ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

HERMENÊUTICA JURÍDICA – NORMA E COMPREENSÃO[1]

LEGAL HERMENEUTICS – NORM AND COMPREHENSION

Pedro Augusto Simões da Conceição*

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar diferentes "horizontes" sobre o conteúdo e o objeto da hermenêutica e da hermenêutica jurídica para situar o leitor em distintas tradições e em atuais debates acerca dos desafios de compreensão dos textos em geral e dos textos normativos. Em um primeiro momento, traçamos um breve histórico da hermenêutica como uma matéria filosófica independente, apresentando diferentes pontos de vista sobre o seu desenvolvimento, e destacamos as diferentes leituras da "guinada linguística" no século XX. Em um segundo momento, defendemos o surgimento da hermenêutica jurídica como matéria específica para a ciência do direito, a partir do recorte epistemológico de Kelsen. Abordamos, também, as principais tradições pós-Kelsen e suas consequências para a hermenêutica jurídica.
Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Textos normativos. Epistemologia jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present different horizons on the content of Hermeneutics and Hermeneutics of Law to situate the reader amid distinct traditions and contemporary debates about the challenges of the comprehension of texts in general and normative texts. First, we traced a brief history about Hermeneutics as a independent philosophical subject showing some different points of view about its development highlighting some also different views of the "linguistic turn" in the 20th century. In a second moment, we defended the beginning of Juridical Hermeneutics as a specific subject to the Law Science from Kelsen's epistemological framework. We also discussed the most important traditions post-Kelsen and their influences to Legal Hermeneutics.
Keywords: Legal Hermeneutics. Normative Texts. Juridical Epistemology.

[1] Este artigo foi escrito em homenagem a Helena Regina Lobo da Costa, pela amabilidade com que ensina, para além dos limites da dogmática tradicional, e a Tercio Sampaio Ferraz Junior, pela sua trajetória intelectual e pela simpatia e humildade de sua pessoa frente aos seus alunos.

* Acadêmico do Curso de Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo – São Paulo – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Para *descobrir o objeto de compreensão da hermenêutica jurídica*, é preciso, antes, nos perguntarmos: *o que significa compreender*?

Desde que Hans-Georg Gadamer (2007) radicalizou a significação da finitude histórica do homem, conforme a temática heideggeriana, tornou-se, de certo modo, impossível compreender a história da compreensão (jurídica, inclusive) de uma forma que não seja ela mesma *compreensiva* e, destarte, histórica. A reconstrução histórica da maneira como compreendemos é fonte preciosa de informações acerca do instrumento mais útil e mais indispensável do jurista: a hermenêutica. Isso porque partimos, aqui, do pressuposto conforme o qual, antes de uma *hermenêutica jurídica* – a qual busca, muitas vezes, sutilizar o papel da interpretação em *regras técnicas*, como se as significações da linguagem jurídica fossem *causais e normativas* –, há, pura e simplesmente, uma *hermenêutica*, a qual, cedo ou tarde, se coloca frente ao mundo jurídico, com suas leis, seus dizeres, suas práticas, sua beleza e seu grotesco.

Este estudo visa a contribuir, portanto, com a permanente caminhada em busca da autocompreensão da tarefa do compreender pela qual perpassa o jurista – nunca de forma isolada, mas em comunidade, como efetivamente se vive o direito –, apresentando um panorama do problema de suas raízes filosóficas nas correntes jusfilosóficas que mais nos influenciam, oferecendo instrumento de crítica para que o intérprete possa atuar sempre buscando se adequar melhor à sua própria historicidade, mas também oferecendo ferramentas para questionar o passado e antecipar um futuro diferente para propor novas interpretações para o presente. Por fim, nosso principal objetivo é contribuir com uma desmistificação do conceito de *norma* a partir do nosso dever cotidiano de interpretar normas, tendo estas como objeto principal da práxis jurídico-interpretativa.

2 HERMENÊUTICA COMO MATÉRIA – UMA RETROSPECTIVA

A compreensão *de* "linguagem" que possuímos no Ocidente e a própria compreensão *da* linguagem – hermenêutica textual – são fruto de uma longa

tradição filológica (BAKHTIN, 1995; SCHLEIERMACHER, 2010). Essa tradição influenciou não somente o que entendemos por "texto", "livro", "escrito", "sentido", "autor", mas, principalmente, o método de aproximação do exegeta, do intérprete, aos textos, livros, escritos, sentidos e autores concretos que constroem a nossa história.

Schleiermacher (1768-1834) define a "interpretação" como sendo "toda compreensão do discurso estranho" (SCHLEIERMACHER, 2010, p. 26). O autor aponta, porém, que falta à interpretação (àquela que estamos, praticamente, "fadados", desde o primeiro momento que entramos em contato com o outro pela linguagem) uma construção sistemática de sua significação; falta uma definição da hermenêutica e de seu primado (sobre a gramática, a crítica e a própria filologia) "conforme as regras", com rigor filosófico. Isso se torna necessário, para Schleiermacher, a partir da percepção de que a hermenêutica teológica e a literária (que abarcam a filologia dos clássicos, tocando o que se havia de literatura, teatro e filosofia até então) lidam com objetos diversos, mas constituem apenas "divisões" de uma mesma "arte", a hermenêutica.

O autor ainda aponta que "a Hermenêutica Jurídica não é completamente a mesma coisa. Ela lida, na maior parte das vezes, com a determinação da extensão da Lei, isto é, com a relação dos princípios gerais os quais não foram concebido claramente" (SCHLEIERMACHER, 2010, p. 29). Schleiermacher (2010) pensa, pela primeira vez, a hermenêutica como sendo uma matéria independente, como sendo "uma *Kusntlehre*, vale dizer, de uma 'tecnologia' que não se limita mais a uma simples coleção de operações desarticuladas" (RICOEUR, 2008, p. 26). Não por menos, é considerado o pai da hermenêutica moderna, que seria a hermenêutica filosófica, cujo papel é refletir sobre as possibilidades de sua existência prático-concreta na formação do conhecimento (Kant) e nas consequências concretas de sua realização (interpretação de discursos teológicos, filosóficos, entre outros). Por mais que Schleiermacher (2010) tenha dado algum relevo à hermenêutica jurídica, sua vasta obra centra-se nas subdivisões bíblico-exegéticas, teológicas, filosóficas e clássico-artísticas da hermenêutica.

Ricoeur (2008) aponta que as reflexões hermenêuticas de Schleiermacher levaram ao desenvolvimento da matéria como sendo a reflexão da possibilidade epistemológica das ciências humanas e isso se coroa com a obra de Dilthey (1833-1911), que definiu a cisão entre as ciências humanas e exatas como uma cisão entre *compreensão* e *explicação* – os respectivos papéis dessas ciências. "O que está aqui em questão é a delimitação provisória das Ciências Humanas ante às Ciências Naturais por meio de traços característicos seguros" (DILTHEY, 2010, p. 19). Essa tarefa epistemológica ganha, em Dilthey (2010, p. 167), a grande vantagem de contar com o que ele chama "crítica da razão histórica", que seria saber "como a construção do mundo histórico no sujeito torna possível um saber sobre a realidade espiritual".

