêutica e de argumentação em seu interior existencial com influência psicológica.</p> <p>Para a pesquisa em todas as mediações há maior ou menor incidência das racionalidades apontadas. Para a pesquisa, porém a mediação</p>

5.1 A crise do positivismo: racionalidade mais adequada, transparência sistêmica e normatividade dos princípios éticos.

Constatada a crise do positivismo²⁴⁴, a doutrina oferece diretrizes para substituir paradigmas. Nesse sentido, a pesquisa adere à proposta contribuindo com nova interpretação, para os planos: (i) político-institucional, estado Democrático de Direito²⁴⁵; (ii) de mediação especificamente jurídica, revisão da teoria da norma para incluir a norma-decisão como categoria; (iii) no plano axiológico realização do direito pela legitimidade democrática e com concessão de efetividade aos direitos de minorias; (iv) funcional reconhecido que não há verdadeiramente uma separação das esferas do que é ética, política e direito, fenômenos correlatos, devem ser estudos métodos para que a moral seja mais relevante no sistema do que a força política. Deve ser estudado um mecanismo para controlar no sistema a influência dos fenômenos sem acarretar em uma teoria purista. (v) epistemológico-metodológica, reconhecida a ausência de imparcialidade e neutralidade do ordenamento jurídico, fenômeno prático e não apenas teórico deve ser verificada a forma de direcionar as tensões dos fenômenos correlatos para o alcance da justiça. Sendo o caráter meramente científico do direito afastado, para a implementação da dimensão axiológico-indutiva do direito (vi) proposição do trabalho é no sentido de substituir tanto o paradigma da linguagem, quanto o hermenêutico pelo “paradigma da racionalidade mais adequada”.²⁴⁶

O “paradigma da racionalidade mais adequada” dentro do “paradigma da transparência do sistema jurídico dotado de legitimidade democrática”

O “paradigma da racionalidade mais adequada” é a proposta da inserção de todas as racionalidades apresentadas dentro do círculo antigo círculo hermenêutico, abrindo o círculo hermenêutico para mediações de todas as racionalidades, desde a racionalidade axiomática-dedutiva até a axiológica-indutiva, considerando que sempre haverá momentos em que as formas de interpretação inerentes a essas espécies de racionalidades serão apresentadas como mais adequadas. Com isso o círculo hermenêutico passa a ter um formato diferente, sua

²⁴⁴Ibidem., p. 125-131.

²⁴⁵Conforme Marcelo Cattoni, "não há de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de responsabilidades na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. Uma ordem constitucional como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito", ordena aos operadores do direito uma maior consciência hermenêutica, bem como, "responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no Brasil". No diapasão de Friedrich Müller, um verdadeiro Estado Democrático de Direito, "que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico)". MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

²⁴⁶Marrafon oferece outras coordenadas, a pesquisa ventila essas coordenadas, apresentando uma interpretação mais moderna. Um exemplo disso é primeira coordenada de Marrafon (político-institucional) que prefere o Estado Social enquanto o pesquisa prefere o Estado Democrático. No plano jurídico a pesquisa encampa a tese do Professor Sandoval, para incluir na teoria da norma a norma decisão.

acepção física passa a ser de espiral interpretativa.

Sobre a defesa da racionalidade mais adequada, para demonstrar a veracidade desse paradigma é possível defendê-lo pela racionalidade mais combatida em todo o trabalho, a racionalidade axiomático-dedutiva, de fácil observância no direito penal.

Quando o interprete tem como fim atribuir imputação de fato ao cidadão. Nesse momento, para aplicar a norma penal incriminadora não se pode afastar a tipicidade penal, originária nos pandectistas. Para a imputação não se prescinde dos elementos do conceito analítico ou estratificado de crime, e não há jurista que defenda outra “exegese” em desfavor do imputado.

Nesse sentido, conclui-se que para imputar fato criminoso deve ser utilizada estritamente a dimensão axiomático-dedutiva do direito considerada racionalidade positivista, em função do princípio da legalidade, garantia fundamental. Nesse aspecto, ser positivista é encampar a comemorada tese do Garantismo Penal do filósofo Luigi Ferrajoli.

Provado que ser positivista, em certos momentos, não é “crime”, para afastar a imputação, à dimensão axiomático-dedutiva pode ser insuficiente, nesse caso, por meio de processos hermenêuticos é possível à utilização da racionalidade, ou dimensão axiológico-indutiva, por meio de suas racionalidades, teorias da argumentação e hermenêutica jurídica, momento em que a norma-decisão pode trazer inovação no ordenamento jurídico ao entender mais acertado afastar a imputação pela ausência de adequação social da conduta ou por outra tese jurídico-penal adequada na facticidade.

Nesse momento, a força jurígena da dimensão retórica da decisão judicial estará promovendo a reaproximação da ética e do direito pela justiça da decisão que será reconhecida legítima pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

O “paradigma da transparência do sistema jurídico dotado de legitimidade democrática” é a possibilidade da comunidade de interpretes não reconhecer como legítima a norma-decisão. Quando a comunidade jurídica não entender legítima determinada norma-decisão, sua racionalidade será afastada pela pacificação da jurisprudência em âmbito nacional, para isso devem ser acionados os mecanismos de controle de divergências, que vem sendo cada vez mais utilizados no novo sistema jurídico que vem sendo formado no país.

Apesar de tudo o que foi dito e proposto, é necessário reconhecer que ainda há uma resistência positivista o que pode ser comprovado por uma crítica recorrente realizada pelo Professor Lenio Streck.

Na crítica o Professor constata que há uma resistência positivista, que não respeita a força normativa da Constituição. Quando isso ocorre, passa a ser necessário ao legislador

produzir uma norma, com o fim de consolidar o entendimento deveria ser extraído do texto constitucional, como ocorreu com o artigo 400²⁴⁷ do Código de Processo Penal

Sobre a força normativa da Constituição e sua efetividade, a pesquisa defende a “normatividade dos objetivos ético-constitucionais de amadurecimento da democracia”, o que muitas vezes motivará o acionamento do sistema de freios e contra pesos, momento em que a interveniência de um poder sobre o outro não será uma invasão de esfera de função típica, mas uma obrigação legal exercício de função constitucional. O exemplo nesse caso é a discussão que está havendo entre o legislativo e o judiciário sobre o financiamento particular de campanhas.

Considerando que no plano fático está havendo a invasão do setor privado no setor público. Considerando ainda, que as grandes hegemonias partidárias que atualmente manipulam as votações nas casas legislativas são as mais beneficiadas com a manutenção do sistema infraconstitucional vigente. Nesse caso, outra função do Estado tem a missão constitucional de não permitir a continuidade da ineficácia dos objetivos democrático decorrentes do sufrágio universal.

No mesmo sentido é rechaçada a polêmica frase do Professor Gilmar Mendes quando declarou que quem diz o que é constitucional é o Supremo Tribunal Federal. Para que não haja abuso na função de interpretação da Constituição, a decisão da Corte Constitucional não vincula o legislativo.

Nesse sentido, a mera discussão entre os poderes/funções do Estado já constitui o acionamento do sistema de freios e contrapesos, pois movimentam a sociedade aberta de interpretes da Constituição. Apresenta a crise do positivismo e algumas propostas da pesquisa, tendo sido constatada a resistência positivista é necessário entender as propostas de superação do positivismo e o motivo pelo qual elas são, ainda, insuficientes.

²⁴⁷A alteração do artigo 400 do Código de Processo Penal era absolutamente desnecessária, já que, com o advento da Constituição Federal, não havia outra interpretação possível senão o reconhecimento da necessidade da presença do Defensor para o exercício da ampla defesa. Notadamente, sem a presença do Defensor, a partir do advento da Constituição de 1988, os interrogatórios não poderiam ser realizados, como eram realizados rotineiramente. Tudo isso demonstra a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. Nesse caso específico, é possível dizer que a resistência positivista venceu, pois apenas com a edição da lei 10.792 de 2003, o fundamento de validade do ordenamento passou a ser cumprido. Notadamente, essa eficácia Constitucional não se deu em função da sua força normativa. Trata-se da efetividade da Constituição reconhecida em função do advento da regra processual penal, ou seja, efetividade não reconhecida. Notadamente em nenhuma doutrina se questiona a autoaplicabilidade do artigo 5º, inciso LV da Constituição e, apesar disso, reconhecidamente autoaplicável ele não teve força normativa para determinar sua efetividade. Evidente que esse mecanismo de interpretação dos tribunais demonstra a crise decisional, pois subverte a ordem do sistema jurídico, já que, o fundamento de validade é aplicado em função da norma-regra fundada e não da normatividade do Princípio Constitucional fundante, o que comprova a necessidade da aplicação de um novo método de interpretação, como o defendido na pesquisa.

5.2 Análise crítica das estratégias epistemológicas.

Tendo sido sobejamente demonstrado que o positivismo não foi superado foram propostas estratégias epistemológicas hermenêuticas teorias/soluções: 1. a perspectiva narrativo-construtivista de Dworkin, direito como integridade; 2. a ontologia jurídica na analítica existencial de Heidegger, preocupada com as pre-compreensões (a verdade não está mais na técnica e não se limita mais ao aspecto normativo do direito, a compreensão se dá por existenciais historicamente situados); 3. reviravolta linguístico-pragmática da razão comunicativa com exigência de ética no discurso em Habermas²⁴⁸.

O modelo hermenêutico apresenta dois momentos: o primeiro²⁴⁹ momento de viés narrativo-construtivista (impulsionado pela doutrina de Dworkin) e o segundo²⁵⁰, de viés fenomenológico (sustentado na doutrina de Gadamer, impulsionado pelas doutrinas de Esser, Kaufman e defendida no Brasil pelo Professor Lenio Streck).

O primeiro modelo hermenêutico²⁵¹, de viés narrativo-construtivista, com base na doutrina de Dworkin, reconhece a normatividade dos princípios como limitadores da discricionariedade judicial (limites a livre escolha do juiz /supremacia do legislativo). Nesse caso, há duas pautas normativas diferentes as regras (para casos fáceis) e os princípios (para os casos difíceis). Casos fáceis e difíceis também são duas categorias diferentes. Para Dworkin o direito não é um fato aferível por teorias semânticas, mas é um conceito interpretativo que se realiza na prática social construtiva e tem como integridade sua categoria central (integridade, pois a prática social construtiva se dá por meio da narratividade e coerência).

O juiz criado por Dworkin, Hermes, rejeitando o convencionalismo e pragmatismo poderia encontrar uma resposta correta (visão construtivista do direito como integridade). A

²⁴⁸Importante elucidar que mesmo com a presença das teses discursivas nas discussões do limite da decisão judicial com base constitucional, existem correntes opostas que usam as mesmas categorias como: 1. Habermas com uma perspectiva restrita e predominantemente procedimental da atuação do judiciário; 2. Alexy com apropriações da teoria do discurso jurídico inclusive moral, defendendo a intervenção do judiciário em questões substanciais, de política e material de direitos fundamentais. Esse exemplo é apontado pelo professor para mostrar as divergências entre: 1. os defensores da via hermenêutica e 2. os defensores da via argumentativa. Ibidem.

²⁴⁹Ibidem., p. 139-141.

²⁵⁰Ibidem., p. 141-146.

²⁵¹Ibidem., p. 139-142.

atividade jurisdicional se diferencia da atividade do legislador. O juiz julga Com base nos princípios (direito como integridade) e não possui discricionariedade em função da moral objetiva. O legislador faz seus julgamentos com base na política.

O segundo modelo hermenêutico²⁵² é de viés fenomenológico, com base na doutrina de Gadamer, seu representante no Brasil é o Professor Lenio Streck, que se preocupa com a eficácia da Constituição. Lenio pretende garantir a objetividade da decisão pela tradição jurídica, construída no paradigma do constitucionalismo, do Estado Democrático de Direito. Para isso, funde ontologia fundamental (Heidegger), círculo hermenêutico (horizontes e unidade de aplicação da hermenêutica de Gadamer), com a autoridade da tradição jurídico-constitucional, pois pretende utilizar o referido sistema para substituir o tradicional modelo hermenêutico (positivista) que prevê a divisão entre 1. interpretação, 2. aplicação e 3. integração. A-letheia (verdade/desvelamento) para a decisão processual seria o processo de velar-desvelar, o acontecer da verdade, porém, isso aconteceria na tradição jurídica construída no paradigma constitucionalista.

Reconhece que a linguagem tem duplo caráter estrutural, o hermenêutico e o apofântico (lógico, importância do texto) O texto é ontologicamente distinto da norma embora incindível dela. Entende que, a busca da validade pela via da argumentação tem caráter secundário e não aceita diferença lógica entre regras e princípios e em casos fáceis e difíceis, divergindo de Dworkin. O ponto de convergência entre Dworkin e Lenio é que ambos têm leituras substancialistas da jurisdição constitucional a quem cabe à aplicação material de direitos fundamentais com a invasão de esfera do legislador ordinário, bem como intervenção no executivo.

A proposta argumentativo-pragmática de ponderação²⁵³ concebe a argumentação jurídica como argumentação prática, não concorda que a teoria da argumentação seja um momento necessário para justificar a decisão por meio da dogmática (critérios de construção do direito em abstrato) ou da aplicação das normas no caso concreto. Essa leitura diferencia a descoberta (tipo não lógico - premissa e conclusão, pela razão explicativa) da justificação (tipo lógico - premissa e conclusão, pela razão justificadora) e isola o objeto da teoria da argumentação na justificação, pois sempre é necessário justificar a decisão. Assim, as teorias da argumentação se situam na perspectiva de justificação.

²⁵²Ibidem., p.142-146.

²⁵³Ibidem., p. 146.

Alexy²⁵⁴ defende que o discurso jurídico é caso especial de discurso prático geral, (1. preocupa-se com questão prática; 2. exigência de correção, 3. acontecem no limite do tipo) sua teoria é de caráter meramente procedimental (o enunciado normativo é válido se obedece a um procedimento)²⁵⁵. Entende que no pós-positivismo a normatividade dos princípios: 1. as garantias de direito não são restritas os direitos defensivos (também direitos prestacionais); 2. os princípios constitucionais tem efeito irradiante sobre os demais campos do direito; 3. A colisão entre princípios é solvida pela ponderação. Alexy transfere a racionalidade para a ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), em função da indeterminação semântica dos princípios²⁵⁶. Além disso, Alexy defende que coexistência de direito e moral de forma a criar uma fórmula para o não positivismo, quando o direito se afastar do anseio moral de justiça.

Nesse sentido, admite uma atitude substancialista e principialista por meio da utilização da argumentação racional da ponderação. Defende uma racionalidade decisória para a teoria da jurisdição constitucional com ação material do judiciário fundada nos princípios constitucionais²⁵⁷.

A leitura argumentativa-democrática-procedimental²⁵⁸. A intenção da nova doutrina é solucionar o problema da objeção contramajoritária, débito do constitucionalismo: 1. déficit democrático, desrespeito a vontade da maioria e de 2 déficit de legitimidade, pois os juízes não são eleitos para exercer função política²⁵⁹. Para solucionar essa objeção, ganha força a leitura argumentativa-democrática-procedimental de realização da constituição, ou a teoria constitucional da democracia deliberativa -doutrina da razão comunicativa de Habermas. Impede, um agir substancialista do judiciário, limitando o deferimento dos direitos

²⁵⁴Ibidem., p. 150.

²⁵⁵A Teoria do Direito, segundo Alexy, deve abarcar dimensões distintas de sistema jurídico: 1. de procedimentos (lado ativo - discurso geral prático procedimentos de criação de normas, argumentação jurídica e processo judicial) e 2. de sistemas de normas (lado passivo – diferença entre regras e princípios). Idem.

²⁵⁶Assim, a teoria procedimental visa uma racionalidade pelo princípio da proporcionalidade e pela fórmula da lei da ponderação adotando uma escala triádica de sopesamento dos princípios, com os graus de satisfação ou violação de princípios (l-leve, m-moderado e s-sério). Ibidem.

²⁵⁷FIGUEROA, Afonso García. La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo. In CARBONEL, Miguel (org) Neoconstitucionalismo(s) Madri: Trotta, 2003.p.167. *apud* MARRAFON op. cit., p. 154 BAYON, Juan Carlos. Derecho, democracia y Constitución. In CARBONEL, Miguel (org) Neoconstitucionalismo(s) Madri: Trotta, 2003.p.211. *apud* MARRAFON op. cit., p. 154

²⁵⁸Ibidem., p 154-161.

²⁵⁹Em objeção ao apontado problema contramajoritário, há entendimento no sentido de que o déficit democrático e de legitimidade são apenas aparentes, pois se firmam no conceito de democracia por maioria e que não atende o conceito complexo de democracia com respeito aos direitos das minorias. Apesar disso Bayón entende que essas respostas à objeção contramajoritária não prevê o que ocorre nos casos difíceis onde há uma “brecha interpretativa” e a exigência de uma leitura moral segundo Dworkin.

fundamentais aos direitos básicos e inalienáveis.²⁶⁰

Nino²⁶¹ defende o modelo de democracia deliberativa objetivando a aproximação dos direitos ideais com os reais e assim o juiz não é obrigado a aceitar leis que vão de encontro com os ideais coletivos e contra o processo democrático. Em Nino há uma exceção do limite ao controle de constitucionalidade (como controle procedimental democrático – Habermas) que ocorre com a violação da constituição histórica²⁶².

Além desses dois movimentos com base na democracia deliberativa, representados pelos dois autores, Habermas e Nino, Souza Neto propõe modelo como alternativa ao modelo de Habermas (missão procedimental) e de Rawls (teoria da democracia substancial).

O modelo de Souza Neto é mediado por intenções comunicativas, em ambiente plural, para um agir cooperativo da comunidade política, como alternativa de aperfeiçoamento democrático pela sua visão aberta da constituição, sendo condições para a cooperação: 1. liberdade material e 2. Igualdade, não apenas no procedimento democrático, mas na capacidade de influência política. A tese também se afasta das teses principialistas.

A pesquisa propõe a criação da espiral hermenêutica com a inclusão da todas as racionalidades, porém antes da verificação da racionalidade mais adequada, a espiral trabalha com a hermenêutica filosófica no plano da faticidade e com a teoria da argumentação de Alexy no plano da justificação. Com isso, compreender e interpretar são consideradas atividades que intrinsecamente se relacionam.

Apesar das divergências apresentadas, é possível observar que mesmo apresentando diferentes fundamentos muita das teorias oferecem soluções iguais. A isso a pesquisa vai chamar “conflito aparente de racionalidades totalizantes”. Notadamente, as teorias trabalhadas apresentam a mesma solução para a violação de direitos fundamentais de abstenção e direitos prestacionais mínimos, reconhecendo que tais direitos devem ser efetivados pelo Estado. Isso faz verificar que as teorias defendem a normatividade da norma fundante do sistema,

²⁶⁰A democracia deliberativa tem caráter procedimental, assim a validade de uma norma está assentada no consenso, obtido por decisões coletivas justas com imparcialidade moral e é alcançada em procedimentos firmados em princípios de universalização democrática, a validade de uma norma não está assentada em um valor material a priori. Habermas faz, por conseguinte, uma leitura epistemológico-consensual. *Ibidem.*, p.156.

²⁶¹Nino promove crítica ao propor as seguintes hipóteses para as condições de desenvolvimento democrático: 1. Conhecer o interesse dos outros; 2. Justificar a justiça; 3. Perceber erros fáticos e lógicos; 4. Reconhecer os fatores emocionais da argumentação; 5. A negociação subjaz ao processo democrático e 6. Há tendência coletiva a imparcialidade. NINO, Carlos Santiago apud MARRAFON. Marco Aurélio. *Jurisdição constitucional em tempos de horror político*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MORAES, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.p. 259-279, apud MARRAFON op. cit. p. 157.

²⁶²Quando há a violação da constituição histórica a defesa da democracia participativa se sobrepõe ao problema do déficit contramajoritário e de legitimidade no prisma da democracia representativa, onde o limite do judiciário está nos direitos básicos e não é permitido um agir substancialista. *Ibidem.*

momento em que a divergência se limita a possibilidade de atuação política do judiciário.

Demonstrado o “conflito aparente de racionalidades totalizantes”, a pesquisa conclui que é mais importante buscar o consenso, nesses pontos de apoio, do que enfatizar a discussão da “tensão aparente de fundamentação” que gravita nas teorias sobre ampliação da interpretação da norma contida no texto, nas vertentes: pelo reconhecimento do exercício de poder discricionário (Hart –positivista), opção por princípios na integridade (Dworkin), resposta correta hermenêutica (Lenio), exercício do discurso geral prático externo com correção de premissas nos casos concretos (Alexy), interpretação epistemológico-consensual ou controle procedimental democrático (Habermas e Nino –democracia deliberativa/Souza Neto –democracia cooperativa / Rawls –democracia substancial).

5.3 Individuação do direito sem radicalização.

Com as epistemologias anteriores não solucionaram os problemas de interpretação o Professor Marrafon propõe uma teoria hermenêutica. Seu raciocínio é que a hermenêutica se preocupa com a ontologia que, segundo as teorias da argumentação, leva a antecipação de sentidos. A hermenêutica teria, por conseguinte, maior interesse na premissa fundante, em direção oposta, a teoria da argumentação teria mais interesse na justificação.²⁶³ Motivo pelo qual, a deficiência das teorias hermenêuticas seria na validade da justificação e a deficiência das teorias da argumentação na descoberta das premissas fundantes.²⁶⁴

Até esse ponto a pesquisa vai ao encontro da posição de Marrafon. Mas em seguida, o Professor toma partido da hermenêutica filosófica de Gadamer e Lenio e se propõe a superar os problemas de validade de justificação e para isso elenca dois referenciais teóricos: (1) a teoria da libertação e a (2) psicologia.

A pesquisa se posiciona no sentido de incluir a teoria da libertação e psicologia dentro da hermenêutica para a localização das premissas fundantes, porém entende que compreender e interpretar são processos que ocorrem em conjunto defende peso igual para premissas fundantes e justificação, pois adota a visão de que há força jurígena na decisão. Além disso, com já foi demonstrado na crítica à tese de Marrafon a hermenêutica é

²⁶³Ibidem., p. 162.

²⁶⁴Ibidem.

racionalidade argumentativa e a racionalidade argumentativa também possui processos hermenêuticos sendo complementares e intrinsecamente incidíveis, havendo apenas bases epistemológicas para a criação de teorias aparentemente puras em função da especialidade, e para fins didáticos, embora as categorias sejam relacionais.

Apesar da crítica a radicalização hermenêutica em outros pontos o conteúdo foi de suma importância para essa pesquisa que concorda que epistemologia, hermenêutica e teorias da argumentação são complementares, até por que não é possível defender uma racionalidade totalizante.

Marrafon conclui, que: “após passar por um processo contínuo de fusões ontológicas e reciprocamente determinadas entre o intérprete e o aspecto normativo, probatório e argumentativo, a verdade cognitiva para a decisão “acontece” no interior do “círculo hermenêutico”²⁶⁵. Nesse ponto, aberto o círculo hermenêutico para as mediações proposta pelo professor e também para a localização da racionalidade mais adequada a espiral interpretativa verifica que a decisão acontece na dialeticidade da compreensão de interpretação do direito na força jurígena da norma-decisão.

O Professor Marrafon fala sobre a bricolagem na decisão judicial, o que ocorre devido ao modo não epistemologicamente rígido em que se dá o processo decisório, donde o magistrado acaba por utilizar os processos disponíveis.²⁶⁶ Entendendo que o Magistrado obedece às regras processuais até o alcance da verdade processual, onde há o primado das hipóteses sobre os fatos e após até as manifestações fenomenológicas factuais, normativas e argumentativas e a razão fraca mais crítica é mediadora para evitar uma bricolagem puramente irracional.

Nesse ponto há a defesa de uma bricolagem dialética do conhecimento, equilíbrio entre consciente e inconsciente, superando a razão forte e o excesso de consciência histórica para permitir a mediação hermenêutica e tornando possíveis: (i) limitar o inconsciente; (ii) promover uma interpretação crítico-produtiva, do conhecimento presente para o futuro. O que se pretende o autor é um estilo narrativo jurídico, não epistemologicamente rígido como processo construtivo da decisão centralizada na coerência e parâmetro de validade que se dá em virtude da prudência entre as mediações: (i) factuais; (ii) normativas; (iii) argumentativas²⁶⁷.

A bricolagem judicial deve ter virtude prudencial da razão hermenêutica fraca, mas

²⁶⁵Ibidem., p. 169.

²⁶⁶Ibidem., p. 172-173.

²⁶⁷Ibidem., p. 176.

crítica. Assim, a verdade judicial decorre da ação produtiva do magistrado na fusão de horizontes dos discursos sobre a verdade. O processo de individuação do direito deve, decorrer de mediação das racionalidades: (i) fraca e crítica; (ii) analítica (lógico-normativa); pragmática (argumentativa)²⁶⁸.

Nesse ponto, a pesquisa já se posicionou no sentido de que em verdade não há uma apenas uma racionalidade incidindo sobre cada mediação, mas a preponderância de racionalidades incidentes sobre as mediações e em tempos de pós-positivismo há o combate a racionalidade meramente logico-normativa analítica, que passa a ser de caráter negativo ou inaugural. E a mediação pragmática pode ser considerada autônoma ou intrínseca a racionalidade argumentativa, considerando que foi adotada a teoria do agir comunicativo e da intencionalidade dos atos de fala.

5.4 Mediações incidentes na constituição da decisão

São mediações propostas: (i) a vinculação logico-normativa e a racionalidade analítica e a (ii) legitimação pela via argumentativa e a racionalidade hermenêutico dialética.

A racionalidade analítica é a reflexão racional que pensa, compara e discerne na ação estilística produtiva do juiz, um processo de transformação de cognição em normatividade positivista, pelo examinador com seu caráter existencial (relaciona interno e externo, observador e observado, ser e ente, fundindo os horizontes ao produzir o sentido normativo).

Nesse ponto são necessárias duas intervenções: A primeira é que sobre essas mediações e suas racionalidades a pesquisa defende a tese da preponderância de racionalidade e de arranjos de racionalidades, por não encontrar razão nas teorias puristas sobre racionalidades. A segunda é que, em tempos de pós-positivismo a racionalidade analítica tem vinculação lógico normativa em casos especiais como no caso da imputação penal ou na criação de fato gerador de impostos, em regra quando há exercício de poder decorrente da condição soberana do Estado em detrimento do “súdito”.

