

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;

coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-132-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

A TÉCNICA NAS TOMADAS DE DECISÕES JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS MODOS DE ACESSO AO CONHECIMENTO E DA FENOMENOLOGIA

THE TECHNIQUE IN JUDICIAL DECISIONS: AN ANALYSIS FROM THE ACCESS MODES TO KNOWLEDGE AND THE PHENOMENOLOGY

Pedro Henrique Nascimento Zanon

Resumo

O estágio epistemológico do século XIX e XX compreende o homem moderno como a medida de todas as coisas e de que o homem encontrará a verdade uma manipulação da razão. O próprio homem que constrói a verdade pela razão. Essa sedução do positivismo e das matemáticas domesticará o Direito de modo a influenciar a compreensão dos conflitos sociais por parâmetros axiológicos determinados pela razão. Neste âmbito, este artigo se propôs a enfrentar a relação da essência da técnica na práxis jurisdicional de tomada de decisões pela fenomenologia. O objetivo é relacionar a contribuição da fenomenologia com a compreensão do Direito e analisar o pensamento da essência da técnica nas práxis jurisdicionais de tomada de decisões. O paradigma positivista fez com que os séculos XIX e XX pretendessem se distanciar dos séculos que o antecederam com a maior velocidade possível e desprezou a importâncias das compreensões metafísicas da sociedade. O Direito, sob o viés do modelo positivista, passa a taxar parâmetros axiomáticos para definir terminologias abstratas, a exemplo do miserável como quem recebe abaixo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A aplicação dos padrões axiomáticos tende a não reproduzir a realidade posta e cometer injustiça pelas decisões judiciais. A necessidade de uma técnica para decisões judiciais deve superar esse paradigma positivista dos séculos XIX e XX e se atentar para aspectos metafísicos dos casos submetidos a julgamento. A sedução das matemáticas e sua aplicação em decisões judiciais escondem uma falsa neutralidade e imparcialidade do julgador. O famoso jargão que diz que os números não mentem carrega em seu âmago um viés que não corresponde com a realidade posta aos olhos do julgador. Assim como no caso da definição de miseráveis ou na definição de um dano moral, os números postos em análise não revelam a realidade do ato e podem expressar, portanto, uma mentira.

Palavras-chave: Teoria da decisão jurídica, Fenomenologia, Práxis jurisdicionais de tomada de decisões

Abstract/Resumen/Résumé

The epistemological stage of the nineteenth and twentieth century understands the modern man as the measure of all things and that man find the truth one of the reason manipulation. The man, himself, who built the truth by reason. This seduction of positivism and mathematical tame the law and the understanding of social conflicts by axiological

parameters determined by reason. In this context, this paper is set out to address the relationship of the essence of the technique in the judicial practice of decision rulling by phenomenology. The aim is to relate the phenomenology contribution to the understanding of law and analyze the thinking of the essence of the technique in the judicial practice of decision-making. The positivism paradigm has made the nineteenth and twentieth century wished to distance themselves from centuries before in the fastest way possible and dismissed the importance of the metaphysical understandings of society. The law, in the light of the positivism model, begins to impose axiomatic parameters to define abstract terminologies, like the concept of poor individuals as those who receive less than $\frac{1}{4}$ of the minimum wage. The application of axiomatic standards tend not to reproduce reality, as it is, and to commit injustice by judicial decisions. The need for a technique to court decisions must overcome this positivist paradigm of the nineteenth and twentieth century and care to metaphysical aspects of cases brought to trial. The seduction of mathematics and its application in judicial decisions hide a false neutrality and impartiality of the judge. The famous jargon that says the numbers do not lie carries at its core a bias that does not correspond with reality under the eyes of the judge. As with the definition of miserable or the definition of a moral damage, the numbers submitted into analysis do not reveal the act of reality and can express, therefore, a lie.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of legal decision, Phenomenology, Judicial practice of decision rulling

INTRODUÇÃO

O estágio epistemológico do século XIX e XX compreende o homem moderno como a medida de todas as coisas. Essa passagem pode ser aproximada com o sofista Protágoras que diz "O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são". Todavia, essa citação é concebida como uma posição cética, sua compreensão deve ser feita no sentido de que toda referência dos indivíduos ao mundo é dada por um contato individual, portanto, não é possível alcançar uma verdade geral. Já a concepção do homem como medida de todas as coisas na modernidade não possui nenhum ponto de ceticismo. A concepção moderna é de que o homem encontrará, por esforço próprio e uma manipulação da razão, a verdade, não se trata de nada que seja dado de antemão por um fundamento metafísico de qualquer ordem. O próprio homem que constrói a verdade pela razão.

Essa sedução do positivismo e das matemáticas domesticará o Direito de modo a influenciar a compreensão dos conflitos sociais e da vida em sociedade por parâmetro axiológico determinado pela razão. A definição de miserável como aquele que recebe $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (art. 20, §3º, Lei 8.742), ou a definição de índices matemáticos para definição propriedade produtiva (art. 6º, Lei 8.629) demonstra a tendência de vincular o Direito ao paradigma positivista.

À primeira vista nos somos seduzidos pelas teorias realistas e pelo empirismo, somos tentados a dizer que há uma verdade independente do agente que pode ser alcançada por meio de um critério de rigor. Tendo em vista que somos entes com vida psíquica individual, se a relatividade estivesse no sujeito, ela teria um índice de relatividade muito grande. Deste modo, na medida em que se estabelece referência para a verdade na coisa se tem uma pretensão de objetividade e de verdade independente de quem a buscasse.

Ocorre que essas verdades matemáticas escondem a realidade posta na vida social. É necessário uma técnica que entenda a importâncias das metafísicas para aplicação em decisões judiciais e então se aproximar da compreensão de justiça. Nesse sentido temos a problemática a ser enfrentada: Como é possível relacionar a essência da técnica da fenomenologia de Martin Heidegger na práxis jurisdicional de tomada de decisões? Nosso objetivo é relacionar a contribuição da fenomenologia com a compreensão do

Direito e analisar o pensamento da essência da técnica de Martin Heidegger na práxis jurisdicional de tomada de decisões.

1. CRISE DA MODERNIDADE

Ao primeiro tópico, iniciamos com a pretensão de delimitar o que é propriamente a modernidade. A primeira ideia importante da modernidade é de que se trata de um rompimento com a tradição anterior e se caracteriza em dois fatores: o humanismo e o racionalismo. O humanismo significa a visão antropocêntrica, ou seja, o homem é o centro e a medida das coisas. Já o racionalismo se funda pela valoração e crença absoluta da razão, os imperativos da razão dominam e comandam as decisões políticas, sociais e, inclusive, a arte também contaminada pelo ideal de razão em que tudo é métrico, técnico e extremamente racional.

Se pudéssemos indicar um determinado método indicado pelo homem moderno, teríamos que o método matemático seria o método por excelência, dada sua certeza, objetividade e garantia de resultado. O método matemático permite pensar a sociedade e o próprio homem com valores simétricos e já não se pensa a sociedade com base em valores metafísicos. O método matemático é um método próprio das ciências naturais, ou seja, das ciências físicas, biológica, mas que também se pretende internalizar nas ciências do espírito e da cultura. O que João Maurício Adeodato (2002, p. 126) chama de sedução das matemáticas, ou seja, a garantia de certeza e precisão dada pela experimentação contínua.