Por lidar com evoluções *históricas* e por opor ciências humanas e naturais, Dilthey (2010, p. 45) vê no direito um papel mais importante para a compreensão hermenêutica que Schleiermacher:

> [...] surge a classe à parte dos juristas; essa classe representa o povo em sua função jurídica; a formação conceitual transforma-se, então, no instrumento do desenvolvimento jurídico: ela concebe princípios, diretrizes fundamentais, isto é, definições nas quais os outros princípios estão dados; o caráter científico da jurisprudência baseia-se na descoberta desses princípios fundamentais e a jurisprudência se torna cada vez mais a base do aperfeiçoamento do direito por meio da legislação. Sobre a influência da escola histórica no Direito, em especial comentando a obra de Savigny.

O caminho dá uma volta quando desce da reflexão científico-epistemológica e atinge aspectos do "cotidiano", do "mundo" e da "presença" do homem na obra de Heidegger (1889-1976). Em sua busca pelo significado do ser, Heidegger (1999, p. 203) afirma que o ser do homem, o *Da-sein* ou *presença* (conforme seus tradutores brasileiros) é ponto essencial na busca do sentido do ser, pois compreender o ente ou o ser é algo que só se dá pelo ser do homem, o qual *é enquanto compreende*:

> A presente investigação já se deparou com esse compreender originário sem, no entanto, permitir que aforasse explicitamente como tema. Dizer que a presença existindo é o seu *pré* significa, por um lado, que o mundo é 'presença', a sua pré-sença é o ser-em. Este é igualmente 'presença' como aquilo em virtude de que a presença é. Nesse em virtude de, o ser-no-mundo existente se abre como tal. Chamou-se essa abertura de compreender. [...] Dizer que o em virtude de e a significância se abrem na presença significa fizer que a presença é um ente em que, como ser-no-mundo, está em jogo seu próprio ser.

Assim, para Heidegger (1999), a questão histórica do compreender ganha relevo sobre a questão epistemológica, uma vez que o homem não só *é*; esse ser é ser em compreensão, ser compreendendo, mas o é de maneira concreta, localizada, estando sempre "em" (ser em), no caso, "no mundo", donde "ser no mundo". A investigação de *ser e tempo* aponta que o ser do homem, o qual é enquanto compreende, sempre se encontra no mundo e constitui um "ser para morte". Assim, tanto o mundo quanto a morte revelam para o homem que ele é no *tempo* – mas não a compreensão "cotidiana" do tempo e, sim, uma compreensão fundamental de tempo, que coloca o homem em uma história concreta e que aproxima o seu ser com o tempo que é condição, mas também resultado da compreensão desse ser. Heidegger não mais insistiu na mesma direção dessas investigações hermenêuticas após a sua "virada" (*Kehre*), conturbada por eventos biográficos obtusos e uma aproximação mais radical da metafísica ("destruição da metafísica") e do niilismo de Nietzsche – refletindo sobre a técnica e sobre a possibilidade de continuarmos a filosofar pela linguagem.

Ainda na linhagem alemã e influenciado tanto pelas obras de Schleiermacher (2010) e Dilthey (2010) quanto pela de Heidegger (1999), é preciso citar Gadamer (1900-2002) como – muito provavelmente – o maior hermeneuta da filosofia na segunda metade do século XX. Em sua *magnum opus*, Gadamer (2007) retoma a problemática de Schleiermacher de uma teoria geral da hermenêutica, que ele chama "projeto universal" da hermenêutica, bem como a problemática epistemológica de Dilthey, a tensão entre explicar e

compreender como tensão entre o próprio método e a obtenção da verdade e, enfim, o primado ontológico do papel da compreensão no ser do homem com base na obra de Heidegger, em especial, a partir de sua formulação do "círculo hermenêutico" em *ser e tempo*.[2]

Em *Verdade e método*, Gadamer (2007) formula uma teoria da hermenêutica em três "níveis": o artístico (Kant, Schleiermacher), o histórico (Hegel, Dilthey) e o linguístico-ontológico (Heidegger), unindo os pontos referenciais teóricos anteriormente apresentados. Ele retoma uma concepção grega do diálogo na sua teorização hermenêutica: "o que constitui verdadeiramente o fenômeno hermenêutico originário é que não existe nenhum enunciado que não possa ser compreendido como resposta a uma pergunta, e é só assim que ele pode realmente ser compreendido" (GADAMER, 2002, p. 263). Essa formulação quase "formal" da hermenêutica – formal, porém prática, pois a concepção de "pergunta-resposta" respeita uma lógica dialogal concreta – permite a Gadamer (2007) uma teorização verdadeiramente universal de hermenêutica, capaz de abarcar uma infinitude de eventos que utilizam a lógica pergunta-resposta na sua constituição, sendo a própria interpretação vista como o evento ontológico de apropriação de um texto. Essa concepção ressalta a alteridade entre o texto, sua origem, sua história (a tradição) e o leitor (RICOEUR, 2011). Não à toa, Gadamer (2007) atribui à hermenêutica jurídica um papel "fundamental" na construção do entendimento moderno da própria hermenêutica e no processo concreto de apropriação:

[2] O exposto sobre Heidegger apresenta, por via indireta, o círculo hermenêutico para o leitor. A conclusão a se tirar das ideias expostas é que, a cada vez que o homem se coloca, concretamente, em um movimento de compreensão, ele não parte do nada – não há interpretação *ex-nihilo*. A vida do homem, sua experiência histórica, traz consigo as pré-compreensões. Toda vez, pois, que alguém se coloca a compreender um texto, traz consigo pré-compreensões que farão parte da própria compreensão do texto, que pode, por sua vez, influenciar sua própria história, mudando seus padrões de interpretação para os próximos textos. O exemplo mais palpável é o de uma pessoa que procura um vocábulo desconhecido no dicionário e sai dessa leitura com uma palavra a mais no repertório. Esse ganho, porém, só pode ter sido possível graças à apresentação de sinônimos cujo significado essa pessoa precisava já compreender antes de se colocar a ler o dicionário.

> É verdade que o jurista sempre deve ter em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato legislativo (GADAMER, 2007, p. 429).