Segundo Marrafon, são utilizados o logos apofântico (influência do universo dos sentidos) e hermenêutico (ontologia fundamental) Assim, a decisão judicial depende da

²⁶⁸Ibidem., p. 177.

estrutura normativo-proposicional (abertura a estrutura do sentido) nos jogos de linguagem da comunidade, na estrutura pré-compreensiva do “ser no mundo” e no inconsciente. A dimensão apofântica importa no papel da lógica e analítica na proposição, como na semântica formal de Frege, com a análise do significado pela estrutura sintática. Apesar de superada, essa teoria tem utilidade, pois serve como parâmetro de correção lógica da análise da estrutura do enunciado eliminando preconceitos e evitando giros metafóricos inconscientes do julgador.

Com a superação da teoria do direito (enfoque para a teoria da norma) foi sistematizada a teoria do ordenamento jurídico (hierarquizado; com exigência de completude, coerência e unidade). Segundo Marrafon, com a superação do positivismo analítico o direito passa a ser uma ordem substitutiva de justiça, um sistema constitucional aberto com normas (princípio e regra). Para a pesquisa, a teoria do direito (teoria da norma) parte da teoria do ordenamento jurídico (sistema) devendo conter: normas-regra; normas-princípio e normas-decisão.

Nesse sentido, assim como o professor a pesquisa reconhece a utilidade das tradicionais formas de solver antinomias (critérios: hierárquico, de especialidade e cronológico) para solucionar problemas com normas-regras embora o direito positivo seja considerado meio precário para servir de parâmetro de interpretação.

A análise logico-normativa é o primeiro parâmetro, sendo indeclinável e necessário para evitar arbitrariedades, inaugura o processo decisório e é importante para controlar o chamado “problema da discricionariedade”, não podendo o Magistrado em absoluto prescindir das condições logico-analíticas no interior do círculo hermenêutico e nem da espiral hermenêutica. Apesar disso, a espiral hermenêutica criada na pesquisa tem em suas rotações a pretensão de localizar o melhor padrão interpretativo da relação texto e norma, compreendendo, porém que o texto, nesse caso deve estar a serviço da norma e a norma deve guardar conformidade com a Constituição.

Se no momento lógico analítico, a correção lógico-analítica é mediação auxiliar para a correção lógico-conceitual, a norma-decisão não se reduz ao texto, tampouco a objetividade ôntica do sistema jurídico.

A legitimidade pragmática não se restringe à compreensão da norma, liga-se ao entendimento do fato. A ação estilística do juiz deve ser somada a mediação dialético-argumentativa.²⁶⁹ Assim como Marrafon, a pesquisa defende a complementariedade entre

²⁶⁹Assim, são dimensões do contato fenomenológico do juiz com os argumentos: (i) a análise estrutural do argumento, ou seja, a racionalidade analítica; (ii) o sentido dado pelo contexto de produção do argumento, ou

hermenêutica e argumentação que é explicada a relação entre hermenêutica e epistemologia, com um processo entre a diferença e a identidade com interferências: existencial, psicológica, lógica, normativa e argumentativa. A ação crítica desloca os horizontes e por essas aberturas cria novo acordo hermenêutico.

A racionalidade hermenêutica-argumentativa, hermenêutica dialética, é essa argumentação estilística com fusão de horizontes. (antecipações de sentidos e pretensões argumentativas sobre fatos). A racionalidade hermenêutica-argumentativa se faz presente: (i) no conhecimento dos fatos pela atividade probatória²⁷⁰; (ii) na determinação de conteúdo normativo²⁷¹; (iii) na aplicação direta de norma princípio e na solução de conflito aparente entre elas²⁷². A solução de conflitos aparentes entre normas-princípios como na colisão e concorrência entre princípios fundamentais, que são chamados de casos difíceis, para Marrafon, casos de compreensão complexa, indicativos de uma situação não regular de decisão constitucional.

Nesses casos Marrafon entende que há forte apelo por um processo argumentativo. Motivo pelo qual, na eleição do processo argumentativo, sugere a opção por um processo nos moldes da mediação hermenêutico-dialética²⁷³. Dentro dessa pretensão, recusa fórmulas com pretensões universalistas, que não alcançam a verdade processual e servem como instrumento retórico encobridor da discricionariedade e arbitrariedade.

Nesse ponto, a espiral hermenêutica da interpretação, objeto da pesquisa terá um encaminhamento diferente, valorando mais as teorias da interpretação como tendentes a promover uma melhor justificação e transparência do processo hermenêutico, caso contrário, não será possível validar as premissas fundantes.

Outra ampliação do que é defendido por Marrafon, é que na espiral hermenêutica, os argumentos de ponderação, além de justificarem a premissa fundante são parte do processo

seja, a teoria dos jogos de linguagem (Wittgenstein II); (iii) a intencionalidade do argumento, ou seja, a teoria dos atos de fala (Austin e Searle). Conforme a capacidade linguística, o argumento produz sentido, antecipação fundante pela hermenêutica (Gadamer) em um processo entre hermenêutica e epistemologia. Ibidem. p.185.

²⁷⁰No (i) no conhecimento dos fatos pela atividade probatória: A prova deve promover a reconstrução fática mais congruente entre as alternativas possíveis. A prova acaba tendo função cognitiva e persuasiva. A produção da prova, essencialmente, tem caráter argumentativo. Ibidem.

²⁷¹Na (ii) determinação de conteúdo normativo: Nesse caso surge a argumentação consequencialista de aplicação da norma, caso não viole dispositivos da constituição. São argumentos pragmáticos, formulas de ponderação que podem permitir ao Magistrado decidir como suas próprias concepções políticas, como se a sala do tribunal fosse um mercado de ideias. Ibidem., p. 190.

²⁷²Na (iii) aplicação direta de norma princípio e solução de conflito aparente entre elas: São situações em que se aplica diretamente a norma-regra, como: 1.antinomia insolúvel entre normas-regra; 2.solução não legítima em norma-regra; 3.demanda que não possui previsão legal; 4.lei declarada inconstitucional e a legislação anterior não aponta para norma-princípio. Ibidem.

²⁷³ Ibidem., p 191.

hermenêutico e são observados no contexto existencial, na facticidade, onde se produz a comunicação e nos jogos de linguagem.

A pesquisa também entende que o Tribunal Constitucional deve estar aberto ao diálogo com a comunidade, ao invés de impor pré-compreensões inautênticas. Apesar disso na pesquisa a inautenticidade não será combatida no círculo hermenêutico de Gadamer, mas na espiral hermenêutica onde integra a racionalidade hermenêutica a pretensão de justificação argumentativa.

Marrafon pretende inserir a argumentação no interior do círculo hermenêutico e criar critérios para a sua utilização de forma que os argumentos de proporcionalidade não se transformem em decisões voluntaristas, para ele os argumentos de proporcionalidade ou consequencialistas são auxiliares da mediação hermenêutico-argumentativa, dentro do horizonte histórico e nos limites da capacidade compreensiva do sujeito existencial que ouve lê e interpreta.²⁷⁴

Para a espiral hermenêutica as racionalidades são sucessivas cooriginárias e pertencem a uma dialética evolutiva, motivo pelo qual as racionalidades dialogam. A racionalidade argumentativa na decisão judicial ela integra e justifica o processo hermenêutico. Como decorrência das teorias da linguagem a racionalidade argumentativa não pode estar fora do processo hermenêutico.

5.5 Fundamento ético na decisão constitucional e a crítica da facticidade .

Para imprimir fundamento ético na decisão judicial Marrafon²⁷⁵ utiliza a tese de Vattimo do pensamento fraco, do enfraquecimento do ser, para abrir o círculo da compreensão e permitir que mediações analíticas e pragmáticas incidissem na individuação do direito.

O avanço da hermenêutica depende da retomada da verdade objetiva no princípio ético-material. A ética deve condicionar a prática constitucional e os efeitos. Utiliza-se a ética da alteridade (outridade) ao invés da totalidade em Levinas e Dussel. A totalidade não reconhece o outro e o objetifica. O outro (não ser) passa a ser um ente, coisa, dado pela totalidade. Isso acontece no processo decisório, onde a incidência da mediação hermenêutico-

²⁷⁴Ibidem., p 194.

²⁷⁵Ibidem.

argumentativa é útil, porém não suficiente para evitar que a atribuição de sentido seja a compreensão por argumentos consequencialistas. As mediações no acontecer da verdade interpretativa tem movimento dialético na totalidade, mas a ética da alteridade (outrindade) exige o ir além da totalidade para configurar a exterioridade (outro como outro – desobjetificação) e o princípio ético-material.

Dussel entende que Heidegger já possui pretensões desobjetificantes, pois promove a abertura pela liberdade, além do próprio horizonte ontológico. A alteridade (outridade) de Dussel, seve para afastar a perspectiva monológica. Na perspectiva monológica o outro não é outro, mas, é parte da totalidade, diferença interna, mesmidade. A alteridade deve se realizar em sua perspectiva dialógica, onde se supera o horizonte da totalidade (metafísica) para realizar uma metafísica ético-trans-ontológica, por meio das categorias da filosofia da libertação.

Os atos de fala são convolados em atos de justiça e possuem intencionalidade. Na exterioridade está à força de justiça e o caráter inovador e crítico face à totalidade. A exterioridade rompe com a totalidade. Apesar disso, a exterioridade também promove a dificuldade de inteligibilidade. O exemplo é um juiz da capital que via atuar no interior, sem competência linguística e do significado da totalidade. Assim, entra em ação o plano discursivo transcendental, situação ideal de fala em Habermas e se falta inteligibilidade as pretensões de validade da comunicação são revista pela ética discursiva.

O momento analético é a realização dialógica entre “eu próprio” e o “outro”. Momento analético ou ana-dia-lético, por ser analético-dialógico. Parte da afirmação do “outro” (negado), ao afirmar o outro, você promove a negação da negação do outro. Nesse caso (método analético – negação da totalidade) a verdade interpretativa não tem início na ontologia. No método analético (negação da totalidade) a verdade interpretativa tem início no outro, portanto, é uma verdade objetiva na facticidade e promove o ato de justiça com o outro²⁷⁶.

A pesquisa entende que deve haver pretensão de fundamento ético na decisão judicial, porém não concorda que essa pretensão não esteja presente nas vias argumentativas

²⁷⁶Nas relações eu e outro, Dussel, passa pelas relações nas instancias: (i) doméstica (pai e filho); (ii) pedagógica (mestre e discípulo); (iii) política (irmão e irmão); (iv) jurídica (eu-legislador e outro-destinatário das leis); (v) jurídica (eu-judicante e o outro-julgado). Nas instâncias jurídicas, a primeira, (iv) jurídica (eu-legislador e outro-destinatário das leis), interessa ao processo legislativo, legitimação política do sistema jurídico, respeito e responsabilidade com o destinatário das leis. A segunda, (v) jurídica (eu-judicante e o outro-julgado) o enfoque é o vínculo ético entre o Magistrado e “o outro” sob o qual recai a decisão, o Magistrado o “outro” e a decisão sob os direitos desse “outro”. Ibidem, p.201.

principalmente na teoria de Alexy ao que supera a separação entre moral e direito.

O fundamento ético na decisão constitucional se dá quando a jurisdição constitucional brasileira, como estrutura teórica da decisão no momento ético, ao negar-se como totalidade, adotando o método analético (negação da totalidade), que é uma opção intrinsecamente ética. Trata-se da primeira opção a ser tomada pela jurisdição constitucional, a negação da si como totalidade²⁷⁷. O compromisso analético (negação da totalidade) pretende contaminar a verdade interpretativa objetiva processual de formação da decisão, para livrar a sentença do quadro mental paranoico do sentido fundado na lógica da premissa fundante²⁷⁸

Na verdade processual também há a responsabilidade do juízo ao verificar quem é o outro. Na relação ética de alteridade o juízo deve ouvir todas as partes, sem pré-conceitos, ainda que em princípio uma das partes (exemplo capitalista) pareça o construtor da totalidade. A formação ontológica da verdade processual deve considerar as circunstâncias ônticas: (i) matéria probatória; (ii) argumentos ; (iii) disposições normativas. O momento analético (negação da totalidade) é constituído da racionalidade fraca mais crítica (hermenêutica de Vattimo) que garante validade e legitimidade da decisão, com evolução estilística e de bricolagem se afastando de uma racionalidade instrumental e tecnológica.²⁷⁹. Nessa perspectiva, Marrafon entende pela possibilidade do reconhecimento de novos direitos, e o afastamento de norma-regra (totalidade) por norma-princípio (analética com validade lógico-argumentativa) e assim entende que supera o juspositivismo sem o recurso jusnaturalista de fundamentação histórico-ontológica, com base na moral objetiva e discursividade consensual.

Assim, resumidamente, tem-se, como pilares da teoria de Marrafon: (i) validação de enunciados pela integridade somada à coerência hermenêutica; (ii) verdade interpretativa no momento analético com as fusões e tensões das dimensões hermenêutica e apofântica, com coerência material e consistência lógica; (iii) estrutura teórica da decisão pelo momento ético e das mediações garantidoras de validade e normatividade²⁸⁰. Entende que o juiz

²⁷⁷Ibidem., p 202.

²⁷⁸Nesse sentido, o Magistrado deve negar: (i) o horizonte da totalidade ontológica (pre-compreensão, antecipação de sentido, maneira de aprisionamento compreensivo); (ii) inconsciente (movido pela ética psicanalítica do desejo de verdade individual). O horizonte da totalidade ontológica da antecipação de sentido ou pré-compreensão pode ser suprimido com se tensionado com a argumentação destrutiva das estruturas linguísticas prévias dentro da possibilidade lógica, jurídica e de normatividade válida. Isso se dá com a utilização de hermenêutica e argumentação em sua complementariedade, fusão de sentidos. Ibidem, p.203.

²⁷⁹Ibidem., p 205.

²⁸⁰Marrafon entende que dessa maneira nega a antecipação de sentido e evita os casuísmos e a discricionariedade. Nesse sentido, a jurisdição ético-constitucional pode concretizar direitos fundamentais (do outro) negados pela legislação ordinária. ALEXY, Robert, Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. Tradução: Thomas Rosa de Bustamante. In. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro:

constitucional pode agir substancialmente. Marrafon, portanto se coloca ao lado dos substancialistas²⁸¹. Dessa forma, para o “agir substancial”, o juiz precisa encontrar: (i) fundamento ético irrenunciável; (ii) amparo constitucional.²⁸².

Pelas mediações analética e hermenêutico-argumentativa, Marrafon entende que a jurisdição constitucional vai defender demandas eticamente fundadas, porém, ao encontrar uma controvérsia, dilema, aporia (sem saída), sobre o princípio crítico da ética material, impossibilitando a verdade interpretativa, nesse caso há restrição à atividade substancialista e o juiz deve se submeter ao legislador ordinário com maior potencial democrático. Notadamente a pesquisa diverge nesse ponto de Marrafon, pois não entende por esse limite a atividade substancialista, pois na espiral hermenêutica o juiz é fonte da verdade interpretativa por meio da norma-decisão.

Nesse ponto, é importante salientar que o exemplo utilizado por Marrafon para o momento em que deveria se preservada a norma foi a ADIN n.3510 – DF sobre a lei de biossegurança, lei. Nesse caso, o STF afastou a lei permitindo a utilização de embriões humanos não utilizados após o processo de fertilização in vitro. Marrafon entendeu a decisão da Corte Constitucional despicienda, como se ao permitir a utilização das células tronco dos embriões estivesse privilegiando o direito dos deficientes por uma vida mais digna em detrimento da viabilidade de vida de tais embriões. Notadamente, esse entendimento de Marrafon não se adequa ao que defende a espiral hermenêutica, na adoção da racionalidade mais adequada, em função da facticidade.

Por esse motivo, urge uma crítica com base na “hermenêutica da facticidade”. E o embate epistemológico não se destina a defender qualquer paixão do pesquisador. Nesse momento, não há uma exposição de opinião, mas de hipóteses. Nesse ponto, a pesquisa só se dispõe a contextualizar a hermenêutica da facticidade para a demonstração do vácuo epistemológico deste argumento ético em Marrafon.

Pois bem, em princípio a ética da maioria não traduz a legitimidade democrática, senão pela democracia deliberativa. Nesse ponto, o Nobre Professor deixou de contemplar o

Lumen juris, 2007,p.300, apud MARRAFON, op. cit. P.206.

²⁸¹Ibidem., p 208.

²⁸²Marrafon cita a hipótese onde a jurisdição constitucional está autorizada a promover direitos fundamentais em defesa da constituição, que se dá com seus elementos: (i) coerência com o processo histórico-evolutivo dos direitos fundamentais (não retrocesso); (ii) observar as normas do sistema constitucional e critérios logico-dogmáticos de produção judicial em um sistema constitucional aberto; (iii) observar a argumentação, as provas produzidas e o vínculo para alcance do assentimento intersubjetivo que legitima a decisão; (iv) no momento analético concretizar o dever ético-originário pelas validações discursivas e mediações; (v) deixar de declarar a inconstitucionalidade de lei quando haja controvérsia sobre o conteúdo semântico, princípio jurídico ou limite de significado de direito constitucional em prol da presunção de constitucionalidade. Ibidem, p.208.

paradoxo do direito da minoria frente à maioria, quando optou pelo dever-ético. Ao fazer assim, também não problematizou a ausência de ética na decisão “ética” da maioria.

Nesse sentido, serão apresentadas duas possibilidades de oposição à tese de Marrafon que se colocou contrário à decisão do STF pela constitucionalidade das pesquisas com células tronco.

Seguindo Dussel, Marrafon elegeu como vítima o embrião e se dispôs oferecer uma racionalidade hermenêutica-argumentativa para adotar uma medida em prol dessa vítima, a declaração de inconstitucionalidade que impediria a utilização das células tronco.

A primeira oposição tem fundamento na hermenêutica da facticidade. Apesar de aplicar a ética em Dussel, Marrafon, não observou que, na facticidade, sua decisão, por um lado promoveria a inefetividade da expectativa do direito a dignidade por parte dos deficientes e por outro manteria a inefetividade da vida para os embriões que de qualquer forma seriam descartados.

O que defende na pesquisa é que, considerando que o material genético vai ser descartado, o processo hermenêutico dentro da facticidade não poderia ser outro senão o adotado pelo STF. Para impedir a utilização do material genético primeiro deveria ser discutida a impossibilidade de descarte desse material. A discussão deveria ser ampliada pelos atores/intérpretes, de forma a alterar todo o processo médico de fertilização *in vitro*. A proibição da fertilização de vários embriões, mesmo com a possibilidade de insucesso no procedimento, seria um caminho. Na facticidade, foi permitida a utilização de embriões que mais cedo ou mais tarde seriam descartados, sem direito a vida e isso em prol da vida digna.

A segunda oposição é na hipótese em que a maioria decorrente da democracia representativa no processo legislativo representar a totalidade a ser combatida. O questionamento que ventila essa hipótese é o seguinte: Quando a decisão majoritária representa a totalidade, o tribunal constitucional, em prol da filosofia da libertação poderia adotar outra solução? No entender da pesquisa sim, sendo o caso do respeito ao direito das minorias.

Considerando que nas duas hipóteses, a solução de Dussel não resolveu o problema, tem-se que o potencial democrático também deve ser submetido à facticidade. Motivo pelo qual, o que se sugere é a troca do modelo de procedimento oferecido pelo Douto Professor Marrafon, onde a base interpretativa é a hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação é

auxiliar, para uma teoria onde seja criada a espiral hermenêutica²⁸³ e dentro da espiral todas as racionalidades, como a racionalidade da hermenêutica filosofia e teorias de interpretação girem de maneira a promover a correção de racionalidades.

Nesse sentido, não se tem uma teoria principal, uma racionalidade principal, mediada por outras racionalidades. A pretensão é a rotação das racionalidades na espiral hermenêutica epistemológica para que as mediações possam promover na aceleração e desaceleração, uma racionalidade para àquela decisão.

Ao voltar à tese de Marrafon²⁸⁴ é possível observar que ele entendeu que com o limite a atividade posição substantivista diminuiu a oposição entre constitucionalismo e democracia²⁸⁵, porém nesse ponto as objeções apresentadas na hipótese provaram a necessidade de alteração de alguns parâmetros da tese do Douto Professor.

5.6 A conclusão de Marrafon e o porquê de não se aderir por completo sua proposta.

A conclusão de Marrafon é no sentido de que apresentou fatores para a construção da uma racionalidade interpretativa da decisão judicial com os seguintes parâmetros: (i) recusa a uma abordagem unilateral; (ii) metodologia decisória de caráter complexo, suspeitando de

²⁸³Nesse momento a carga semântica da hermenêutica aparece para delinear a espiral interpretativa e não como hermenêutica filosófica. A palavra epistemologia então já pode ser apresentada no sentido de teoria do conhecimento. A pretensão de fixação de bases para a criação de uma epistemologia hermenêutica é a pretensão da fixação de bases para a criação de uma teoria do conhecimento, voltada para o processo de interpretação judicial, onde será criada a espiral hermenêutica interpretativa. Espirar, para evoluir a opção de Gadamer pela formação de círculos hermenêuticos, assim o modelo físico do projeto se dá em forma espiral o que coincide com o modelo biológico do projeto que é assemelhar os conteúdos interpretativos de foram a mostrar sua gênese comum e apresenta-los como integrantes da formação da decisão judicial, uma racionalidade complexa. Essa espiral hermenêutica interpretativa é hermenêutica, pois se destina a interpretação e é interpretativa, pois reúne todos os vetores da racionalidade da interpretação. A palavra epistemologia se dispõe a criação de uma teoria para a formação da racionalidade complexa da norma-decisão, por meio dessa epistemologia hermenêutica não serão apresentados vetores de racionalidade como melhores, mas como possíveis e historicamente utilizados em sistemas os fins a que se destinaram no momento de suas criações. Assim a teoria da decisão judicial consiste na apresentação dos vetores da racionalidade pela historiografia e depois seu deslocamento para o procedimento complexo que é arejado pela facticidade de foram a ser uma tentativa de redução das tensões filosóficas dos sistemas anteriores.

²⁸⁴Ibidem., p 210.

²⁸⁵Nesse ponto a pesquisa defende que falar de oposição entre constitucionalismo e democracia é um paradoxo. A constituição é fundada pela democracia e também funda os parâmetros dessa mesma democracia. A democracia e a constituição democrática são cooriginárias. Na Constituição Democrática, o sistema jurídico e os mecanismos de defesa políticos e jurídicos têm como objetivo promover a democracia. O problema contramajoritário em verdade é aparente. O controle de constitucionalidade tem origem na mesma norma fundante do processo legislativo, e das competências administrativas. A Constituição prevê as competências típicas, a forma de exercê-las e mecanismos de defesa do sistema, assim como de sua normatividade.

proposições de pretensa verdade; (iii) com condições para o Magistrado suspeitar de seus pré-juízos e suas verdades; (iv) com método fenomenológico; (v) baseada na hermenêutica filosófica; (vi) mediada pelas teorias da argumentação; (vi) a radicalização hermenêutica leva ao enfraquecimento da racionalidade que passa a ser a verdade fraca mais crítica; (vii) a verdade interpretativa se des-vela pelas mediações analítico-normativas e argumentativas entre o logos apofântico e hermenêutico de manifestações ônticas subalternas a dimensão ontológica e atenuação da inautenticidade da decisão; (viii) Verifica do o problema gnosiológico na totalidade deve se romper com esse horizonte buscando o fundamento ético; (ix) Heidegger com o “acontecimento-apropriação” do pensar dissolve a relação sujeito-objeto; (x) com o reconhecimento da essência interpretativa da verdade na totalidade e o confronto do “acontecimento-apropriação” com seu limite, dá-se a liberdade que se abre para a exterioridade. (xi) o diálogo parte do momento ético-originário, tem interpelação analética, com ato de fala decorrente do “outro”; (xii) a estrutura lógica da decisão é de ato é unilateral e complexo, com movimento da exterioridade para a totalidade como uma bricolagem de fusões de horizontes e mediações analíticas e argumentativas (garantindo normatividade e legitimidade) de modo estilístico e prudencial no acontecer da decisão e justa adequação do dever ético-originário da sentença; (xiii) o processo decisório ainda precisa apresentar coerência interna, validade logico-normativa, legitimidade argumentativa e fundação ética; (xiv) a construção narrativa não a teoria da decisão à fórmulas argumentativas; (xv) desvelada a complexidade o fundamento ético afasta as arbitrariedades; (xvi) a teoria não substitui a política e nem vilipêndia a democracia, pois tende a fomentá-la, pois corrige assimetria na prática democrático-discursiva pela concretização de direitos fundamentais; (xvii) objetiva a atenção para a responsabilidade ética com o “outro”.

Apresentada a conclusão de Marrafon é necessário elucidar que a pesquisa não adere a todas as propostas de solução apresentadas pelo Professor, o que já foi constatado nas críticas realizadas durante a exposição do conteúdo da obra de Marrafon, mas principalmente pela pretensão na formulação de uma racionalidade prática totalizante, de um método interpretativo com pretensão de universalidade o que é combatido pelo trabalho e ora é apresentado como “problema do novo paradigma de paradoxo da interpretação na era do método”. Trata-se de uma verdadeira “metafísica do método”.

6. BASES PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Por tudo que foi dito, é necessário agora apontar o caminho para a formulação da epistemologia hermenêutica da decisão judicial. Nesse sentido, é importante, em primeiro lugar, entender que a proposição de ensaio para a criação da epistemologia–teoria geral do conhecimento, hermenêutica – voltada para a interpretação, que sirva de base para a decisão judicial, está sendo realizada para o sistema jurídico vigente em nosso território, estado da arte²⁸⁶.

Assim, o que se tem é um sistema inaugurado pela Constituição de 1988²⁸⁷, que já foi modificado pelo legislador constituinte derivado e também pela adesão a tratados internacionais, alguns sobre direitos humanos²⁸⁸.

Estes fatos²⁸⁹ são, portanto, causadores²⁹⁰ de uma situação jurídica, política e social

²⁸⁶Sobre o estado da arte é imperioso ressaltar que a animosidade política que permeou a Constituição se caracterizou pela esperança, de alguns parlamentares, pela adoção do sistema parlamentarista de governo. A consulta plebiscitária, porém, constatou não ser essa a vontade popular. Motivo pelo qual, no exercício da democracia participativa, o detentor do poder constituinte, manifestou oposição à adoção do sistema parlamentarista. Consequentemente a Constituição República Federativa, que já apresentava contornos do sistema parlamentarista, permaneceu com a previsão da adoção do sistema de governo presidencialista. Tal opção popular frustrou a expectativa da promoção de outras alterações, pela via da emenda de revisão, que por seu turno não suprimiu institutos com o da Medida Provisória. Por tais motivos, é importante lembrar que o sistema presidencialista brasileiro possui contornos próprios, e para um sistema assim é necessário uma pesquisa dotada de especificidade. No mesmo sentido, merece especial atenção a estruturação da dogmática apropriada para forma de estado brasileira. A Federação brasileira é a única que possui como unidades administrativas autônomas os Municípios, motivo pelo qual é dito que a Federação brasileira tem contornos próprios. Nesse sentido, o que se defende, em primeiro lugar, é a criação de sistema nacional que atenda as especificidades do sistema jurídico brasileiro.