Rene Descartes (2000, p. 42), em sua obra “O discurso do método” foi um ícone do pensamento moderno ao dialogar com seu tempo no sentido de que é a razão que deve governar todas as decisões humanas, inclusive a própria compreensão de Deus é alcançada pela razão. O alcance a Deus também é possível pela experimentação da razão e não mais pela experimentação da fé ou da metafísica. A sentença moderna do método em Descartes (2000, p. 41) é a sentença do “Cogito, ergo sum” que significa "penso, logo sou"; ou ainda “Dubito, ergo cogito, ergo sum” que significa "Eu duvido, logo penso, logo existo". Descartes deixa claro que a dúvida metódica, a dúvida própria da idade moderna, ou seja, o indivíduo duvida de tudo, tudo é questionado e possível de ser questionado, mas apenas uma questão não se pode duvidar, que o indivíduo está

duvidando. Logo, se esta duvidando, esta, conseqüentemente pensando, e se está pensando, está, conseqüentemente, existindo. O código cartesiano é a ideia fundante e em síntese daquilo que é a idade moderna.

Outro expoente da modernidade foi Francis Bacon que visualiza o mundo, a natureza e o cosmo de uma forma mais extremada de antropocentrismo, ou seja, o homem deve dominar a natureza e dela extrair o que lhe for benefício ao próprio homem. Essa conceituação principal de Bacon está registrada na obra “Nova Atlântida”, sua compreensão é esclarecida por Ost (1995, p. 37):

O objetivo [...] é a descoberta das causas e o conhecimento da natureza íntima das forças primordiais e dos princípios das coisas, com vista a alargar os limites do império do homem sobre toda a natureza e a executar tudo o que lhe é possível.

Na compreensão de Bacon vemos que a natureza é vista como serviente ao homem. Essa ideia é reveladora do conceito de modernidade. A ideia de Deus também é observada como algo intuído pela razão e não mais pela fé. O pensamento cartesiano indica que a liberdade de forma alguma será restringida, a autonomia do ser humana de forma alguma poderá ser restringida, nem mesmo para alcançar o divino, ou seja, até mesmo para se aproximar de divindades, o homem tem liberdade pela razão. Bacon (1979, p. 252) diz que Deus é conformado pela subjetividade do indivíduo que, por sua racionalidade e sua razão, conforma uma ideia de Deus. Ainda que não se critique essa tese, verifica-se no homem moderno a pretensão de dominar a ideia de Deus, mesmo que essa experiência seja propriamente subjetiva e individual.

Outro autor que reforça a ideia de homem moderno é Kant. No conflito entre realismo e idealismo, Kant (1997, p. 61) se apresenta pela tentativa de reunir as duas vertentes ao tentar colocar no sujeito a responsabilidade pela razão ao dizer que o conhecimento ocorre no plano da imanência a partir da experiência. Kant então contribui para o ideário moderno de colocar o homem no centro das reflexões.

O ideal moderno se dá a partir do rompimento da tradição e procura se fundamentar nela mesma. Se a religião era o elemento aglutinador do elemento pré-moderno, a

modernidade retira essa base fundamentadora e coloca em seu lugar a filosofia por meio da razão que funcionará como instrumento aglutinador desse novo momento.

A modernidade surge com a promessa de utilizar a razão para alcançar a felicidade e o progresso. O rompimento com as fundamentações de ordem ideológica contida na pré-modernidade pela religiosidade que conforta o homem na busca pelas explicações do mundo, talvez seja mais confortante para o psicológico humano do que os fundamentos da razão. Na medida em que o homem rompe com essas concepções deve-se buscar um novo porto seguro para conforto do subjetivo humano. O mero surgimento dos ideais modernos não traz ainda esse porto seguro necessitado pelo homem.

Ao compreender o homem moderno como a medida de todas as coisas, essa passagem pode ser semelhante a do sofista Protágoras que diz "O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são" (1996, p. 32). Todavia, a passagem que dialoga com pensamento platônico é concebida como uma posição cética. Sua compreensão deve ser feita no sentido de que toda referência dos indivíduos ao mundo é dada por um contato individual, portanto, não é possível alcançar uma verdade geral, a passagem de Protágoras possui então uma visão cética. Já a concepção do homem como medida de todas as coisas na modernidade não possui nenhum ponto de ceticismo. A concepção moderna é de que o homem encontrará, por esforço próprio e uma manipulação da razão, a verdade, não se trata de nada que seja dado de antemão por um fundamento metafísico de qualquer ordem. O próprio homem que constrói a verdade pela razão.

O marco da modernidade não possui uma data limite, o pensamento moderno vai se interpenetrando no mundo até o ponto em que se apresenta com maior nitidez, de forma a ser difícil precisar a exata ruptura de paradigma para a modernidade. Descartes é elencado como aquele que primeiro expõe os paradigmas da modernidade com propriedade. A obra fundamental para concepção da modernidade é feita por Descartes em "Meditações sobre Filosofia Primeira", que inclusive proveu fundamentos ao "Discurso do Método".

Francis Bacon também possui sua contribuição pelo jargão de *conhecer para dominar*. O conhecimento é instrumental nesse caso, e diferente da ideia de saber dos gregos como

amor à sabedoria (filosofia). O homem moderno tende a instrumentalizar o mundo através do conhecimento e isso que coloca a marca do positivismo de ordenar para produzir.

Kant reforça a ideia do humanismo moderno. Ao colocar a razão em julgamento, ou seja, quais os limites do conhecimento, Kant foca na ideia do homem e procura fazer uma conciliação entre idealismo e realismo, mas ainda marcado por um idealismo, tendo em vista que todo conhecimento se processa dentro da ideia de algo imanente. O diferencial em Kant é a percepção do real pelos sentidos do homem, e então é denominado de idealismo transcendental.

Transcendental diz respeito às condições de possibilidade. Toda a obra crítica de Kant diz respeito ao estabelecimento das condições de possibilidade de qualquer conhecimento. Para Kant há um princípio de universalização que deve presidir os julgamentos morais, os imperativos categóricos residem na ideia de que a máxima do agir humana deve ser como se espere a universalização e o agir do outro.

O conhecimento do mundo apenas pode ser dado por intermédio dos sentidos, do contrário se teria conhecimentos sem qualquer conteúdo. Kant (dá a alegoria da pomba: “A leve pomba, enquanto, em seu livre voo, corta o ar cuja resistência sente, poderia imaginar que ainda mais sucesso teria no vácuo”. O exemplo da pomba que imagina que, se a existência do ar, ou seja, no vácuo, ela voaria muito mais rápida, todavia, em verdade ela sequer voaria, pois ficaria sem qualquer sustentação. O exemplo dado no revela que é preciso o conteúdo para poder ter conhecimento, por isso, Kant entende a ciência consegue evoluir e conquistar conhecimentos cada vez maiores, pois a cada experiência se alimenta com conteúdo o processo da razão.