3 A SUSPEITA: A HERMENÊUTICA ALÉM DE SI PRÓPRIA

Certamente, Scheleiermacher (2010), Dilthey (2010), Heidegger (1999) e Gadamer (2007) tiveram vários críticos que se opuseram a inúmeros pontos de suas obras, a certas conclusões, a certos apontamentos. Há, além disso, correntes de pensamentos que podemos apresentar – pelo menos em um primeiro momento – como opostas à própria hermenêutica formulada por esses mestres alemães. É Ricoeur (2008) que, em vários pontos da sua vasta obra, apresenta essas "oposições", falando dos "mestres da suspeita", em especial, Nietzsche (que suspeita da vontade de potência por trás de toda manifestação de "verdade" na linguagem), Freud (que suspeita das manifestações irracionais oriundas do inconsciente, de uma memória indestrutível, sobre manifestações ditas "racionais" e orientadas) e Marx (que suspeita das relações infraestruturais que moldam ideologicamente os discursos superestruturais para sua conformação opressora).

Por meio de um trabalho que podemos chamar, verdadeiramente, de dialogal, Ricoeur (2008) aproxima a tradição romântica alemã da hermenêutica que vai de Schleiermacher a Gadamer das inúmeras correntes "críticas", "destrutivistas", "desconstrutivistas", mostrando que essas correntes são elas também hermenêuticas; trata-se dos mestres da "hermenêutica da suspeita" (a qual foi reconhecida pelo próprio Gadamer).

Ricoeur (2008) estabelece, por exemplo, um ponto de contato entre "crítica das ideologias" e "hermenêutica", mostrando que a crítica prescinde de um momento hermenêutico, mas que a hermenêutica pode muito bem aliar-se à crítica quando o hermeneuta apercebe-se de que o evento mesmo

da compreensão faz com que ele se perca na "coisidade" do próprio texto que é levado a interpretar no momento da alteridade absoluta deste. Ainda assim, é o texto passível de identificação, de compreensão, mas isso exige o que Gadamer chama "fusão de horizontes" entre texto e leitor, levando esse último a colocar em *jogo* todas as suas fraquezas, suas imposições, enfim, seus preconceitos, uma vez que compreender é compreender-se.[3]

Assim, Ricoeur (2011) se coloca como um mestre hermeneuta que estabelece o debate entre hermenêutica, análise do discurso, crítica das ideologias, psicanálise e outros saberes que se mostram, em essência, compreensivos[4] e que possibilitam a "fusão de horizontes" os mais diversos.

4 HERMENÊUTICA, GUINADA LINGUÍSTICA E VERTENTES PARA O SÉCULO XXI

Parece importante, por último, situar a hermenêutica frente àquilo que se chama "guinada linguística" na filosofia do século XX e apontar quais são as vertentes das teorias do conhecimento que lançam as bases para a filosofia e a filosofia do direito do século XXI.

Primeiramente, sobre a guinada linguística, é preciso dizer que esta não constitui um fenômeno localizado, definido na obra de um autor, delimitado no tempo e no espaço. É um fenômeno que abarcou toda a filosofia no século XX. Na Alemanha, por exemplo, o próprio caminho da hermenêutica e da filosofia da linguagem de Heidegger (1999) e Gadamer (2002) representa uma parte desse movimento, como também o pensamento lógico de Frege, Russel e Wittgenstein (1996) – sendo que Russel já pertence à "tradição" analítica anglofônica, na qual o próprio Wittgenstein também se apresenta, ainda que

[3] Para outros exemplos da hermenêutica da suspeita em Ricoeur: *Du texte à l'action II: essais d'herméneutique* (1986); *Lectures I: au tour du politique* (1991); *Leituras III: nas fonreiras da filosofia* (1996); *Penser la Biblie* (1998); *Lectures II: la region des philosophes* (1999); *La mémoire, l'histoire, l'oubli* (2000).

[4] Há, pois, nessa lista de nomes com os quais a obra de Ricoeur se confronta, uma enormidade que mal pode ser citada: Kierkegaard, Nietzsche, Schopenhauer, Marx, Freud, Lacan, Habermas, Otto-Apel, Adorno, Horkheimer, Weber, Maus, Althusser, Foucault, Derrida, Levi-Strauss, Eliade, entre muitos outros.

possua muitos dos seus escritos em alemão –, sem contar o papel da fenomenologia para a constituição desses pensamentos. Nos Estados Unidos, essa guinada se deve aos trabalhos semióticos de Peirce, que influenciaram outra parte da filosofia alemã no século XX (HABERMAS, 2009; OTTO-APEL, 2000), a qual se coloca em diálogo e tensão com a hermenêutica. Na França, dá-se pela via estrutural com o pensamento de Saussure, passando por Lacan e Levi-Strauss. Posteriormente, surge nos Estados Unidos a gramática universal de Chomsky, em certos aspectos também próxima da teoria genética de Piaget. Por fim, a análise do discurso, com escolas na França (Pêcheux, Foucault) e na Rússia (Bakhtin), influencia esse movimento colossal que "linguicizou" todas as regiões da filosofia[5]. Assim, o pensamento hermenêutico antecipa essa guinada (pois retorna ao século XVIII), ao mesmo tempo que é dela constituinte.

Por outro lado, essas outras correntes passam a ser colocadas em diálogo com a hermenêutica – diálogo do qual Ricoeur foi o maior representante – e constituem os desafios aos quais a hermenêutica clássica, com todas as suas referências à história, ao passado e à tradição, deve se contrapor. Em outras palavras, como dizia o russo Bakhtin (1995), a compreensão não pode mais ser vista como algo passivo, o intérprete não pode ser visto como um receptor, simplesmente, e até mesmo as vertentes mais tradicionalistas de Heidegger e Gadamer aceitam esse primado dialógico para a hermenêutica, mas não desenvolvem a temática até suas últimas consequências.

Se há alguma conclusão a se fazer do desenvolvimento da hermenêutica até então, é a seguinte: *compreender é dialogar*. Esse diálogo, porém, é sempre um diálogo arriscado, que corre os riscos de inúmeros *mal-entendidos*, não somente os mal-entendidos oriundos de dificuldades apresentadas pelo próprio texto (como a presença de uma língua estrangeira na tradução), mas pela atuação de vontades, de impulsos, de instituições sociais, de preconceitos históricos e de costumes que influenciam a composição das principais

[5] Habermas (2002) apresenta duas grandes linhas paralelas, mas diferentes, do "giro linguístico": a analítica e a hermenêutica.

perguntas que orientarão as respostas compreendidas. Assim sendo, compreender é dialogar – *dialogar com cuidado*.

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA – DE ELEMENTO CONSTITUINTE À MATÉRIA

Não há, na hermenêutica jurídica, uma tradição sistematizadora como na hermenêutica filosófica. O fato, porém, de haver uma maior consciência da importância da hermenêutica nos últimos anos somente comprova o outro fato de que, se está correto o brocado segundo o qual *ubi societas ibi jus*, também é correto que *ubi jus ibi interpretatio*.

