

Reflexões sobre o positivismo jurídico e sobre a constituição das pré-compreensões

*Paulo Ferrareze Filho**

Resumo. A superação do positivismo jurídico de cunho dogmático instaurado na modernidade se coloca como o obstáculo do Direito contemporâneo. A partir dessa consideração e tendo como premissa o lugar paradigmático a que a linguagem foi elevada no século passado, é que este artigo se desenvolve por meio de uma reflexão crítica das doutrinas que associam qualificativos ao positivismo jurídico. Em seguida, a proposta é avaliar através dos aportes de Gadamer, como se formam as pré-compreensões e como elas podem influenciar os julgadores na atividade jurisdicional.

Palavras-chave. Direito, positivismo jurídico, pré-compreensões.

Resumen. La superación del positivismo jurídico de matriz dogmática instaurado en la modernidad se pone como el obstáculo del Derecho contemporáneo. A partir de esa consideración y teniendo como premisa el lugar paradigmático a que el lenguaje fue elevada en el siglo pasado, es que este artículo se desarrolla por medio de una reflexión crítica de las doctrinas que asocian calificativos al positivismo jurídico. En seguida, la propuesta es evaluar a través de los aportes de Gadamer, como se forman las precomprensiones y como ellas pueden influenciar los juzgadores en la actividad jurisdiccional.

Palabras clave. Derecho, positivismo jurídico, precomprensiones.

Podemos ter certeza absoluta apenas das coisas que não compreendemos.

E. W. Howe

1. INTRODUÇÃO

Dentro do mundo de sentidos em que um determinado sujeito/ser humano está inserido, as possibilidades que tem de, através da linguagem¹, comunicar-se com demais sujeitos e, portanto, estabelecer pontos de contato com mundos diversos de sentidos, ou ainda, mundos outros de sentidos que não o seu – já que sua experiência idiossincrática não é capaz

• Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Advogado.

¹ Importante salientar que a linguagem é aqui colocada como meio necessário para a comunicação. Por essa razão é que aqui é considerada de forma ampliada, fazendo referência não somente aos atos de fala, mas também aos textos, aos gestos e tudo aquilo que possa ser transformado em comunicação, inteligível ou não. Conforme STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 7. ed. Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 200, a linguagem é totalidade, é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo: a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo. Ainda, para Heidegger, “a linguagem é a casa do Ser. Em sua habitação mora o homem, Os pensadores e poetas lhe servem de vigias. Sua vigília é com-sumar a manifestação do Ser, porquanto, por seu dizer, a tornam linguagem e a conservam na linguagem.” In: HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1967. p. 24-25

de encontrar nenhum outro mundo igual de sentidos tampouco semelhante ao seu –, faz da reflexão acerca da idéia de *memória de sentidos* uma emergência e uma necessidade automática e única capaz de tornar as comunicações possíveis e inteligíveis entre si. Por isso que a criação de sentido das/nas coisas, através das múltiplas comunicações, só se faz possível pela autoridade que a linguagem exerce sobre qualquer outro fenômeno que envolva o ser humano. É a inteligibilidade dos atos comunicacionais o desiderato maior da linguagem.

Apenas pela autoridade da linguagem é que a razão humana pode se tornar factível. A linguagem torna-se, pois, o pressuposto para qualquer manifestação racional. A consciência/percepção de sua autoridade e de sua automática anterioridade (pressuposto das próprias pré-compreensões gadamerianas), ao mesmo tempo em que eleva a linguagem ao patamar de paradigma contemporâneo, subjuga a razão e a faz perder a supremacia outrora concedida pela modernidade e por todo invólucro da ciência com a metódica cartesiana. A razão, nesse sentido, não é mais - como instaurou Descartes na modernidade - um instrumento capaz de encontrar a verdade das coisas através da utilização de um método que estaria colocado entre um sujeito (solipsista) e um objeto com uma (pretensa) essência acessível através da razão.

Essas considerações preliminares são importantes porque denotam o atraso paradigmático que o Direito sofre em função da manutenção da metafísica racional da modernidade e do predomínio da técnica dentro do positivismo dogmático formatado através da idéia de um sistema fechado de regras abstratas com aplicação lógico-dedutiva. O objetivo deste estudo é tratar, ainda que brevemente, das contemporâneas construções qualificativas do positivismo jurídico propostas pela doutrina contemporânea, uma vez que este segue protagonista no sistema jurídico brasileiro. Em seguida, a proposta é refletir sobre as fases de constituição das pré-compreensões tratada por Gadamer, de forma a contribuir para a proposta de utilização da hermenêutica filosófica como resposta à discricionariedade positivista.