Na medida em que não é possível experimentar Deus por conta dos sentidos humanos, não é possível vê-lo, escuta-lo ou dialogar diretamente com ele, não é possível estabelecer conhecimentos novos. O conhecimento é os juízos sintéticos que são aqueles que se consegue estabelecer algo novo, diferente dos juízos analíticos em que, por uma análise do objeto se extrai aquilo é dado.

Exemplo de juízo analítico, o conceito de corpo decorre do conceito de extensão: todo corpo é extenso. Nesse conceito de corpo não se está dizendo nada novo que não seja

próprio do objeto, a extensão já está contida no conceito de corpo. Por outro lado, dizer que os corpos são pesados é preciso de uma experiência para produzir esse conhecimento novo. Não é uma correlação necessária de que todo corpo seja pesado e a experiência é necessária para estabelecer esse conteúdo novo.

Na lógica há conhecimento do juízo sintético independentemente da experiência a priori. Todavia, por que nas físicas e nas matemáticas é possível conhecimento desse tipo ou juízos desse tipo e na metafísica não é possível? Onde está o fundamento do êxito das ciências e do fracasso da metafísica? Esse é a preocupação de Kant em sua crítica a razão pura. Kant (2004, p. 188) dirá que, como esses elementos da metafísica não são experimentados, eles não têm conteúdo, portanto, não haveria como estabelecer juízos sintéticos a priori na metafísica. Kant ainda diz que não significa que não se possa se manifestar sobre os entes da metafísica, mas não se trata de um conhecimento genuinamente kantiano.

Essa análise kantiana chegou em decorrência do humanismo moderno, ou seja, as indagações sobre o que é Deus? O que é o espírito? O que é o cosmos? São preocupações que devem ser investigadas a luz da própria racionalidade humana e nesse sentido Kant está inserido na modernidade e coloca o homem no centro de todas as coisas para construir seu próprio destino na terra. Esse radicalismo cartesiano inspirou Husserl.

A crise da modernidade e a crise de seus fundamentos pode ser tratada em três tópicos: 1) uma tensão interna permanente; 2) crise de identidade provocada pela modernidade; e 3) o colapso temporal. Esses três paradoxos internos da modernidade afloram a crise da modernidade.

O primeiro paradoxo interno da modernidade trata de uma tensão interna permanente entendida no seguinte sentido: se a dúvida metódica (questionamento dado pela razão) é o que prevalece para o homem moderno, essa dúvida é constante e permanente, inclusive para seus próprios fundamentos e suas próprias razões. A tensão que se estabelece é que uma multiplicidade de questões trazidas pela modernidade coloca em xeque as próprias bases dela mesma.

Será que o afastamento da tradição anterior (religiosa e ideológica) é o correto? Ao afirmar a modernidade como um processo cultural que tem a dúvida como sua própria base, a própria modernidade começa a se auto questionar. Essa recorrência de dúvida tem como fonte significativa a dúvida metódica cartesiana. Ao poder duvidar de tudo, também se pode duvidar dos próprios fundamentos que fundam a modernidade.

A tensão irá se apresentar na ausência de referencial. Até a concepção da modernidade havia-se um referencial seguro (a tradição, a moral, a tradição). A partir que se coloca a dúvida metódica e colocada no seio da modernidade a instabilidade que se questionar as próprias bases.

O segundo paradoxo interno da modernidade é a crise de identidade. A modernidade desloca o sujeito e exerce um efeito contrário daquele que era esperado pela felicidade e pelo progresso proposto pela modernidade. O homem que tinha um lugar certo, uma tradição definida e sua moral delimitada, passa a ficar debilitado. O homem já não sabe onde se encontra, quais os fundamentos da moral do homem, a que tradição se deve seguir. Isto porque ao substituir a tradição religiosa pela razão e pela dúvida metódica, essa dúvida interfere na própria compreensão do homem sobre si. Portanto o homem moderno é um homem que vai perdendo a sua identidade.

O homem moderno fica então sem referencial que não lhe é dado pela premissa da dúvida metódica. A identidade do sujeito é constituída, ou seja, o homem constitui a sua identidade. Isso confere maior liberdade ao indivíduo, dá autonomia para fazer escolha, mas, em contrapartida, retira-se a base e os fundamentos que devem ser construídos pelo próprio homem. Essa debilidade do homem é causada pela própria modernidade que não é advinda do período pré-moderno.

O terceiro paradoxo interno da modernidade é o colapso temporal. Há um colapso temporal dentro da estrutura da própria modernidade pelo rompimento com o passado que causa uma instabilidade no presente. Desse modo, se transfere os problemas do homem para o futuro. O rompimento com o passado faz uma separação com o que era posto e esse rompimento causa uma instabilidade no presente por não ter aonde requerer para buscar fundamentos do homem.

Sendo o homem moderno dono da sua própria verdade e seu próprio destino, os problemas são transferidos para o futuro que gera um colapso temporal. O homem orientado pela dúvida metódica, pelo racionalismo e pelo antropocentrismo, se torna cada vez mais complexo e traz para a modernidade uma crise genuína.

Friedrich Nietzsche (1995, p. 93) foi um grande pensador e crítico da modernidade e sua característica é balançar os fundamentos da base moderna. Uma de suas reflexões mais significativas sobre esses postulados é que o rompimento com o passado concretiza a morte de Deus. Nietzsche critica a modernidade ao dizer que a morte de Deus não pode ser substituída por outro ente ou figura de compreensão metafísica, não se pode deixar para um além-mundo a certeza de nossa história. O homem deve-se orientar em si mesmo por ser dono de sua própria história. Na tradição pré-moderna essa compreensão da origem e destino do homem era dado por Deus e o rompimento da moderna a com essas premissas impossibilita que seja colocada outra figura metafísica em seu lugar. Nietzsche procura iluminar o homem para que ele busque seus próprios caminhos.

O exemplo de Zarathustra ao anunciar a morte de Deus no mercado local e os homens modernos locais não entendiam e riam do ato de Zarathustra que então anuncia que a mensagem chegou cedo demais. Os homens modernos locais do mercado de Zarathustra não compreenderam o significado que foi eliminar o referencial do homem pré-moderno (NIETZSCHE, 1995, p. 125).

Nietzsche dizia que não havia dúvida sobre esse processo de secularização, tirou-se os fundamentos de ordem religiosa e metafísica e colocou-se toda a força e atenção na racionalidade. Para Nietzsche isso significa que se está tirando um Deus e colocando outro, ou seja, a razão é o Deus para os modernos. O que é a fonte primacial com a realidade é de que ela ainda tem essa feição ou essa raiz pautada no idealismo platônico que divide ou bifurca um mundo sensível de um mundo suprassensível, fazendo com o que o mundo da vida tenha que se espelhar no plano ideal. O plano da realidade representaria o paradigma acertado para o mundo da vida.

Como essa junção é bastante difícil, surge então o que Nietzsche chama de niilismo que é a decorrência do fracasso do homem de trazer para o mundo da vida aquilo que está no

plano da idealidade. Essa remição a algo transcende, invariável inexistente, estabelece o niilismo como estado psicológico, por exemplo, a submissão a um cânone ético superior.