Nosso objetivo não é mostrar como cada tradição jurídica primitiva interpretava as suas leis. Nossa tese é que, de modo geral, nas tradições antigas, a interpretação era algo intrínseco ao próprio fenômeno jurídico, ao corpo de leis, à práxis jurídica que compunha e às pessoas com acesso a tal "direito" (como a figura dos pretores e jurisconsultos, na Roma Antiga, por exemplo). Isso significa dizer que a interpretação jurídica era elemento constituinte do próprio direito, como se, com a lei, viesse sua interpretação – uma *normatividade do sentido* que se dava pela *pureza do significado* a ser encontrado na letra da lei.[6]

A partir da construção da ideia de "sistema", que teve um longo desenvolvimento na nossa tradição romano-germânica (FERRAZ JUNIOR, 2008), a hermenêutica jurídica pode ser situada como a ferramenta capaz de dar nexo aos diversos elementos constituintes desse sistema, como o fator que liga – em uma linguagem teubeneriara (TEUBENER, 1993) – os subsistemas legal, jurisprudencial e doutrinário em um verdadeiro hiperciclo.

[6] Essa tese é genérica e encontra exceções relevantes. Fica difícil dizer que na tradição pentatêutico-talmúdica havia uma prisão à letra no sentido da filosofia platônica da linguagem que associava o significado das palavras à essência das coisas. Na tradição judaica, a lei tinha sua fonte especial de interpretação, que é o fenômeno complexo da presença profética na comunidade do "povo escolhido", ou dos juízes, em um período bíblico-histórico delimitado. Essa relevância do intérprete é importante pois revela uma maior soberania da lei mesma, que – conforme a tradição talmúdica e cristã – jamais foi mudada, somente comentada, diferentemente da lei romana, por exemplo.

A não sistematização da hermenêutica jurídica dificulta, pois, olharmo-la como uma "matéria" – e, se é possível falar de hermenêutica jurídica como matéria, é de modo secundário e a partir do ponto paradigmático de Hans Kelsen.

5.1 A NORMA E O NASCIMENTO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO MATÉRIA

Afirmar que o nascimento da hermenêutica jurídica como corpo sintético remonta a não antes do século XX é uma tese arriscada, a qual defendemos, não obstante, pelo seguinte motivo: foi a obra de Hans Kelsen que delimitou um "objeto" para o fortalecimento acadêmico da ciência do direito, possibilitando um reforço epistemológico dessa ciência como um todo e da hermenêutica, se vista como dela constituinte. Devemos a ele a *consciência* de uma divisão (que já existia antes dele) entre o direito e a ciência do direito/dogmática[7].

O purismo epistemológico de Kelsen, por sua vez, devemo-lo ao positivismo. Cremos, contudo, que o positivismo de Kelsen está mais para o do jovem Hegel (LUKÁCS, 1960) e seus estudos da religião positiva, como conjunto efetivo, social e histórico de enunciados teológico-dogmáticos, que para o positivismo de Comte, ainda que seja plausível estabelecer inúmeros pontos comuns entre Kelsen e Comte.

A hermenêutica jurídica e a conceituação de norma estão, a partir de Kelsen, intrinsecamente ligadas. Isso porque, para Kelsen, o que transforma um ato em ato jurídico é a sua *significação* jurídica. Esta é adquirida pela sua referência à norma: "o ato pode ser interpretado segundo esta norma. **A norma funciona como esquema de interpretação**" (KELSEN, 2009, p. 4, grifo nosso). Norma, interpretação e conduta se veem intrincadas, na *epistème* de Kelsen, para formar o sentido jurídico dos atos no mundo da natureza – sem se confundir com seu sentido moral.[8]

[7] Há que se falar, ainda, entre uma cisão entre dogmática e ciência do direito dentro da própria teoria pura do direito. Ambas possuem, porém, sede na "academia", diferentemente do "direito", se visto como conjunto de normas positivas aplicadas no dia a dia.

[8] Quanto a isso, conferir a nota 5 do capítulo II (KELSEN, 2009).

Se, como afirmamos, a hermenêutica é vista como ponto de ligação do sistema, em Kelsen isso se traduz pela posição central que encontra o conceito de "validade" – e isso bem sabe, também, a "dogmática analítica" de Ferraz Junior (2008) –, em especial, pelo papel organizatório da *norma fundamental* (*Grundnorm*). A formulação altamente racionalista de Kelsen, com referência à transcendência kantiana, parece atribuir à norma fundamental um postulado hermenêutico *a priori*, como critério básico/condição da possibilidade de interpretação (de validade) de toda e qualquer norma que se quisesse interna a determinado ordenamento jurídico.

Para as dificuldades sistemáticas de uma teoria do direito, "a resposta epistemológica (teorético gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob condição de pressupormos a norma fundamental, devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve [...]" (KELSEN, 2009, p. 285). Ou seja, a solução para a unificação hermenêutica do sistema, em Kelsen, é um *convite*. Kelsen praticamente convoca o leitor a aceitar a sua suposição. Em um ponto de extrema lucidez, o autor abre mão do transcendentalismo lógico necessário da norma fundamental e coloca sua suposição como uma condição a ser aceita, como um *jogo* cuja regra se deve simplesmente aceitar, ficando bem mais próximo das teorias de Wittgenstein do que jamais se imaginou.

A norma como esquema de interpretação depende não somente de uma relação de validade com outra norma superior para fazer parte do ordenamento. Em Kelsen (1996), podemos afirmar que normas são as *coisas em si* do plano originário do *dever ser* (*Sollen*). Normas são objetos concretos do plano do dever ser. Elas existem em uma realidade própria. Por essa razão, a norma e o enunciado normativo não se confundem. O enunciado normativo dá luz à famosa "moldura" (KELSEN, 2009), que permite uma dose de arbitrariedade na determinação do conteúdo específico da norma mesma. "A indeterminação [da norma, em detrimento do enunciado normativo] pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada" (p. 389).

O valer da norma é seu existir no dever ser e por isso não se confundiria com o texto normativo, que, imerso em linguagem, pertenceria à ordem do ser. Entretanto, essa concepção hipostasiada de linguagem no ser

e norma no dever ser se torna a condição mesma da positivação da norma: "uma norma posta na realidade do ser por um ato de vontade é uma norma positiva" (KELSEN, 1986, p. 6); "a norma não é nenhum enunciado" (p. 34); "somente uma norma posta pela via do estabelecimento consciente ou pela via do Costume pode valer como norma positiva da Moral ou do Direito" (p. 179).

Assim, o sentido de uma norma (objetivado no enunciado e subjetivo no plano do dever ser) se torna idêntico à sua validade (KELSEN, 1986), uma vez que a sua positividade, sua existência no plano do ser por um enunciado normativo conscientemente estabelecido pode ser um requisito formal de sua validade (como é o caso em nosso ordenamento; cf. Constituição Federal de 1988, arts. 59-69 e 102, I).

Em fase madura, a mais relevante mudança no pensamento do autor é a especificação de que "a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas [...] não é positiva, mas meramente pensada" (KELSEN, 1986, p. 328), ou seja, é uma *ficção*. Assim sendo, Kelsen reforça o *convite* para que o ordenamento seja válido, não somente aceitando a existência de uma norma fundamental, mas *pensando-a*.