²⁸⁷Considerando que a proposta inicial é para a ordem jurídica interna, a Constituição Federal é aprioristicamente considerada fundamento de validade do ordenamento jurídico. Apesar disso, não se descarta a possibilidade do reconhecimento da suprallegalidade dos tratados assinados sobre os Direitos das Gentes, tampouco sobre a possibilidade da utilização da legislação alienígena como fonte, no chamado diálogo das fontes dentro da espiral da epistemologia hermenêutica da teoria da decisão judicial. Tudo isso, desde que a ordem interna não esteja sendo subvertida e favor da ordem externa, mas que haja na suprallegalidade verdadeiro interesse cosmopolita e não a subversão do interesse interno pelo interesse externo de potências dotadas de influência internacional e tendentes a ingerir no Brasil e em outros Estados. No mesmo diapasão, não se despreza sobre a possibilidade do poder constituído dotado de função típica diversa, operar como produtor do ordenamento no sentido apresentado como problema no livro de Alexy, quando a corte constitucional afastou norma que no caso violaria os direitos e garantias individuais.

²⁸⁸Nesse ponto, será ao máximo evitada a discussão da ordem internacional, pois a apresentação de formulações para esse fim não serão dotadas de completude em função do trabalho apresentar, precipuamente, o enfrentamento da crise de legitimidade de decisões típicas da análise do direito interno.

²⁸⁹Fato, nesse ponto, é apresentado como categoria sociológica, com o viés positivista de Durkheim, àquilo que é posto, acontecimento que foi constatado, sentido de espelhamento, o que é.

²⁹⁰A palavra “causadores” é utilizada para exprimir o nexo causalidade direta, relação causa e efeito do estado da arte. Apesar disso, em eventual ampliação da pesquisa haverá premente necessidade de uma maior digressão na relação de causalidade. Digressão para promover o estudo da relação de causalidade direcionado ao Brasil, a formação do ordenamento jurídico-político e social brasileiro em sua historicidade e suas correntes, quais sejam: filosóficas e jus-filosóficas e sociológicas, o que não é possível apresentar no presente momento. Notadamente,

que, apesar de mutável, deve ser considerada. As conclusões da investigação se precipitam em direção à adoção de uma postura crítica²⁹¹, com viés da teoria do agir comunicativo²⁹², ou seja, reflexiva, com proposição de diálogo tendente à busca da “síntese possível”.²⁹³ Essa postura crítica se dispõe a propiciar mudanças com a adoção de uma comunicação, como prática social, e com o reconhecimento do uso intencional da linguagem. Porém, este uso intencional é pós-fenomênico e pós-fisicalista²⁹⁴.

O mundo poderia limitar a linguagem antes da presença do ser no mundo. Porém, o fato do mundo não poder mais criar amarras ao desenvolvimento das práticas linguísticas, não significa que as práticas linguísticas podem limitá-lo. O ser no mundo produz e é produzido pela linguagem.

O que se pretende é elucidar que após niilismo, com o reconhecimento da influência de fatores externos que eliminaram a perfeição esperada pela proposição metafísica da estrutura suprassensível, não é possível superar a tensão entre a estática e os fluxos contínuos (ser e não ser), ou a relação sujeito e objeto.

O que ocorre na maioria dos estudos apresentados é apenas a desumanização do sujeito no paradigma positivista da teoria da representação e da teoria da significação. Também é possível observar a pretensão de humanização do objeto com a proposição de ontologias buscando o ser dos entes. Isso é feito com o desenvolvimento das ontologias, no paradigma da hermenêutica pós-Heidegger.

O desafio da pesquisa é a defesa de que não é possível superar as tensões estudadas. Os elementos das tensões são dotados de cooriginalidade. O que se defende é que há cooriginalidade entre os elementos das tensões, ou seja, um elemento é a razão de ser do outro.

Foi a partir dessa evolução da linguagem que os cientistas passaram a ter a necessidade de separar a essência da qualidade. A partir dessa necessidade, com tamanha preocupação, os cientistas deixaram de perceber que saber a diferença entre essência e qualidade é tão importante quanto saber que a qualidade, muitas vezes, é parte da essência, ou

tanto o Direito, quanto a filosofia e a sociologia, possuem seus sistemas de ordenação.

²⁹¹Menção à filosofia crítica.

²⁹²Com adesão ao posicionamento de Habermas sobre a teoria do agir comunicativo.

²⁹³Na espiral hermenêutica interpretativa há a busca da síntese possível após o diálogo.

²⁹⁴Na linguagem fenomênica o mundo limita a linguagem, na linguagem fisicalista a linguagem limita o mundo. A linguagem pós-fenomênica e pós fisicalista, dentro do paradigma da espiral hermenêutica, o DNA da decisão, propõe a linguagem fenomênica-físico-química-biológica, permeada de trocas, processos de simbiose, na protocoperação, no mutualismo cooperativo, das teorias da linguagem e da hermenêutica filosófica em busca da decisão justa.

ao menos um elemento que pode ser indiciário dela.

O homem, em verdade, já foi coisificado em sociedades escravocratas. Mesmo na sociedade de solidariedade mecânica existiam escravos. Agora, o homem é uma engrenagem da solidariedade orgânica e está igualmente coisificado.

Dentro do capitalismo propiciador da alienação, na sociedade de massa, o homem que trabalha impulsionado pela esteira, é controlado pela máquina. A máquina, então, promove sua alienação. O homem vive como uma coisa, ele é escravizado e submetido aos fluxos de capitais corporativos. Seguindo para sua casa no transporte urbano caminha enfileirado como o gado direcionado ao seu curral.

A dicotomia entre o sujeito e o objeto não pode ser resolvida, nem tornando o sujeito objeto, como outrora, e nem tornando o objeto o sujeito, com ontologias. Trata-se de uma dicotomia que não se pode curar, apenas tratar. Para esse tratamento são necessárias doses de hermenêutica filosófica e teorias da argumentação.

O que é a água, perguntam os ambientalistas. A ciência pode oferecer sua fórmula. Porém, é dada à jurisdição a efetivação da eficácia social do direito, garantindo o bem para futuras gerações. A água, fonte da vida, não é sujeito, mas é sua condição de possibilidade. A água, portanto, integra sua essência. Ao discutir em primeiro lugar a importância da dicotomia homem e coisa, sujeito e objeto, é possível que a legislação voltada para o sujeito, medida de todas as coisas, permita a perda de parte de sua essência. Ironicamente o ser no mundo poderá, na facticidade, acabar morrendo de sede.

A conclusão que se pretende chegar é que não haveria a pretensão em buscar segurança jurídica, no paradigma positivista, se não houvesse grau de insegurança pela possibilidade do subjetivismo. Todas essas questões são faces da mesma moeda.

O que se pretende é que a decisão judicial seja realizada em um ambiente discursivo, onde o juiz profira decisões para seus jurisdicionados como proferiria para si.

Também é necessário reconhecer que o positivismo foi combatido como uma doença pela hermenêutica filosófica, bem como Kelsen recebeu a “herança maldita” de ter, em tese, formulado as bases do positivismo nazista. Apesar disso, é “verdade” que Heidegger era nazista e os demais positivistas alemães, da época do nazismo, eram contra a ideologia de Hitler. Esse é o principal motivo da absoluta impossibilidade da hermenêutica filosófica atrair para si a pretensão de método primeiro para o fim de uma teoria da decisão judicial. A hermenêutica filosófica deve ser influenciada pela teoria da argumentação, pela ponderação de valores.

No mesmo sentido, a teoria da argumentação, com base na ponderação, seria a pior

teoria dos tempos se fundamentasse os ideais nazistas. Nesse sentido, a derrota do sistema jurídico foi, em verdade, decorrente da miséria da alma humana e não da técnica científica. A visão sobre o positivismo seria outra se ao invés de promover os ideais de Hitler, tivesse promovido ideais humanitários.

Assim como Marx realizou um aprofundado estudo dos ciclos econômicos, é chegado o momento dos juristas reestudarem a história do direito, a filosofia do direito, as teorias do conhecimento, as teorias linguísticas e as teorias hermenêuticas. Desta forma, seriam organizados os padrões cíclicos, que fazem com que sejam modificados os parâmetros de validade e validade da verdade e consenso jurídicos.

É possível observar que na teoria do Estado há países que têm historicamente uma maior desconfiança do poder judiciário. Por esse motivo, o poder judiciário não alcança determinados temas políticos, nem a análise de sua conformação objetiva com a norma fundante. Na França, a jurisdição não se imiscui em questões administrativas.

Os sistemas jurídicos alienígenas também podem ser ou não mais permeados de regras, na acepção de Dworkin. Outros sistemas jurídicos são mais permeados de princípios. Todas estas questões demonstram um fluxo entre a necessidade de que a verdade e o consenso, ora parem sobre possibilidade de permanência e, ora parem sobre a possibilidade de desenvolvimento. Lembrando ainda que a possibilidade de mudança permite o desenvolvimento, assim como causa o perigo de retrocesso.

Todas essas questões devem ser observadas nos estudos destes ciclos decorrentes da adoção de sistemas jurídicos. Isso elucidam questões sobre a possibilidade de maior ou menor participação dos “atores”, representantes dos poderes constituídos, na separação de funções do estado, bem como na produção, efetivação e aferição de eficácia social do sistema jurídico.

No Brasil, o sistema jurídico vem migrando de forma a propiciar ao Magistrado uma maior participação na produção da ordem jurídica. Porém, é necessária a criação da epistemologia hermenêutica, pois ausente à instância suprassensível, Deus, não deve a sociedade ficar refém de Hermes, que não pode agir com solipsismo. Nesse ponto, é imperiosa a pretensão do professor Lenio em um “*accountability* jurídico”. Tal desiderato também foi preocupação do juiz Hércules de Dworkin que deveria, segundo o autor, ser seu próprio regulador, formulando o sistema de precedentes decorrente da prestação jurisdicional de seu órgão. Já nas lavras exaradas das sábias penas de Habermas e Rawls, a preocupação com esse problema levou ao desenvolvimento do ambiente ideal para a utilização do agir comunicativo. Habermas tinha como parâmetro a igualdade. Rawls que também era preocupado com a igualdade adicionou, porém, tempero ao paladar, a legitimidade

democrática.

Notadamente subsistem os problemas apresentados por Alexy, o da injustiça legal e o da formação do direito. Apesar de tais questões, a proposta da criação da espiral da epistemologia hermenêutica da teoria da decisão judicial não se destina à superação de tais tensões.

A proposta apresentada nessa iniciação de estudos se inclina para o controle, regulação de tensões. Nesse sentido, o que se pretende é a realização de um processo, onde se deve hiperbolizar a dúvida, como na visão cética. Com a ampliação da dúvida nos paradigmas apresentados, passa a ser possível um logos com menos desconforto. Nesse logos, ao invés de certeza, será possível encontrar sensatez. Esse lugar comum possibilitará que o juízo ofereça as respostas que entenda adequadas para os jurisdicionados e também para si.

Tudo isso é necessário para que o juízo possa buscar o que deve ser seu maior objetivo: Uma resposta democrática e inteligível para as partes. Ao decidir, o juízo nunca deve estar em “uma zona de conforto”. O juiz é servidor e não está no processo para encontrar conforto para si. A missão do juiz é buscar a melhor resposta. A melhor resposta só pode decorrer da legitimidade democrática, dentro da atividade dialógica, no agir comunicativo, em ambiente que propicie condição de igualdade.

Importante se faz deixar presente como oferta aos magistrados uma dura asserção, a de que em verdade, “o juiz deve possuir sempre o desconforto necessário e inerente à responsabilidade que possui em prestar a jurisdição com legitimidade democrática dentro de seu papel de produtor da norma-decisão”. Ele deve estar sempre preocupado com a prestação da sua jurisdição. O conforto é o maior sintoma da estagnação, da realização de atos decorrentes de condicionamento.

O condicionamento é o pior inimigo da inquietação necessária à busca da resposta possível. Se por um lado, é necessário combater o positivismo exegético, assemelhado à decisão de Pilatos que lavou suas mãos, por outro lado, a promoção de regras é necessária para a vida em sociedade.

O cumprimento das regras não pode ser tratado como um absoluto abandono dos princípios, para que os atores, na produção das normas-decisão, se “livrem” de cumprir o sistema jurídico produzindo jurisprudência que inova contra a lei.

A norma-decisão pode constituir-se precedente de reafirmação da regra, afastando, inclusive, as investidas de exercício de posição contra-majoritária. A norma-decisão, pode, outrossim, ser realizada com legitimidade democrática, para integrar o ordenamento na ausência de norma, que represente impeditivo do exercício do direito fundamental, ou que

represente situação de mora legislativa que extrapole a razoabilidade. Assim também, pode, a norma decisão, inovar no ordenamento jurídico, para afastar norma vigente e aplicar outra norma em substituição, ou para ir de encontro com a norma vigente, quando o Magistrado estiver aplicando a ponderação por meio do permissivo constitucional do sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido é reconhecido o papel inovador do Magistrado, isso em conformidade com o sistema constitucional vigente. Esse papel inovador possibilita ao Magistrado integrar ou inovar, por meio da utilização complementar de hermenêutica e argumentação que sejam suficientes para justificar o afastamento do argumento da decisão contramajoritária em função da permissão legal do sistema de freios e contrapesos para o exercício excepcional da função atípica dentro da legitimidade democrática.

6.1 Considerações para a Espiral Hermenêutica da Decisão Judicial.

Considerando o que foi dito, é necessário sistematizar, propor bases para a criação da epistemologia hermenêutica da decisão judicial e considerar: (i) deve ser discutida a epistemologia hermenêutica da decisão judicial em matéria constitucional; (ii) para isso é necessário reconhecer a cooriginalidade entre moral e direito; (iii) é necessário utilizar complementarmente a hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação com base na ponderação; (iv) que a Federação Brasileira, que apresenta contornos próprios, um sistema presidencialista, com possibilidade de produção legislativa de origem do sistema parlamentarista, porém, sem os instrumentos de defesa do sistema parlamentarista; (v) a mesma confusão dogmática está presente no hibridismo do controle de constitucionalidade; (vi) que o sistema de produção legislativa vem sendo transmutado, transversalmente, pois as bases do sistema jurídico romano-germânico vêm sendo alteradas para bases do sistema jurídico anglo-saxão, o que se deu na reforma do judiciário que possibilitou também reformas pontuais na legislação processual civil; (v) que o hibridismo nos sistemas processuais gera alteração dos papéis dos atores na produção dos fundamentos de validade do sistema jurídico, assim como nas normas infra constitucionais e essa alteração desafia questões de validez e validade, dentro da visão da legitimidade democrática; (vi) que todos os temas tratados no trabalho devem ser dialogados de maneira interdisciplinar na epistemologia hermenêutica, dentro da espiral hermenêutica da decisão judicial, pois todas as questões filosóficas,

históricas e sociais, têm correlação com a produção do conhecimento humano e devem ser revisitadas, pois as tensões filosóficas são tendentes a processo dialógico com o resultado da síntese do possível e com estabilidade, porém sem perenidade, na dialética evolutiva hegeliana.

6.2 Por onde começar na criação da teoria?

A criação de uma teoria que pretende receber o nome de epistemologia depende de uma introdução voltada para a teoria do conhecimento. Percorridos, de maneira sucinta os caminhos filosofia, da era da especialização e da contemporaneidade, faz-se necessário distinguir os contornos das ciências jurídicas na modernidade.

Na modernidade além da especialização as ciências também tenderam para a reação de análise, no sentido de decomposição, isso não apenas para se tornarem estruturas mais simples no momento da técnica, mas também com um objetivo de aprofundamento em determinadas áreas do conhecimento.

Por esse motivo o direito além de seus ramos também tem matérias congêneres a outras áreas, o que em uma atribuição ou competência seria chamado de atribuição ou competência concorrente, mas que além de interdisciplinaridade acarreta em certo hibridismo em temas e categorias.

Nesse sentido, hodiernamente é difícil entender a missão da ciência do direito, filosofia do direito, sociologia do direito, como na filosofia há uma séria confusão de termos como ao se falar em ontologia, epistemologia e hermenêutica.

Apenas para iniciar a recuperação do conteúdo explicitado, no trabalho a ontologia é a ciência que estuda o ser, preocupa-se com o ser em si e foi elucidada principalmente durante a breve exposição sobre a fenomenologia, assim como nas teorias posteriores, na hermenêutica no eixo Heidegger-Gadamer, que sendo hermenêutica filosófica trabalha com a diferença ontológica o “ôntico e o ontológico” e o “ser do ente”, o ser existencial, como presença, Daisen “ser-aí”.

A hermenêutica foi apresentada como espécie de teoria da interpretação e como espécie de teoria da argumentação. Trata-se de palavra polissêmica que foi utilizada para expressar teoria da interpretação, cujo sentido foi primeiramente religioso e depois como teoria da interpretação em sentido amplo. Nesse aspecto, mais aparenta uma ciência

autônoma. Como espécie de teoria da argumentação seria espécie de sistema filosófico, após a tentativa da viragem linguística de transpor os problemas filosóficos da relação sujeito e objeto para algo fora dessa relação, para a linguagem.

Apesar disso, a hermenêutica dentro da teoria da linguagem foi desenvolvida e após a evolução das teorias da linguagem com o afastamento semântica formal, as teorias da linguagem se aproximaram da filosofia momento em que após a fenomenologia a hermenêutica filosófica passou a trabalhar com a diferença ontológica com a pretensão de superar a dicotomia sujeito objeto.

Nesse momento, a hermenêutica filosófica passou a negar o sentido da palavra hermenêutica como ciência da interpretação, pois tinha a pretensão de sistema filosófico autônomo, momento em que passou a considerar o sentido de teoria da interpretação como se estivesse sendo tratada como meta-teoria e não como ciência/sistema filosófico, apesar disso a hermenêutica dedicou-se a teorizar a interpretação como se fosse ela a filosofia primeira.

Epistemologia é a palavra que na antiguidade designava ciência e com o desenvolvimento das metafísicas tendentes a criar teorias do conhecimento passou a ser considerada teoria do conhecimento, sendo certo que com o conceito de niilismo contra a metafísica, a teoria do conhecimento começou a caminhar para o desenvolvimento de racionalidades também voltadas para o método

Epistemologia no sentido que pretende a pesquisa é o trabalho que apresenta as soluções fenomenológicas para os problemas do conhecimento e que pretende apesar disso a categorização da teoria da decisão judicial, uma hermenêutica, como àquela ciência acusada de meta-teoria pela hermenêutica filosófica, porém com bases da hermenêutica filosófica no eixo Heidegger-Gadamer.

Apresentadas as acepções das palavras ontologia, epistemologia e hermenêutica, é necessário elucidar como as ciências jurídicas se comportaram para a apresentar o estado da arte e a pretensão da criação da epistemologia hermenêutica.

Em verdade a primeira conclusão que o trabalho de pesquisa pode antecipar, sobre qualquer pretensão de estudo filosófico, de qualquer pretensão epistemológica ou de qualquer pretensão científica é no sentido de que: No mundo fenomênico os fenômenos apresentam várias dimensões. A questão é que dependendo do ponto de visão do examinador, essas dimensões dos fenômenos criam problemas epistemológicos, no sentido de transmutar as substancias e os acidentes.

O exemplo é a análise da norma, a norma para a teoria da norma é a substancia, categoria central da teoria. Ao contrário, para a teoria do ordenamento jurídico (sistema), a

norma, deixa de ser a categoria principal do sistema, pois anterior a norma há o fundamento de validade como substância.

No sistema jurídico positivista de Hart a norma é a lei que pode ter ou não textura aberta (causa). O efeito da textura aberta ou da ausência de previsão da norma é integrativo, inovador, decorre da discricionariedade judicial.

No sistema jurídico pós-positivista de Dworkin a norma é gênero e as regras e princípios são espécies. No sistema de Dworkin há maior preocupação em teorizar a decisão judicial do que a norma ou o ordenamento. Nesse sistema o juízo não necessita praticar conduta inovadora, também chamada “contramajoritária” ou “após o fato”. Com a utilização dos princípios o Magistrado dentro do ordenamento jurídico consegue encontrar a resposta correta. A tônica do sistema de Dworkin é a decisão judicial.

Nesse sentido, a teoria da norma de cada sistema é diferente, também são diferentes as características, ou acidentes dos elementos primários, ou das categorias principais dos sistemas.

Hart ao falar do conceito de direito criou um ordenamento jurídico sobre regras primárias e secundárias. Apesar disso, ao falar sobre a carga semântica das normas, sobre a sua abstração, afirmou existirem norma de textura aberta, utilizando o critério da generalidade.

As normas de textura aberta, de Hart, são normas que pelo critério da generalidade, apresentam maior grau de generalidade e abstração, sendo, portanto imprecisas. Quanto Hart fala das normas de textura aberta ele fala da causa do critério escolhido.

Dworkin, ao invés de criar sua teoria mais preocupado com a norma, ou com o ordenamento, teve mais preocupação com a decisão judicial. Por esse motivo, enfatizou os critérios para a solução na colisão entre normas-regra e normas-princípio. Na colisão entre as normas-regra o critério é do tudo ou nada, mas entre os princípios é assim.

Quando se chocam, não há a invalidade de um princípio. Eu aplico um princípio e afastado outro. Isso porque, os princípios pelo critério da generalidade apresentam maior grau de abstração. Dworkin, por apresentar seu trabalho objetivando critérios para a decisão, apresentou os efeitos quando da colisão de princípios.

Apesar de aparentemente antagônicas as teorias, elas utilizam o mesmo critério de generalidade e apresentam soluções similares para o problema causado pela generalidade e abstração da norma (de textura aberta ou princípio) que é o efeito da necessidade de uma atividade decisória diferenciada e não subsuntiva no sentido de (integrar o ordenamento pela discricionariedade ou de encontrar a resposta certa pelo sopesamento e o afastamento de um

princípio para a preponderância do outro no caso concreto).

Pragmaticamente apesar das duas racionalidades apresentadas às soluções apresentam grande similitude e também uma relação causa e efeito “chapada” em decorrência das diferentes preocupações dos cientistas que procuraram resolver os problemas do conceito de direito com enfoques diferentes.

O primeiro, Hart, voltado para um conceito de direito firmado sobre a criação de uma teoria do ordenamento jurídico com base na teoria da norma, sistema de normas primárias e secundárias e o segundo, Dworkin, objetivando o conceito de direito pela construção de uma epistemologia tendente a propiciar a eficácia da decisão judicial.

Hart preocupava-se com a teoria da norma que fundamentava seu sistema e Dworkin preocupava-se com a decisão judicial cujo resultado da racionalidade, o critério de decisão do juízo garantia a classificação da norma na teoria.

Notadamente a espiral hermenêutica pretende propor a criação de uma epistemologia que resolva pragmaticamente alguns desses problemas epistemológicos apresentados, quando a solução apresentadas pelos diversos sistemas for similar a preponderância na escolha das racionalidades não pode ser superior a função de entrega da jurisdição, motivo pelo qual a teorização da epistemologia pretende oferecer um grau temporário de estabilidade dentro de uma marcha dialética histórico-evolutiva da síntese como nova tese.

6.3 O que já está consolidado nas teorias epistemológicas e quais são as novas racionalidades propostas?

Nesse ponto o trabalho será remissivo aos temas já estudados. No primeiro capítulo, foram apresentados os problemas filosóficos, que não podem ser solucionados. Por esse motivo, o que se pretende é realizar uma missão conciliadora de aceleração e desaceleração para controlar as tendências pela velocidade.

No primeiro capítulo também foi enfatizado o caráter psicológico da narração mítica e essa narração como conhecimento atemporal. No mesmo sentido foi demonstrada a historicidade do desenvolvimento dos saberes humanos assim como a evolução dos direitos da humanidade tema que permeou todo o trabalho em função da matéria constitucional.

A pesquisa reconheceu a historicidade dos direitos humanos e defendeu sobre o princípio do não retrocesso a impossibilidade na redução dos direitos das gentes em matéria constitucional e nesse sentido se posicionou contra a tese que defende a ilimitação dentro da

doutrina da soberania.

Ainda no primeiro capítulo, foram apresentadas as teorias da idade média com especial importância para o direito natural de origem divina. O direito natural trabalha com o mesmo critério de generalidade das normas de textura aberta de Hart e dos princípios de Dworkin o que demonstra cabalmente que não será solucionado o problema de pretensão de completude do ordenamento. Nesse sentido, no momento em que foram apresentadas as teorias da argumentação voltadas para o método a pesquisa será tendente a aderir aos anseios de legitimidade democrática.

Foi apresentada a pesada carga semântica que recai sobre a palavra dogma e foi proposto o afastamento do sentido de verdade imutável, para a aproximação de um sentido de nova dogmática. Por meio da nova dogmática a proposta é a adesão a uma dialética histórica evolutiva hegeliana de forma que a conceituação epistemológica seja tendente a proporcionar a segurança jurídica, mas que não seja obstáculo para a inovação conceptual das novas gerações.

Nesse sentido, o que se pretende é conciliar a segurança jurídica pretendida de foram ingênua pelo positivismo lógico do círculo de Viena, decorrente da semântica formal de Frege e de Wittgenstein II, com a possibilidade de inovação refletida em apreço as teses pós-positivistas que defendem a elaboração de novas fórmulas dogmáticas.

No segundo capítulo são apresentadas as escolas do direito que surgiram na modernidade e as teorias políticas sobre a origem do estado moderno e sobre a soberania. Foi contra o estado moderno totalitário que surgiram os movimentos constitucionalistas com base em doutrinas de soberania popular como a de Rousseau.

A partir do terceiro capítulo a filosofia contemporânea já é trabalhada, motivo pelo qual já começam ser apresentadas de maneira mais pormenorizada as racionalidades que servem de base para a criação da epistemologia hermenêutica que pretende receber as categorias da antiga hermenêutica positivista e também receber e criar novas fórmulas dogmáticas epistemológicas.

Sobre a mudança de paradigma a epistemologia que se pretende adere ao reconhecimento do papel inovador do magistrado na produção legislativa. Esse papel inovador decorre da prolação da norma-decisão. Trata-se de posição concretista e substancialista, apesar disso esse dever não poderá ser utilizado desarrazoadamente pelo Magistrado.

Apesar disso, a pesquisa pondera que se por um lado realmente não há mais espaço para um discurso axiomático-dedutivo, por outro lado atividade inovadora do juiz não pode

ser realizada desmedidamente.