2. POSITIVISMO JURÍDICO: A IDEALIZAÇÃO DE UM IDEAL INEXISTENTE

Já no século XIX com a Escola Exegética, que buscava ultrapassar os limites conceituais impostos no Código Napoleônico, e com a Escola Histórica, que tentou associar o historicismo ao direito, negando a razão iluminista,² é possível observar os primeiros movimentos de contestação ao formalismo dogmático que se instalava no Direito pela instauração do positivismo. Mesmo com as contundentes críticas ao positivismo jurídico que se propagaram durante todo o século XX – em especial pela estruturação jurídica dos estados totalitários – e, ainda, com as várias tentativas de reconstrução, tanto conceituais quanto substanciais, ele sobrevive e entra renovado no século XXI: cibernético-metologicamente adaptado às exigências da civilização pós-moderna, na qual toda dimensão da vida se reduz a uma planificação calculadora ditada pelo ritmo das máquinas, e em que a aspiração da razão não vai além da pretensão de organizar formalmente a mecânica do sistema.³

Contraditoriamente, o positivismo jurídico se fragilizou justamente com o advento, no fim do século XIX, das grandes codificações européias como o *BGB* de 1900 na Alemanha. E essa decadência ocorreu em grande parte pela derrota que os dois dogmas estruturantes do positivismo jurídico sofreram: o primeiro pela insustentabilidade da tese de que o juiz não podia criar direitos ante a incompletude do sistema de regras; e o segundo, pela impossibilidade positivista de negação da justiça pelo juiz. Ora, se o juiz não podia criar direito e tampouco podia privar-se da atividade jurisdicional, o ideal positivista se mostrava com uma carência insanável. Sua insustentabilidade se confirmou pela identificação entre lei e direito: se lei é direito então qualquer lei pode ser direito, inclusive leis injustas e imorais dentro de regimes totalitários como as ditaduras nazi-fascista⁴. Em última análise, o Direito

² Conforme WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3 ed. Fundação Calouste, Lisboa, 2004. Tendo como ponto de partida o pensamento de Savigny, a Escola Histórica teve como objetivo propor uma exploração da dimensão histórica do direito, através de uma reflexão da própria existência (existencialismo) para propiciar um alargamento da ciência jurídica que até hoje não chegou ao seu termo. A Escola Histórica faz a relação devida entre o “dever-ser” com o seu histórico e da norma jurídica com a realidade social (...) “No essencial, a intenção e a missão do principal ramo romanístico da Escola Histórica do direito eram promover a antiquada dogmática do *usus modernus* a uma ciência do espírito filosófica, correspondente à teoria do conhecimento e da cultura do idealismo. p. 399-426.

³ NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: clareira para a emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15.

⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Fundação Calouste, Lisboa, 2002. p. 114-122.

brasileiro tampouco se sustenta pelas acepções básicas do clássico positivismo jurídico, em especial pela não superação da filosofia da consciência, que se traduz em negação à viragem lingüística ocorrida no início do século XX, e pela manutenção do paradigma liberal-burguês-individualista, que não responde a problemas que extrapolem à esfera privada-individual.⁵

Essa crise do Direito é, acima de tudo, uma crise da democracia. A democracia se encontra comprometida com práticas e idéias que vão substituindo permanentemente novos valores, novas necessidades e novos antagonismos na sociedade. Uma ordem social democrática, para que funcione de forma eficiente, necessita da adoção de práticas e significações que transformem e instituem novas relações com o poder, com a dominação e com o sentido de autonomia do homem. A democracia determina um espaço onde o poder se legitima por estar vinculado à permanência dos conflitos e dos antagonismos sociais. Não sendo assim, um totalitarismo emerge da democracia, negando o conflito e a natureza indeterminada da sociedade, ao apresentar para a sociedade simbolicamente regida, uma ficção de unidade e harmonia através da lei e do poder.⁶

Tendo como ponto de partida a crise do modelo democrático seguida pelo esquecimento de uma nova dogmática de índole constitucional, as teses *substancialistas* e *procedimentalistas* também se fragmentam dentro seus intentos de aplicação. A primeira, confiando em um constitucionalismo dirigente capaz de fixar a Constituição como o “novo contrato social” e o Judiciário como órgão promotor da vontade geral implícita no Direito positivo, sucumbe pela falta de ímpeto do Poder Judiciário que, ao não abandonar a postura absentista, própria do modelo liberal-individualista-normativista, mantém o Direito no plano do “dever ser” pela falta de um necessário intervencionismo – olvidado inclusive no denominado Estado Social – reclamado pela nova ordem constitucional. A segunda tese,

⁵ Conforme STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 7. ed. Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 34 e 35. Utilizando-se de velhos conhecidos dos manuais de Direito (Caió e Tício), Streck indica, exemplificativamente, a existência (e a previsão) da figura do esbulho no momento em que Caió invade a propriedade de Tício, fazendo o devido contraponto para criticar o modelo liberal-individualista, que não estabelece qualquer previsão quando Caió e Tício, por exemplo, invadem com milhares de sem terra a propriedade de Mévio! A utilização desses personagens por Streck, também se traduz em uma crítica aos manuais de Direito que, ao passo que se proliferam na sociedade brasileira Marias e Joãos, seguem os manuais a utilizar personagens idealizados, desconectados da realidade social.

⁶ Conforme WARAT, Luis Alberto. *Crisis de la democracia y crisis de la modernidad*. In. Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou. Coord: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 314. Tradução Livre.

fortemente sustentada por Habermas, também não encontra respaldo pela reiterada invasão do Poder Executivo no campo de atuação do Legislativo (fato que impede ainda mais a construção de uma autonomia sustentável do Direito), confundindo, portanto, a idéia moderna de “vontade geral”. Essa submissão do Congresso à utilização indiscriminada de medidas provisórias, por exemplo, impede uma criação democrática de direitos e obscurece a garantia da preservação dos procedimentos legislativos aos cidadãos⁷.