A hermenêutica jurídica em Kelsen significa, pois, uma busca por um objeto autenticamente jurídico, qual seja, a *norma*. É o objetivo do intérprete (autêntico ou não) buscar a norma "por trás" do enunciado normativo, ou seja, chegar ao dever ser a partir do ser. O (mal) trato com a linguagem, que é vista como a "moldura" que dá ao mesmo tempo limite e liberdade, foi interpretado por Ferraz Junior (2008) como o *desafio kelseniano*, pois essa vaga definição não aponta qual significado, entre os possíveis a se extrair de um enunciado normativo, é, efetivamente, a norma a ser aplicada pelo intérprete (autêntico).

5.2 FERRAZ JUNIOR E O PRAGMATISMO CÉTICO

Se há, em Kelsen, uma diferença entre norma e linguagem normativa, os dados estão lançados. Como chegar à norma a partir do enunciado? É possível falar em uma maneira correta de interpretar o enunciado? É possível falar em

compreender bem um enunciado? Se sim, como fazer isso e o que isso significa para os hermeneutas jurídicos?

Ferraz Junior (2009a) aborda essas questões sob a óptica de um direito imerso em linguagem: dentro do "direito", interessam-lhe os enunciados normativos e estes são vistos de um ponto de vista pragmático. Por pragmático, o autor se refere a uma certa "linguística do diálogo [...], mas sem atingir as dimensões transcendentais [do pragmatismo de Habermas e Apel]" (p. 4).

O ponto de vista pragmático de Ferraz Junior (2009a) não é, porém, simples. Além de refutar o transcendentalismo que se pode herdar de Peirce, por exemplo, o jurista adota a divisão "*langue*/*parole*" de Saussure, diluindo-a no vocábulo 'linguagem', sem maiores problemas nem grandes ressalvas. Em suas pesquisas sobre a norma, afirma:

> O direito é levado a nível linguístico, mas o estudo a se realizar não é linguístico, mas jurídico, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características operacionais da teorização jurídica, como a referência à práxis decisória, a possibilidade de solução de conflitos, a regulamentação de comportamentos, etc. (FERRAZ JUNIOR, 2009a, p. 8).

Percebe-se que, assim como Kelsen, Ferraz Junior (2009a) trabalha – ainda que muito mais sutilmente, até porque mediado pela ideia de *diálogo* – com uma separação entre a norma e o enunciado normativo ou, para dizer o mesmo, trabalha com esse não dito do direito[9]. Em outras palavras, apesar de trabalhar com uma concepção de linguagem que dá primazia ao jogo falante/ouvinte (emissor/plateia etc.), à lógica "pergunta/resposta", de maneira similar a Gadamer (lembramos ainda que, na teoria de Gadamer, a pergunta tem um primado hermenêutico, no "diálogo que somos nós", enquanto aqui diálogo é compreendido em seu sentido mais prático, concreto, pragmático), Ferraz Junior (2009a) se aproxima, ao se manter próximo de Kelsen, do *estruturalismo*. Isso se dá não somente por manter uma concepção saussuriana de "*langue*" e sua diferença com "*parole*", como na imagem da diferença

[9] Sobre os não ditos do discurso, ver Derrida (2009) e Foucault (1995).

entre "coreografia e passos de dança" (FERRAZ JUNIOR, 2008), mas também pela manutenção da noção de norma como "além da linguagem", além do "enunciado normativo" – apesar de nunca chegarmos lá[10]. A estratégia de Ferraz Junior (2008), cética nesse ponto, se coloca como a de um pesquisador estruturalista que se põe a descobrir o *jurídico* no discurso jurídico a partir da descrição, com uma pretensão quase neutra – corroborada pela sua tese de um direito tecnológico[11].

O sentido, porém, não é, como em Saussure, derivado de uma relação necessária entre significante e significado; ele é – *à la* Derrida, *à la* Foucault – encontrado em seu deslocamento:

> Aqui entra a díade claro/escuro e o valor relevância. Os símbolos na fala se iluminam e se obscurecem. A luz revela e esconde. O amor é um mal? Não, é um sentimento. É um sentimento? Não, é uma reação química. É uma reação química? Não, é 'um não sei quê, que nasce não sei onde e dói não sei por que' (Camões) (FERRAZ JUNIOR, 2009b, p. 35).

O sentido, portanto, pode ser múltiplo e, no final de qualquer discussão que deva ter uma decisão – como no caso de discussões jurídicas sobre o sentido de uma norma –, um sentido específico *será* adotado. Para Ferraz Junior (2008, 2009a, 2009b), é a *violência simbólica*, como poder

[10] Nesse ponto, Kelsen, os estruturalistas franceses e a semântica profunda de Chomsky se igualam. Há um significado pré ou pós-linguístico do que seja um conteúdo de sentido, mas esse significado é, ainda, expresso em linguagem, como nas "transformações" chomskyanas em busca do "sentido profundo" de uma frase que são expressas por meio de outra frase, ou seja, paráfrases. Ver: Chomsky (1971).

[11] Sobre o estruturalismo, ver Pecheux (2002, p. 44): "Colocando que 'todo fato já é uma interpretação' (referência anti-positivista a Nietzsche), as abordagens estruturalistas tomavam o partido de descrever os arranjos textuais discursivos na sua intrincação material e, paradoxalmente, colocavam assim em suspenso a produção de interpretações (de representações de conteúdos, Vorstellung) em proveito de uma pura descrição (Darstellung) desses arranjos". Da mesma forma que o desafio kelseniano se dá pela questão hermenêutica em algumas poucas páginas no final de sua *magnum opus*, Tercio nos deixa um desafio. O autor possui uma teoria coerente sobre a imputação de sentido, mas não nos conta, em detalhes, como escolher o melhor caminho, qual o mais adequado ou, ainda, qual o mais justo, ou seja, a questão hermenêutica do contato entre moral e direito é o desafio de Tercio, deixado em poucas páginas no final de sua magnum opus.

de controlar as opções do outro, que determina o sentido, que imputa sentido a uma construção linguística, tornando-o estável para certa tomada de decisão: "a uniformização do sentido tem a ver com um *fator normativo de poder, o poder de violência simbólica*" (FERRAZ JUNIOR, 2009b, p. 32). Com isso, o papel da hermenêutica, na teoria pragmática de Ferraz Junior, não somente considera os fatores de poder, de impulsos conscientes e inconscientes, de motivações institucionais e sociais, mas, em sua teoria, o próprio sentido deriva, em última instância, da atuação dessas forças. Não é correto, porém, afirmar que são forças sociais que movem exclusivamente a significação jurídico-linguística, pois, como afirmamos anteriormente, na teoria de Ferraz Junior, há um primado para o diálogo como essência da concepção de linguagem.