Para Nietzsche, a ideia de progresso é uma ideia falsa, não se tem uma tensão recorrente e constante que se denomina como “vontade de potência”. Nesse jogo de força há uma dialética da negação e da afirmação, ou seja, uma negação como comportamento reativo voltado para a tradição e uma afirmação voltada para um devir, para algo que se pretende alcançar.

Nietzsche diz que o homem precisa superar os comportamentos reativos voltados para a tradição e evitar o homem seja apenas o transportador de valores de uma era para outra. O niilismo é dizer que a modernidade não tem fundamento em si, trata-se apenas de um jogo de força.

Por que então haveria uma crise na modernidade? O mero cenário do rompimento com a tradição e o emparelhamento da busca da verdade pela razão não permite expor uma situação de crise. Ocorre que esse rompimento foi realizado com uma promessa de progresso da humanidade. É inquestionável que as ciências progrediram do ponto de vista dos artefatos técnicos e em uma velocidade surpreendente. Ocorre que esse progresso alcançado pela ciência não é o progresso anunciado. A modernidade surge com a promessa de progresso do homem em si, ou seja, o homem poderia deixar de lado os ideais ideológicos, porque ele próprio se encontraria no mundo e se justificaria por si mesmo.

As grandes questões metafísicas como: O que estou fazendo aqui? Para onde vou? Quem sou? Essa questão a modernidade não conquistou. A prudência humana negligencia as ontologias da razão. A descrença na capacidade dos problemas específicos posto pelo humanismo já começa em Kant que diz da incapacidade de conhecimento a priori dos objetos metafísicos. Se a marca central da modernidade é o humanismo, ou seja, pôr o homem como sentido principal dos valores no mundo, esse objetivo tem sido malconduzido.

2. OS MÉTODOS POSITIVISTAS DE ACESSO AO CONHECIMENTO E A TÉCNICAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Podemos iniciar esse tópico *homenageando* a felicidade do empirista inglês Francis Bacon pela crítica feita à educação de sua época ser demasiadamente voltada para concepções ideológicas e dar pouca importância, em seu pensamento, às verdadeiras ciências (ADEODATO, 2011, p. 335). Em Bacon, as verdadeiras ciências seriam aquelas de metodologia indutiva e cunhadas no positivismo em início de ascensão na época. O atual paradigma da sociedade possui forte investida nas ciências ditas ontológicas muito em prol dos surgimento e desenvolvimento do positivismo epistemológico da escola realista e empirista. (GERMANO, 2011, p. 51). Boaventura de Souza Santos destaca que o positivismo lógico unifica a ciência pelo método de explicação hipotético-dedutivo e na contribuição fundamental que a matemática possui para estabelecer uma ciência de rigor (SANTOS, 2003, p. 52)

A premissa dessa relação é sobre o conhecimento e sobre a verdade. Nesse campo tem-se uma constante discussão de sobrepujamento/tentativa de auto afirmação ora de realistas e empiristas, de um lado, e de outro, os idealistas. No viés empírico/realista, a sede da verdade estaria na própria coisa e seria independente da consciência do agente, já para os idealistas, a sede da verdade é um constructo do sujeito e não propriamente algo residente no objeto (CHAUI, 1997, p.252).

Para analisar as premissas postas deve-se investigar como se dá às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Do ponto de vista da filosofia, discutir se é possível conhecer o Direito, nos remonta a quais são as condições de acesso do homem às coisas e aos objetos. A primeira vista, somos seduzidos pelas teorias realistas e pelo empirismo, somos tentados a dizer que há uma verdade independente do agente que pode ser alcançada por meio de um critério de rigor. Tendo em vista que somos entes com vida psíquica individual, se a relatividade estivesse no sujeito, ela teria um índice de relatividade muito grande. Deste modo, na medida em que se estabelece referência para a verdade na coisa se tem uma pretensão de objetividade e de verdade independente de quem a buscasse.

O realismo, ao modo dos empiristas, se afirma de maneira muito radical pela pretensão de afastar todo preconceito e poder da tradição (enquanto herança que recebemos da tradição passada e no curso da própria vida) (BACHARELARD, 1984). Caso preconceitos e tradições se sobrepujassem, o objeto em análise restaria contaminado de modo a não permitir que ele se mostrasse enquanto detentor da verdade.

Franz Brentano é um forte capitão do empirismo que pretende superar essa mística para afirmar no Direito que a própria razão pelos juízos apodícticos é a única autoridade na questão da verdade (BRENTANO, 2014). A formação de juízos racionais e científicos acerca das coisas, deve-se voltar à coisa no plano das efetividades e não aos conceitos que se tem dela pela tradição e preconceitos. Ocorre que o Direito não tem uma pretensão de cientificidade no sentido de verdade e de correção, assim como o descobrimento científico em relação a área das ciências exatas de como descobria a cura ou melhor tratamento a uma determinada doença ou sua causa.

As condições de acesso do homem ao objeto investigado e com ele ao conhecimento (a norma jurídica no caso do Direito) irá refletir nas interpretações que podem ser consideradas como válidas ou inválidas. Essas questões envolvem uma discussão da relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Essa relação parte dos conceitos da metafísica clássica presente em Platão, Sócrates, Aristóteles, e que pode ser conectada com concepções do Direito, embora de fraca aceção ao paradigma do Estado Democrático, conforme prevalência do cotidiano forense.

No paradigma da metafísica clássica, a relação entre sujeito e objeto é desequilibrada porque há uma forte ênfase no objeto cognoscível e não no objeto cognoscente (FREIRE, 1996, p.31). A alegoria da caverna de Platão ilustra bem essa questão.

A premissa da alegoria da caverna é a existência de dois mundos, um mundo que se apresenta para o povo que está aprisionado e que ficam restritos ao fundo recebendo joguetes daqueles que estão libertos. Para os aprisionados, as sombras, projetadas pelos libertos, representam o mundo e sobre elas são feitas visadas investigativas, mas que não passam de uma manipulação daqueles que projetam as sombras (HEIDEGGER, 2005, p. 35).

Aqueles que vivem na caverna aprisionados e iludidos pelas imagens feitas pelos libertos acabam por criar um ambiente social entre eles, por exemplo, aquele que observa a sombra e o som e é capaz de, retoricamente, identificar de qual sombra sai o som é considerado como o sábio e aquele que tem dificuldade em identificar ou relatar essa experiência é considerado o prejudicado pelos demais. Ocorre que um dos aprisionados consegue se desprender da caverna e se deparar com o mundo real. Todavia aquilo que é visto no mundo real não faz sentido por contrariar tudo aquilo que foi experimentado na caverna. Ao procurar retornar para seus pares para explicar a ilusão vivida, os aprisionados o condenam como louco e aplicam pena por não mais reconhecer a ilusão a que os prisioneiros estão submetidos (acostumado com a claridade, aquele que se libertou tem dificuldade em enxergar na escuridão da caverna e não mais reconhece as figuras mais básicas vivenciadas pelos aprisionados, que decidem por matá-lo por ser imprestável devido a sua insanidade).