O que se defende é que a ponderação seja utilizada apenas como fator corretivo do sistema e seja um mecanismo do sistema de freios e contra pesos, como uma técnica de decisão judicial. A argumentação jurídica deve ser reconhecida como um fator de correção previsto e integrante do sistema.

Como já foi dito, toda vez que a lei não ampara uma situação ou gera uma distorção inconstitucional, o juiz deve utilizar o fator de correção como sistema de proteção e na legitimidade democrática.

Nos capítulos três a cinco, foi apresentado o trabalho do professor Marrafon onde são apresentados os discursos da linguagem objetivando sanar problemas da jurisdição constitucional. Nesse caso a epistemologia deve preocupar-se com os três grandes riscos para as conquistas da humanidade: (i) inefetividade; (ii) retrocesso; (iii) perda.

Como foi elencado durante a apresentação da tese do Professor Marrafon, a espiral hermenêutica pretende encampar de seu trabalho: (i) que são eixos fundamentais da atividade interpretativa promover a discussão sobre os desafios filosóficos dicotômicos interpretativos representados pelas indagações: Interpretar para compreender ou compreender para interpretar? A proposta interpretativa deve estar entre o sentido da estrutura ou a estrutura do sentido? (ii) A defesa de que não é possível sustentar teoricamente a concepção de que a atividade de interpretação e aplicação do direito pode ser realizada através da concretização de uma verdade metafisicamente aferível a partir exclusivamente de métodos de interpretação. (iii) Defender a tentativa de conciliar hermenêutica e epistemologia jurídica, com base em uma relação produtiva das categorias da hermenêutica aliada à exigência de normatividade e legitimidade requeridas pelo direito, eixo principal da epistemologia jurídica enquanto teoria do direito; (iv) Defender que a tomada de decisão é realização do direito. Ao final, a pesquisa inclui também que: (v) hermenêutica jurídica e as teorias da argumentação são conciliáveis, (vi) a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação criaram epistemologias jurídicas (hermenêutica voltada para a ontologia – voltada para as premissas fundantes e as teorias da argumentação voltadas para o método de decisão judicial - justificação) (vii) como compreender e interpretar são fenômenos relacionais não há uma racionalidade totalizante, o círculo hermenêutico deve ser aberto para buscar mediações das racionalidades. A interpretação deve ocorrer dentro de uma estrutura com outra dinâmica diferente do círculo hermenêutico. (viii) deve ser criada uma espiral interpretativa, onde todas as racionalidades apresentadas possam ingressar e onde hermenêutica e teorias da argumentação trabalhem de forma complementar nos processo de interpretação e justificação, pois estes processos

também são cooriginários. (ix) entender pela cooriginariedade da compreensão com a interpretação e da estrutura do sentido com o sentido da estrutura; (x) o reconhecimento da força jurígena à dimensão retórica das decisões judiciais.

Dentro dos discursos plurais sobre a verdade, apresentados com base no trabalho do professor Marrafon, a epistemologia hermenêutica pretende ainda encampar a teoria habermasiana do agir comunicativo, que desloca o problema da verdade para as estruturas do interior da comunidade linguística, apesar disso, a racionalidade pretendida apresenta posição concretista.

Sobre a conexão entre a verdade e a justificação, ela será defendida no interior da espiral hermenêutica da decisão judicial. Nesse aspecto a pesquisa concorda que os debates funcionam como filtros aos quais devem se submeter às intuições de verdade, para sua correção. Também está conforme o trabalho que a soma do realismo pragmático ao paradigma da linguagem é necessária em função da relação lógica entre o mundo objetivo e a validade discursiva.

Também foi visto quando da análise do trabalho de Marrafon que pesquisa tem preocupação em promover a ética discursiva de forma a consolidar uma epistemologia hermenêutica que promova uma norma-decisão dotada de legitimidade democrática. Também é defendido que a juridicidade de sua dimensão retórica da decisão judicial – norma-decisão – deve ser reconhecida pela consciência epistemológica da comunidade aberta de interpretes.

Outra proposta da pesquisa é o afastamento do enfoque para o problema contramajoritário. A proposta foi afastar a expressão “discrecionariedade” para a utilizar expressão “dever de defesa da democracia deliberativa” para afastar das teses substancialistas o peso do argumento de decisionismo ou de ação afirmativa.

A pesquisa pretende a criação de um sistema de defesa uma espiral hermenêutico-epistemológica. A eficácia da constituição histórica enseja rotação da espiral hermenêutica interpretativa para alcançar o maximização dos direitos fundamentais. A pretensão é um sistema de controle e de defesa da democracia e da legitimidade democrática, o que não é uma escolha discrecionária do Magistrado, mas de um dever de aplicação da constituição o reconhecimento de seu valor normativo e de sua eficácia efetual.

Quando o legislador deixa de exercer seu papel de efetivar os direitos fundamentais por meio da política, pratica abuso (omissivo) de sua função de regulamentação. Isso pode ser considerado uma usurpação por contrariedade aos anseios do poder constituinte originário. Se a Constituição tem força normativa, essa força não prescinde de mecanismos de controle e um deles é o dever integrativo judicante da força jurígena da norma-decisão. O Magistrado,

apesar da falta de regulamentação, não está autorizado a negar a jurisdição constitucional e apresentado o fato a norma-decisão vai veicular o direito.

A tese defendida pelo trabalho amplia muito a racionalidade pretendida pelo Professor Marrafon. A teoria formulada por Marrafon, com base na filosofia da libertação de Dussel, não tem às racionalidades submetidas ao giro aberto da espiral hermenêutica, para que uma racionalidade possa promover a correção da outra.

A tese apresentada na pesquisa não defende uma racionalidade. O trabalho apresenta todas as racionalidade adotadas pelos sistemas filosóficos e jurídicos e conforme o trabalho apresentava a evolução do pensamento humano a pesquisa pontuava os acertos e as contradições das teorias buscando similitudes e o consenso pela aplicação de um mecanismo que não propusesse a solução entre as tensões filosóficas mas a aceleração e desaceleração para regular as tensões.

O trabalho defende a criação de um mecanismo de defesa do sistema jurídico onde a rotação das racionalidades na espiral hermenêutica epistemológica com as mediações decorrentes das teorias da linguagem possam resolver os problemas da jurisdição constitucional, principalmente a inefetividade.

Além disso, foram renovadas as questões sobre as teorias procedurais como a de Habermas, cujas diferenças e similitudes com as demais teorias da argumentação já tinham sido apresentadas por meio das considerações sobre a verdade na pluralidade dos discursos e estratégias epistemológicas na contemporaneidade.

A pesquisa defendeu a necessidade da adoção da tese da “racionalidade mais adequada”, “transparência sistêmica” e “normatividade dos princípios éticos” defendendo que não pode haver nenhuma radicalização de racionalidade e que promovendo uma crítica da facticidade sobre a tese de Marrafon.

6.4 A espiral hermenêutica da decisão judicial.

Resolvida por via transversa a polissemia da palavra hermenêutica. É possível compreender que hermenêutica não pode ser ao mesmo tempo uma teoria da decisão e também seja uma corrente filosófica, assim, sempre que a palavra for utilizada é necessário que seja elucidada a pretensão do pesquisador para que a seja explicada a polissemia e não seja dada unidade de sentido como se a teoria da decisão mais correta fosse a hermenêutica

filosófica o que é um equívoco epistemológico

A palavra tem os dois sentidos, porém ora adquire um sentido e ora adquire outro sentido conforme a pretensão do produtor do texto. No trabalho hermenêutica é teoria para a decisão judicial e hermenêutica filosófica um dos instrumentos da espiral hermenêutica da decisão. Quando a hermenêutica é vista como epistemologia e é chamada de teoria da decisão, fica esvaziada de uma epistemologia, pois nesse caso os autores estão viciados nos velos padrões positivistas da antiga hermenêutica, e isso tem impossibilitado a criação de uma nova dogmática. Criar a epistemologia hermenêutica é estudar uma epistemologia (teoria do conhecimento), voltada para hermenêutica (teoria da decisão judicial) com sistematização das novas categorias e racionalidades interpretativas que estão sendo apresentadas.

Na teoria da norma, a proposta realizada pelo trabalho defende o entendimento do professor Sandoval, pelas categorias de norma-regra, norma-princípio e norma-decisão. Para a criação da epistemologia hermenêutica, devem estar presentes as bases filosóficas da origem do conhecimento (antigas epistemologias científicas) para que sejam apresentados e elucidados os parâmetros interpretativos paradigmáticos nas antigas teorias do direito (antiga teoria da decisão).

A partir desse ponto, criticar os antigos parâmetros epistemológicos e trazer as novas teorias discursivas como parâmetros epistemológicos para formar uma nova epistemologia científica do conhecimento e a partir dessa epistemologia criar novas categorias e novos vetores de interpretação jurídica (a nova hermenêutica). Assim, dentro da teoria do sistema jurídico estaria presente o reconhecimento do papel do Magistrado como inovador do sistema jurídico, na teoria da norma o reconhecimento existência da norma-decisão e isso porque a utilização da racionalidade discursiva dentro da hermenêutica teria reconhecido dentro da hermenêutica jurídica a juridicidade da dimensão retórica da decisão judicial, dentro da normatividade do direito.

Nesse aspecto, estão as críticas da pesquisa às novas epistemologias científicas que deixam de apresentar suas teorias dentro de sistemas. Há uma grande crise de organização categorial das ciências jurídicas que já foram compartimentadas pela especialidade e isso é um problema que deve ser enfrentado.

Fica ainda a crítica da hermenêutica filosófica que acusa a acepção da palavra hermenêutica como teoria da interpretação, para afirmar que reduz a hermenêutica a uma meta-teoria, mas a partir daí se arvora em teoria da interpretação correta para o problema da decisão se aproveitando da polissemia que ela própria critica.

Esse é o problema central do trabalho, quando a hermenêutica é tratada apenas como

epistemologia da decisão, o intérprete, muitas vezes, passa a utilizar como categorias hermenêuticas apenas as categorias da hermenêutica filosófica, com isso deixa de ser solidificada uma epistemologia hermenêutica que organize o todo, o cosmo e por isso as correntes da cruzada hermenêutica não têm verdadeiramente compreendido hermenêutica e interpretação como complementares.

Notadamente, qualquer das teorias apresentadas tem seus defeitos. Não haverá jamais superação das dicotomias sujeito e objeto ou estática e dinâmica, com tudo isso é proposta a única inovação científica ofertada é a criação de um antídoto.

A proposta é a criação de um mecanismo de defesa, para salvaguardar os sistemas criados em prol da humanidade. Para salvar os sistemas jurídicos dos fatores reais de poder e do exercício arbitrário por pessoas com índoles péfidas.

A opção foi por um sistema de defesa orgânico (com permeabilidade seletiva) que gira em um eixo espiral hermenêutico interpretativo, buscando conciliar as teorias ofertadas na pesquisa, porém fazendo isso enfaticamente em função da teoria da argumentação voltada para a ponderação na ambiência do agir comunicativo e da hermenêutica filosófica da facticidade, com a visão do outro.

O sistema ofertado é mecanismo de defesa, porém é parte do todo. É dotado de permeabilidade seletiva e repele interpretações carentes de legitimidade democrática, pois, sendo o próprio DNA da decisão judicial, não permite que tais posicionamentos ingressem dentro da função judicante do Estado.

Os giros da espiral hermenêutica em seus eixos, que são os pilares interpretativos, analisam, dentro da filosofia, da história e do ordenamento jurídico as posições vedadas pelo princípio do não retrocesso.

Os eixos giram também para buscar dentro de sua permeabilidade seletiva uma interpretação que possibilite dentro do diálogo das normas a melhor solução dentro da legitimidade democrática. O DNA da decisão judicial é, portanto, o material genético da decisão judicial e não permite interpretações contra evolutivas do organismo social.

Além de um material genético ele tem suas rotações realizadas sobre as categorias da física de aceleração e da desaceleração e isso se dá sobre a facticidade e ética dusselianas.

Como os problemas filosóficos, tensões não solúveis são controláveis, a física poderá controlar tais problemas com a aceleração e desaceleração. Essas tensões são como doenças incuráveis, mas tratáveis pelas rotações, ora lentas, ora aceleradas da espiral hermenêutica da interpretação judicial.

A espiral interpretativa é aberta, não se fecha e se renova. É construtivista e

desconstrutivista, atende a dialética hegeliana no prisma da aceleração e desaceleração e é sempre contínua, nunca se fecha. O movimento nunca é circular, é sempre espiral. A conclusão elucida os métodos interpretativos eleitos no momento para serem vetores de maior aceleração na espiral e isso é a parte da decisão judicial que opera dentro da justificação.

CONCLUSÃO

A hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação têm material genético comum. Epistemologia e hermenêutica são palavras polissêmicas. A utilização da expressão epistemologia hermenêutica da decisão judicial tem a pretensão de propiciar bases epistemológicas, ou seja, científicas para a hermenêutica jurídica. Com isso, permite dissociar a expressão hermenêutica jurídica dos velhos padrões positivistas dogmáticos interpretativos. Fazendo assim, será possível migrar as categorias da antiga hermenêutica jurídica para a base epistemológica, que deve ser renovada pelos processos hermenêuticos decorrentes da hermenêutica filosófica e das teorias procedurais de interpretação. Viabilizando, desta forma, a conclusão de que o conhecimento humano e a interpretação dos fenômenos científicos são produzidos e reproduzidos pelo ser no tempo e no mundo.

O ser no tempo e no mundo é um ser físico, biológico, psicológico, histórico e cultural. Esse ser biopsicossocial é dotado de capacidades. Isso permite ao ser a utilização da linguagem, instrumento que é limitado pelo ser e limita o ser no mundo, assim como a sua cognição.

A cognição do ser é dotada de relações de produção e reprodução, que para organização e desenvolvimento dependem da promoção de abstrações e também do retorno ao ser no tempo e no mundo, dentro de uma espiral hermenêutica interpretativa.

A espiral epistemológica - hermenêutica - interpretativa deve possibilitar ao ser no tempo e no mundo, produtor e produzido pelas realidades sociais, produtor e produzido pelas práticas linguísticas do meio social, ofertar e exigir uma jurisdição dotada de legitimidade democrática.

Para o alcance da legitimidade democrática a dogmática constitucional teorizou e consolidou a existência do sistema de freios e contrapesos. Esse sistema, na Constituição Federal brasileira é previsto o que se depreende dos sistemas de defesa decorrentes dos textos constitucionais. Por esse motivo, seja a ausência de normas ou a perversidade delas, são justificativas para o acionamento do sistema de freios e contrapesos para a manutenção da legitimidade democrática das decisões judiciais em um papel inovador do Magistrado, produtor da norma-decisão. Nesse caso, o juízo não

estará sendo ativista, mas cumpridor de um dever corretivo constitucional de um poder (função) em face do outro.

A pesquisa teve como objetivo demonstrar a complexa problemática para a compreensão das racionalidades e como essas racionalidades são complementares dentro da espiral hermenêutica interpretativa.

Apesar do objetivo de sistematização de conteúdos do trabalho a pretensão na criação da epistemologia não pode ser realizada de forma açodada, motivo pelo qual, o trabalho se preocupou mais em apresentar as bases para a formulação desse sistema que deve ser promovido em um novo trabalho acadêmico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 939-7/DF, Rel: Min. Sidney Sanches. “Uma Emenda Constitucional , emanada, portanto de Constituinte Derivada incidindo em violação à constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição”. Ver também: ADI 981 -8 PR. Repositório de Jurisprudência do STF, disponível em www.stf.gov.br.

Aula ministrada pelo professor Dráuzio Macedo Gonzaga, tema: *Introdução ao Direito: distinção entre filosofia e filosofia do direito, divisão histórica e doutrinal da filosofia do direito, principais questões e temas filosóficos pertinentes a função jurisdicional*. Módulo de Filosofia do Direito, CP VI, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 19.10.2012. Informação oral, GONZAGA, Dráuzio Macedo.

ALEXY, 2001, p. 27. apud LIMA, Newton de Oliveira. *A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy: pressupostos e paradigmas para o Neokantismo jurídico*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37101>> Acesso em: 01 mai. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. De Zilda Hutchinson Schid Silva. São Paulo: Landy.2001.

_____, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

ARISTÓTELES, *Metafísica I*, 2, apud MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RESE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. p.2. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em :16/02/2013.

BRASIL ESCOLA. *Dâmocles*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biografia/damocles.htm>> Acessado em: 10/12/2013.

BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia: A Idade da Fábula Histórias de Deuses e Heróis*. Tradução: David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

- CAPISTRANO, Pablo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Gen. 2011.
- CASSARA, Rubens R.R. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*.
- CIVITA, Victor. *Enciclopédia: Mitologia*. São Paulo: Abril Cultural. 1973.v.1. p. 177-192.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito*. trad. A 10ª e última edição italiana. Coimbra: Arménio Amado,1956. vol.I, p.216, *apud* NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DOWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2010.
- DURKHEIM, A *divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2.ed. Lisboa: Presença. 1984.
- _____, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução: Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2.ed. Lisboa: Presença. 1984.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIORE, Pasquale. *De la irretroatividade e interpretaci3n de las leyes*. Tradução: E. A. de Paz. 3 ed. Madri:1987, p. 564 *apud* FRANÇA, R. Limonge. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FRANÇA, R. Limongi, *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FREUD, Sigmund. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud: *O Ego e o Id*. Tradução: Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora.
- GIKOVANTE, Flavio. Somos seres biopsicossociais. Disponível na internet:<<http://www.crescabrasil.com.br/Loja/videocurso-somos-seres-biopsicossociais.aspx>> Acesso em: 27/09/2013.
- GOES, Guilherme Sandoval. *Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-positivista*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GRAY, J. C., *apud* HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara Revisão de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara Revisão

de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na História: Uma introdução geral à filosofia da história*. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2004.

HEIDEGGER, *apud* MARRAFON Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

HESSEN, Jhoanes. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Armênio Amado, 1964. *apud* NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HESSEN, Jhoanes. *Teoria do Conhecimento*. Tradução: João Virgílio Galerani Cuter, Revisão Técnica: Sérgio Sérvuo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição: die normative kraft verfassung*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HINTIKKA, Jaakko; HINTIKKA, Merrill *apud* MARRAFON.

HOLMES, O. W., *apud* HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara Revisão de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOMERO, *Odisseia I: Telemaquia*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

_____, *Odisseia II: Regresso*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

_____, *Odisseia III: Ítaca*. Tradução: Donaldo Shüler. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva Lima. Teoria da argumentação: a proposta de Robert Alexy para a fundamentação racional da decisão jurídica. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 15, n. 2612, 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17268>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

KANT, 2008, p. 68. *apud* LIMA, Newton de Oliveira. A **teoria** da argumentação jurídica de **Robert Alexy**: pressupostos e paradigmas para o Neokantismo jurídico. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37101>> Acesso em: 01 mai. 2010.

KELSEN, *apud*, HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira

Sette-Câmara Revisão de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução: Aurélio Wandir Bastos. 8.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

LEITE, Marcelo Peter de Souza, p. 49 apud MARRAFON. p. 57.

LEWELYN, apud HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara Revisão de Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Revisão Técnica> Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Newton de Oliveira. A teoria da argumentação jurídica de **Robert Alexy**: pressupostos e paradigmas para o Neokantismo jurídico. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37101>> Acesso em: 01 mai. 2010.

JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva Lima. Teoria da argumentação: a proposta de Robert Alexy para a fundamentação racional da decisão jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2612, 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17268>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

MACEDO, Sérgio D. T. *As mais Belas Histórias da Mitologia*. São Paulo: São Paulo Editora, 1961.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MARTINS, A. de Resende. *Pontos de História Universal: História Antiga e Edade. Média. .s. local*. TypographiaAlmanak Laemmert,1932.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4 ed., 1947, p.14. apud FRANÇA, R. Limonge. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA COUTINHO, apud MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MOREIRA E SILVA, Henrique Brum. *Ronald Dworkin: Levando os Direitos a Sério* (1977) – Resumo. Disponível em: <<http://sefp.files.wordpress.com/2010/01/ronald-dworkin-levando-os-direitos-a-serio.pdf>> Acesso em: 26.06.2013.

Nota de roda pé do livro. Transcrição de trecho do livro Racionalidade e existência do professor Ernildo Stein. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEDRO, Antônio; CÁCERES, Florival. *História Geral* in série sinopses. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1982.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. *Defesa de Sócrates*. In Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita. 1972.

REIS, José Carlos. *O Historicismo: A Redescoberta Histórica*. In: Revista de História. Juiz de Fora:UFJF. Disponível em:< <http://www.ufjf.br/locus/files/2010/01/15.pdf>> Acessado em: 10/12/2013.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2005.

SALIS, Viktor D. Salis. *ABC da Mitologia: Uma noite com os Mitos*. Disponível em:<<http://www.universidadefalada.com.br/curso-de-mitologia-gratis-viktor-salis-mp3.htm>> Acessado em: 10/12/2013.

SARTRE, J. P. O Existencialismo é um Humanismo. Apud. Os Pensadores. Vol. XLV, Abril Cultural.

SCHUMPETER, J.A. *A Significação do Manifesto Comunista na Sociologia e na Economia*. In: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. Tradução: Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar. 1978.

SHAKESPEARE, William. *As alegres comadres de Windsor, Medida por Medida, O sonho de uma noite de verão, O mercador de Veneza, A megera domada*. Tradução: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros, Oscar Mendes e Ivo Barroso. São Paulo: Victor Civita. 1981.

SILVA, Francisco de Assis. *História Geral: história antiga e medieval*. São Paulo: Moderna, 1988 a.

_____, Francisco de Assis. *História Geral: história moderna e contemporânea*. São Paulo: Moderna, 1988 b.

SILVA, Franklin Leopoldo e. *Espanto*. In: Vídeo da USP. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=gnog6G2ae1s>> Acessado em: 10/12/2013.

SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Tradução: Geir Campos. São Paulo: Editor Victor Civita, 1980.

SPINOSA, Baruch. *Tratado Político* in Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural 1973. *Apud* NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRATHERN, Paul. *Hegel (1770-1831) em 90 minutos*. Tradução: Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____, Lenio Luiz, *O que é isto? decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, Lenio Luiz, *O que é isto? o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. p.32 *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

STEIN, *Seminário sobre a Verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 297 *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discurso sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

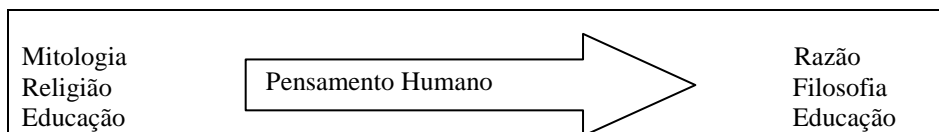
TAVEIRA, Cristiano; DERBI, Felipe. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

WEFFORT, Francisco C., *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, MONTESQUIEU, Rousseau, “o federalista”*. São Paulo: 2003.

WEFFORT, Francisco C., *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”*. São Paulo: 2003.

XENOFONTE. *Apologia de Sócrates*. In Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita. 1972.

1. O PROBLEMA DA DECISÃO JUDICIAL E OS CONCEITOS DE DIREITO E JUSTIÇA.



1.4 História e história da filosofia: o conceito de justiça na antiguidade e “o problema do valor de justiça e do valor de verdade entre os Sofistas e os Socráticos.

HISTÓRIA DA FILOSOFIA			
Idade Antiga da História			
História da Grécia: Pré-homérico XX – XII a.C.	História da Grécia: Homérico XI – VIII a.C.	História da Grécia: Arcaico VIII – IV a.C.	História da Grécia: Clássico V – IV a.C.
1.O surgimento da filosofia. 2.Pré-socráticos. 3.Sócrates e os sofistas.		1.Platão. 2.Aristóteles e o sistema aristotélico. 3.O helenismo e suas principais correntes.	
Idade Medieval da História	Idade Moderna da História	Idade Contemporânea da História	
1.O surgimento da filosofia cristã no contexto do helenismo; 2.O desenvolvimento da escolástica; 3.A filosofia árabe: um encontro entre o ocidente e o oriente; 4.São tomas de Aquino e o aristotelismo cristão; 5.Guilherme de Okham e a crise da escolástica.	1.As origens do pensamento moderno e a ideia de modernidade; 2.Descartes e a filosofia do cogito, 3.A tradição empirista : experiência como guia, 4.A tradição racionalista pós-cartesiana, 5.A filosofia política do liberalismo e a tradição iluminista.	1.A problemática filosófica do século XX, 2.Os herdeiros da modernidade, A ruptura com a tradição.	

Conceito de Justiça x Verdade

Sofistas- Tese do valor de justiça e de verdade como particular, sendo o homem a medida de todas as coisas.

Socráticos- Tese do valor de justiça como valor de verdade universal, sendo Deus a medida de todas as coisas.