Ainda que a seguir sejam apresentadas, descritivamente, algumas das qualificações que a doutrina mais recente sobre o positivismo jurídico vem se debruçando, deve-se dizer, desde logo, que não há que se adjetivar o positivismo jurídico atribuindo-lhe qualificativos que, ao mudar seu núcleo conceitual/essencial, conferem-lhe outros significados. O todo sem a parte não é todo, e as partes só são dentro do todo. Assim, a palavra “positivismo” carrega em seu bojo significados tais, ou melhor, sentidos e características que não permitem associações neológicas que comprometam sua essência e o significado que se impõe pela força da linguagem (palavra). Quando o Direito se vincula com a moral como no positivismo inclusivo, por exemplo, se está a tratar de outro “modo de ver o direito” ou outro conteúdo (instrumento) disponível no sistema jurídico, mas não se pode, sob hipótese alguma, dizer que se trata de uma espécie de positivismo, pois a tradição lhe confere um sentido diametralmente inverso. A palavra positivismo para o campo jurídico pressupõe desde logo a cisão entre Direito e moral. Por isso, equivocadas as distinções que se expandem no ainda remanescente debate sobre o positivismo jurídico e que serão ora analisadas.

1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

A criação do qualificativo *exclusivo* ao positivismo jurídico, deve, desde logo, ser entendido pelo antagonismo que o confronta ao positivismo denominado de *inclusivo*. Isso porque a tensão entre ambos se dá unicamente pela consideração da moral. Simplificadamente, o positivismo exclusivo sustenta a clivagem absoluta entre o Direito e a

⁷ Conforme STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. p. 44-52.

moral, considerando que as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais. Exclui a moral, portanto, diferentemente do positivismo inclusivo.

O positivismo exclusivo se sustenta no fato de que “a existência e o conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados, sempre e em todo caso, com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa”.⁸

Esse modelo conceitual encontra no pensamento de Joseph Raz⁹ seu maior sustentáculo. Para esse autor, ainda que o direito faça referência a fatos sociais, o que determina a validade das normas são as fontes jurídicas. Por essa razão, não ignora que os fatos sociais venham a implicar conseqüências de ordem moral, mas isso não significa que a descrição do fenômeno jurídico deva ser estruturada a partir de uma tese que atribua, obrigatoriamente, uma conexão entre elementos fáticos e conteúdos morais. Assim, mesmo quando uma norma jurídica estabelece a necessidade de aportes morais para que seja possível a resolução de um conflito social (concreto), não se pode dizer que o Direito incorpora a moral, pois a validade da norma continuará associada à sua fonte jurídica e não ao seu conteúdo moral.¹⁰

Assim definido, o positivismo exclusivo e seus argumentos de sustentação, principalmente pela consideração de uma natureza autoritativa do Direito, que se dá justamente pela separação da moral, se compatibiliza com as três teses essenciais do positivismo jurídico formuladas por Hart, a saber: (1) a tese da separação conceitual entre Direito e moral, (2) a tese das fontes sociais, que sustenta que o Direito necessita de uma prática social que inclua os juízes e todos os cidadãos e (3) a tese da discricionariedade judicial, já que pela imprevisão da totalidade de casos, o juiz tem a possibilidade de ser criador de direitos.¹¹

⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 42, citando ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

⁹ Consultar RAZ, Joseph. *The practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2001 e RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

¹⁰ TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese*. In. DIMOULIUS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* – São Paulo: Método, 2008. p. 402.

¹¹ Para uma explicação amigável das três teses sustentadas por Hart, consultar a indicação de HART, H.L.A. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Sistema, n. 36 (1990, mayo), p. 3-19, trazida por DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. p. 33.

Essas características, ou esse núcleo essencial proposto por Hart, pressupõem uma Teoria do Direito que: a) considera a existência única do direito positivo, refutando completamente o direito natural; b) formata o direito como um conjunto de regras que devem ser emanadas do Estado com respectivas previsões de sanções que garantam sua aplicação coercitivamente pela sociedade; c) opera num sistema fechado, completo e coerente, em que a atividade dos juízes é lógica, posto que toda decisão deve ser deduzida de regras previamente emitidas pelo Estado e d) separa resolutamente, como referido, o direito e a moral, alijando da atividade judicial fatores sociais e regras de cunho moral.¹²

1.2 O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO

O positivismo jurídico inclusivo se coloca dentro da divisão feita recentemente por Escudero¹³ ao defender a existência de um *positivismo com qualificativos* (em que estariam os positivismos inclusivo e exclusivo) e um outro *positivismo sem qualificativos*.

Assim, uma vez detectado que os critérios de validez em um sistema jurídico não poderiam estar sedimentados apenas em aspectos de ordem fática (positivismo rígido, como veremos a seguir), necessária a incorporação de princípios de justiça e valores morais (positivismo brando). Essa percepção feita por Hart, fez surgir duas formas básicas de positivismo jurídico: o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo, “os quais pretendem formular teses que, a seus modos, tentam dar conta do panorama complexo que envolve o fenômeno jurídico nas democracias constitucionais”.¹⁴

O positivismo inclusivo opera, portanto, como uma forma de aperfeiçoar a concepção clássica do positivismo jurídico que separava diametralmente o Direito e a moral. Imaginando que algumas regras dentro do sistema devem se sujeitar à moralidade daqueles que dela se valem dentro mesmo sistema, o positivismo inclusivo propõe o resgate da axiologia olvidada no positivismo rígido.