Ao relatar a alegoria da caverna, Platão faz uma homenagem ao seu mestre Sócrates, que foi morto em razão de suas ideias e de como defendia a sua concepção de realidade. Os dois mundos apresentados representam o plano das ideias (aquilo observado no interior da caverna) e o plano das essências (aquilo observado do lado de fora da caverna). Sócrates, Platão e Aristóteles acreditavam que existia um plano ideal em que as coisas existiam na sua essência e que o mundo visto era uma representação desse plano ideal.

Na metafísica clássica, toda reflexão científica deveria ser feita com base na reflexão e no raciocínio, os dados empíricos eram completamente desprezados. A origem do termo metafísica provém dos livros escritos por Aristóteles após as publicações de física. Aristóteles escreveu sobre diversos assuntos e adentrou no campo da filosofia após dissertar no campo da física. Nesse contexto, a palavra da linguagem é um mero instrumento de transmissão das ideias, é possível pensar na metafísica sem a linguagem que é apenas uma forma de expressão, mas o raciocínio e a reflexão se dão de uma maneira pura, independente da linguagem e dos signos.

Os termos utilizados por Aristóteles para designar a metafísica são filosofia primeira ou teologia, que trata das essências que vão além do mundo físico. Há uma hierarquia clara entre as reflexões filosóficas, físicas e matemáticas. A filosofia primeira era considerada a mais importante pela própria concepção de acesso do homem ao conhecimento. A

realidade somente pode ser descoberta pelas luzes da reflexão mental, as teses gerais não se curvam aos dados da experiência empírica que são considerados mera ilusão (DEMO, 1985, p. 15).

A terminologia metafísica, enquanto ciência, passou a designar as características gerais e as essências dos seres às questões além das realidades físicas e às questões primeiras da filosofia. A título de exemplo, algumas questões que são discutidas pela metafísica clássica podem ser: há diferença entre mente e matéria? Qual a essência das coisas? Existem outros mundos além do mundo material? Existem coisas absolutamente imutáveis?

As tarefas assumidas pela metafísica clássica, em contraponto com a doutrina do direito até mesmo dos dias atuais, é identificar categorias gerais, conceitos generalíssimos acerca da identidade e substância das coisas, estabelecer relações entre essas categorias que irão classificar os entes que são os objetos cognoscíveis que têm uma essência que lhes são própria e inerente e são desveladas, quase que arqueologicamente, pela reflexão mental.

A metafísica moderna ocorre posteriormente e nasce com o racionalismo da idade moderna. A obra “O nome da rosa”, de Umberto Eco (2003), expressa a tensão entre os modelos da metafísica clássica e da metafísica moderna. O filme “O nome da rosa”, relata crimes que acontecem no mosteiro que são supostamente praticados por espíritos de forma misteriosa e alguns monges aparecem mortos com a língua roxa. O mosteiro convida então um monge beneditino (extremamente religioso e racionalista) que buscará explicar os fenômenos a partir da razão e não a partir da metafísica clássica. O monge convidado dará uma explicação racional para tudo o que antes era mistificado e é exatamente nesse contexto de racionalização que marca o paradigma da transição da metafísica clássica para a metafísica moderna.

A metafísica moderna representa-se pelo racionalismo do iluminismo e pelo movimento filosófico alemão representado pela expressão germânica “*aufklärung*” que significa “esclarecimento” ou “iluminismo”. O termo metafísica, nesse contexto, começa a reunir novos temas e a pender para questões que eram consideradas como filosofia segunda, como a matemática e a física.

Há grande fascínio da humanidade por compreender e dominar os fenômenos da natureza e a quebra do paradigma ocorrerá pela ruptura entre a fé e a razão. Ao buscar racionalizar, a metafísica moderna criou o maior de todos os mitos, que é a crença em uma razão absoluta. Ainda há, na metafísica moderna, uma dicotomia entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. A diferença é que, na metafísica clássica, tudo se resolvia pelo sujeito cognoscente, que realizava a reflexão mental e não se observava os dados empíricos. Na metafísica moderna, a análise dos dados empíricos, por meio da metodologia científica, irá revelar a verdade e a essência das coisas.

Tanto no paradigma da metafísica clássica quanto no paradigma da metafísica moderna, o objeto a que se pretende conhecer tem uma essência que pode ser revelada. Na metafísica moderna, quando o cientista erra é porque ele não aplicou o método corretamente, o objetivo central da ciência é revelar a verdade ou a resposta ao objeto a que se quer conhecer. Esse fenômeno está arraigado na humanidade atual.

Todo conhecimento produzido é fruto de um tempo (datado) e é falível (DEMO, 1985, p. 15-16), algo que a metafísica clássica não enxergava. A transição da idade média para a idade moderna marcou uma ruptura de paradigma na filosofia acerca do acesso do homem ao conhecimento dos objetos. Essa quebra é, portanto, a transição entre a metafísica clássica para a metafísica moderna. Em ambas as metafísicas há um abismo estanque entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível.

O racionalismo começou a investir no objeto que seriam os fenômenos físicos e empíricos que se pretendiam conhecer. Percebeu-se que somente a investigação por meio das ideias era insuficiente, mas a teoria da alegoria de Platão ainda se apresenta no racionalismo porque há uma separação entre dois mundos, o mundo real e o mundo ideal. Nas duas metafísicas, acreditava-se que se poderia descobrir o objeto de uma maneira definitiva e absolutamente atemporal, haveria uma verdade a ser revelada.

A linguagem é mera manifestação do conhecimento, não é constitutiva do conhecimento, mas apenas expressão de algo que se conhece por meio do método científico independente da linguagem (NUNES, 1985, p.105). O caráter científico é conferido pela neutralidade, o investigador é composto por compreensões prévias, crenças e tradições que devem ser extirpadas/excluídas do processo científico. O método serve para que as crenças sejam

excluídas para permitir uma análise neutra acerca do objeto. Há uma grande desconfiança acerca dos preconceitos que cada agente investigador carrega.

Lenio Streck (2010) denomina de paradigma da filosofia da consciência, ou seja, a reflexão mental começa na consciência, mas as pré-compreensões devem ser extirpadas pelo método científico. Ao trazer essas ideias para o Direito, podemos imaginar a escola da exegese que pretende criar um método capaz de revelar aquilo que seria a essência da norma interpretada e tirar do intérprete toda sua carga subjetiva.

A obra “O discurso do método” de René Descartes (2000) é a marca do racionalismo. Descartes viveu de 1596 a 1650 e é chamado o pai ciência moderna por defender as ideias racionalistas. Sua pesquisa foi sobre a refração da luz e ele ficou extremamente amedrontado pela condenação de Galileu pelo Santo Ofício. Galileu era apadrinhado do Papa de sua época, mas por insistir que a terra girava em torno do sol foi condenado, todavia sua pena foi branda. Descartes, como não tinha a influência que Galileu obtinha, ficou receoso em afrontar as compreensões do Santo Ofício e ser condenado a penas severas.