1.6 Filosofia na idade média.

Idade Antiga	Idade Antiga	Idade Média
Justiça -Sofistas	Justiça - Socráticos	Justiça
Humana – o homem como a medida de todas as coisas. Contra a existência de um direito natural. Valor de Verdade: Individual; Mutável; Não perene; Humano; Imperfeito.	Divina – Deuses gregos. Pensamento racional pagão. Direito natural Valor de Verdade: Universal; Imutável; Perene; Divino; Perfeito.	Divina – Filosofia cristã. Primeiro foi contra o pensamento racional, pagão e depois tentou conciliar fé e razão. Direito Natural de origem divina – filosofia cristã.. Dogmas da igreja católica

Paulo de Tarso.	Santo Agostinho (354-430).	Santo Isidoro de Sevilha (570-636).
Admitira a existência de um direito natural inscrito no coração dos humanos. A noção de justiça não se achava aprisionada na lei positiva, mas na	Autor de uma doutrina que é considerada a transição entre a filosofia grega e a medieval Representante da patrística que se destinava a consolidar a fé cristã contra as crenças pagãs. Era uma forma de educação veiculada pelos	Transição da patrística para a escolástica. Apresentou talento e a aguda percepção do fenômeno jurídico, aponta os predicados da lei: “a lei há de ser honesta, justa, possível, adequada a natureza e aos costumes, conveniente no tempo, necessária,

<p>fé pela orientação do redentor.</p> <p>O poder das autoridades e governantes originava de Deus.</p> <p>Reconhecia a escravidão como sendo parte da organização social.</p> <p>Entendia que os escravos deveriam agir com obediência e seus amos deveriam agir com equidade.</p> <p>Era essa a “moral” cristã.</p>	<p>padres.</p> <p>Sobre a doutrina, tem-se que:</p> <p>(i) Deus seria o princípio de todas as coisas;</p> <p>(ii) a lei eterna é a lei de Deus;</p> <p>(iii) a justiça é concebida como virtude;</p> <p>(iv) a justiça é elemento essencial ao direito;</p> <p>(v) não pode haver povo sem justiça, como a justiça é coisa do povo, onde não há justiça não há república.</p> <p>Santo Agostinho elenca três espécies de lei: (i) eterna, universal e imutável, inacessível ao conhecimento humano, exceto por intermédio da lei natural; (ii) lei natural, a exemplo do que entendia São Paulo, estava inscrita no coração dos homens e a razão humana apenas revelaria as regras expressas nos corações e (iii) lei humana ou terrena, lei eterna adaptada pelo legislador à realidade concreta</p>	<p>proveitosa e clara, sem obscuridade que provoque dúvida e estatuída para a utilidade comum dos cidadãos e não para benefício particular”</p> <p>Esse elenco de qualidades revela aspectos éticos, sociológicos e filosóficos indissociáveis da lei.</p> <p>Considerando como harmonia na sociedade, Santo Isidoro distinguiu classes de leis:</p> <p>(i) direito público, aplicável aos magistrados e sacerdotes;</p> <p>(ii) direito quiritário, próprio dos cidadãos romanos;</p> <p>(iii) direito natural, comum a todas as nações, justo, fundado no instinto humano e inerente a razão dos homens;</p> <p>(iv) direito civil ou positivo, particular de cada povo e destinado a regência interna e que considera Deus e os homens;</p> <p>(vi) direito das gentes, normas sobre guerra, paz e diplomacia</p>
--	---	--

Santo Tomás de Aquino (1225-1274).	Hugo Grócio (1583-1645)
<p>O homem possui livre arbítrio, podendo escolher entre o bem e o mal. Pode se desviar do bem, de sua trajetória e praticar o mal, porém sua natureza é boa, pois é divina.</p> <p>O homem, porém, não conhece o universo em sua totalidade.</p> <p>Apenas Deus conhece a lei eterna. A lei eterna é lei natural é o preceito de que o homem deve fazer o bem e evitar o mal.</p> <p>O bem preserva e o mal destrói.</p> <p>O bem é obedecer às leis da natureza.</p> <p>Criou um neoaristotelismo, para ele existem quatro tipos de leis:</p> <p>(i) eterna, a própria razão, o espírito de Deus, ninguém conhece senão Deus;</p> <p>(ii) natural, participação da criatura racional na lei eterna, seu postulado era observar o bem e evitar o mal e assim as condutas conforme a lei natural seriam as de preservação da vida, união dos seres para a formação da prole, a busca da verdade e a participação na vida social;</p> <p>(iii) divina, as sagradas escrituras que são complementares a lei natural e que orientam a conduta terrena e (iv) humana, promulgada pelo governante vida a paz dos homens, ordenamento da razão que tem como objetivo o bem comum e se destinava àqueles que fossem tendentes ao vício, para que não assim agissem em função da coerção.</p> <p>Jusnaturalista, Santo Tomás entendia que as leis que não eram justas não seriam leis.</p>	<p>Proclamou um direito natural que não tinha origem divina.</p>

2.1 A Filosofia do Direito na Modernidade: As doutrinas políticas, a Escola Clássica do Direito Natural e críticas a Escola Clássica.

Direito Natural na Idade Média	Direito Natural na Idade Moderna
Fundamento Divino (Fundamento Teológico)	Fundamento na Razão (Fundamento Humanista – Racional)

Tópicos de Filosofia do Direito na Idade Moderna (1498-1789)	
(i) O renascimento.	(ii) A Escola Clássica do Direito.
Humanismo.	A partir da doutrina de Hugo Grócio.

<p>Doutrinas Políticas:</p> <p>1.Nicolau Maquiavel (1469-1529), 2.Bodin (1530-1596), 3.Hugo Grócio (1583-1645).</p>	<p>O direito natural deixa de ser de natureza cósmica (estóicos e romanos) e deixa de ser considerado de natureza divina (catolicismo).</p> <p>Emanação da natureza humana e laicização do direito natural.</p> <p>Principais Autores: 1.Hobes (1588-1679), 2.Spinoza (1632-1677), 3.Locke (1632-1704), 4.Puffendorf (1632-1694), 5.Tomásio (1665-1728), 6.Rousseau (1712-1778).</p> <p>Críticos: Henrique Coccejo (1644-1719), Samuel Coccejo (1679-1755), Vico (1668-1744), Montesquieu (1689-1755), Leibniz (1646-1716) e Wolf (1679-1754).</p> <p>O objetivo da escola clássica do direito natural em criar um direito universal colidiu com a criação dos códigos nacionais: austríaco, prussiano e francês.</p> <p>Correntes contra o jusnaturalismo: Criticismo de Kant. Historicismo de Savigny.</p>
--	--

(iii) Escola do Direito Racional. O Direito Racional de Kant	(iii) O idealismo Alemão e a Filosofia de Hegel.	(iii) A escola histórica do direito.
<p>Emmanuel Kant (1724-1804) filósofo de Königsberg.</p> <p>Origem do conhecimento: Fenomenalismo.</p> <p>Fenomenalismo: O homem só conhece o fenômeno, a aparência. Contra o fenomenalismo há o idealismo de Hegel, Schelling e Fichte.</p> <p>Indagações Gnoseológicas e as tese ecléticas de Kant:</p> <p>1.Possibilidade do conhecimento: Entre o dogmatismo e o ceticismo criou o criticismo. 2.Origem do conhecimento: Entre o racionalismo e o empirismo criou o apriorismo. 3.Essência do conhecimento: Entre o realismo e idealismo criou o fenomenalismo.</p> <p>Direito: Liberdade como valor máximo. Influenciado por Tomásio distinguiu moral (motivo da ação) de direito (mais importante plano exterior das ações). Direitos naturais conhecidos a priori independente da legislação. Direito positivo não se vincula sem legislação externa.</p>	<p>Hegel (1770-1831), Schelling, Fichte.</p> <p>Idealismo: Não há limite ao conhecimento humano o que é real é racional. Ser e pensar são iguais, não há diferença entre se e dever ser.</p> <p>Filosofia do Direito – Filosofia da Liberdade. Hegel nutria antipatia pelo direito natural de seu tempo. Apesar disso, há divergência sobre a presença do direito natural em sua doutrina em função de teorizar o direito abstrato como forma elementar de vontade livre.</p> <p>Filosofia política: Estado como fruto da razão humana, portador de direitos absolutos sobre os indivíduos.</p> <p>Em função do absolutismo político, são doutrinas que se embasaram na fonte hegeliana: 1.Estadismo ou Centralismo Social (Estado como fonte do direito moralidade e religião), 2.Socialismo do Estado (processos de produção e direito de propriedade dirigidos pelo Estado), 3.Socialimo Democrático ou Materialismo Histórico (Marx, Engels e Lassalle), 4.Socialismo</p>	<p>Preocupa-se com o elemento cultural (realidade histórica), de forma antagônica a escola natural que se preocupa com o elemento natural (imperativos da natureza humana).</p> <p>Origem do conhecimento: Empirismo.</p> <p>Contrária à origem do conhecimento racionalista que utiliza o método dedutivo, pois o método dedutivo despreza a observação dos fatos.</p> <p>O racionalismo era intimamente ligado a Revolução Francesa, assim sendo, a Santa Aliança condena o pensamento racionalista tentando recuperar a imagem das monarquias.</p> <p>Doutrina desenvolvida por três juristas alemães: 1.Gustavo Hugo (1764-1844), 2.Frederico Carlos Savigny (1779-1861) e 3.Jorge Frederico Puchta (1789-1846). Savigny o mais notável travou embate com Thibaut que era codicista. Savigny era contra um direito único, para ele o direito deveria ser expressão da consciência jurídica de um povo,</p>

Distingue direito em sentido estrito (há coação) e em sentido amplo (equidade e estado de necessidade).	Anárquico (Proudhon e Feuerbach), 5. Anarquismo Extremo (que abriu caminhos para o niilismo e bolchevismo com Bakunin e Lenin)	costumeiro, objetivação do espírito coletivo. Temáticas da Escola Histórica: 1.compração do direito a linguagem, 2.espírito ou consciência do povo como origem do direito e 3.costume como fonte mais importante do direito.
---	--	--

Críticas a Escola Clássica do Direito Natural

Críticos: **Henrique Coccejo** (1644-1719), **Samuel Coccejo** (1679-1755), **Vico** (1668-1744), **Montesquieu** (1689-1755), **Leibniz** (1646-1716) e **Wolf** (1679-1754).

O objetivo da escola clássica do direito natural em criar um direito universal colidiu com a criação dos códigos nacionais: austríaco, prussiano e francês.

Correntes contra o jusnaturalismo: Criticismo de Kant, Historicismo de Savigny.

2.1 Doutrinas Políticas Modernas: Nicolau Maquiavel (1469-1529), Bodin (1530-1596) e Hugo Grócio (1583-1645).

Teoria Política de Maquiavel (1469-1527) República da Florença	Teoria Política de Bodin (1530-1596) França
Enfoque no Soberano Teoria Utilitarista Alheia a Valores Morais Afastamento do Direito Natural	Enfoque no Estado Método Racional Caráter Absoluto para a Soberania O Governante só se submete às leis divinas e naturais

Maquiavel (1469-1527) República da Florença	Bodin (1530-1596) França	Hugo Grócio (1583-1645) Holanda
Utilitarista Não era jusnaturalista Acreditava no fortalecimento do poder pela ação política do déspota	Análise do fenômeno jurídico vinculado a teologia. Jusnaturalista. Fortalecimento do poder com base na soberania. Atribuía caráter absoluto a soberania. O soberano só possuía direitos, pois só se submetia a leis divinas e naturais.	Análise do fenômeno jurídico vinculada à razão e não à teologia Declarou que o Direito Natural independia da vontade divina Visão racionalista que originou a Escola Clássica do Direito Natural. Estado com origem no contrato social. Contrato social como fato histórico e não um pacto primitivo presumido.

2.1 Escola Clássica do Direito Natural, uma visão racionalista do direito: Hobes (1588-1679), Spinoza (1632-1677), Locke (1632-1704), Puffendorf (1632-1694), Tomásio (1665-1728) e Rousseau (1712-1778).

Escola Clássica do Direito Natural – Pontos Fundamentais:

Reconhecimento de que a natureza humana seria a fonte do direito natural;
Admissão da existência, em épocas remotas do estado de natureza;
O contrato social como origem da sociedade, fato histórico;
A existência de direitos naturais inatos.

Separação Entre Direito e Moral em Tomásio

DIREITO JURISPRUDÊNCIA	MORAL ÉTICA	POLÍTICA DECORO
cujo princípio era o justo. direito caráter externo.	cujo o princípio era o honesto. moral caráter interno.	cujo princípio era o decoro.

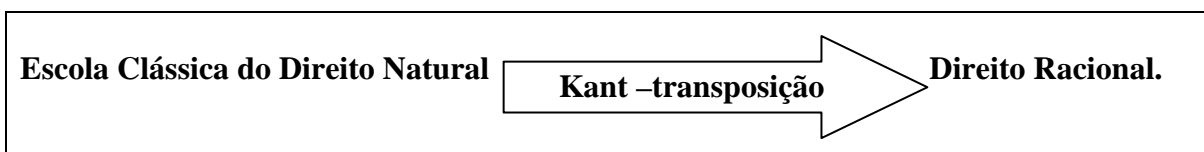
	Hobbes (1588-1679)	Locke (1632-1704)	Rousseau (1712-1778)
--	---------------------------	--------------------------	-----------------------------

HOMEM EM ESTADO DE NATUREZA:	Vive em ameaça de guerra. Criou uma doutrina politico-antropológica da formação do Estado. O homem como lobo do homem.	Não haveria guerra generalizada, mas havia uma arbitrariedade individual que fazia com que as pessoas buscassem a sociedade civil.	Os homens em estado de natureza eram felizes e a desigualdade tinha origem na propriedade privada.
ESTADO:	Formação do Estado por um contrato social. Defendia o Estado Absolutista, Leviatã, que servia para reprimir o homem.	Contra o Absolutismo Defesa do Estado Liberal e da Propriedade Privada.	Com a propriedade foi criada a sociedade civil. Passou a ser uma necessidade a criação do Estado. O Estado é criado pelo contrato social e há a alienação dos direitos naturais em troca de direitos civis.
ALIENAÇÃO DOS DIREITOS:	O súdito alienava seus direitos para o Estado e não poderia contestar o Estado exceto se lhe fosse imposta a auto eliminação.	Alienação dos direitos naturais em prol de um governo. O ferimento aos direitos naturais possibilitava que fossem contestados os governos.	
DIREITO: Todos são Jusnaturalistas.	Direitos naturais, decorrentes da razão Civis, decorrentes do Estado.	Direitos naturais, vida, liberdade e propriedade.	Direitos naturais alienados para o Estado. Os homens passam a possuir direitos civis.
FORMA DE CONHECIMENTO:		Empirista Nega as ideias inatas.	

2.1 Críticas à Escola Clássica: Henrique Coccejo (1644-1719), Samuel Coccejo (1679-1755), Vico (1668-1744), Montesquieu (1689-1755), Leibniz (1646-1716) e Wolf (1679-1754).

Henrique Coccejo (1644-1719) e Samuel Coccejo (1679-1755),	Giambatista Vico (1668-1744)	Montesquieu (1689-1755)	Leibniz (1646-1716)	Jhoann Cristian Von Wolf (1679-1754)
Direito Natural de origem divina Anti-intelectualista	Direito Natural evolutivo, bem como a vida em sociedade, passava ciclicamente por três idades: divina, heroica e humana. Tenta aproximar o direito da realidade não acredita em uniformidade do direito, mas em semelhança entre leis e costumes de povos Precursor da escola histórica com Montesquieu ,rejeitava esquemas racionalistas em prol da experiência	Acreditava que o direito emergia do povo como resultado de fatores naturais e culturais. não subordina a justiça ao conteúdo das leis, portanto não é positivista. As leis da natureza, para ele, foram criadas por Deus, e discriminou: (i) a paz, (ii) a busca de alimentos, (iii) a atração dos sexos, (iv) o desejo de viver em sociedade.	Reaproximou o direito da moral, para ele a justiça era divina, motivo pelo qual divergia da ideia intelectualista. Opositor ao sensismo de Locke, que entendia que todo o conhecimento tinha origem na experiência e que antes disso o homem era um tábula rasa	Jungia o direito a moral e situou o fenômeno jurídico como parte de uma lei ética fundando o direito em instância teológica.

--	--	--	--	--



2.2 Escola do Direito Racional: O Direito Racional De Kant (1724-1804).

Gnosiologia: Sobre a possibilidade do conhecimento:	
Dicotomia: dogmatismo e ceticismo	
DOGMATISMO	CETICISMO
O sujeito cognoscente poderá apreender o objeto. O sujeito deve formular juízos.	É impossível para o sujeito cognoscente apreender o objeto. O sujeito não deve formular juízos.
Solução Kantiana: Criticismo. “um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético”	

Gnosiologia: Sobre a origem do conhecimento:	
Dicotomia: racional e empírico	
CONHECIMENTO RACIONAL	CONHECIMENTO EMPÍRICO
Típico das ciências exatas; Dependem de raciocínios lógicos.	Típico das ciências naturais; Estudos são realizados por meio da observação.
CONHECIMENTO COM BASE NA RAZÃO	CONHECIMENTO COM BASE NA EXPERIÊNCIA.
Seria inato - o homem já nasceria com a capacidade racional.	Onde o homem nasce como uma tábula rasa e adquire experiências ao longo da vida.
Solução Kantiana: Apriorismo. O espírito é dotado de elementos <i>a priori</i> , de natureza apensa formal, semelhantes a recipientes. Nesses recipientes a experiência deposita conteúdos.	

Gnosiologia: Sobre a essência do conhecimento:	
Dicotomia: realismo e idealismo	
REALISMO	IDEALISMO
As coisas existem independentemente do sujeito cognoscente e o espírito (sujeito) é capaz de conhecê-las. O sujeito cognoscente é capaz de conhecer as coisas, pois elas existem fora da consciência.	Não há nada fora de nossa consciência.
O sujeito cognoscente pode conhecer o as coisas exatamente como são, pode apreender o objeto, objeto real, pois o real está fora da consciência.	O sujeito cognoscente não é capaz de conhecer as coisas como são, não há o real, há apenas o objeto ideal.
	Aquilo que se apresenta no pensamento é apenas o objeto ideal e não há objeto real, a ser apreendido, pois não há nada fora do pensamento.
SOLUÇÃO KANTIANA: FENOMENALISMO. Distingue nos objetos o fenômeno e o número. Objeto= fenômeno (aparência ou parte apreensível) + número (coisa em si ou parte não apreensível). Parte Realista da teoria Kantiana: Fenômeno – a aparência. O espírito pode conhecer as coisas em sua aparência. Parte Idealista da teoria Kantiana: Número – a coisa em si. O espírito não pode conhecer a coisa em si. Existem coisas reais (número – coisa em si), mas o espírito humano não pode apreender a coisa em si, só tem a capacidade de apreender o fenômeno - aparência.	

2.3 O Idealismo Alemão e a Filosofia de Hegel (1770-1831).

Kant	Hegel
O espírito humano (o homem) seria capaz de	Segundo Hegel não havia limite ao conhecimento

<p>conhecer as coisas (números) apenas em sua aparência (<i>phaenomeno</i> - fenômeno).</p> <p>A coisa em si, (número), não seria acessível à inteligência humana.</p> <p>Os homens possuem aptidão para conhecer apenas a aparência (fenômeno) e não a coisa em si (número).</p> <p>Nesse sentido, para Kant ser e pensar são diferentes.</p> <p>Há diferença entre ser (coisa em si) e dever ser (pensar).</p>	<p>humano, declarou que “tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real”</p> <p>Utilizando a linguagem de Kant, não haveria diferença entre a aparência (fenômeno) e a coisa em si (número).</p> <p>Para Hegel ser e pensar são iguais. Não pode haver diferença entre ser (coisa em si) e dever ser (pensar). Nada existe fora do pensamento. Nada há que não logre uma justificação racional. Não há posição racional que em algum momento não se realize. Tudo que em algum momento se realiza é um fenômeno da razão absoluta. A ideia não era estática. A ideia se desenvolvia na historicamente por um período dialético. Haveria sempre a marcha triádica (dialética): tese, antítese e síntese.</p> <p>A tese (a situação), a realidade, com todas as suas características, a antítese (contradição) conteria o germen da contradição. Com o resultado do processo evolutivo surgiria à síntese (nova tese) tese para uma nova marcha, em uma sequencia infinita.</p> <p>O espírito (ideia em si e por si) se manifesta de três modos: Espírito subjetivo (a alma, a consciência e a razão); Espírito objetivo (direito, moralidade e o Costume); Espírito absoluto (arte, religião e a filosofia), que é uma síntese do espírito subjetivo e objetivo.</p> <p>Arte: registra a intuição da ideia do absoluto. Religião: representa a ideia do absoluto Filosofia: expressa o absoluto.</p> <p>Quanto ao espírito objetivo, que abriga o Direito, seria a “existência do livre querer”, ou a liberdade externa que, não sendo perfeita, leva à Moralidade. Aplicando ao absoluto o método dialético, afirmou Kant que o Direito seria a tese; a Moralidade, a antítese e o Costume, a síntese.</p> <p>Família, sociedade e o Estado integravam os costumes (sínteses – novas teses para retornar ao processo evolutivo).</p>
--	--

2.4 Escola Histórica Do Direito: Gustavo Hugo (1764-1844), Frederico Carlos Savigny (1779-1861) e Jorge Frederico Pucha (1798-1846).

Escola Clássica do Direito	Escola Histórica do Direito
<p>Racionalismo. Propõe reflexões abstratas do direito.</p> <p>A escola natural traria o elemento natural. Método Dedutivo.</p>	<p>Empirismo. Converge as suas atenções para a experiência, para os fatos da sociedade e seus costumes. A escola histórica o elemento cultural. Método Indutivo.</p>

ESCOLA NATURAL COMO TESE: apresenta o elemento natural.	ESCOLA HISTÓRICA COMO ANTÍTESE: apresenta o elemento cultural (positivo).
DIREITO COMO SINTESE: O esforço do legislador em superar a tensão entre esses elementos opostos, elemento natural e o elemento cultural.	

Frederico Carlos Savigny (1779-1861)	Thibaut
Defensor do historicismo atribui especial ênfase ao direito costumeiro, que seria, segundo a tese defendida, a expressão legítima do da vontade do povo. Preocupado com a estagnação, fossilização ou esclerosamento do Direito, que ocorreria com a codificação.	Defensor da ideia de codificação. Preocupado com a segurança jurídica que não seria alcançada, sem a codificação.



2.5 FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA: interpretação ou interpretações?

Crise da Modernidade – Ruptura com a tradição racionalista - Jusnaturalista		
Kant (filosofia crítica)	Hegel (importância da história)	Marx (crítica da ideologia)

Projeto moderno Fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas na análise da subjetividade, do indivíduo considerado como sujeito pensante, como dotado de uma mente ou consciência caracterizada por uma determinada estrutura cognitiva, bem como por ter uma capacidade de experiências empíricas sobre o real, tal como encontramos no racionalismo e no empirismo.	Crise no século XIX Hegel – que aponta para a necessidade de levar em conta o processo histórico de formação da consciência Marx – que questiona os pressupostos idealistas. Dá-se uma ruptura com ênfase, tanto no racionalismo, quanto no empirismo, da temática referente ao conhecimento e à ciência como modelos privilegiados de relação do homem com a realidade. Mesmo os defensores do racionalismo, do empirismo e da importância do conhecimento científico irão compartilhar o diagnóstico da dificuldade de se construir uma filosofia sistemática.
---	---

..Críticas ao Sujeito.....	}(i) o historicismo;
Moderno Cartesiano.....	(ii) o materialismo;
e a SUBJETIVIDADE.....	(iii) as teorias da linguagem.

TEORIAS DA LINGUAGEM	
Teorias da linguagem como alternativa de explicação da relação do homem com a realidade enquanto relação de significação.	
DIREÇÕES	
Primeira Direção	Segunda Direção
O próprio pensamento subjetivo, os processos mentais dependem da linguagem, de significados, de um sistema simbólico: como mais fundamental.	A linguagem pode ser considerada, de um ponto de vista lógico. Construída de estruturas formais cuja relação com a realidade pode ser examinada independentemente da subjetividade, da consciência individual.

Principais Teorias da Linguagem: Locais e Principais Representantes:		
1. Teoria da Lógica Matemática. Alemanha e Inglaterra. Inspirada em Leibniz.	2. Filosofia Analítica da Linguagem. Gottlob Frege (Conceitografia,	3. Semiótica. Nos Estados Unidos. Charles Sanders Peirce (1830-

Desenvolvimento da lógica matemática.	1879). Bertand Russel (Princípios de matemática, 1903). Bertrand Russell com A. N Whitehead (Principia Mathematica, 1910). Ludwig Wittgenstein (Tractatus logico-philosophicus, 1921).	1914). Teoria geral dos signos e sua concepção pragmática, segundo a qual as hipóteses verdadeiras são as que dão melhores resultado.
<p>4. Positivismo Lógico.</p> <p>Áustria (Círculo de Viena- capital da Áustria).</p> <p>Círculo de Viena.</p> <p>Rudolf Carnap (A estrutura lógica do mundo, 1928, e a sintaxe lógica da linguagem, 1934).</p> <p>Moritz Schlick (com o artigo “Significado e verificação”, 1936).</p> <p>Concepção de fundamentação do conhecimento científico na lógica das teorias científicas.</p>	<p>5. Filosofia das Formas Simbólicas</p> <p>Alemanha (neokantiano alemão Ernest Cassirer).</p> <p>Ernest Cassirer (1874-1945), com a obra do mesmo título publicada entre 1923-1929.</p> <p>Interpretação do conhecimento e da cultura através do processo de simbolização desenvolvidos historicamente.</p>	<p>6. Hermenêutica</p> <p>Alemanha.</p> <p>Friedrich Schleiermacher (1768-1834).</p> <p>H.G. Gadamer (Verdade e Método, 1960).</p> <p>Alemanha a partir da inspiração no teólogo e filósofo Friedrich Schleiermacher (1768-1834) e que considera a interpretação como a nossa forma de relação originária com o real, tendo seu principal representante contemporâneo em H.G. Gadamer (Verdade e Método, 1960).</p>
<p>7. Estruturalismo.</p> <p>Suíça e França.</p> <p>Ferdinand Saussure (Curso de linguística geral, 1916).</p> <p>Claude Lévi-Strauss (Antropologia estrutural, 1958).</p> <p>Obra do suíço Ferdinand Saussure (Curso de linguística geral, 1916), desenvolvido posteriormente na antropologia pelo francês Claude Lévi-Strauss (Antropologia estrutural, 1958), de grande influência no contexto intelectual francês dos anos 70, o que por vezes caracterizava-se como pós-estruturalismo, com Louis Althusser, Jaques Lacan, Michel Foucault e Roland Barthes.</p> <p>Pós Estruturalismo: Louis Althusser. Jaques Lacan. Michel Foucault. Roland Barthes.</p>	<p>8. Antropologia Linguística.</p> <p>Inglaterra.</p> <p>Borislav Malinowski (“O problema do significado nas linguagens primitivas”, 1923).</p> <p>Benjamin Lee Whorf (1897-1941).</p> <p>Antropologia linguística, na Inglaterra, com Borislav Malinowski (“O problema do significado nas linguagens primitivas”, 1923), e Benjamin Lee Whorf (1897- 1941).</p>	<p>9. Teoria linguística.</p> <p>Chomsky (Estruturas sintáticas, 1957).</p> <p>Teoria linguística de Noam Chomsky (Estruturas sintáticas, 1957) com sua busca de universais linguísticos comuns a todas as línguas e a nossos processos cognitivos e representacionais.</p>

2.6 O Falso salto Epistemológico para Wittgenstein II: A espiral hermenêutica tentando conciliar as modernas teorias da linguagem.

Renovação de Racionalidades e de Projetos Intelectuais, Religiosos, Políticos e Científicos.

Idade Antiga	Medievo	Modernidade	Contemporaneidade
Mitologia pelo saber racional, da mitologia para a filosofia. Direito com base na moral e na ética filosófica.	Fé pagã com base na racionalidade grega pela fé cristã baseada em dogmas da igreja católica. Direito natural com origem divina.	Era das especializações com expropriação de conteúdos pelas novas ciências. Da filosofia para a sociologia para psicologia para a economia para o direito. Teoria da norma pura, direito dissociado da moral e da ética.	Como não há mais sistemas filosóficos a serem combatidos e como o paradigma filosófico passou a ser a linguagem a marcha dialética se deslocou para a verdade obtida por meio do método, momento em que as doutrinas brigam pelo reconhecimento do melhor método para a solução dos paradoxos, “metafísica teorética”.