Mais ainda, há, para Ferraz Junior (2009a), uma *racionalidade* inerente ao diálogo. Assim, a violência simbólica que imputa sentido a uma construção linguística pode ser mediada, limitada, balanceada pela inclusão comunicativa do outro, pela sua presença e de suas razões no diálogo decisório – ou seja, o sentido, afinal, não precisa ser fruto de um mero ato de vontade, de uma ficção[12], mas pode ser construído em conjunto, refletindo os ecos iluministas de uma teoria da comunicação habermasiana. A crítica ao decisionismo de Luhmann é fulcral nesse sentido:

> [...] deciosionismo à moda de Luhmann, que reduz a legitimidade a procedimentos decisórios [...] a legitimidade estaria, assim, para este autor, baseada numa certa crença na legalidade, mas propor fundamentos para esta crença não teria, então, funcionalmente, nenhum sentido, pois um dos

[12] Parece-nos interessante citar a análise compreensiva que Weber (19--?, p. 146) faz do direito em determinado ponto de sua obra: "[...] os ideólogos do direito [...] reivindicam um direito social baseado em patéticos postulados éticos ('justiça', 'dignidade humana'). Mas isso põe, fundamentalmente, em dúvida o formalismo do direito, pois a aplicação de conceitos como 'exploração do estado de necessidade' (na lei sobre a usura) ou as tentativas de tratar como contrários aos bons costumes, e portanto nulos, contratos que incluem contraprestações desmesuradas, baseiam-se, em princípio, do ponto de vista jurídico, em normas anti-formais que não têm caráter jurídico, convencional ou tradicional, mas sim puramente ético, pretendendo justiça material em vez de legalidade formal".

> constituintes da legitimidade estaria justamente na ficção de que esta possibilidade exista, mas não seja realizada (FERRAZ JUNIOR, 2009a, p. 173-174).[13]

Antes a legitimidade basear-se em uma situação concreta de diálogo (contraditório) que em uma crença, em uma ficção, quer em uma norma fundamental, quer em um *a priori* da legalidade; ainda que isso signifique correrm os riscos da violência simbólica, este parece ser o ensinamento de Ferraz Junior.[14]

5.3 A REVIRAVOLTA HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS

Interessante o fato de que, quando Dworkin (2010, p. 35) vai apresentar sua teoria dos princípios, ele já a qualifica como um "ataque geral contra o positivismo".

Como vimos, há, para a hermenêutica jurídica, um interesse especial na concepção de norma, principalmente a partir da obra de Kelsen, que colocou a norma jurídica como o "objeto" de estudo jurídico em questão. Assim, uma teoria que atinja a concepção de norma balança a teoria da interpretação jurídica; é exatamente o que faz Dworkin (2010) ao afirmar que há *dois* tipos de norma: regras e princípios, e que há diferentes tipos de caso, regidos por diferentes tipos de norma – é a famosa teoria dos *hard cases*.

Para uma concepção da influência da teoria dos princípios na hermenêutica jurídica, não é tão interessante reconstruir a própria noção de "princípio" para essa teoria, mas localizá-la na "história" da teoria do direito e ver como ela influencia a práxis interpretativa do direito.

A teoria dos princípios surge em uma onda "pós-positivista" e corresponde, em muitos pontos, à influência que o tridimensionalismo teve no Brasil, pela teoria de Reale (1999). De fato, ainda em Dworkin (2010), há

[13] Ressaltamos que qualquer semelhança entre Luhmann e Kelsen (não) é mera coincidência. Para além desses juristas, porém, já Montaigne trabalhava com a hipótese de uma ficção fundamental do direito, mas o fazia em tom de denúncia e não como pedra lapidar de uma teoria. Sobre o assunto, conferir: Derrida (2010).

[14] Para uma interessante comparação entre Kelsen e Ferraz Junior, conferir: Bittar (2003).

uma relação muito forte com as noções de valor e de princípio, apesar de estas não se confundirem. Reale (1999, p. 67) questiona o primado da norma no direito, dizendo que esta deveria ser vista em relação com os fatos e os valores em uma dialética da "implicação-polaridade". Dworkin (2010), diferentemente, relativiza o purismo da norma em sua concepção kelseniano-hartiana, permitindo que uma noção mais genérica, mais abrangente de norma, que é o princípio, fosse também considerada uma "norma" como as regras.

Desse passo fundamental, segue-se uma caminhada que é a bem conhecida teoria de Dworkin (2010), que abrange uma concepção moral de "juiz Hércules", a hipótese da "única resposta correta", entre outros termos próprios de sua guinada antipositivista. É preciso ressaltar que essa sua guinada é uma virada hermenêutica justamente, pois a brecha que o autor abriu foi não somente na interpretação de textos, como também na própria interpretação de casos concretos (se são *hard* ou não...).

A teoria dos princípios ganha uma sistematização maior em Alexy (2008). Para ele, a aplicação de princípios segue um método específico, que se torna um verdadeiro dogma hermenêutico – para nossa Suprema Corte, inclusive, ainda que muitas vezes aplicado de modo bastante pessoal por alguns juízes e ministros –, que ficou conhecido por "sopesamento". Alexy (2008) propõe, para a aplicação de princípios em casos concretos que não podem ser resolvidos por regras em sua estrutura "tudo ou nada" (*hard cases*), um método trifásico que mede a aplicabilidade e direciona o uso de princípios constitucionais ou supraconstitucionais em casos concretos.[15]

A principal diferença a ressaltar – a nosso ver – entre Alexy e Dworkin é que, para Alexy (2001), a decisão leva em conta o papel da argumentação e da retórica na formação da decisão final; não há que se falar em uma única decisão, mas em um jogo discursivo que serve para formar e fundamentar opiniões.

Como afirmado, a grande importância dessa teoria para a hermenêutica jurídica é a de deslocar o papel da norma, para permitir que se leia em seu texto mais que simplesmente uma "norma objeto" de um dever ser estático, ampliando

[15] Não que não haja princípios instituídos em esfera infraconstitucional, mas esta nos parece uma situação difícil de verificar na prática.

a concepção de direito para uma análise mais minuciosa de "valores" e "princípios" de outras áreas, que influenciam, direta ou indiretamente, decisões cotidianas nos tribunais.[16]

5.4 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOCOMPREENSIVO

Tem feito grande ruído na academia a interferência da teoria dos sistemas aplicada ao direito. Parece-nos ponto essencial para qualquer compreensão dessa teoria a observação de um dos "títulos" de seu criador, Niklas Luhmann: a de ser este o Hegel do século XX. Essa ligação se justifica em diversos pontos. O primeiro é pela semelhança no modo de estudo: ambos faziam "fichas", as quais eram organizadas de maneira sistemática.[17] Ambos tinham, também, um marco estilístico pela dificuldade de seus textos, em parte por (ab)usarem muito frequentemente da capacidade germânica da formação de conceitos por aglutinação de substantivos.