Descartes então escreve uma obra explicando que o cientista não pode ser condenado por ser um mensageiro do método científico. O cientista não constrói ou revela nada, quem revela é o método, por isso ele não pode ser responsável pelas descobertas. O método científico assegura que se coloque de lado toda a compreensão do intérprete e apenas descreve aquilo que é o objeto cognoscível. Qualquer pessoa que aplique corretamente o método chegará à mesma conclusão. Essa publicação de Descartes foi pretendida para viabilizar a publicação de sua pesquisa sobre a refração da luz, mas que se tornou a maior de suas obras.

As ideias de Descartes em sua obra dizem que o preconceito ofusca a compreensão ontológica do objeto, que se deve estimular o método dedutivo e que a aplicação da dedução é capaz de produzir o conhecimento correto, atemporal e definitivo. A expressão “penso, logo existo”, de Descartes, revela esse paradigma da filosofia da consciência. O método era comum às ciências sociais e naturais na perspectiva defendida por Descartes.

Nesse contexto, há uma reação ao excesso de racionalismo. Há uma discussão de eruditos que dizem que estamos na pós-modernidade e autores como Luhmann e Habermas que dirão que não estamos na pós-modernidade mas sim na alta modernidade (NEVES, 1996, p. 94-95). Esses dois últimos autores irão dizer que a grande proposta do racionalismo e da metafísica clássica com o surgimento do iluminismo foi racionalizar os mitos da idade média por meio da aplicação do método científico. Todavia, ao buscar racionalizar, foi criado o maior de todos os mitos de que a crença do método científico fosse capaz de revelar uma verdade atemporal, definitiva e inquestionável.

Ao perceber que toda verdade é datada e precária por ser fruto de um paradigma de pré-compreensões compartilhadas em um dado momento histórico, mas que serão superados com o passar do tempo e que irão produzir uma nova forma de encarar os objetos que se pretende conhecer, dando a eles um novo sentido e com isso enxergando um novo objeto, é que se está racionalizando de verdade (DEMO, 1985, p. 15-16). A atual sociedade ainda não conseguiu vencer a modernidade porque apenas agora estamos racionalizando os mitos e então vivemos em uma alta modernidade e não se poderia dizer que houve uma transição para uma pós-modernidade.

Gadamer foi discípulo de Heidegger entre 1923 a 1929 e produziu a obra “Verdade e Método” (1998), publicada em 1960. Gadamer parte da seguinte problemática: Será que o método é capaz de garantir a verdade nas ciências do espírito? A crítica se trata da aplicação do método na ciência do espírito, mas a crítica é tão bem construída que irá atuar nas ciências exatas.

Gadamer defende a hipótese que o método não pode trazer a verdade nas ciências do espírito. Para o autor, há conhecimento nas ciências do espírito mas em sentido diverso das ciências da natureza. A primeira parte de sua obra trabalha a verdade do ponto de vista da experiência da arte e indagará: Como é possível apreciar uma obra de arte sem uma pré-compreensão que condiciona essa leitura? A hipótese é de que isso não é possível, tanto que, se existem críticos de arte, é porque aquele crítico possui pré-compreensões que os incautos não têm.

A segunda parte é uma crítica ao ideal racionalista da metafísica moderna, trabalha o papel da pré-compreensão na constituição do conhecimento e discute o papel da

hermenêutica. Em sentido vulgar, quando se fala em hermenêutica, normalmente o que se vem na mente são ideais maximilianos, ou seja, métodos de interpretação. Todavia, hermenêutica filosófica surge justamente para negar essa compreensão vulgar e dizer que a hermenêutica não pode ser o método que tem a pretensão de revelar aquele que seria o sentido da norma ou a verdade acerca de qualquer investigação. O papel da hermenêutica filosófica é afirmar que o papel da pré-compreensão é constitutivo da compreensão do conhecimento científico, então o papel da hermenêutica seria desvelar as pré-compreensões ao analisar quais são legítimos e quais são ilegítimos.

A hermenêutica reabilita o conceito de preconceito ao dizer que ele é necessário, então, cabe à ciência discutir os preconceitos no sentido de pressuposição ou preconcepção. O importante é desvelar quais são as pré-compreensões que estão por detrás de qualquer afirmação e verificar se são válidas ou não. Um trecho da obra do Gadamer (1998, p. 416) diz:

Este é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito do preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a ideia de uma autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica.

Gadamer neste ponto pretende dizer a pretensão de depurar os preconceitos por meio do método científico se apresenta sobre a ideia de autoconstrução absoluta da razão. Todavia, a própria escolha de um método parte de um preconceito e preconcepção. Essa pretensão, portanto, já é um preconceito, haja vista que a escolha do método é conduzida por algo que já é posto. A preconcepção ou preconceito é parte da realidade histórica. Gadamer complementa sua fala anterior com a seguinte passagem (1998, p. 416): “se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos”.

A ideia de preconceito ou preconcepção é aquilo que permite ao homem não ter que reinventar a roda a cada geração. Ao realizar uma pesquisa científica, o cientista não refaz todo o processo científico, ao invés disso, ele adota premissas inquestionáveis. Outra compreensão interessante na obra de Gadamer é a noção de círculo hermenêutico (BITTAR, 2002, p. 184). Essa preconcepção, que é condição de possibilidade na

produção do conhecimento científico e de interpretação do Direito, leva à ideia de círculo hermenêutico.

A ideia de círculo hermenêutico é colocar em *xoque* a separação entre sujeito e objeto. Se o sujeito cognoscente tem que partir de concepções para construir o sentido do objeto a ser analisado, significa que um pouco desse objeto é projeção das pré-compreensões que o sujeito carrega. Por exemplo, um índio (sujeito) ao ver uma caravela (objeto) pela primeira vez é diferente do homem branco (sujeito) que enxerga a mesma caravela.

O objeto que se enxerga é fruto da concepção que se projeta. A ideia de tempo que compartilhávamos antes da teoria do Einstein, por exemplo, é diferente da ideia que os físicos compartilham porque eles têm bagagens que os projetam quando discutem um problema da passagem do tempo. Isso constitui a maneira como enxergamos o mundo e aquilo que chamamos de realidade, que é uma construção a partir de pré-compreensões.

O círculo hermenêutico dirá que o conhecimento do objeto se dá a partir da compreensão de pré-compreensões, mas a concepção ou pré-compreensão também é enriquecida e transformada por meio do contato com o objeto. Por exemplo, ao lermos um livro onde começamos pelo título, para que o título faça sentido é necessário projetá-lo no todo no qual o livro é escrito. Por exemplo, o título da obra “O império do Direito” pode ter projeções distintas para cada indivíduo, como um jovem que acabou de ler “O senhor dos anéis” ou um sociólogo formado. Ao observar a obra ter a pré-compreensão de que se trata de uma obra de teoria do Direito, a projeção do título é alterada. Círculo hermenêutico é a dialética na relação sujeito e objeto.

Por aplicação de fundamentação que o Direito não deve cair em decisionismos, porque embora o Direito possa ser interpretado de múltiplas formas, ele também constitui algo. Gadamer reforça a crítica na crença da neutralidade do método científico e denomina esse movimento de virada hermenêutica da filosofia contemporânea. Hermenêutica não pensada como método de revelar sentidos, mas como ato de pensar e desvelar preconceitos, demonstrando quais são legítimos e quais devem ser refutados.