2.7 Problemas da filosofia do direito contemporâneo: a “metafísica teorética” e seus paradoxos.

Problemas da Metafísica Teorética: Pretensão de uma racionalidade totalizante e o consequente afastamento ou distorção das racionalidades anteriores.		
(i) problema da escolha em apresentar a dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo pelas características comuns dos sistemas, como se fosse um estudo completo;	(ii) problema da interpretação pejorativa da palavra positivismo;	(iii) problema da interpretação pejorativa da palavra dogma.

Direito Natural - Fundamentos		
(i) Fundamento divino	(ii) Fundamento na razão humana;	(iii) Fundamento histórico

Problema da confusão entre categorias criadas e suas características: O direito natural como categoria e a suprallegalidade como característica subjacente a categoria.	
Problema da ausência de honestidade intelectual intrínseca na teoria jurídica que entende o direito e a moral cooriginárias, mas que não adota postura ética.	Problema do enfraquecimento da categoria do direito natural pela encampação de direito de origem positiva no complexo de direitos da categoria direito natural.

RUPTURAS COM A CENTRALIDADE DO HOMEM MODERNO.				
Revolução copernicana.	Revolução darwiniana	Revolução freudiana	Revolução da informática	Revolução biológica

Jusnaturalistas – concepção dualista do direito Direito natural paralelo a ordem institucionalizada. Defendido por Heráclito de Éfeso (535-470) Narrado em Antígona (494-406) Onde Antígona afirmou ao rei Creonte que as ordens ditadas não eram superiores as leis não escritas e imutáveis dos deuses.	Juspositivistas – Concepção monista do direito. Só reconhecem o direito institucionalizado
--	---

Direito Natural e Reduccionismo – Enfoque na Dicotomia com o Direito Positivo.	
Teoria Monista	Teoria Dualista
Teoria defensora da existência de um direito natural suprallegal.	Teoria defensora de um direito natural frente ao ordenamento posto.

Dicotomia sobre a natureza humana.		Dicotomia sobre a base da ação humana.	
Corrente materialista	Corrente dualista.	Determinismo	Livre arbítrio.

O homem é apenas matéria.	O homem é corpo e espírito.	Não há liberdade na ação humana. O homem atua motivado por impulsos. Marx Econômico. Freud elemento interno próprio do ser.	Os homens são livres na escolha de valores e em suas decisões.
----------------------------------	------------------------------------	--	---

Na Antiguidade	R. Stammler	Georges Renard	Gustav Radbruch
Imutabilidade do direito natural	Não há incompatibilidade do processo histórico ou dialético e o direito natural	Direito natural progressivo O direito natural apresenta estabilidade e progressividade, motivo pelo qual o jusnaturalismo não apresentaria antagonismo às teses de caráter historicista.	Converteu-se ao jusnaturalismo rebatendo: 1. Positivismo; 2. Historicismo; 3. Evolucionismo. Entendia que o direito natural não era conservador. Defendia que quando o direito natural estava em desarmonia com o direito positivo, ele invocava seus princípios para transformá-lo.

Funções do Direito Natural para Paulo Nader:

(i) Princípios gerais de direito;
(ii) Equidade;
(iii) Resistência ao direito legítimo.

Entre os séculos XVI e XVIII era racionalista e de índole normativa.
Hoje a projeção é mais assemelhada a da idade média, princípios, acessíveis pela indução, comuns ao gênero humano.

Críticas ao direito natural:

Pela interpretação marxista histórica como um direito manipulado pelo fator econômico e contaminado, pois se relaciona com o direito positivo indicando princípios e alguns limites.

Pela interpretação de Engels, em visão utilitarista entende que não são inalienáveis, apenas conforme a conveniência do momento histórico.

Tumanov. O direito soviético se apropria das críticas de Marx e Engels. Considera o direito natural capitalista, uma superestrutura jurídica, um pretexto para o abandono da legalidade.

A filosofia positiva.	O pensamento científico de Augusto Comte.	O positivismo jurídico e suas tendências fundamentais.	Positivistas e jusnaturalistas.
A filosofia positiva foi: (i) Reação ao idealismo transcendental de Hegel (história); (ii) Reação ao criticismo de Kant (onde o homem não é capaz de conhecer a coisa em si, número, apenas a aparência, fenômeno).	No pensamento científico de Comte o mundo já é dado e o homem deve se ater a experiência, assim deve comprovar os nexos causais pelas ciências positivas (matemática, astronomia, física, química, biologia, psicologia, sociologia). A sociologia que aferiu a regularidade dos fatos	São as tendências fundamentais do positivismo jurídico: (i) Normativa, Kelsen, Teoria Pura do Direito; (ii) Codicista, escola da exegese, França, sec. XIX, direito com conteúdo do código; (iii) Sociologista,	Diante da legislação, são características dos positivistas: (i) Interpretação voltada para interpretação e sistematização das normas jurídicas; (ii) praticam o puro legalismo ou codicismo; (iii) excluem relevância

<p>O positivismo tinha a pretensão de substituir:</p> <p>(i) o apriorismo pela experiência;</p> <p>(ii) a metafísica pelas ciências particulares.</p>	<p>sociais permitiu o regramento, criação de leis objetivas para os fatos.</p> <p>Comte criou as seguintes etapas para as leis:</p> <p>(i) teológica, leis divinas;</p> <p>(ii) metafísica; entidades abstratas;</p> <p>(iii) positiva, realidade constatada por nexos de causalidade.</p>	<p>ideológica, direito como fato social; (iv) realista, direito em função das sentenças judiciais.</p>	<p>ao estudo da sociologia do direito, dever jurídico;</p> <p>(iv) são contra a especulação ética, metafísica ou sociológica nas lacunas.</p>
Escola da exegese e o codicismo	Escola dos pandectistas e o conceptualismo (movimento codicista)	Historicismo jurídico (não codicista)	Jurisprudência analítica de John Austin
<p>A escola da exegese está ligada a promulgação do Código Napoleônico, Código Civil Francês no início do séc. XIX. O código era a única fonte do direito, perfeito e sem lacunas e os julgadores não podiam utilizar outras fontes. No final do séc. XIX com a industrialização os códigos ficaram insuficientes e ocorreu o enfraquecimento da escola da exegese.</p>	<p>Os pandectistas (movimento codicista) de forma semelhante à escola da exegese na Alemanha do séc. XIX, com o estudo das Pandectas, ou Digesto de Justiniano. Promoveram noções de alto poder de abstração, como negócio jurídico e direito subjetivo. Promoveram esforço pela unidade do direito alemão e pela política nacional.</p>	<p>O historicismo jurídico (movimento não codicista) é da primeira metade do séc. XIX, juntamente com a escola da exegese da França. Contrários aos pandectistas, não pretendiam a codificação do sistema jurídico alemão. Um de seus maiores expoentes foi Savigny (1779-1861) que defendia um direito positivo psicológico “forças espirituais da nação”.</p>	<p>A jurisprudência analítica de Austin (1790-1859), inglês, foi estudo paralelo ao dos pandectistas e escola da exegese, porém, o direito foi concebido como reunião de normas do soberano para o súdito, ou seja, o direito era chancelado pelo estado. A moral era matéria afeta ao legislador e a jurisprudência analítica abordava exclusivamente leis positivas.</p>

Positivismo crítico de I. Vanni.	Positivismo crítico de G. Carle.	Neokantismo de R. Stammler.	Neokantismo de E. Lask.
<p>Positivismo de I Vanni (1855-1903)</p> <p>Positivismo crítico na Itália, no último quarto do séc. XIX, aproxima positivismo jurídico e idealismo alemão. O direito está no campo da experiência e tem exigências de ordem ética. Atribui validade às leis injustas, embora ao estudar este problema afirma que a norma é o último elo de uma corrente de uma ordem jurídica de uma comunidade de forma a reconhecer que o direito deveria ter uma exigência ética de ser intrinsecamente justo.</p> <p>1.</p>	<p>O positivismo de G. Carle (1845-1917)</p> <p>Também promove o positivismo jurídico crítico, tenta conciliar positivismo e idealismo hegeliano, e entende pela obrigatoriedade do elemento moral no direito. Segundo ele o justo é estímulo para que a lei se cumpra e a moralidade atribui caráter obrigatório a lei. Entende que o papel da filosofia do direito é o estudo histórico, pois as leis históricas se projetam pelos princípios da razão</p>	<p>O neokantismo de Stammler (1856-1938): O alemão, tem uma concepção idealista. O direito não pode ser apreciado pelo método indutivo, necessita da pesquisa de fatos sociais. O direito não é um corpo físico, mas uma categoria da vontade como as demais regras de conduta social, só que o direito tem autarquia, que são as formas de preceito jurídico a violabilidade, a permanência e a vinculação. Critica o materialismo histórico (onde o direito é superestrutura de fenômenos econômicos), pois para ele o direito é</p>	<p>O neokantismo de Emil Lask (1875-1915) austríaco, situou o direito no mundo da cultura, pretendendo enlaçar fatos e valores e assim o direito seria composto de dois métodos: (i) fator atuante na vida social e (ii) conjunto de significados. O direito pode ser estudado por três ângulos: (i) ciência do direito como ordenamento; (ii) sociologia jurídica como fato social; (iii) filosofia jurídica como valor.</p>

		precondição da vida social e antecede aos fenômenos econômicos.	
A posição doutrinária de Leon Duguit.	Teoria geral do direito.	Realismo jurídico norte-americano.	Realismo jurídico escandinavo.
Léon Duguit (1859-1928) Francês, pretendia criar uma teoria realista antagônica ao direito natural, com coloração sociológica pretendia que o direito fosse realista para fundamentá-lo na solidariedade e interdependência social (ordenamento de fatos) e solidariedade (entrosamento social). Rejeitou juízos de valor no direito, mas paradoxalmente concebeu dimensão axiológica.	A teoria geral do direito é teoria positivista que objetiva extrair do método de trabalho indutivo das ciências naturais, a análise de fatos para organizar conceitos gerais e abstratos de um ramo ou árvore jurídica. Do direito natural, apenas estuda os valores sendo importante para a compreensão do fenômeno jurídico.	Realismo jurídico norte-americano: Realismo, positivismo e empirismo jurídico por vezes são expressões sinônimas. Na corrente americana representada por Roscoe Pound, há a valorização da prática judicial e o papel secundário das normas, na lógica anglo-americana do direito. Nesse caso os métodos lógico, histórico e sociológico são utilizados, lógica história e costume têm seu lugar. Pound (1870-1964) foi expoente da jurisprudência sociológica, tinha influência do pragmatismo de William James (1842-1910) Depois da segunda guerra mundial, Pound abrandou sua posição empirista e mostrou-se receptivo às doutrinas jusnaturalistas	Realismo jurídico escandinavo: Para o dinamarquês Alf Ross (1889-1979), discípulo de Kelsen, o direito vigente não é fenômeno do direito, mas da aplicação dos juízes. Para que uma proibição tenha qualificação jurídica é indispensável que os tribunais declarem nos casos submetidos. O direito é um conjunto das previsões das decisões judiciais. A interpretação jurídica se funda no princípio da verificação, é ciência empírica com função exegética, mas isso não é suficiente. NADER op. cit. 174-194 Para saber mais sobre o positivismo jurídico vide também: BOBBIO, Norberto. <i>O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito</i> . São Paulo: Ícone, 2006. Idem.

Teoria pura do direito	Teoria marxista e o direito	O existencialismo e o direito
Hans Kelsen Austríaco (1881-1973) Em 1919 foi convidado para elaborar a Constituição da nova República da Áustria. Atribuiu a ciência do direito o papel de estudar normas jurídicas, separando o direito da ética sociologia e política, todas com função de submeter o direito à crítica de conteúdo. A teoria pura do direito sofreu influência da Jurisprudência analítica de John Austin (1790-1859).	Marx (1818-1883) Engels (1820-1895) Filosofia Marxista (i) Primado do real sobre o ideal; (ii) teoria evolucionista de Darwin; (iii) materialismo histórico, dialética hegeliana revisada. Atenção voltada para a função exercida pelo direito que é instrumento de opressão da sociedade capitalista. Apesar de ser influenciado por Savigny, elabora teoria contrária a escola histórica, pois a evolução não se dá com o estudo dos fatos pretéritos, mas com a ruptura com o passado. A tese materialista (realista) nega o direito racional. O direito natural seria ideológico e utilizado pela burguesia para impor sua conveniência. Tese da provisoriedade do direito.	Contra o racionalismo de Hegel o dinamarquês Kierkegaard (1813-1855) não admitia a existência limitada a processos lógicos. Para os racionalistas a realidade é acessível pelo pensamento, para os existencialistas a existência, a vida interior é insondável. O existencialismo alcançou seu máximo no século XX com o Ser e o Tempo de Heidegger (1889-1976), porém ao falar sobre ontologia afastou-se do existencialismo. Há dificuldade em conciliar o existencialismo com as atuais doutrinas de direito.

--	--	--

3. Constituição Histórica

1215	1628	1679	1689
Magna Carta Inglaterra	<i>Petition of Rights</i> – Petição de Direitos	Lei de <i>Habeas Corpus</i>	<i>Bill Of Rights</i>
1776	1787	1789	1948
Declaração da Virgínia	Constituição dos EUA em	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	Declaração Universal dos Direitos Humanos

Verdade Niilismo e Linguagem: Verdade como verdade	
FILOSOFIA DA LINGUAGEM	
Linha analítica anglo-saxã.	Linha da hermenêutica continental.
Perspectiva universal da linguagem. Frege - semântica formal e a teoria da significação. Wittgenstein - e a mudança paradigmática.	Heidegger - vislumbra então a presença de dois cosmos: (i) hermenêutico, interpretativo, referente à circunvisão. (ii) da proposição, apofântico, da estrutura, do dado.

3.3 Verdade no paradigma da linguagem.

Verdade no paradigma da linguagem.		
Frege: Semântica Formal e Teoria da Significação.		Frege: Verdade como leis lógicas do pensamento.
SEMÂNTICA FORMAL	TEORIA DA SIGNIFICAÇÃO	LÓGICA COMO TEORIA DA VERDADE
Estudo da linguagem como estrutura lógica Linguagem como universalidade e objetividade incontestáveis.	A forma linguística das equações é uma sentença assertiva. Apresenta os nexos internos entre significado e validade nas asserções. Cria a diferença entre referência e sentido. Referência (denotação - objeto designado por nome próprio ex; Planta Vênus). Sentido (modo de apresentação desse objeto- variável, como estrela da manhã ou estrela da tarde, a depender do local onde está o observador).	A verdade das proposições pode ser alcançada com a investigação do sentido (modo de apresentação do objeto) e da referência (objeto-denotação). A referência é a garantia do valor da sentença. O importante não é a relação sujeito e predicado, mas o conteúdo do predicado, o sentido da referência. O valor de verdade pode ser retirado de uma referência comum, os sentidos mudam, porém a referência e a mesma.

Verdade no Paradigma da Linguagem – Verdade como Uso intencional da Linguagem na virada pragmática de Wittgenstein.	
Wittgenstein I	Wittgenstein II
Linguagem Fenomenalista – Instrumento de comunicação não está no mundo fenomênico.	Linguagem Fisicalista - Pertence ao mundo físico, única forma de representar o mundo.
LINGUAGEM LIMITADA PELO MUNDO FENOMÊNICO.	MUNDO LIMITADO PELA LINGUAGEM.
O mundo fenomênico existe e a linguagem é instrumento de comunicação, não pertence ao mundo fenomênico. É instrumento de compreensão dele. Se limita ao que é apresentado pelo mundo fenomênico.	Linguagem que pertence ao mundo físico. Só a linguagem pode representar o mundo físico. Mas ela integra o mundo físico então não limita a compreensão do mundo físico. Afim, só a linguagem pode comparar sentenças aos fatos. Linguagem com caráter público, caráter dialógico e

Linguagem como espelhamento. Não pode espelhar mais do que existe.	dos proferimentos linguísticos ligada à ação. Teoria dos Jogos de Linguagem.
Tratatus - A linguagem era limitada pelo mundo fenomênico, puro instrumento de comunicação.	Investigações Filosóficas – A linguagem limita o mundo físico. A linguagem é condição de possibilidade da constituição do mundo.

Verdade no Paradigma da Linguagem. VERDADE, COMO USO INTENCIONAL DA LINGUAGEM.			
Virada pragmática de Wittgenstein		Dos jogos de linguagem à teoria dos atos de fala.	
WITTGENSTEIN I	WITTGENSTEIN II	AUSTIN	SEARLE
<p>Fenomenalista – Tratatus</p> <p>A linguagem era limitada pelo mundo fenomênico, puro instrumento de comunicação.</p> <p>A virada pragmática de Frege foi continuada por Wittgenstein. A forma lógica de uma proposição corresponde à forma lógica de uma realidade. Utiliza a ideia de espelhamento. Linguagem perfeita, a metalinguagem, capaz de reproduzir fielmente a estrutura ontológica do mundo, a partir de um modelo de cálculo lógico. A metalinguagem ideal era fundamento do positivismo lógico da escola de Viena</p>	<p>Fisicalista Investigações Filosóficas</p> <p>O mundo passou a ser limitado pela linguagem, pois a linguagem é condição de possibilidade da constituição do mundo.</p> <p>Virada pragmática fenomenalista, se contrapõe ao segundo, fisicalista</p> <p>Atribui à linguagem caráter público. Apresenta o caráter de ligação entre linguagem e ação. Confere caráter dialógico adicional dos proferimentos linguísticos à ocorrência dos jogos de linguagem, como uma comunicação compartilhada, em uma comunidade de fala historicamente organizada. Jogos de linguagem Teoria dos atos de fala.</p>	<p>Filósofos de Oxford Teoria dos atos de fala.</p> <p>Teoria da linguagem performativa. Separando: (i) enunciados constataativos, (ii) enunciados de fatos e performativos: direcionados a uma ação prática.</p> <p>Quebra o monopólio das sentenças declarativas, na primeira fase de seu pensamento. Na segunda fase de seu pensamento investiga a afirmação “dizer algo é fazer algo” Formula a tese da pluridimensionalidade dos atos de fala que podem ser do tipo: (i) locucionário, ato de dizer algo; (ii) ilocucionário, de advertência; (iii) perlocucionário, com intensão de produzir efeito.</p>	<p>Filósofo de Oxford Teoria dos atos de fala.</p> <p>Observa problemas centrais da teoria da linguagem: (i) o modo como as palavras se relacionam com o mundo; (ii) a diferença entre verdade e falsidade na significação</p> <p>Divide o ato linguístico em quatro diferentes tipos: (i) atos de proferimento ou enunciação (morfemas, frases); (ii) atos proposicionais (dizem respeito à referência e à predicação); (iii) atos ilocucionários (trata da intenção: afirmar, ordenar, prometer); (iv) atos perlocucionários (cuida-se dos efeitos dos atos sobre o ouvinte, convencer, levar a uma decisão).</p>

VERDADE COMO EXISTENCIAL DO DASEIN		
HEIDEGGER - ONTOLOGIA FUNDAMENTAL.		GARDAMER – ALETHEIA – ACONTECER DA VERDADE.
<p>O ser (Dasein-presença -ontologia) determina o ente (ciências ônticas).</p> <p>Giro no pensar filosófico - Supera a consciência de si, cartesiana, em direção a uma perspectiva hermenêutica, com fundamento no paradigma da linguagem. Constrói uma ontologia fundamental. Utiliza, como método, a fenomenologia de Husserl. Busca o ser dos entes. O homem não seria o ser, nem o objeto. O homem é o “ser aí”. O “ser que está” “presença”, o <i>dasein</i>, o homem no mundo.</p>		<p>A hermenêutica da fatcicidade heideggeriana ganha contornos pragmáticos, pois se busca o entendimento entre autor e intérprete. Círculo hermenêutico</p> <p>O “acontecer de verdade” não é absolutamente lógico, mas também não deve recair em arbitrariedade.</p> <p>Leva Gadamer a garantir a objetividade da compreensão hermenêutica pela prática, um jogo de perguntas e respostas que opera em determinado</p>

<p>A questão do ser “visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas”, sendo a origem do sentido. Cria uma lógica originária, ontologia lógica a partir da tese da diferença ontológica. Diferença ontológica - deve haver distinção entre ontológico e ôntico, pois o ser não se confunde com o ente. O ser determina o ente como ente, como ente já compreendido, em qualquer discurso. A existência em sentido ontológico é exclusivamente do Daisen. A significação só acontece dentro do universo linguístico-existencial já adquirido e disponibilizado pelo Daisen O Daisen está vinculado ao tempo e a temporalidade, que são marcas que não se pode eliminar do processo de compreensão. Consequências para o pensamento filosófico do século XX, que decorreram da mudança de paradigma: (i) os “entes” no mundo somente “são” porque podem ser compreendidos; (ii) a centralidade de linguagem da determinação ontológica (o compreender depende de todo um conjunto de significações e relações linguísticas prévias que o Daisen dispõe); (iii) a superação irresistível das dicotomias positivas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum, justamente porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que o conhece; (iv) a impossibilidade de o sujeito; fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo, sobre o mundo.</p>	<p>horizonte histórico. Historicidade na compreensão - princípio hermenêutico desdobrável em quatro elementos: os círculos hermenêuticos; os preconceitos como condição da compreensão; a distância temporal; a história efetual. O círculo hermenêutico é uma metáfora. A compreensão surge como um acontecimento que eclode “entre” esses giros a partir da historicidade. O processo de descobrimento que leva “acontecer da verdade” e demonstra que ele não é essencialmente ametódico. As verdades da hermenêutica filosófica são produzidas pela práxis hermenêutica. As verdades da hermenêutica filosófica não são: metafísicas; comprováveis empiricamente, não possuem o caráter de exatidão, universalidade e necessidade dos saberes eminentemente teóricos. As verdades da hermenêutica filosófica são: Existenciais que acontecem a partir dos pré-juízos determinantes da doação de sentido do ser aos entes numa dada totalidade no momento da compreensão, A atividade se realiza de modo não científico e sim prudencial, sendo, portanto, dotada de uma racionalidade prática, no sentido aristotélico.</p>
---	---

VERDADE COMO SIGNIFICANTE PRIMEIRO	
O OUTRO DO DISCURSO	DISCURSO DO OUTRO
<p>Freud demonstra que o psiquismo é formado pela tensão entre o inconsciente, o pré-consciente e o consciente. Lacan ensina que o inconsciente é governado pelo princípio do prazer, enquanto o pré-consciente e o consciente são governados pela realidade. Da tensão entre os elementos do psiquismo surge o recalque. que impede que algumas representações do inconsciente sejam trazidas para o consciente. Com isso, o ser humano submetido à racionalidade reduz sua consciência à adequação cartesiana. Tal situação é exteriorizada na primazia da ordem moral, legal e religiosa. Representações inconscientes de acesso a essa verdade oculta são classificadas em quatro categorias: (i) atos falhos; (ii) sonhos; (iii) formações encobridoras; (iv) sintomas.</p>	<p>O inconsciente como linguagem e a construção do simbólico, a partir do significante, um pressuposto fundamental que determina a verdade. O significante daria efeito ao significado e não à palavra. A palavra, aquilo que se ouve, é o significante. O significado é o efeito do significante. Lacan inverte a teoria de Saussure. Há a supremacia do significante. O significante é um ente linguístico que pode ganhar diversos significados (reconhecimento do caráter psicológico do direito).</p>

<p>VERDADE NA PLURALIDADE DE DISCURSOS: VERDADE NA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO:.</p>
--

DISCURSOS FUNDANTES DA RAZÃO COMUNICATIVA	DA VERDADE PRÁTICO DISCURSIVA AO REALISMO PÓS-PRAGMÁTICO
<p>Habermas adota conceitos das teorias da linguagem:</p> <p>(i) Wittgenstein, linguagem a partir do compartilhamento de valores;</p> <p>(ii) Austin e Searle, os atos de fala revelam a intenção de agir, força ilocucionária, relação entre fala e ação;</p> <p>(iii) Heidegger, influencia o elemento hermenêutico, conteúdo(material), o ser no mundo, orienta o agir comunicativo.</p> <p>Problema da verdade:</p> <p>(i) na razão prática Kantiana –individual (com autoridade epistêmica no sujeito cognoscente)</p> <p>(ii) na razão comunicativa de Habermas, práxis, médium linguístico, no interior da comunidade linguística, com validade intersubjetiva.</p>	<p>A verdade não é meramente prática (razão prática) e nem meramente discursiva (razão comunicativa) é prático discursiva.</p> <p>Função pragmática do conhecimento: (i) praticas cotidianas e (ii) debates.</p> <p>Há conexão entre a verdade e a justificação.</p> <p>A racionalidade comunicativa atua na tensão entre: (i) facticidade e (ii) validade.</p> <p>A verdade não pode ser objetiva ela transcende ao contexto das justificações, a verdade não pode ser universal. A justificação por si só não garante mais a coerência discursiva.</p> <p>Habermas, com sua nova concepção soma o realismo pragmático ao paradigma da linguagem.</p> <p>Agora os debates são vistos como filtros.</p> <p>Primeiro as pessoas são movidas pela (i) intuição de verdade, e após, submetem essa intuição ao (ii) processo argumentativo, onde é possível corrigir e validar as certezas pelo discurso racional.</p> <p>Validação pragmática: Há relação entre lógica entre: (i) mundo objetivo e (ii) validade discursiva. A ação pode transformar: (i)justificação em (ii) verdade.</p>

Projeto da Espiral Hermenêutica.

Sobre a conexão entre a verdade e a justificação, ela será defendida no interior da espiral hermenêutica da decisão judicial.

Será encampada a ideia de que os debates funcionam como filtros aos quais devem se submeter às intuições de verdade, para sua correção.

A soma do realismo pragmático ao paradigma da linguagem é necessária em função da relação lógica entre o mundo objetivo e a validade discursiva.