Além disso, a teoria de Luhmann compartilha com Hegel um anseio universalista e, apesar de não ser dialética, a relação do particular com o universal é essencial para as consequências da teoria dos sistemas na hermenêutica jurídica. Isso porque, primeiramente, o direito é visto sempre sob a óptica do sistema e de sua função na sociedade (regulação de expectativas normativas, sob o código legal/ilegal), ou seja, sempre visto sob a óptica do todo do sistema e de sua "autopoiese"[18]. Ou seja, tanto a norma jurídica quanto sua interpretação são vistas como processos comunicativos internos

[16] Um exemplo localizado da influência que a temática dos princípios e valores teve é a concepção de crime como "conflito" em Sá (2007). Repare-se que, na concepção de *conflito*, há a entrada de valores individuais psicologicamente formados e sociais, impostos pela categoria freudiana da realidade à psique individual – tudo isso, propõe o autor, deve ser analisado como constitutivo de um "crime" e não somente o "fato típico, antijurídico e culpável".

[17] Sobre o assunto, ver: Hegel (2003) e Luhmann (2007).

[18] Termo que significa "autoprodução" e traduz que o sistema "produz seus próprios elementos, realiza ele próprio a manutenção dos ciclos de auto produção através de uma articulação hipercíclica e descreve a si próprio sob a forma de uma regulação da auto-reprodução" (TEUBENER, 1993, p. 54). A "poiese" em sociologia segue duas correntes: a de Luhmann, originada de uma "cibernética biológica", e a de Castoriadis (1982), originada de uma concepção radical de "imaginário social", capaz de produzir as categorias simbólicas da sociedade.

ao sistema jurídico e em referência ao processo de autopoiese. Acontece que Luhmann não desenvolve uma teoria da interpretação jurídica, de modo que seus seguidores lançam mão de outros paradigmas para a formulação de suas teorias da interpretação[19], ajustando-os à teoria sistêmica.

O relevante, pois, é a diferenciação, em Luhmann, de compreensão e interpretação (LUHMANN, 2007). A compreensão é um dos processos parte da própria comunicação, elemento constitutivo de um sistema; é a mera verificação da aceitação de uma mensagem emitida conforme o código identificável pelo sistema, ou seja, ela inclui tanto a compreensão quanto a incompreensão, desde que o sistema seja capaz de responder àquela comunicação.[20] A interpretação é o momento de contato – acoplamento estrutural – entre uma consciência e um sistema de comunicação pela linguagem (escrita).

Os aspectos hermenêuticos dessa teoria assim se estruturam por causa de considerações epistemológicas da teoria mesma. Para Luhmann, a sociedade é sistêmica e os sistemas são compostos por comunicações. Além disso, esses sistemas possuem a capacidade de autoprodução (LUHMANN, 2007; TEUBENER, 1993), em um processo chamado autopoiese. Em tudo isso, o homem fica de fora – e isso é importante ressaltar. Uma condição mesma para a autopoiese é a que o autor chama "enclausuramento operacional" (VILLAS BÔAS FILHO, 2006). Homens são conjuntos sintéticos de um sistema biológico e de um sistema de pensamento – nenhum destes se confunde com o sistema de comunicações. Os sistemas, por assim dizer, não se *comunicam* – salvo por meio dessa abstração chamada "acoplamento estrutural", que implica a inter-relação de dois sistemas com um meio comum, e de outros tipos de comunicação indireta ("irritação", "interferência"). Este

[19] Significativo, nesse sentido, é o fato de, no capítulo *A interpretação jurídica no estado democrático de direito*, no excelente *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil* (NEVES, 2008), haver somente uma rápida citação a Luhmann, sendo que a obra se estrutura – justamente – na teoria sistêmica, em oposição à teoria da ação comunicativa de Habermas. Enquanto isso, Gadamer, Betti, Wittgenstein, Derrida, Peirce e outros ganham destaque na obra de Neves.

[20] Isso não esgota, porém, a noção schleiermacheriana (passada pelas gerações a Gadamer e Ricoeur) de que compreender nasce com os "mal-entendidos" de uma leitura.

é o caso da linguagem, que permitiria um contato entre o pensamento e a comunicação graças ao "meio" comum, o "sentido".

A teoria sistêmica aponta um paradigma promissor. Suas concepções permitem uma visão mais global da hermenêutica jurídica e podem até mesmo apontar para uma normatividade interpretativa ao direcionar o intérprete à "redução de complexidade". Ainda assim, a teoria deixa muitos pontos em suspensão sistêmica. Qualquer leitor de Luhmann deve padecer da dificuldade de traduzir seus conceitos abstratos aos eventos cotidianos da práxis jurídica – ainda que vista como a práxis de um sistema, uma vez que a "compreensão" de uma comunicação normativa se dá por outras comunicações jurídicas e não por intérpretes de carne e osso. Na verdade, aqui há outra grande dificuldade: enxergar que os sistemas agem, que toda comunicação é comunicada pela comunicação e que o homem somente "irrita" o sistema, ou seja, influencia, sim, mas indiretamente.

Na interpretação, parece haver uma brecha à atuação e à presença do homem como indivíduo comunicante, pois a mensagem que um intérprete (um juiz, por exemplo) introduz no sistema comunicacional é a de seu pensamento, uma vez que seu pensamento se dá "por" linguagem, assim como a comunicação. Ainda que o sentido seja algo à parte, fica necessário provar que há um pensamento e uma comunicação sem linguagem – e não cremos que seja o caso[21]. Justamente por isso, a interpretação do juiz, como compreensão sua, torna-se o conteúdo de uma mensagem corpo de uma comunicação, a qual entra no sistema jurídico graças à sua atuação pessoal, à verificabilidade de sua competência, de sua pessoa como ser que ocupa o cargo funcional de Estado-juiz etc.

Enfim, da mesma forma que, antes de a teoria dos sistemas nascer, o estruturalismo já tinha jogado para longe a presença do "homem" como agente, como ator, cabem à teoria dos sistemas algumas críticas feitas ao

[21] Então, aqui também, a *comunicação* se torna a *coisa em si* do mundo dos sistemas, em uma insuperável separação entre sistema e ambiente, que, como a cisão kantiana, somente pode ser superada pela *fé*, de modo que não é exagerado concluir que o luhmannianismo é o fenômeno mais próximo de uma religião acadêmica que o homem já tenha visto.

estruturalismo[22], de modo que podemos substituir o vocábulo 'estruturas' por "sistemas", sem perder o ponto central da crítica: "o homem é, para mim, o produto das estruturas, mas na medida em que as ultrapassa" (SARTRE, 1968, p. 130).