¹² Conforme ARNUAD, André-Jean et all. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociedade do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 607.

¹³ Consultar ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

¹⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 41.

Essa incorporação da moral se assenta em uma das três teses na qual se difunde o positivismo jurídico: a citada *tese da incorporação da moral*; a *tese do convencionalismo*, que considera a moral contingentemente, ou seja, trata-a não como um imperativo, mas como um dos critérios componentes da regra de reconhecimento; e a *tese da diferença prática*, que estabelece que os estândares que constituem as regras de direito devem orientar a sociedade de forma prática, sob pena de tornar o inválido o próprio sistema jurídico.¹⁵

1.3 AS INSUFICIÊNCIAS DO POSITIVISMO ÉTICO DE TOM CAMPBELL

Outra proposta de qualificar o positivismo jurídico é elaborada por Tom Campbell.¹⁶ Remontando as origens do positivismo anglo-saxão (Hobbes, Austin, Bentham), Campbell propõe um positivismo denominado de *ético*. Um positivismo que não pretende ser conceitual nem descritivo, mas sim normativo e prescritivo, justamente no sentido de prescrever, através de normas, como deve ser o sistema jurídico. Esse caráter prescritivo é fundamentado em razões sociais e políticas. Por isso que Campbell, citando Guest, sustenta esse positivismo como “una sub-teoría de una teoría general de la moralidad pública”.¹⁷ Assim, a tese propõe, genericamente, avaliar *a conseqüência da atividade legislativa e judicial*; e, especificamente, buscar o “como deve ser o direito”, para que seja possível definir, secundariamente, como deve ser: a legislação, o papel do juiz, a interpretação e o lugar, inclusive, dos direitos humanos.¹⁸

Para isso, a proposta não é a tradicional busca analítica da semântica da expressão “Direito”, nem o entendimento do discurso do Direito e suas funções sociais. O desiderato nuclear da tese é justamente definir uma teoria moral sobre o exercício do poder político - entendido como atividade de controlar e coordenar a conduta de um grande número de

¹⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. p. 46-52

¹⁶ CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. In: Doxa, n. 25, 2002. Em função do caráter descritivo deste item 2.3, no sentido de explicar a tese do positivismo ético utilizando como fonte, unicamente, a tese de Tom Campbell, optou-se por evitar a reiteração de referências ao mesmo texto.

¹⁷ CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. p. 309

¹⁸ Especificamente sobre o positivismo ético em relação aos direitos humanos ver CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico(II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano*. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 22, 2004.

peças -, diferenciando de forma necessária o positivismo jurídico ético do formalismo contido na técnica de produção da jurisprudência. Mais especificamente e se valendo dos aportes de MacCormick, Campbell pretende aproximar os temas de regulação e controvérsia jurídica formatando um *acordo de regras gerais pré-determinadas que sejam contextualmente claras a ponto de definir direitos, deveres, poderes e até imunidades das relações jurídicas*.

Campbell trabalha com a tese da *separabilidade* (Direito e moral podem estar separados) e não com a tese da *separação* (Direito e moral devem estar separados), sustentando que a identificação e aplicação do Direito devem se manter afastadas de juízos morais, ainda que as regras possam fazer referência a crenças morais e até religiosas. Dessa forma, o positivismo ético atuaria diferentemente em relação aos positivismos de cariz descritivo, já que estes introduzem, direta ou indiretamente, critérios morais para definir o direito e suas conseqüências: o positivismo exclusivo porque, mesmo que pretenda, não consegue afastar a sujeição da moralidade dos juízes, e o positivismo inclusivo porque reclama, de forma direta, a introdução da moral em determinadas regras.

A pretensão de Campbell é a formatação de um positivismo ético jurídico que, de forma aberta e bem argumentada, possa criar um “bom” sistema jurídico em que este mesmo positivismo possa buscar aspiração. Para tanto, esse sistema jurídico deve conter regras rapidamente identificáveis, com tal clareza e precisão que possam ser entendidas e aplicadas sem a necessidade de utilização de juízos morais e políticos controvertidos. A construção desse sistema jurídico necessita de uma ética específica tanto para os legisladores, quanto para os aplicadores. Campbell define as “obrigações” de cada um deles, dizendo que “os juízes devem procurar a maximização da atividade governamental constitucionalmente legítima” e devem usar critérios empíricos ou moralmente neutros na identificação e interpretação do direito; já os legisladores, devem fazer leis que possam ser identificadas e interpretadas dessa mesma forma.