VERDADE NA ALTERIDADE DO PRINCÍPIO ÉTICO-MATERIAL

FILOSOFIA DE SUPERAÇÃO DO EUROCENTRISMO	A VIDA HUMANA COMO VERDADE MATERIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA
<p>HENRIQUE DUSSEL</p> <p>Filosofia da Libertação.</p> <p>Visa romper com o eurocentrismo da modernidade.</p> <p>Denominada de “transmodernidade” propõe uma releitura da modernidade a partir da crítica das colônias da América indígena.</p> <p>A diferença entre emancipação libertação:</p> <p>Emancipação opera no interior da totalidade vigente, você ocupa novo lugar dentro dessa totalidade, é um caminho dialético progressivo para ocupar esse novo lugar, porém, se a totalidade vigente é injusta, a emancipação não romperá com a injustiça, já que é um movimento interno e, por conseguinte, insuficiente.</p> <p>Libertação rompe com a injustiça. É um ponto de partida. Rompe com a totalidade vigente. Trata-se de um projeto crítico-dialético além da totalidade.</p> <p>A noção de verdade passa a pressupor a negação do domínio ideológico.</p> <p>Propõe uma ética da alteridade que veja no outro um ponto de partida de sua racionalidade.</p>	<p>HENRIQUE DUSSEL</p> <p>Funda o agir ético com abertura para o outro.</p> <p>A abertura para o outro se dá pelas categorias:</p> <p>(i)Exterioridade - quando o outro se mostra como outro homem, não é mais um objeto ou instrumento e não faz parte da totalidade, outro enquanto outro e exterior ao meu mundo, não condicionado ao sistema de significação do eu-próprio.</p> <p>(ii) Proximidade (maior encurtamento possível entre o eu-próprio e o outro – se constitui face a face – relação intersubjetiva imediata, sem mediações).</p> <p>A alienação é um resultado da práxis de dominação.</p> <p>A libertação é a desalienação de pessoas e povos com respeito à alteridade e exterioridade ético-antropológicas</p> <p>Propõe a reformulação da ética do discurso.</p>

Projeto da Espiral Hermenêutica.

Promover a libertação epistemológica e hermenêutica da comunidade de intérpretes na nação brasileira. A libertação é a desalienação de pessoas e povos com respeito à alteridade e exterioridade ético-antropológicas. Dussel propõe a reformulação da ética do discurso. A proposta da espiral hermenêutica é a criação de uma epistemologia hermenêutica preocupada para os problemas o sistema jurídico nacional.

Promover a ética discursiva de forma a consolidar uma epistemologia hermenêutica que promova uma norma-decisão dotada de legitimidade democrática, cuja juridicidade de sua dimensão retórica seja reconhecida pela consciência epistemológica da comunidade aberta de interpretes.

Por esse motivo, a pesquisa defende a força jurígena da dimensão retórica das decisões judiciais como espaço para a efetividade dos princípios constitucionais, reaproximando ética e direito, por meio do reconhecimento da categoria norma-decisão na teoria da norma brasileira, teoria que deve ser integrante da teoria do sistema jurídico brasileiro ou teoria do ordenamento jurídico brasileiro.

A norma decisão, a mesma precisa ter sua juridicidade reconhecida em função de tratar-se de uma categoria, cuja racionalidade que será utilizada, será tendente a promover a efetividade das propostas constitucionais, propostas dotadas de normatividade.

Isso deve ser feito objetivando alcançar materialidade da Constituição, dentro da facticidade, postura que promove o amadurecimento da democracia brasileira, na dialética histórico-evolutiva de índole hegeliana

VERDADE NA RECONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE HERMENÊUTICA**A CONSUMAÇÃO DO NILISMO NA HERMENÊUTICA DE VATTIMO**

Critica à matriz euro-centrista, marcada por uma racionalidade uni discursiva.

As premissas do niilismo colocam fim à possibilidade de se encontrar uma verdade profunda, é deixado apenas o jogo de interpretação, também uma interpretação, o que leva a filosofia a um relativismo ilógico.

O racionalismo histórico e o cientificismo positivista promovem uma crítica e acusam a hermenêutica da ontologia heideggeriana de irracionalista.

Hoje a crítica à hermenêutica é no sentido de que ela recusa as teorias da argumentação e opera em um universo poético criativo narrativo de fazer filosofia.

VATTIMO rechaça tais acusações e apresenta como argumentos: (i) o risco do irracionalismo permeia outras doutrinas hermenêuticas; (ii) a hermenêutica deve criar uma racionalidade e essa nova racionalidade deve dialogar com a retórica-argumentativa, a história e a epistemologia e (iii) devem ser criadas novas relações entre hermenêutica e modernidade, considerando que o niilismo já está consumado.

Gadamer cria uma teoria geral de interpretação coincidente com à experiência humana possível no mundo, motivo pelo qual a verdade se dá fora método positivista, se dá com a interpretação.

A verdade como método interpretativo, é fundada na historicidade e finitude da compreensão humana sem ser metafísica ou possuir estrutura objetiva.

Vattimo vai de encontro à ideia da hermenêutica como meta-teoria do jogo das interpretações (anterior ao pensamento científico).

Vattimo propõe que seja reconhecida a historicidade da interpretação para eliminar o último resquício metafísico (a historicidade substitui a instância suprassensível).

Vattimo entende que toda a experiência gnosiológica (de teorizar o conhecimento) é interpretativa. A

A VERDADE COMO EXPERIÊNCIA ESTÉTICA E RETÓRICA

Vattimo concorda com Heidegger ao criticar a teoria da verdade como correspondência e adota a diferença ontológica entre ser e ente.

Nesse sentido, Vattimo é da esquerda heideggeriana, em oposição a direita heideggeriana.

A direita heideggeriana pretende superar a metafísica promovendo o retorno do ser, com uma leitura que parece uma ontologia mística. Transforma a hermenêutica em uma meta-teoria difusa do jogo de interpretações, onde é possível chegar aos princípios fundantes do conhecimento.

Vattimo entende que a hermenêutica não pode se tornar descrição objetiva do conhecimento, sob pena de tornar-se nova metafísica.

A hermenêutica deve assumir a sua essência interpretativa e não descritiva da verdade, aderindo à esquerda heideggeriana.

Não se pretende mais tornar presente o ser, mas recordar-se do esquecimento do ser, caráter interpretativo e viés fenomenológico, uma reconstrução histórica.

A racionalidade, fio condutor da justificação argumentativa está emersa em processo histórico-existencial, sendo necessário reconstruir e interpretar os processos de maneira completa e persuasiva.

Vattimo acentua o caráter público do verdadeiro. A hermenêutica deve controlar as diferentes linguagens e os discursos parciais das ciências, tem feição dialogal, opera no jogo das aberturas des-veladoras do “ser-aí” (autêntico e inautêntico).

A hermenêutica é uma filosofia que possibilita a concepção de verdade interpretativa a partir da pluralidade dos jogos de linguagem em sua complexidade e as relações entre experiência, estética e retórica.

Para Dussel a proposta da Vattimo não é suficiente, pois “o diálogo filosófico não pode ser travado em ambiente totalitário”,

hermenêutica deve ser reinterpretada após o niilismo, como uma experiência estética e retórica.	Deve ser firmado um compromisso ético com a afirmação exterior do outro, para superar a pós-modernidade rumo à transmodernidade.
---	--

DUAS TESES PARA REPENSAR O MÉTODO JURÍDICO A PARTIR DOS DISCURSOS PLURALISTAS	
HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO SÃO COMPLEMENTARES,	RAZÃO FRACA MAIS CRÍTICA
<p>Marrafon tenta conciliar a hermenêutica e as teorias da argumentação.</p> <p>Busca mediações de teorias discursivas para o problema da cognição na busca da verdade, abrindo o círculo hermenêutico que deve dialogar com os outros vetores de racionalidade.</p> <p>Cria novas categorias como: (i) duas dimensões da ideia de verdade, a realista (exterior ao universo linguístico) e a interpretativa (que carece de validação discursiva); (ii) distinguir o problema da verdade da validade, ainda que a verdade dependa da justificação racional; (iii) a hermenêutica em sentido forte tem conotação semântica e precisa ser abrandada pelo viés pragmático-interpretativo; (iv) a justificação racional interpretativa não é transcendente é totalitária, contextual está impregnada em um horizonte histórico e finito não se desvincula do “mundo-da-vida”, precisa do processo discursivo, análise das etapas discursivas, antes durante e depois, da contribuição hermenêutica e existencial; (v) internalizado o fundamento ético a hermenêutica e interpretação são complementares, pois a verdade interpretativa, tipo dialogal, depende da exterioridade (critério ético-material) e do conteúdo hermenêutico (fenomenológico), assim como a argumentação depende das mediações com a lógica e a intencionalidade para garantir a validação do consentimento intersubjetivo.</p>	<p>Onde apresenta a teoria do agir comunicativo de Habermas com a proposta de substituir a razão forte, instrumental, subjetiva por uma razão fraca, mas crítica.</p> <p>Em Dussel, a razão comunicativa, fraca, apresenta validade e justificação intersubjetiva e um conteúdo material forte, pela exterioridade. Vattimo enfraquece a razão pelo niilismo. Trata-se de uma razão débil</p> <p>Há a preocupação em libertar a ação humana. A crítica é de não haver emancipação. Motivo pelo qual, se busca a libertação, o não-eurocentrismo. Dussel apresenta a tese do declínio do ser e por isso, promove a libertação do ser existencial para o diálogo do agir coletivo. Segundo Dussel, a classe e não o indivíduo é protagonista da história.</p> <p>Marrafon entende que a razão decisória na nova metodologia do de aplicação do direito é fraca, porém crítica.</p>

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA DECISÃO JUDICIAL: ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS	
CORRENTES E LIMITES À PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE DA HERMENÊUTICA	NOVAS ABERTURAS DO CÍRCULO HERMENÊUTICO
<p>Propõe mediações, para o repensar da metodologia jurídico-decisória, dialogando a hermenêutica filosófica e abrindo o círculo hermenêutico com proposições de Vattimo e Habermas.</p> <p>Entende que as mediações das teses apresentadas servem como fio condutor para o processo de individuação do direito.</p> <p>Oferece uma análise crítica da pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica, o que faz, por meio de postulados e elementos da ontologia hermenêutica.</p> <p>Vattimo: Para falar da pretensão de universalidade hermenêutica, Vattimo elenca a conjugação dos elementos do círculo hermenêutico da seguinte forma: (i) recusa a objetividade positivista em prol</p>	<p>Para supera seus limites a hermenêutica deve sofrer aberturas no círculo hermenêutico.</p> <p>A razão hermenêutica é fraca, permite assunção de caráter emancipatório crítico, pois seu enfraquecimento permite rompimento com tradição e autoridade.</p> <p>Pela carência de validade permite conexão com o agir retórico-argumentativo apesar de ainda possuir, caráter antecipador. Rompe com a totalidade e se abre para a exterioridade.</p> <p>Em Gadamer o círculo hermenêutico traz a noção de fusão de horizontes, com origem no método fenomenológico de Heidegger, apresenta a ideia de mundo como horizonte, manifestação do possível e da linguagem.</p>

da consciência histórica; (ii) a consciência histórica é substituída pela hermenêutica; (iii) “o ser que pode ser compreendido é a linguagem”; (iv) consciência hermenêutica baseada na relação sujeito-sujeito.

A consciência hermenêutica constitui limite e condição de possibilidade do conhecimento. A linguagem é elemento central. Os preconceitos possibilitam a capacidade de experiência, a historicidade da existência, antecipações da abertura do ser para o mundo.

Heidegger:

Em Heidegger há uma abertura originária, conformidade ou desconformidade entre proposição e coisa.

Gadamer:

Em Gadamer o problema hermenêutico é mostrar a possibilidade de conhecimento e os pressupostos para a ciência, motivo pelo qual.

Para Gadamer a hermenêutica atinge todos os procedimentos da ciência. A consciência científica é interpretação (no plano da linguagem que se espelha) e se realiza como articulação do que foi compreendido. A compreensão é a conformidade do que é compreendido com o elemento exterior e amplia a experiência de mundo. A argumentação só adquire sentido com um acordo anterior.

Além de configurar a universalidade hermenêutica, Gadamer procura garantir sua objetividade na tradição e consciência histórica. Consideradas a tradição e a consciência histórica, a hermenêutica não será relativista, irracionalista ou esteticista.

A busca da objetividade é tarefa prática do labor interpretativo no contexto da história, sendo assim, a razão hermenêutica prática, não é um ponto fixo, mas um espaço que oscila no caso concreto, a ser alcançado na experiência, pela abertura que promove que o intérprete possa se movimentar.

Habermas:

Habermas apresenta as seguintes objeções à hermenêutica filosófica de Gadamer: (i) não observa como limite determinações incompreensíveis, condições de comunicação distorcidas, como manifestações inconscientes; (ii) reabilita o preconceito e não faz distinção entre autoridade e razão. A verdade pode ser injusta ou autoritária, apesar disso se perpetua pelo dogma; (iii) a pretensão de universalidade deve se deslocar para o discurso racional, um agir emancipatório, face à tradição; (iv) razão prática não contempla a perspectiva pragmática, devendo ser substituída pelo agir comunicativo.

Dussel:

Dussel rompe com o determinismo da tradição

Apresenta as; categorias:

- (i) consciência da finitude;
- (ii) diálogo que permite a compreensão pela abertura;
- (iii) temporalidade;
- (iv) historicidade. A abertura do “ser-aí”, no mundo é determinada pela pré-estrutura de compreensão, a abertura permite a projeção do Daisen.

A compreensão é limitada e assentada na teia linguística. O círculo tem movimento ontológico, sujeito – abertura – estranhamento – internalização ôntica do sujeito em uma circularidade espiral que se fecha sobre si. Círculo ligado aos preconceitos e a historicidade.

A tradição distingue preconceitos verdadeiros e falsos, a partir da história efetual, como consciência da situação hermenêutica, dentro da tradição que se pretende compreender.

O ser deve conhecer também o horizonte do outro, a consciência histórica deve se deslocar por horizontes para se unir ao horizonte pré-conceitual e formar uma única compreensão.

Compreender é a fusão de horizontes, preconceitos e tradições (horizontes que abrem o diálogo) em um processo de acordo quanto a coisa.

A consciência hermenêutica não deve se ater a estética, deve também superar alienação e técnica pela consciência histórica. Isso por meio das tarefas:

- (i) elaboração da situação hermenêutica;
- (ii) abertura para o diálogo;
- (iii) controle da fusão de horizontes (velho e novo).

A hermenêutica é um movimento circular, um processo compreensivo sem a relação sujeito objeto e busca salvar a coisa da arbitrariedade do sentido projetado pela consciência histórico-efetual

Apesar disso é insuficiente como método decisório e precisa de outras mediações.

<p>eurocêntrica, a totalidade é vista como o limite da hermenêutica.</p> <p>Outro limite da pretensão de universalidade da hermenêutica está ligado à doença histórica, já que o niilismo não acredita na história como processo unitário e objetivo, o que enfraquecem a consciência histórica e história efetual</p> <p>Nesse sentido são três os limites à pretensão de universalidade da hermenêutica: (i) recusa do determinismo; (ii) recusa da objetividade de tradição; (iii) crítica a ausência de agir crítico-emancipatório.</p> <p>A (i) razão hermenêutica e a da (ii) razão retórica argumentativa, são diversas. A (i) razão hermenêutica mostra o princípio primeiro. A (ii) razão dialética (retórica argumentativa) promove à justificativa ou epistemologia, sendo complementares, não sendo possível falar de objeto de análise separados, um método é condição de possibilidade do outro para alcançar o conhecimento. Assim a hermenêutica deve ser crítica, mas fraca, para poder influir no discurso epistemológico.</p> <p>A hermenêutica e a argumentação são reciprocamente limites de pretensão da universalidade, uma da outra.</p> <p>Marrafon: Marrafon demonstra em sua tese que um limite à pretensão de universalidade hermenêutica é a ausência de destaque do caráter crítico-argumentativo na obra de Gadamer.</p> <p>Outro limite é o universo linguístico a partir do discurso histórico que forma uma coexistência existencial que encobre a realidade (Dussel) e as manifestações inconscientes (Lacan)</p> <p>Outros limites da hermenêutica são a (i) exterioridade (agir ético no campo da metodologia) e (ii) o limite da do pela psicanálise (inconsciente que não foi previsto em Heidegger).</p>	
---	--

Radicalização Hermenêutica, verdade e metodologia complexa em Tempos de (Neo) constitucionalismo Em Marrafon..		
ANÁLISE CRÍTICA DAS ESTRATÉGIAS EPISTEMOLÓGICAS (NEO)CONSTITUCIONALISTAS.		
O MODELO HERMENÊUTICO	A PROPOSTA ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICA DE PONDERAÇÃO	A PROPOSTA ARGUMENTATIVO-DEMOCRÁTICA-PROCEDIMENTAL.
<p>O modelo hermenêutico apresenta, dois momentos:</p> <p>1.Viés narrativo-construtivista (impulsionado pela doutrina de Dworkin).</p> <p>2.Viés fenomenológico (sustentado na doutrina de</p>	<p>A proposta argumentativo-pragmática propõe uma vertente de cunho discursivo-normativa.</p> <p>A proposta argumentativo-pragmática de ponderação concebe a argumentação jurídica como argumentação prática.</p>	<p>Marrafon explica que as teorias:1.Hermenêutica (de viés narrativo-construtivista- Dworkin, filosófica –Lenio Streck) e 2.Argumentativo-pragimática de ponderação (Alexy), não imprimiram controle objetivo nas</p>

<p>Gadamer, impulsionado pelas doutrinas de Esser, Kaufman e defendida no Brasil pelo Professor Lenio Streck).</p> <p>1.Primeiro modelo hermenêutico: Viés narrativo-constitutivista. Base na doutrina de Dworkin. Reconhece a normatividade dos princípios como limitadores da discricionariedade judicial. Reconhece limites a livre escolha do juiz em função da supremacia do legislativo. Isso porque, os princípios são utilizados nos casos difíceis quando não há solução jurídica por meio da utilização das regras ou precedentes. Apesar disso, quanto os princípios são internalizados eles rompem com o sistema de regras primárias e secundárias de Hart, motivo pelo qual Dworkin rompe com o positivismo. Há duas pautas normativas diferentes: 1.Regras (para casos fáceis). 2.Princípios (para os casos difíceis). Casos fáceis e difíceis são duas categorias diferentes. O direito não é um fato aferível por teorias semânticas. É um conceito interpretativo que se realiza na prática social construtiva. Tem como integridade sua categoria central. Integridade: A prática social construtiva se dá por meio da narratividade e coerência. Apesar do direito não ser mero convencionalismo e nem um puro pragmatismo, não comporta papel inovador ao ponto de inventar uma nova prática, pois é uma política em processo de desenvolvimento. Dworkin teoriza para uma realidade de um sistema no contexto do Common law. Assim, o juiz, para uma adequada interpretação utilizaria três etapas: 1Pré-interpretativa: Identificação dos padrões vigentes; 2.Interpretativa: Justificação dos elementos normativos selecionados na primeira etapa.</p>	<p>Não concorda que a teoria da argumentação seja um momento necessário para justificar a decisão por meio da dogmática (critérios de construção do direito em abstrato) ou da aplicação das normas no caso concreto. A leitura argumentativo-pragmática de ponderação diferencia a descoberta (tipo não lógico - premissa e conclusão, pela razão explicativa) da justificação (tipo lógico - premissa e conclusão, pela razão justificadora) e isola o objeto da teoria da argumentação na justificação, pois sempre é necessário justificar a decisão. As teorias da argumentação se situam na perspectiva de justificação. A teoria da argumentação não é meramente descritiva, mas é também prescritiva, pois as decisões devem ser justificadas. Alexy defende que o discurso jurídico é caso especial de discurso prático geral (1. discurso que se preocupa com questão prática; 2. exigência de correção, 3. acontecem no limite do tipo), como no discurso a teoria de Habermas, motivo pelo qual, sua teoria é de caráter meramente procedimental (o enunciado normativo é válido se obedece a um procedimento). Soma três tipos de procedimento jurídicos ao discurso geral prático: 1.Procedimento de criação de normas: Discursivamente possíveis; 2.Procedimento da argumentação jurídica: Para solucionar problemas de interpretação. 3.Procedimento do processo judicial: O discurso jurídico nem sempre soluciona todos os casos. Dentro dos três procedimentos jurídicos a argumentação tem os seguintes aspectos: 1.Internos: Conclusão como coerência lógica das premissas – silogismo - fórmula da subsunção; 2.Externos: Pretendem aferir a correção das premissas. Onde se pretende descobrir qual é a premissa –casos complexos A Teoria do Direito, segundo Alexy, deve abarcar dimensões</p>	<p>decisões judiciais. Assim sendo, enfraquecem a própria perspectiva substancialista (possibilidade de ação material do judiciário). A intensão da nova doutrina é solucionar o problema da objeção contramajoritária, débito do constitucionalismo (em suas duas formas: 1.Deficit democrático: Desrespeito a vontade da maioria; 2 Déficit de legitimidade:Pois os juizes não são eleitos para exercer função política. Para solucionar essas objeções é criada a teoria: 1. Leitura argumentativa-democrática-procedimental de realização da constituição, ou Teoria constitucional da democracia deliberativa (doutrina da razão comunicativa de Habermas). A teoria do agir comunicativo com perspectiva democrática: Visa conciliar soberania popular e direitos humanos (demonstra a cooriginariedade entre autonomia política e privada). Impede um agir substancialista do judiciário. Limita o deferimento dos direitos fundamentais aos direitos básicos e inalienáveis. A democracia deliberativa pretendida pelo direito regulativo. Tem caráter procedimental. A validade de uma norma está assentada no consenso, obtido por decisões coletivas justas com imparcialidade moral e é alcançada em procedimentos firmados em princípios de universalização democrática, a validade de uma norma não está assentada em um valor material a priori. Habermas faz, por conseguinte, uma leitura epistemológico-consensual, cujo autor Nino promove crítica ao propor as seguintes hipóteses para as condições de desenvolvimento democrático: 1.Conhecer o interesse dos outros; 2 Justificar a justiça; 3.Perceber erros fáticos e lógicos; 4.Reconhecer os fatores emocionais da argumentação; 5.Reconhecer que a negociação subjaz o processo democrático;</p>
--	---	--

<p>3. Pós-interpretativa ou reformadora: Na inadequação da justificação dos elementos normativos na prática. Havendo incongruência sistêmica, onde o precedente pode ser mantido ou, pode ser criado um novo precedente. A criatividade do intérprete se limita a interesses práticos com base em princípios jurídicos e não a interesses políticos.</p> <p>O juiz Hermes, rejeitando o convencionalismo e pragmatismo poderia encontrar uma resposta correta, segundo essa visão construtivista do direito como integridade.</p> <p>A melhor resposta seria a melhor interpretação dentre as aceitáveis. Não seria discricionária devido à abertura semântica dos princípios. A decisão teria uma consistência logico-institucional (condição formal ou lógica de compatibilidade – não contradição) e coerência normativo-intencional (condição material - intenção construtiva que faz sentido), sendo as decisões judiciais concretas e apresentando a resposta correta.</p> <p>A atividade jurisdicional se diferencia da atividade do legislador. O juiz julga na perspectiva do direito como integridade, com base nos princípios e o legislador faz seus julgamentos com base na política. No caso do juiz não há discricionariedade em função da moral objetiva.</p> <p>A decisão é válida em função:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Da consistência da interpretação construtiva (condição formal ou lógica de não contradição). 2. Da importância da coerência (uma condição material da intencionalidade constitutiva que faz sentido). <p>2. Ao falar do segundo modelo hermenêutico.</p> <p>Viés fenomenológico. Base na doutrina de Gadamer. Representante no Brasil: Professor Lenio Streck. Esta preocupado com a eficácia da Constituição.</p>	<p>distintas de sistema jurídico:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Procedimentos: Lado ativo - discurso geral prático. Procedimentos de criação de normas, argumentação jurídica e processo judicial. 2. Sistemas de normas: Lado passivo – diferença entre regras e princípios. <p>No pós-positivismo a normatividade dos princípios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. As garantias de direito não são restritas os direitos defensivos (também direitos prestacionais); 2. Os princípios constitucionais tem efeito irradiante sobre os demais campos do direito; 3. A colisão entre princípios é resolvida pela ponderação. <p>Alexy transfere a racionalidade para a ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), em função da indeterminação semântica dos princípios.</p> <p>A teoria procedimental visa uma racionalidade pelo princípio da proporcionalidade e pela fórmula da lei da ponderação adotando uma escala triádica de sopesamento dos princípios, com os graus de satisfação ou violação de princípios (l-leve, m-moderado e s-sério).</p> <p>Defende a coexistência de direito e moral de forma a criar uma fórmula para o não positivismo, quando o direito se afastar do anseio moral de justiça.</p> <p>Admite uma atitude substancialista e principialista por meio da utilização da argumentação racional da ponderação.</p> <p>Defende uma racionalidade decisória para a teoria da jurisdição constitucional com ação material do judiciário fundada nos princípios constitucionais.</p> <p>Objecções de Marrafon:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Inadequação da tese do caso especial ao direito; 2. Inadequação do contexto da descoberta e da justificação; 3. Falta de critério de hierarquia de argumentos; 4. Intensão em ser teoria da decisão ; 5. Possuir uma distinção metafísica entre casos fáceis e difíceis; 	<p>6. Reconhecer que há tendência coletiva a imparcialidade.</p> <p>Nino defende o modelo de democracia deliberativa objetivando a aproximação dos direitos ideais com os reais e assim o juiz não é obrigado a aceitar leis que vão de encontro com os ideais coletivos e contra o processo democrático.</p> <p>Há uma exceção do limite ao controle de constitucionalidade (como controle procedimental democrático – Habermas) que se dá quando há a violação da constituição histórica (a violação da constituição histórica prejudica o processo decisório decorrente da construção da democracia deliberativa.</p> <p>O judiciário precisa intervir na violação da constituição histórica para defender a prática constitucional democrática no prisma da democracia deliberativa.</p> <p>O modelo procedimental de Habermas impede que o judiciário intervenha nas deliberações democráticas com um agir substancialista, onde o judiciário deve limitar-se aos direitos básicos, inalienáveis e necessários para garantir o agir comunicativo.</p> <p>A leitura argumentativo-democrática, em Habermas é uma leitura epistemológico-consensual dentro da democracia deliberativa no agir comunicativo.</p> <p>A ampliação realizada por Nino permite um maior alcance das decisões quando há um ferimento da constituição histórica pela decisão democrática, onde o judiciário atua preservando a democracia deliberativa.</p> <p>A leitura argumentativa-democrática-procedimental, em Nino, é ampliada aproximando os direitos ideais dos reais.</p> <p>Assim, o juiz não é obrigado a aceitar leis que vão de encontro com os ideais coletivos e contra o processo democrático.</p> <p>Na exceção o controle não se restringe ao procedimento democrático, quando a constituição histórica for violada pela decisão democrática.</p>
--	---	---