Outro autor que se deve destacar é Ludwig Wittgenstein. Em sua obra “Investigações Filosóficas” (1996), fez a segunda parte filosofia que se chama de virada pragmática da

filosofia contemporânea, em que se trabalhou o papel da linguagem. A linguagem era concebida na filosofia moderna como condição de expressão do pensamento. Todos autores da metafísica trabalhavam a ciência e a investigação como um processo individualista. Na metafísica clássica, a investigação se dava de uma maneira individual e a linguagem era expressão do pensamento, ou seja, era possível pensar independentemente da linguagem. No livro de Umberto Eco, “O nome da Rosa” (2003), uma passagem questiona se a rosa seria menos bela se tivesse outro nome. Qual seria então a conexão entre a essência das coisas e o nome de se dá para elas? Para os autores da metafísica clássica, o nome é apenas um rótulo que não exerce influência na essência das coisas.

Wittgenstein, na metafísica moderna, ao escrever “O Tratado Lógico Filosófico”, percebeu que a linguagem não é condição de expressão do pensamento, mas constitui o pensamento, porque o pensamento é intermediado pela linguagem. Assim como Gadamer, Wittgenstein trabalhava a ideia de que o homem é fruto do seu tempo e de sua história, porque são compartilhadas determinadas concepções que são herdadas. A linguagem também não é construída de maneira individual, ela é pluralisticamente constituída.

Wittgenstein trabalha basicamente dois pilares em suas ideias: 1) a linguagem constitui o pensamento; 2) esse pensamento não pode se dar de maneira isolada porque é mediado e constitui a linguagem que é produzida intersubjetivamente, e não por um único indivíduo.

Exemplo são as cores. Os homens têm o costume de conhecerem apenas as cores básicas pertencentes a um conjunto de lápis de cor, mas ao serem apresentados a outras cores com outros signos (salmão, goiaba, azul celeste) começam a enxergar outras concepções no mundo. Até mesmo outros sentimentos como “dor de cotovelo” ou “saudade” são signos que ao serem apresentados ao indivíduo passam a constituir parte do mundo em que eles vivem. Uma pessoa “rústica”, ao dizer a ela que determinado sentimento é uma “dor de cotovelo”, poderá atribuir àquele sentimento outro sentido: à fome, por exemplo. À medida que os horizontes linguísticos se ampliam, a compressão de mundo também muda.

Wittgenstein (1996, p. 165-170) dirá que o pensamento é estruturado pela linguagem e não apenas expressado por ela. Todos esses conceitos são trabalhados pelo professor Menelick de Carvalho Netto na obra “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito” (1999). Essas são também as bases para a ideia de paradigma de Thomas Kuhn (1991).

Menelick (1999, p. 74) diz em seu texto que “nós comunicamos porque não nos comunicamos”. Isso significa que tomamos em silêncio que certos signos linguísticos possuem um determinado significado e sobre esse significado não se discute para então nos comunicarmos. Do contrário, estaríamos buscando os significados de todas as palavras a todo tempo e o diálogo jamais aconteceria.

3. A FENOMENOLOGIA E AS DECISÕES JUDICIAIS

A filosofia fenomenológica teve sua grande estruturação a partir dos estudos do filósofo alemão Edmund Husserl. Husserl era um matemático de formação com doutorado e tese de habilitação para o magistério em matemática, mas que começou a se interessar pela filosofia, principalmente pela lógica e pela filosofia da matemática. Os textos do Husserl retratam a filosofia da aritmética, o conceito de número, ou seja, reflexões de alta abstração e trabalhando com objetos de idealidades, mas já se encaminhando para a filosofia.

Husserl manteve contato com o filósofo alemão Franz Brentano que tem uma obra intitulada “Os múltiplos sentidos do ser em Aristóteles”. Na metafísica de Aristóteles se compreende que o “Ser” se dá de múltiplas formas, o ser como existência, o ser como ato, ..., várias unidades. Brentano sugeria que: se o ser se dá de várias formas, mas umas delas deve se sobrepor ou ser mais pujante. A partir de visada se estabeleceu uma ideia de intencionalidade que tocou diretamente Husserl ao ponto de declarar que se dissipou sua dúvida sobre as questões matemáticas e filosóficas. A partir desse ponto Husserl dedicaria sua vida à filosofia.

Husserl, talvez por conta da formação matemática que conduz um ideal de certeza e partida a partir de axiomas para o qual se possa estabelecer uma serie de deduções ao

infinito e baseado em uma certeza que o axioma fornece, dominava por inteiro esse método de atuação da matemática. Temos a premissa de que até o início do nosso século XXI a humanidade é contaminada por esse pensamento matemático axiológico, haja vista a séria de caracterizações feitas a partir de um axioma pré-definido, como determinação de idoso a partir de 65 anos, determinação de miserável como aqueles que recebem menos de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Uma carga de pensamento dogmático muito alavancada pelo viés do positivismo epistemológico e do positivismo jurídico.

Na área penal, quando há concurso de circunstância, os precedentes do STJ dizem que as circunstâncias devem ser matematicamente contabilizadas. Se há concurso de circunstância deve ser sopesado um critério matemático, ou seja, havendo uma circunstância deve-se sopesar $\frac{1}{6}$; 4 circunstâncias $\square \frac{4}{6}$, todavia as circunstâncias não devem ter o mesmo peso. Por exemplo um homicídio valendo-se de meio cruel não é a mesma coisa de praticar um furto por escalada, são elementos que não podem ser sopesados de maneira idêntica. Como há uma flexibilidade para o juiz, ao apreciar o caso, possa fazer a dosagem da pena de maneira equitativa, vive-se o receio do juiz ficar com muita liberdade, de modo a que a legislação fixe uma pauta de atuação.

Ainda na área penal, as possibilidades de solução de conflitos penais sempre está atrelada a uma definição matemática da punição do crime. Ocorre que o Direito Penal não se mostra como a única alternativa de solução de conflitos, Louk Hulsaman (1993, p. 186) assim demonstra por uma parábola:

Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: 'o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague'. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: 'ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...'. O último, enfim, sussurra: 'a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse ... vamos juntos fazer um exame de consciência'.

A parábola nos mostra a possibilidade de inúmeras formas de solução de um conflito que extrapolam a seara penal. Todavia, em conflitos que não possuem características

relacionadas, como furto e assédio moral, o Direito Penal não dá possibilidade a essas soluções alternativas, mas desagua no mesmo resultado punitivo privativo de liberdade. Neste colapso, o Direito Penal então cria alternativas a essa prática como a justiça restaurativa, a conversão da pena em restritiva de direito ou até multa, mas tudo isso a depender da pena privativa de liberdade condenada.

O exemplo de Hulsman destaca a possibilidade de pena que não se limita à punição, mas também à reparação civil, solução terapêutica e solução conciliadora. O Direito Penal, por outro lado, apenas prevê a solução punitiva e as alternativas à privação de liberdade são aplicadas a depender da pena punitiva aplicada

Outro exemplo é a fixação de dano moral em ações cíveis em que há um grande campo de liberdade, mas já se sustentam fixar um critério objetivo em que a matemática irá permear. Vincular a índices matemáticos torna a decisão mais inquestionável possível.