Para Campbell, a interpretação dentro do sistema que propõe, consiste em selecionar e aplicar regras válidas, limitando a pretensão corrente dos juízes de estilos expansivos (razão prática irrestrita). Dentro do positivismo ético, os juízes devem identificar regras jurídicas apropriadas de acordo com a regra de reconhecimento politicamente autorizada e aplicar tais regras como fontes legítimas do Direito, tentando evitar a idéia de interpretação como inovação. Insiste no sentido de que as regras (con)tenham, unicamente, um significado

contextual evidente, pois acredita que as regras devem ser inteligíveis aos cidadãos e devem definir de maneira clara e simples o que se exige e o que se autoriza. Com relação a este aspecto, o próprio autor detecta algumas lacunas em sua teoria, mencionando a complexidade multicultural e a dificuldade de atingir a clareza pretendida ante a linguagem usual e móvel das sociedades complexas. Como possíveis soluções a essas dificuldades, indica a idéia de “conhecimento do propósito da legislação” e a possibilidade de criação de *definições estipulantes* (ou termos técnico-jurídicos adequados a necessidades específicas).

De forma bastante original propõe a possibilidade de abstenção de julgamento do juiz quando não exista possibilidade de alcançar esses significados claros dentro das regras. Nesses casos, sugere paliativamente o que chamou de *segunda melhor solução*, ou seja, até que a mudança legislativa devida seja feita para determinado caso, propõe a utilização da regra que melhor possa resolver o caso até que o legislativo formule a que seja exatamente adequada para o caso. Ainda, não aceita que a regra de reconhecimento seja uma prática judicial, mas sim que derive de uma Constituição política, que deve estar necessariamente fora do sistema jurídico.

A tese de Campbell quanto à discricionariedade, todavia, é dúbia. Ao sustentar que **(a)** a relação jurídica básica se dá entre o legislador e os cidadãos e que **(b)** as regras devem ter um significado contextual claro, tenta, em evidência, **(a + b =)** combater a discricionariedade, ao passo que quando sugere **(c)** a possibilidade de criação de termos técnico-jurídico adequados (estipulantes) e quando prevê **(d)** a possibilidade de decisões paliativas à espera de mudança legislativa, parece **(c + d =)** admitir a discricionariedade fazendo sua tese perder a coerência.

Dessa forma, a tese campbelliana se mostra insuficiente, especialmente na realidade brasileira. Além da incoerência com relação à conseqüência discricionária, outros obstáculos se colocam, tais como: a) impossibilidade dentro da realidade brasileira de abstenção de julgamento do juiz; b) a simples criação dos termos técnico-jurídicos propostos por Campbell resolveriam inicialmente um problema de ordem interpretativa, mas, ato contínuo, criariam outro de forma sucessiva; c) também é utópica a tarefa de generalização da “clareza” interpretativa de termos técnicos. Imaginemos, por exemplo, como se concretizaria esse exercício ante alguns conceitos do cotidiano jurídico brasileiro como a boa-fé, o estado de necessidade, o abuso de direito e a força maior, para ficarmos apenas nesses e d) a dificuldade

de aplicação dos princípios constitucionais, ao extrair a consequência normativa, sem recorrência a juízos morais.

3. A CORREÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE POSITIVISTA E A CONSTITUIÇÃO DAS PRÉ-COMPREENSÕES

A invasão da filosofia pela linguagem através da inclusão da faticidade com a viragem ontológica a partir de meados do século passado, entre outras figadais contribuições, combateu (ou pelo menos essa era um de seus objetivos) o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma virtuosa circularidade na/da compreensão na tentativa de superação do positivismo jurídico estabelecido sobre o sistema fechado de regras, próprio e refém do esquema sujeito-objeto. Essa negação da realidade produzida por essa estrutura moderna, será, então, preenchida pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêuticas, que subjugam a metódica e elevam a faticidade e o mundo prático como pontos de partida para a compreensão. Esse compreender, diz Streck, “não é mais um agir do sujeito, mas, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. E isso é extremamente ruptural.”¹⁹

Essa ruptura paradigmática, ao mesmo tempo em que institui um novo horizonte de sentido para o Direito por meio da idéia gadameriana de compreensão que leva à interpretação, e que, por sua vez, conduz à possibilidade de aplicação, também se confronta com a vivacidade do positivismo jurídico como um dos conteúdos possíveis dentro do sistema jurídico e a inoperância, à primeira vista, das contribuições acerca da compreensão de Gadamer. Isso porque pela constante presença de uma metódica dedutivista e (pretensamente) lógica, o Direito ainda é refém dessa não superação dos sonhos da modernidade.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista. In. DIMOULIUS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.). Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? – São Paulo: Método, 2008. p. 288 e 289.

Por entender que a pré-compreensão²⁰, enquanto elemento fundante da concepção de *applicatio*, é elemento nevrálgico em qualquer estudo que pretenda propor a superação positivista pelo caráter emancipador da hermenêutica filosófica, é que se faz necessária uma (re)constituição de suas bases fundantes. Desde logo, apoiado na consideração de que Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estática e histórica e considerá-la através da pura experiência da existência humana e de que a compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos *Dasein*²¹, a formatação da idéia de *memória dos sentidos* é colocada aqui como ponto de partida para uma análise regressa da pré-compreensão com o intuito de sugerir de que forma essa pré-compreensão se institui dentro do mundo de sentidos de cada um e de todos.

Por estar imersos nessa *memória de sentidos* é que os seres (*Dasein*) carregam no bojo de seus “*aparelhos de interpretação das coisas do mundo*”, uma carga de pré-compreensões (Gadamer) que não permite análises lingüísticas e, logo, comunicacionais discricionárias. Esse é o ponto de toque do estudo das pré-compreensões com o positivismo jurídico, já que se deve alertar para o fato de que a não conexão das bases fundantes ou do suporte de pré-compreensões distintas é que tem como produto final a discricionariedade que emerge no positivismo.