<p>“Resgata a hermenêutica filosófica a fim de imprimir seu caráter pós-metafísico, pós-objetivista e pós-estruturalista”.</p> <p>Proposta: Transposição, do método fenomenológico de Heidegger e das contribuições de Gadamer para a metodologia jurídica (como uma terceira via entre jusnaturalismo e positivismo) tratando de questões ontológicas. (onde a verdade deve acontecer no processo fenomenológico de desvelamento).</p> <p>Pretende garantir a objetividade da decisão pela tradição jurídica construída no paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito .</p> <p>Tem pretensão de fundir ontologia fundamental (Heidegger), círculo hermenêutico, horizontes e unidade de aplicação da hermenêutica (Gadamer), com a autoridade da tradição jurídico-constitucional.</p> <p>Pretende substituir o modelo hermenêutico (positivista) que prevê a divisão entre:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Interpretação; 2. Aplicação; 3. Integração. <p>O modelo positivista acredita na utilização do silogismo subsuntivo e na separação sujeito-objeto (onde a linguagem é terceiro instrumento), motivo pelo qual não supera a filosofia da consciência.</p> <p>Pretende superar, o jusnaturalismo e o juspositivismo, oferecendo a hermenêutica filosófica.</p> <p>A verdade para a decisão processual seria a a-letheia, o processo de velar-desvelar, o acontecer da verdade.</p> <p>Isso aconteceria na tradição jurídica construída no paradigma constitucionalista.</p> <p>Procura reunir a tese da diferença ontológica e o do círculo hermenêutico que aliados a autoridade jurídico – constitucional se tornam ícones para a realização do direito.</p> <p>Reconhece que a linguagem tem duplo caráter estrutural:</p>	<ol style="list-style-type: none"> 6. Não aplicar a dimensão hermenêutica da decisão em função das etapas de ponderação; 7.Trata a hermenêutica como etapa prévia, meta-teoria; 8 Acentua a discricionariedade que pretende combater; 9 Não solve o problema da universalidade da linguagem; 10. Seu problema epistemológico acentua o déficit democrático. 	<p>Além desses dois movimentos com base na democracia deliberativa, representados pelos dois autores, Habermas e Nino, Souza Neto propõe modelo como alternativa ao modelo de Habermas (missão procedimental) e de Rawls (teoria da democracia substancial).</p> <p>2.Modelo de Souza Neto: Modelo Cooperativo de Democracia Deliberativa.</p> <p>Mediado por intensões comunicativas, em ambiente plural, para um agir cooperativo da comunidade política, como alternativa de aperfeiçoamento democrático pela sua visão aberta da constituição, sendo condições para a cooperação:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.Liberdade material; 2.Igualdade (não apenas no procedimento democrático, mas na capacidade de influência política). <p>A tese se afasta das teses principialistas.</p> <p>São críticas as teses de leitura argumentativa-democrática-procedimental do modelo da democracia deliberativa e do modelo da democracia cooperativa:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1)Limitar a atividade do judiciário como na época do positivismo, porém agora em função da racionalidade discursiva e não mais da lei, com isso a fundamentação do direito continuaria externa ao judiciário e a aplicação do direito vinculada à racionalidade fundada prima facie; (2)Negação da jurisdição constitucional em perspectiva substancial; (3)Pela separação entre fundamentação do direito e aplicação do direito, a jurisdição se assemelha ao paradigma representacionista onde a norma regra conteria a verdade; (4) Trabalha com a distinção metafísica de casos fáceis e difíceis; (5) Há problema de facticidade das premissas fundantes já que o Brasil ainda não tem as condições necessárias ao discurso dentro da teoria do agir comunicativo; (6) A democracia brasileira não está preparada para se proteger de
---	--	---

<p>1.O hermenêutico; 2. O apofântico (lógico). Caráter apofântico (lógico): Reconhece a importância do texto que é ontologicamente distinto da norma embora incidível dela. Pela importância do texto a busca da validade pela argumentação tem caráter secundário. A diferença entre princípios e regras só é aceitável do ponto de vista hermenêutico, não é aceitável logicamente. Recusa que seja possível logicamente distinguir princípios e regras, assim como distinguir casos fáceis e difíceis. Nesse ponto há uma absoluta divergência com o entendimento apresentado por Dworkin. Aproxima-se de Dworkin em função de algumas questões: 1.Recusa da possibilidade de discricionariedade (de caráter kelseniano-hartiano). 2.Defende que há uma resposta correta, motivo pelo qual, segundo Lenio a integridade adquire viés fenomênico. Dworkin e Lenio têm leituras substancialistas da jurisdição constitucional, a quem cabe a aplicação material de direitos fundamentais com a invasão de esfera do legislador ordinário, bem como intervenção no executivo</p>		<p>discursos ideológicos, demagógicos e populistas; (7) Não há propostas para corrigir as diferenças sociais no sentido de poderem todos exercer o agir discursivo em condições de igualdade o que prejudica a fundamentação ética</p>
--	--	--

Radicalização Hermenêutica, verdade e metodologia complexa em Tempos de (Neo) constitucionalismo Em Marrafon..

RADICALIZAÇÃO DO DIREITO E INDIVIDUAÇÃO DO DIREITO.

COMPLEXIDADE E UNIDADE DO PROCESSO DECISÓRIO.	VERDADE PROCESSUAL, BRICOLAGEM E DECISÃO.
<p>Não foram resolvidos os problemas de objetividade, racionalidade e verdade nas teorias anteriores. Assim sendo, são ineficazes as vertentes neoconstitucionalistas: 1. Hermenêuticas (teorias substancialistas): normativo construtivista de Dworkin e fenomenológica de Gadamer/Lenio; 2.Propostas argumentativo-pragmáticas (teoria substancialista e principiológica): vertente discursivo-normativa de Alexy 3.Leituras argumentativo-democráticas-procedimentais: de democracia deliberativa. Na leitura epistemológico-consensual de Habermas e Nino (missões procedimentais e não substancialistas). De Rawls (teoria da democracia substancial) e de democracia cooperativa (procedimentalista e não</p>	<p>A bricolagem na decisão se deve o modo não epistemologicamente rígido em que se dá o processo decisório. O magistrado acaba por utilizar os processos disponíveis. O magistrado obedece às regras processuais até o alcance da verdade processual. Há o primado das hipóteses sobre os fatos e após até as manifestações fenomenológicas factuais, normativas e argumentativas e a razão fraca mais crítica é mediadora para evitar uma bricolagem puramente irracional. O que se pretende é uma bricolagem dialética do conhecimento, equilíbrio entre consciente e inconsciente, superando a razão forte e o excesso de consciência histórica para permitir a mediação hermenêutica e tornando possíveis:</p>

<p>substancialista).</p> <p>De Souza Neto, com intensões comunicativas, em ambiente plural, para um agir cooperativo da comunidade política, como alternativa de aperfeiçoamento democrático pela sua visão aberta da constituição.</p> <p>Tanto as correntes hermenêuticas quanto as teorias da argumentação são ineficazes.</p> <p>As teorias da argumentação, tanto as substanciais quanto as procedimentalista, recusam à hermenêutica.</p> <p>A hermenêutica se preocupa com a ontologia que, segundo as teorias da argumentação, leva a antecipação de sentidos.</p> <p>A hermenêutica teria, por conseguinte, maior interesse na premissa fundante, em direção oposta, a teoria da argumentação teria mais interesse na justificação.</p> <p>A deficiência das teorias hermenêuticas seria na validade da justificação e a deficiência das teorias da argumentação descoberta das premissas fundantes.</p> <p>Após fazer essa interpretação Marrafon toma partido da hermenêutica filosófica de Gadamer e Lenio e se propõe a superar os problemas de validade de justificação.</p> <p>Elenca dois referenciais teóricos:</p> <p>(1)A teoria da libertação;</p> <p>(2)A psicologia.</p> <p>Marrafon não admite separação função na cognitiva e normativa da interpretação e por rejeita também procedimentos interpretativos lógico-dedutivos ou subsuntivos.</p> <p>Entende que a verdade cognitiva para a decisão ocorre no interior do círculo hermenêutico.</p> <p>A verdade cognitiva para a decisão é alcançada após o processo de fusões ontológicas reciprocamente determinadas entre o intérprete e o aspecto normativo, probatório e argumentativo.</p>	<p>(i)Limitar o inconsciente;</p> <p>(ii)Promover uma interpretação crítico-produtiva, do conhecimento presente para o futuro.</p> <p>Pretende um estilo narrativo jurídico, não epistemologicamente rígido como processo construtivo da decisão centralizada na coerência e parâmetro de validade que se dá em virtude da prudência entre as mediações:</p> <p>(i)Factuais;</p> <p>(ii)Normativas;</p> <p>(iii)Argumentativas.</p> <p>A bricolagem judicial deve ter virtude prudencial da razão hermenêutica fraca, mas critica.</p> <p>Assim a verdade judicial decorre da ação produtiva do magistrado na fusão de horizontes dos discursos sobre a verdade.</p> <p>O processo de individuação do direito deve, decorres de mediação das racionalidades:</p> <p>(i)Fraca e crítica;</p> <p>(ii)Analítica (lógico-normativa); pragmática (argumentativa) .</p>
--	---

Radicalização Hermenêutica, verdade e metodologia complexa em Tempos de (Neo) constitucionalismo Em Marrafon.

MEDIAÇÕES INCIDENTES NA CONSTITUIÇÃO DA DECISÃO

A VINCULAÇÃO LOGICO-NORMATIVA E A RACIONALIDADE ANALÍTICA

A racionalidade analítica é a reflexão racional que, transforma a cognição em normatividade positivista, quando o Magistrado em sua ação estilística:

- (i) pensa;
- (ii) compara;
- (iii) une;
- (iv) discerne.

Apesar disso, quem olha está no mundo, faz isso com seu interior, caráter existencial, que relaciona:

- (i) interno e externo;
- (ii)observador e observado;
- (iii)ser e ente,

A LEGITIMAÇÃO PELA VIA ARGUMENTATIVA E A RACIONALIDADE HERMENÊUTICO-DIALÉTICA.

No momento lógico analítico, a correção lógico-analítica é mediação auxiliar para a correção lógico-conceitual.

A norma-decisão não se reduz ao texto, tampouco à objetividade ôntica do sistema jurídico.

A legitimidade pragmática não se restringe a compreensão da norma, liga-se ao entendimento do fato.

A ação estilística do juiz deve ser somada a mediação dialético-argumentativa.

São dimensões do contato fenomenológico do juiz com os argumentos: (i) a análise estrutural do argumento, ou seja, a racionalidade analítica; (ii) o

Pelo caráter existencial o Magistrado funde os horizontes ao produzir o sentido normativo.

Para isso utiliza o como recurso:

- (i) o logos apofântico (influência do universo dos sentidos);
- (ii) o logos hermenêutico (ontologia fundamental).

Por esse motivo, a decisão judicial depende:

- (i) da estrutura normativo-proposicional (abertura a estrutura do sentido);
- (ii) dos jogos de linguagem da comunidade, na estrutura pré-compreensiva do “ser no mundo”;
- (iii) do inconsciente.

A pré-compreensão jurídica depende do aprendizado de regras gramaticais do idioma.

A produção de sentido depende da interpretação da lei com observância estilística dependendo do domínio léxico ortográfico do idioma e de sintaxe.

A dimensão apofântica importa no papel da lógica e analítica na proposição, como na semântica formal de Frege. com a análise do significado pela estrutura sintática.

Trata-se de uma teoria superada, porém com utilidade para:

- (i) servir como parâmetro de correção lógica da análise da estrutura do enunciado;
- (ii) eliminar preconceitos;
- (iii) evitar giros metafóricos inconscientes do julgador.

Teorias do Direito:

Superação da teoria do direito com enfoque para a teoria da norma (positivismo analítico).

Foi sistematizada a teoria do ordenamento jurídico, hierarquizado; com exigência de completude, coerência e unidade (ordem substitutiva de justiça, um sistema constitucional aberto com normas: princípios e regras).

O sistema como ordem substitutiva de justiça tem como razão interna a constituição e lhe confere:

- (i) unidade;
- (ii) lógica;
- (iii) coerência.

Esse sistema tem como características:

- (i) possui princípios constitutivos e reguladores, não apenas as regras de fatos típicos;
- (ii) não é um sistema fechado;
- (iii) não possui um sistema decisório vinculante;
- (iv) seu conteúdo está sujeito a abertura axiológica no programa construtivo de verdades normativas;
- (v) a abertura axiológica pode promover atualização de sentido.

Assim, se a maneira lógica-dedutiva não é aplicável para a validade interna do sistema, a analítica do ordenamento (Frege), porém, ainda é uma mediação útil.

Reconhece a utilidade das tradicionais formas de

sentido dado pelo contexto de produção do argumento, ou seja, a teoria dos jogos de linguagem (Wittgenstein II); (iii) a intencionalidade do argumento, ou seja, a teoria dos atos de fala (Austin e Searle). Conforme a capacidade linguística, o argumento produz sentido, antecipação fundante pela hermenêutica (Gadamer) em um processo entre hermenêutica e epistemologia.

Pela complementariedade entre hermenêutica e argumentação é explicada a relação entre hermenêutica e epistemologia.

A relação entre hermenêutica e epistemologia se dá com um processo entre a diferença e a identidade.

No processo entre diferença e identidade estão presentes interferências:

- (i) existencial;
- (ii) psicológica;
- (iii) lógica;
- (iv) normativa;
- (v) argumentativa.

A ação crítica desloca os horizontes e por essas aberturas cria novo acordo hermenêutico.

A racionalidade hermenêutica-argumentativa, hermenêutica dialética, é essa argumentação estilística com fusão de horizontes. (antecipações de sentidos e pretensões argumentativas sobre fatos).

A racionalidade hermenêutica- argumentativa se faz presente:

- (i) no conhecimento dos fatos pela atividade probatória. A prova deve promover a reconstrução fática mais congruente entre as alternativas possíveis. A prova acaba tendo função cognitiva e persuasiva. A produção da prova, essencialmente, tem caráter argumentativo;
- (ii) na determinação de conteúdo normativo. Nesse caso surge a argumentação consequencialista de aplicação da norma, caso não viole dispositivos da constituição. São argumentos pragmáticos, formulas de ponderação que podem permitir ao Magistrado decidir como suas próprias concepções políticas, como se a sala do tribunal fosse um mercado de ideias.

(iii) na aplicação direta de norma princípio e na solução de conflito aparente entre elas. São situações em que se aplica diretamente a norma-regra, como:

1. antinomia insolúvel entre normas-regra;
2. solução não legítima em norma-regra;
3. demanda que não possui previsão legal;
4. lei declarada inconstitucional e a legislação anterior não apontam para norma-princípio.

CASOS DE COMPREENSÃO COMPLEXA:

São casos indicativos de uma situação não regular de decisão constitucional.

Solução de conflitos aparentes entre normas-princípios como na colisão e concorrência entre princípios fundamentais, que são chamados de casos difíceis, mas que são para Marrafon, casos de compreensão complexa, indicativos de uma situação não regular de decisão constitucional.

Marrafon entende que há forte apelo por um processo argumentativo.

<p>solver antinomias, para solucionar problemas com normas-regras. São os critérios tradicionais:</p> <p>(i) hierárquico;</p> <p>(ii) de especialidade;</p> <p>(iii) cronológico;</p> <p>Considera o direito positivo, meio precário para servir de parâmetro de interpretação.</p> <p>Reconhece a experiência ôntico-normativa não autoriza qualquer compreensão.</p> <p>A análise logico-normativa é o primeiro parâmetro, sendo indeclinável e necessário para evitar arbitrariedades, sendo forma de controle da discricionariedade.</p> <p>O magistrado deve estar atendo para as condições logico-analíticas no interior do círculo hermenêutico.</p>	<p>Na eleição do processo argumentativo, sugere a opção por um processo nos moldes da mediação hermenêutico-dialética .</p> <p>Recusa fórmulas com pretensões universalistas, que não alcançam a verdade processual e servem como instrumento retórico encobridor da discricionariedade e arbitrariedade.</p> <p>Reconhece, porém que os argumentos de ponderação, devem ser observados no contexto existencial, onde se produz a comunicação e nos jogos de linguagem.</p> <p>O Tribunal Constitucional deve estar aberto ao diálogo com a comunidade, ao invés de impor pré-compreensões inautênticas, incompatíveis com a razão fraca mais crítica,</p> <p>A inautenticidade deve ser combatida pelas voltas dentro do círculo hermenêutico, cujo desvelar também é impulsionado pela produção argumentativa.</p> <p>A argumentação, no processo interpretativo do direito, garante a legitimidade da intervenção.</p> <p>Pela autenticidade da compreensão do desvelar do círculo hermenêutico deixa de haver a violência originária do direito.</p> <p>Pretende inserir a argumentação no interior do círculo hermenêutico e criar critérios para a sua utilização.</p> <p>Assim os argumentos de proporcionalidade não se transformem em decisões voluntaristas.</p> <p>Pretende criar mecanismos de controle afastando a análise intuitiva e substituindo pela carga do ônus da prova que passa a ser factual, mas também axiológico.</p> <p>Esse ônus probatório factual e axiológico se vincula a doutrina e a jurisprudência constitucional, partindo da prática autêntica.</p> <p>Os argumentos de proporcionalidade ou consequencialistas são auxiliares da mediação hermenêutico-argumentativa, dentro do horizonte histórico e nos limites da capacidade compreensiva do sujeito existencial que ouve lê e interpreta.</p>
---	--

Radicalização Hermenêutica, verdade e metodologia complexa em Tempos de (Neo) constitucionalismo Em Marrafon..

FUNDAMENTO ÉTICO NA DECISÃO CONSTITUCIONAL

O MOMENTO CONDICIONANTE DA ANALETICO DA VERDADE PROCESSUAL.	A ÉTICA A DECISÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA
<p>Marrafon utiliza a tese de Vattimo do pensamento fraco (enfraquecimento do ser), para abrir o círculo da compreensão.</p> <p>Permite que mediações analíticas e pragmáticas incidam na individualização do direito.</p> <p>A hermenêutica não é tudo, há algo fora dela, mas ela está em tudo, esse algo passa pela linguagem e pelas estruturas existenciais do ser-no-mundo.</p> <p>O avanço da hermenêutica depende da retomada da verdade objetiva no princípio ético-material, que é ignorada pela verdade interpretativa do direito.</p> <p>A ética deve condicionar a prática constitucional e os efeitos.</p> <p>Utiliza-se a ética da alteridade (outridade) ao invés da totalidade em Levins e Dussel.</p>	<p>A primeira opção a ser tomada pela jurisdição constitucional, a negação da si como totalidade.</p> <p>O compromisso ético-normativo é fundamental (pois afasta a exterioridade com o método analético e assim uma racionalidade ético originária não instrumental) e é irrenunciável (pois o juiz abre as possibilidades do novo no processo de atribuição de sentidos).</p> <p>O compromisso analético (negação da totalidade) pretende contaminar a verdade interpretativa objetiva processual de formação da decisão, para livrar a sentença do quadro mental paranoico do sentido fundado na lógica da premissa fundante.</p> <p>O processo argumentativo deixa de ser epistemológico (rígido) e passa a ser estilístico.</p> <p>O processo argumentativo estilístico, como</p>

<p>A totalidade não reconhece o outro e o objetiva. O outro (não ser) passa a ser um ente, coisa, dado pela totalidade.</p> <p>Isso acontece no processo decisório. A incidência da mediação hermenêutico-argumentativa é útil, porém, não é suficiente para evitar que a atribuição de sentido seja a compreensão por argumentos consequencialistas.</p> <p>As mediações no acontecer da verdade interpretativa tem movimento dialético na totalidade, mas a ética da alteridade (outridade) exige o ir além da totalidade para configurar a exterioridade (outro como outro – desobjetificação) e o princípio ético-material.</p> <p>Dussel estudando Heidegger entende que o mesmo já possui pretensões desobjetificantes e promove a abertura pela liberdade para ir além do próprio horizonte ontológico.</p> <p>A alteridade deve se realizar na plenitude, não na perspectiva monológica. Na perspectiva monológica o outro não é outro, mas, é parte da totalidade, diferença interna, mesmidade.</p> <p>A alteridade deve se realizar em sua perspectiva dialógica, onde se supera o horizonte da totalidade (metafísica) para realizar uma metafísica ético-transontológica, por meio das categorias da filosofia da libertação</p> <p>Os atos de fala são convolados em atos de justiça e possuem intencionalidade.</p> <p>Na exterioridade está a força de justiça, o caráter inovador e crítico face à totalidade. A exterioridade rompe com a totalidade. Apesar disso a exterioridade também promove a dificuldade de inteligibilidade.</p> <p>Assim entra em ação o plano discursivo transcendental, situação ideal de fala em Habermas e se falta inteligibilidade as pretensões de validade da comunicação são revista pela ética discursiva.</p> <p>O momento analético é a realização dialógica entre “eu próprio” e o “outro”. Momento analético ou anadia-lético, por ser analético-dialógico. Parte da afirmação do “outro” (negado), ao afirmar o outro, você promove a negação da negação do outro.</p> <p>Nesse caso (método analético) a verdade interpretativa não tem início na ontologia. No método analético a verdade interpretativa tem início no outro, é portanto, uma verdade objetiva na facticidade e promove o ato de justiça com o outro.</p> <p>Nas relações eu e outro, Dussel, passa pelas relações nas instancias: (i) doméstica (pai e filho); (ii) pedagógica (mestre e discípulo); (iii) política (irmão e irmão); (iv) jurídica (eu-legislador e outro-destinatário das leis); (vi) jurídica (eu-judicante e o outro-julgado).</p> <p>Nas instâncias jurídicas, a primeira, (iv) jurídica (eu-legislador e outro-destinatário das leis), interessa ao processo legislativo, legitimação política do sistema jurídico, respeito e responsabilidade com o destinatário das leis.</p> <p>A segunda, (vi) jurídica (eu-judicante e o outro-julgado) o enfoque é o vínculo ético entre o</p>	<p>bricolagem, interpretação analética, tem mediações: (i) analítica; (ii) hermenêutico-argumentativa; (iii) negação da negação originária (do outro); (iv) sucessivas fusões de horizonte adquirem sentido no des-velar ético da verdade decisória.</p> <p>O Magistrado deve negar: (i) o horizonte da totalidade ontológica (pre-compreensão, antecipação de sentido, maneira de aprisionamento compreensivo); (ii) inconsciente (movido pela ética psicanalítica do desejo de verdade individual).</p> <p>O horizonte da totalidade ontológica da antecipação de sentido ou pré-compreensão pode ser suprimido com se tensionado com a argumentação destrutiva das estruturas linguísticas prévias dentro da possibilidade lógica, jurídica e de normatividade válida.</p> <p>Isso se dá com a utilização de hermenêutica e argumentação em sua complementariedade, fusão de sentidos.</p> <p>Na verdade processual também há a responsabilidade do juízo ao verificar quem é o outro. Na relação ética de alteridade o juízo deve ouvir todas as partes, sem pré-conceitos, ainda que em princípio uma das partes (exemplo capitalista) pareça o construtor da totalidade.</p> <p>A formação ontológica da verdade processual deve considerar as circunstâncias ônticas: (i) matéria probatória; (ii) argumentos ; (iii) disposições normativas.</p> <p>O momento analético é constituído da racionalidade fraca mais crítica que garante validade e legitimidade da decisão, com evolução estilística e de bricolagem se afastando de uma racionalidade instrumental e tecnológica.</p> <p>Marrafon entende pela possibilidade do reconhecimento de novos direitos, e o afastamento de norma-regra (totalidade) por norma-princípio (analética com validade lógico-argumentativa).</p> <p>Assim, resumidamente, tem-se, como pilares da teoria: (i) validação de enunciados pela integridade somada a coerência hermenêutica; (ii) verdade interpretativa no momento analético com as fusões e tensões das dimensões hermenêutica e apofântica, com coerência material e consistência lógica; (iii) estrutura teórica da decisão pelo momento ético e das mediações garantidoras de validade e normatividade.</p> <p>Entende que dessa maneira nega a antecipação de sentido e evita os casuísmos e a discricionariedade.</p> <p>Entende que o juiz constitucional pode agir substancialmente.</p> <p>Dessa forma, para o “agir substancial”, o juiz precisa encontrar: (i) fundamento ético irrenunciável; (ii) amparo constitucional.</p> <p>Cita a hipótese onde a jurisdição constitucional está autorizada a promover direitos fundamentais em defesa da constituição, que se dá com seus elementos: (i) coerência com o processo histórico-evolutivo dos direitos fundamentais (não retrocesso); (ii) observar as normas do sistema constitucional e critérios logico-dogmáticos de produção judicial em um sistema constitucional aberto; (iii) observar a argumentação,</p>
---	--

<p>Magistrado e “o outro” sob o qual recai a decisão, o Magistrado o “outro” e a decisão sob os direitos desse “outro”.</p>	<p>as provas produzidas e o vínculo para alcance do assentimento intersubjetivo que legitima a decisão; (iv) no momento analético concretizar o dever ético-originiário pelas validações discursivas e mediações; (v) deixar de declarar a inconstitucionalidade de lei quando haja controvérsia sobre o conteúdo semântico, princípio jurídico ou limite de significado de direito constitucional em prol da presunção de constitucionalidade.</p> <p>Pelas mediações analítica e hermenêutico-argumentativa, entende que a jurisdição constitucional vai defender demandas eticamente fundadas.</p> <p>Porém, ao encontrar uma controvérsia, dilema, aporia (sem saída), sobre o princípio crítico da ética material, impossibilitando a verdade interpretativa, nesse caso há restrição à atividade substancialista. O juiz deve se submeter ao legislador ordinário com maior potencial democrático.</p> <p>Utiliza como exemplo a ADIN n.3510 – DF sobre a lei de biossegurança.. Nesse caso, o STF afastou a lei permitindo a utilização de embriões humanos que restassem após o processo de fertilização in vitro.</p> <p>Entendeu a decisão da Corte Constitucional despicienda, como se ao permitir a utilização das células tronco dos embriões estivesse privilegiando o direito dos deficientes por uma vida mais digna em detrimento da viabilidade de vida de tais embriões.</p> <p>Reconhece que o processo judicial reproduz as regras jurídicas em situação discursiva e o Magistrado deve observar o argumento ético.</p> <p>A lógica da metodologia complexa pretende uma decisão substancial normativamente adequada a ordem jurídica, argumentativamente convincente e eticamente referenciada.</p> <p>Entende que a racionalidade fraca (hermenêutica de Vattimo) não permite antecipações e assim o juízo deve passar por todas as mediações.</p> <p>Ao responder se há uma resposta correta na da decisão judicial, atrela a correção da resposta à justeza e adequação da verdade interpretativa a material de fundamento ético.</p> <p>Há limite para o saber prático, cuja verdade se dá quando a situação de julgamento, existencial e histórica se realiza, adquire eficácia dentro do dever-ético originiário.</p> <p>Ainda que a decisão seja considerada correta pela comunidade, ela pode não possuir justeza quando a exterioridade não se manifestar na proximidade, pela falta de universo de sentido.</p> <p>A resposta correta será um ideal, para regular o Magistrado que deve utilizar as mediações e o dever-ético.</p>
---	--