Por fim, para uma hermenêutica consciente, não nos esqueçamos de que os *sistemas não descem às ruas*.[23]

6 CONCLUSÃO

Um texto compreensivo sobre tradições hermenêuticas já exerce, como apontado na introdução, uma linguagem reflexiva e corre, portanto, o risco de não conseguir justificar sua própria existência. Esse medo, porém, vê-se suavizado nos eventos concretos que são os momentos interpretativos da prática jurídica do dia a dia: não somente a atividade jurisdicional, como também a produção científico-doutrinária e a atividade pedagógico-jurídica.

Há, por assim dizer, um interesse sempre prático em se refletir sobre os fundamentos teóricos da prática hermenêutica, visto que compreender a prática compreensiva é uma atitude teórica que nos possibilita *transformar* a nossa prática. Se entendemos que a hermenêutica jurídica, como matéria, nasce de corpo e de direito somente no século XX, ela possui – todavia – uma longa gestação e uma vida paralela de aplicação na prática jurídica de diversos povos que compõem a nossa "tradição jurídica", de modo a revelar

[22] Além disso, cabe uma reflexão sobre o conceito nodal da "comunicação". Esse conceito, Luhmann o trabalha de tal forma que ele seja ao mesmo tempo idêntico consigo mesmo e diferente de si mesmo. Isso seria a condição da possibilidade da autopoiese. Com isso, porém, parece-nos que Luhmann ontologiza a comunicação, que ganha papel similar ao ser na filosofia de Heidegger, o qual absorvia em si a diferença ontológica entre ser e ente. Com isso, também, Luhmann afasta o homem do sistema e o transforma em um "momento" de contato (pelo acoplamento estrutural), de modo que ocupa um papel muito parecido daquele que o homem ocupava para Hegel no sistema absoluto.

[23] Sobre a famosa frase "as estruturas não descem às ruas", dos estudantes da Revolução de 1968 na Europa, ver: Roudinesco (2008).

o imprescindível papel de um aprofundamento nos estudos de história do direito sobre a prática hermenêutica "antiga"[24].

Hoje, o maior desafio da hermenêutica jurídica parece ser quanto ao seu objeto. Se a delimitação da norma, do direito e do Estado como norma foi essencial para o fortalecimento da ciência do direito, a crítica pós-positivista está coberta de razão ao denunciar o hipostasiamento do direito em uma categoria um tanto quanto inatingível, que é o "dever ser" kantiano-kelseniano. Assim, *o que é uma norma*, *qual a relação de uma norma com um evento concreto* e *como se dá a inter-relação entre normas* são questões que, independentemente do paradigma epistemológico adotado, precisam ser analisadas por uma hermenêutica jurídica ainda no século XXI.

Esperamos, contudo, ter apresentado, rapidamente, o caminhar que levou do questionamento universal sobre a compreensão à problemática de compreendermos as normas que regulam o direito cotidiano. Dependendo, porém, do paradigma adotado, cabe repensar o papel do próprio homem, como ser concreto ou como indivíduo, como ser de carne e osso ou como construção histórica, na interpretação de textos normativos, diante da presença de um sistema que pode, realmente, ser autorregulado e somente depender do homem, na medida em que este dependa daquele.

Estes são alguns desafios para a teoria do direito neste século a se construir e a se compreender, a fim de a hermenêutica jurídica transcender a filologia legal.

[24] Nesse sentido, os estudos de direito romano apresentam um material mais palpável para esse tipo de estudo, por causa das pesquisas sobre os institutos dogmáticos do direito romano por uma longa tradição doutrinária. Nossa proposta é, contudo, em outro nível e se relaciona com a construção de tais institutos e de outros meios dogmáticos, como, por exemplo, a presença simbólica do pretor ou de nomes de pretores na formulação de interpretações que não faziam – numerosas vezes – mais que mudar radicalmente a legislação compilada por Justiniano. Assim, para um estudo dessa ordem, compreender a força da presença de um pretor ou da citação deste ou daquele estudioso revela-se muito mais valioso que estudar os prazos processuais na Roma Antiga ou decorar nomes em latim.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direito fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1995.

BITTAR, E. C. B. A noção de sistema jurídico: contrapontos entre as reflexões de Hans Kelsen e Tercio Sampaio Ferraz Junior. **Revista da Faculdade de Direito FAAP**, São Paulo, v. 2, p. 70-82, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CASTORIADIS, C. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHOMSKY, N. **Linguagem e pensamento**. Petrópolis: Vozes, 1971.

DERRIDA, J. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

_____. **Força da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DILTHEY, W. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: Unesp, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Teoria da norma**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009a.

_____. Interpretação jurídica: interpretação que comunica ou comunicação que se interpreta. In: FLUSSER, V. et al. **Comemoração dos 25 anos**

do grupo de estudos de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2009b.

FOUCAULT, M. **Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GADAMER, H. G. **Verdade e método II**: complementos e indice. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2007.

HABERMAS, J. Filosofia hermenêutica y filosofia analítica: dos formas complementarias del giro lingüístico. In: _____. **Verdad y justificación** – ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Lógica das ciências sociais**. Petrópolis: Vozes, 2009.

HEGEL, G. W. F. **Diferença entre os sistemas filosóficos de Fichte e Shcelling**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2003.

HEIDEGGER, M. Identidade e diferença. In: _____. **Os pensadores**: conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, H. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUKÁCS, G. **Il Giovane Hegel e i problemi della societá capitalistica**. Torino: Giulio Einaudi: 1960. v. 1.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OTTO-APEL, K. **Transformação da filosofia I**: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000.

PECHEUX, M. **O discurso**: estrutura ou acontecimento. Campinas: Pontes, 2002.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RICOEUR, P. **Du texte à l'action II**: essais d'herméneutique. Paris: Seuil, 1986.

_____. **Lectures I**: au tour du politique. Paris: Seuil, 1991.

_____. **Leituras III**: nas fronteiras da filosofia. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **Penser la Biblie**. Paris: Seuil, 1998.

_____. **Lectures II**: la region des philosophes. Paris: Seuil, 1999.

_____. **La mémoire, l'histoire, l'oubli**. Paris: Seuil, 2000.

_____. **Hermenêutica e ideologia**. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Teoria da interpretação**: o discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70, 2011.

ROUDINESCO, E. **Jacques Lacan**: esboço de uma vida, história de um sistema de pensamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica:** a arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 2010.

SÁ, A. A. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARTRE, J. P. Levi-Strauss. In: ESTRUTURALISMO: antologia de textos teóricos. [S.l.]: Portucália, 1968.

TEUBENER, G. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

VILLAS BÔAS FILHO, O. **Uma abordagem sistêmica no contexto da modernidade brasileira**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: UnB; Imprensa Oficial, [19--?]. v. 2.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

Correspondência | Correspondence:

Pedro Augusto Simões da Conceição
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo – USP, 95, Centro, CEP 01.005-010. São Paulo, SP, Brasil.
Fone: (11) 3111-4000.
Email: sdm.pedro@gmail.com

Recebido: 16/06/2012.
Aprovado: 16/02/2013.