Essa construção se apóia na idéia de que o mundo não é dado ao *Dasein* como um conjunto de objetos com os quais, seguidamente, se relacionaria, para, então, atribuir significados e funções. Isso porque as coisas já vêm desde logo e sempre dotadas de uma função, isto é, de um significado, e podem manifestar-se como coisas, unicamente no momento em que se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe. O mundo se dá para nós na medida do *patrimônio de idéias* que temos, é dizer, na medida de

²⁰ Conforme SILVA FILHO, José C. M. H. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, “a pré-compreensão advém da própria estrutura do conhecimento do homem, desnudada neste aspecto por Heidegger, demonstrando que toda atividade intelectual pressupõe um pré-entendimento ou uma compreensão primeira sobre a qual se apóia. Desta feita, a interpretação da norma jurídica, como qualquer outra forma de conhecimento, derivada desta circunstância, opera em uma dinâmica circular e não linear como entende a teoria da subsunção.” Conclui o autor, ainda que “a pré-compreensão funciona como antecipação do todo diante do texto da norma, mas tal antecipação apóia-se não só no âmbito textual, mas refere-se igualmente ao problema a ser resolvido juridicamente e ao mundo da vida apontado pelo texto da norma, cujos elementos transcendem os limites deste (...) entrar no círculo de modo correto significa realizar o esforço de conhecer nossos pressupostos e aceitar o risco de que, no embate com as normas e os casos a se resolver, tais pré-conceitos sejam alterados.” p. 98 e 99.

²¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. p. 193.

certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O *Dasein* nada tem daquele sujeito racional do cogito cartesiano, porque essa é uma noção que pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um objeto. A elaboração da relação originária entre o mundo e o *Dasein* que se inserem como uma compreensão articulada de uma pré-compreensão é que formam o *círculo hermenêutico*.²² Esse “já dispor dos significados do *Dasein*” é que se coloca como objeto de análise tanto na tentativa de analítico-empiricamente construir uma “herança” das pré-compreensões, quanto para avaliar a rota que essas heranças traçam até a interpretação/aplicação (Gadamer) do/no Direito. Pois que para Gadamer, “a interpretação dos textos e a compreensão nas ciências do espírito são vistas agora como uma decorrência da estrutura ontológica de pré-compreensão do homem”, ou seja, o autor avalia o ponto de chegada de Heidegger no desenvolvimento de uma dimensão prévia do conhecimento (pré-estruturas do conhecimento) que parte de uma compreensão existencial.²³

Dessa forma, por exemplo, não se pode esperar que um livro com título de “Receitas Culinárias” contenha (considere-se esse conteúdo como a utopia moderna da “essência das coisas”) instruções de como montar uma bicicleta. A capa desse livro e seu título estão para uma ementa jurisprudencial que serve de fundamentação para decidir um caso jurídico, assim como o conteúdo do livro está para a fundamentação e para o caso concreto que determinaram o surgimento dessa mesma ementa. Isso porque o sentido que nos é antecipado pode esconder um dos conteúdos (ou todo ele) de um objeto, que, à medida que é coisificado e instrumentalizado, torna-se, ao mesmo tempo, traidor do intérprete e predador de um sentido que previamente está colocado.

Desde um ponto de partida regressivo, ou seja, através de um “olhar atrás das pré-compreensões” é que cabe a investigação acerca de quais são as etapas de formação ou os elementos formadores das pré-compreensões encravadas no *Dasein*. Por entender imperativa para tanto a imbricação do campo psicanalítico é que deve, desde já ficar claro, que esta não é uma tentativa de construir – ou mesmo de decifrar – uma psique pretensamente ligada à idéia heideggeriana de *Dasein*.

²² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. p. 196.

²³ SILVA FILHO, José C. M. H. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. p. 47 e 48.

Ainda que esse esforço transdisciplinar esbarre no breve espaço do presente estudo, a proposta aqui delineada tem um caráter meramente preliminar e introdutório. Sendo assim, se buscará em uma nova e mais exaustiva investigação, alguns elementos específicos do campo psicanalítico que tocam com o tema em análise, qual seja: descobrir de que forma se constituem as pré-compreensões do julgador (por meio de aportes psicanalíticos) para que seja possível, a partir de uma auto ciência de tais (in)formações, a construção de julgamentos com maior carga de neutralidade e imparcialidade e, conseqüentemente, menos refêns do positivismo objetificante que conduz à ativismos judiciais.

Dessa forma é possível falar que as pré-compreensões são ordenadas a partir da idéia de *memória dos sentidos*. Essa memória dos sentidos pode ser formada tanto de forma coletiva quanto individual. Assim, pode-se dizer que a formação das pré-compreensões se dá nessas duas dimensões: a primeira é uma **1) memória coletiva dos sentidos**, que, por sua vez, se constitui de uma (i) *psique coletiva* (ou mesmo na acepção de inconsciente coletivo na formulação de Jung²⁴) e de um elemento empírico, ou seja, de (ii) *experiências coletivas*; e a segunda é uma **2) memória individual dos sentidos**, que, da mesma forma, é constituída pela (i) *psique individual* e por (ii) *experiências individuais*.

No momento em que alguma coisa é tocada, ou melhor, atritada por quem tenta interpretá-la, de todos os resultados possíveis pelas experiências idiossincráticas únicas de cada intérprete, existe um, em especial, que explicitará o que aqui se chamará de *conteúdo substancial mínimo*. Esse conteúdo é determinado justamente por uma pré-compreensão geral que emana de uma memória coletiva de um determinado grupo. Assim, quando alguém escreve um texto (comunica-se através de linguagem), tem uma pretensão de entendimento (compreensão) imaginando que, para tanto, haja uma correspondência entre a sua carga de pré-compreensões postas no discurso e a de todos os outros que acessem seu texto. Isso porque “há sempre um sentido que nos é antecipado”, e por isso é inexitosa qualquer tentativa

²⁴ Ver JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 2 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2008. Para Jung, “o inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de qe não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo portanto uma aquisição pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e no entanto desapareceram da consciência por terem sido esquecidos ou reprimidos”. p. 53.

daquele que interpreta de se desvincular da circularidade da compreensão, pois a compreensão e a explicitação do ser já exige uma compreensão anterior (pré-compreensão)²⁵.

A incompreensão, tendo como base essas divisões, é a impossibilidade de uma experiência totalmente nova dentro de determinada especificidade individual e, portanto, desconhecida, encontrar assento dentro do mundo semântico formado pelas pré-compreensões de um determinado intérprete. É o que ocorre, por exemplo, quando se está à frente de um texto escrito em um idioma não conhecido. Exatamente nesse momento, que a linguagem serve como gatilho para a evolução: no afã de compreender para que possa haver entendimento (consenso), paradoxalmente, a linguagem fracassa e triunfa. Fracassa porque não é apta a fazer compreender e triunfa porque incita o descobrimento de novas pré-compreensões (novo conhecimento, novo idioma).

Ainda assim, a compreensão tem como pressuposto uma combinação de pré-compreensões que se associam inteligivelmente. Logo, se falamos de, por exemplo, experiências individuais distintas que formem memórias de sentidos igualmente distintas, fatalmente as pré-compreensões associadas não encontrarão consenso e tampouco haverá compreensão. A pré-compreensão é uma condição imperativa - e não uma possibilidade - do *Dasein* uma vez que é o único ente tocado pela linguagem, logo, não se pode falar em *condição de possibilidade* de quem interpreta por evidente confronto semântico entre os termos. Assim, é necessário estabelecer suas diferenças, já que por vezes os atos lingüísticos-comunicativos se fragmentam e logo não encontram entendimento justamente pelo choque de diferentes pré-compreensões.

A pré-compreensão que se forma pelo universo semântico que compõe determinada memória coletiva é funcionalizada como um “a partir” dos sentidos.²⁶ Todavia, não é totalizante. E não o é por dois motivos: primeiro porque não se poderia reunir todos os atos comunicacionais num mesmo tempo e espaço, e, segundo, porque dentro de um mesmo meio

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008. p. 167.

²⁶ Em complemento à essa idéia é possível destacar no pensamento de Heidegger a seguinte afirmativa: “A primeira lei do pensamento é destinar o dizer do Ser, como o destino da Verdade. Pois é pela lei do Ser que as regras da lógica chegam a ser regras. Prezar o que está destinado no dizer do pensamento, não inclui apenas, que reflitamos casa vez sobre *como* e *o que é* para se dizer do Ser. Igualmente essencial é pensar-se, se e até que ponto o que há para pensar deve ser dito; **em que instante da História do Ser; em que diálogo com essa e a partir de qual apelo ele deve ser dito.**” (grifei). HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. p. 99.

social específico, como uma família por exemplo, é possível e até natural que as cargas de pré-compreensão se alterem pelas diferentes experiências sensoriais (idiossincráticas) que cada um tem. Obviamente que tal consideração não é válida para compreensões simples. Dito de outro modo: ainda que o mundo empírico de cada membro de uma mesma família seja completamente diferente, em alguns casos, existem pré-compreensões comuns que não se confrontam justamente pela sua singeleza. Provavelmente todos de uma mesma família terão a mesma idéia ao pensar, por exemplo, em uma mesa de bilhar, se pelo menos alguma vez tiverem sensitivamente encontrado uma. Porém o mesmo não se pode dizer acerca de compreensões em situações que envolvam maior grau de complexidade. Todos nessa mesma família poderão concordar que a madrugada é o momento ideal para dormir, mas haverá, por exemplo, divergência para estabelecer um horário de início do sono. Ainda, ligados em suas pré-compreensões individuais (tradição), poderão divergir em relação a temas polêmicos como a pena de morte ou o sistema de cotas nas universidades, já que cada pré-compreensão formada pela experiência sensorial de cada um será acessada para emitir uma compreensão acerca da possibilidade ou não de pena de morte ou de viabilidade ou não do sistema de cotas. Por isso que a pré-compreensão que emerge de uma memória coletiva de sentidos não é totalizante, mas deve ser assim denominada pelo fato de que encontra lugar comum quando se trata de estabelecer entendimentos para compreender questões simples (como a que compreende uma mesa de bilhar).

Essas considerações denotam que não se pode desprezar o caráter histórico que formata a tradição e que confere um sentido para as coisas. Também por isso que aqui se entende que a psique e as experiências são elementos essenciais na formação das pré-compreensões. Essa idéia é arejada pelo pensamento jungiano ao dizer que “o pensar, a razão e a compreensão não são processos autônomos, livres de qualquer condicionamento subjetivo, apenas a serviço das eternas leis da lógica, mas sim funções psíquicas agregadas e subordinadas a uma personalidade”.²⁷

Pode-se dizer, inclusive, que as experiências são precedentes da própria formação da psique. No plano individual por toda carga de associações que as experiências infantis e de formação familiar paradigmática transmitem, veja-se, por exemplo, as perturbações que uma vida infantil com experiências incestuosas causam posteriormente na vida adulta; e, no plano

²⁷ JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. p. 88-89.

coletivo (considerando a existência posta por Jung de um inconsciente coletivo através de arquétipos) pela consolidação de estruturas e de modos de pensar muitas vezes similares na formação das culturas e, conseqüentemente, de determinados campos semânticos. Coletivamente, por exemplo, encontramos campos de sentido formulados em um mesmo tempo e espaço: por exemplo, a formação coletiva do pensamento burguês iluminista na França com todo um campo semântico próprio; ainda, também se poderia falar da instauração dos direitos e garantias fundamentais no segundo pós-guerra pelo rechaço dos regimes totalitários. Essas são experiências que, indubitavelmente, transformam o inconsciente de uma coletividade, alteram as pré-compreensões que mais tarde servirão de suporte para (grupos) intérpretes. Logicamente que, ainda assim, é possível encontrar interpretações diferentes dentro de um mesmo grupo influenciado por mesmas experiências históricas. Essas oscilações se dão por dois motivos: primeiro porque deve-se considerar que a absorção de determinadas experiências por cada pessoa é submetida às prévias pré-compreensões que desde logo estão colocadas, e segundo, porque, ainda que se trate de uma mesma experiência coletiva, a formação individual de cada psique se dá sempre de forma única e personalíssima.

Dessa forma, mesmo que estejamos conscientes de nossos horizontes prévios de sentido, não podemos descartá-los para vislumbrar um significado das coisas em si mesmo, pois tais opiniões são o parâmetro, o lugar de observação em relação à coisa. Dessa forma, embora possamos sempre estar abertos à opinião do outro, sejam interlocutores físicos ou textos, o conhecimento desta opinião sempre estará moldado subjetivamente pela nossa realidade ontológico-compreensiva. Por isso não é possível encontrar um exato e estático sentido para as coisas que buscamos conhecer.²⁸

Por essas razões é que emergem as discricionariedades no seio do positivismo jurídico. Pela possibilidade ofertada a cada intérprete de colocar a carga empírica (individual e coletiva) que forma a sua psique (também individual e coletiva) e que, por conseguinte, sustentam suas pré-compreensões, cada intérprete à sua maneira faz do texto e de sua aplicação no Direito o local de assentamento de suas próprias histórias mais remotas, olvidando da lógica que, mesmo linear no plano formal, se submete a uma circularidade (sempre hermenêutica) na construção das soluções jurídicas.

²⁸ SILVA FILHO, José C. M. H. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. p. 50.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações firmadas, é possível sedimentar a idéia de que a resistência à autoridade da linguagem pela manutenção da filosofia da consciência moderna separa o Direito do único mundo que a ele interessa que é o mundo em que estamos, ou seja, um mundo que, assim como o positivismo jurídico, não deve levar qualificativos. Esse mundo, antes de ser real ou jurídico, é o mundo que deve abraçar tudo que nele se pensa e tudo que o homem sugere, sendo qualquer tentativa de cisão mera abstração humana.

O Direito não pode mais estar associado unicamente ao tipo de realidade que o dogmatismo moderno sugeriu através do positivismo. E não pode, simplesmente, porque o nihilismo pós-moderno demonstrou ser frágil e insustentável o ideal de segurança jurídica que a aplicação de uma metódica racional propunha.

Ainda assim, é necessário considerar o positivismo como um conteúdo vivo dentro do sistema jurídico que, provido de uma essencialidade conferida pela tradição, deve ser manuseado de forma a impedir que as pré-compreensões sirvam para fomentar discricionariedades.

A grande tarefa que se coloca é justamente a autoconsciência desses elementos históricos, próprios e coletivos, para que seja possível aos julgadores impedir que as concepções formadoras de suas pré-compreensões sejam capazes de alterar as decisões, fazendo o Direito perder sua autonomia e transformando a atividade jurisdicional num palco caótico de subjetividades plurais.

REFERÊNCIAS

ARNUAD, André-Jean et all. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociedade do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. In: *Doxa*, n. 25, 2002.

ESCUADERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1967.

JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 6 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2008.

NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: clareira para a emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAZ, Joseph. *The practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2001 e RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

SILVA FILHO, José C. M. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 7. ed. Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

_____. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista*. In: DIMOULIUS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* – São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese*. In: DIMOULIUS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* – São Paulo: Método, 2008

WARAT, Luis Alberto. *Crisis de la democracia y crisis de la modernidad*. In: Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou. Coord: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3 ed. Fundação Calouste, Lisboa, 2004.