À primeira vista nos somos seduzidos pelas teorias realistas e pelo empirismo, somos tentados a dizer que há uma verdade independente do agente que pode ser alcançada por meio de um critério de rigor. Tendo em vista que somos entes com vida psíquica individual, se a relatividade estivesse no sujeito, ela teria um índice de relatividade muito grande. Deste modo, na medida em que se estabelece referência para a verdade na coisa se tem uma pretensão de objetividade e de verdade independente de quem a buscasse.

O realismo, ao modo dos empiristas, se afirmou de maneira muito radical, sua pretensão seria de afastar todo o preconceito e o poder da tradição (enquanto herança que recebemos da tradição passada e da própria vida). Caso os preconceitos e as tradições se sobrepujassem, o objeto em análise restaria contaminado de modo a não permitir que ele se mostrasse.

O empirismo pretende superar essa mística para afirmar no Direito que a própria razão é a única autoridade na questão da verdade. Para saber o que é um objeto, a única ferramenta que se possa valer é a razão e nada mais. Para os empiristas, para formar juízos racionais e científicos acerca das coisas, deve-se voltar às coisas mesmas e não aos conceitos que se tem dela pela tradição e preconceitos.

Aos empiristas ao modo de Franz Brentano, há uma confusão, para eles, voltar às coisas mesmas significa partir da experiência. Uma ciência autêntica, para Brentano, é uma ciência que se volta ao objeto (às coisas mesmas) e pela experiência que se chega ao objeto. O mérito do empirismo é de libertar a humanidade de todas as assombrações do passado, mas seu erro é imaginar que toda ciência tem que lidar com efetividade, com objetos reais e passíveis de experimentação. O que não for efetivo é imaginação para os empiristas que consideração como ciência imaginário o que for de imaginação. A ciência verdadeira/empírica é a ciência de efetividades abordada pela experiência.

O erro de Brentano é entender que retornar às coisas mesmas é alcançá-la pela experiência. Porém, não é pacífico que coisas naturais (efetividades) e experiência seja a mesma coisa que experiência natural. Husserl combaterá isso com total veemência com o que o autor define como atitude natural.

Atitude natural dá por certo que existem efetividades diante indivíduos porque todas as efetividades são experimentadas pelos indivíduos. Husserl dirá que, achar que voltar as coisas mesmas é visar os objetos por meio da experiência é um contrassenso muito grande. Husserl ainda defenderá, caso a verdade somente seja alcançada empiricamente, então o empirismo entrou em contradição porque não há evidência experimental alguma que assegure que todo objeto é um objeto efetivo, que toda visada do objeto tem que ser uma visada experimental.

Essa falha do empirismo é grave porque, aquilo que foi colocado como postulado fundamental (abolir todos os preconceitos e tradições) não foi aplicado ao próprio postulado fundamental (que objetos somente são objetos efetivos, que a coisa é apenas a coisa natural e que voltar às coisas mesmas significa lidar-las pela experiência). Não há nenhuma comprovação experimental nesse sentido. A filosofia fenomenológica se mostra com método capaz de compreender uma verdadeira técnica de uma decisão judicial que não se enquadre em padrões matemáticos universais para aplicar a todos os casos.

3.1. HEIDEGGER E A TÉCNICA

Edmund Husserl, ao ser perguntado sobre a fenomenologia nos anos que sucederam a primeira guerra mundial respondia que “A fenomenologia – somos eu e Heidegger”

(STEIN, 2005, p. 143). Esta afirmativa era constantemente reforçada por Husserl a época e demonstra a importância de Heidegger ao pensamento fenomenológico. Ocorre que as concepções de fenomenologia entre estes pensadores possuem contrapontos sobre abordagens cruciais do método fenomenológico.

Husserl o enxergava Heidegger como possível herdeiro de sua tradição fenomenológica e que poderia prosseguir com sua pesquisa após sua morte. Todavia, para Husserl, Heidegger desnaturou por completo a fenomenologia em sua proposta original que leva inclusive ao rompimento dos laços de amizade entre eles e suas famílias (TEIXEIRA; DOS ANJOS, 2011, p. 289). Mas ainda assim, Husserl indica Heidegger para o cargo de reitor da Universidade de Marburgo. Ocorre que Heidegger era um acadêmico com poucas publicações, sua inserção no mundo acadêmico foi obstaculizada por esta questão.

Ciente deste óbice para ingresso no mundo acadêmico, Heidegger se volta a um de seus textos que estava trabalhando desde o início da década 1920 e o encaminha ainda incompleto para publicação no Anuário de Filosofia e de Investigação Fenomenológica, em que Husserl era o editor. A publicação deste trabalho se faz um sucesso no mundo acadêmico e o leva, inclusive a conquistar a cátedra de reitor na Universidade de Friburgo (HEIDEGGER, 2009, p. 10).

Em 1927 Heidegger publica *Ser e Tempo*, obra que mais lhe deu prestígio nas academias, todavia Husserl não a aprova e essa divergência ocasiona uma ruptura entre os filósofos. Em uma entrevista concedida por Martin Heidegger à revista alemã *Der Spiegel* em 23 de Setembro de 1966, cuja publicação ocorreu postumamente a pedido dele, Heidegger foi questionado sobre a deterioração da sua relação com Husserl, e assim responde:

As diferenças do ponto de vista teórico agudizaram-se. A princípios dos anos trinta, Husserl teve um ajuste de contas público com Max Scheler e comigo, cuja clareza não deixava dúvidas. Nunca cheguei a saber o que levou Husserl a desautorizar assim, publicamente, o meu pensamento (HEIDEGGER, 2009a, p. 15).

Apesar de podermos levantar uma concepção distinta de fenomenologia entre Husserl e Heidegger, este declara expressamente a importância de Husserl para a formação de seu estudo. Em *Ser e Tempo*, Heidegger expõe abertamente a influência de Husserl sobre seu

estudo pela nota de rodapé nº 13 contida no parágrafo sétimo (HEIDEGGER, 1988, p. 70):

Caso a investigação que haverá de seguir avance no sentido de abrir as “coisas elas mesmas”, o autor o deve em primeiro lugar a E. Husserl. Durante os anos de ensino em Friburgo, Husserl familiarizou o autor com as mais diferentes áreas da pesquisa fenomenológica, através de uma orientação profunda e pessoal, dando-lhe acesso, com o maior despojamento, às investigações ainda não publicadas.

A incompreensão teórica entre estes autores sobre a fenomenologia provoca uma ruptura até mesmo no relacionamento entre eles e suas famílias. Esta distinção teórica entre os autores é posta para efeito pedagógico. Heidegger avança seus estudos e dentre eles se propõe a estudar a técnica moderna a partir dos estudos da fenomenologia que obteve de Husserl.

A primeira premissa que Heidegger estabelece é de que há uma diferença entre a técnica e a essência da técnica. A técnica é algo diferente daquilo que é a essência da técnica, Heidegger não nega a ideia de uma técnica, ele acredita que o correto não é necessariamente o verdadeiro, deve-se então fazer uma separação entre essa compreensão.

Heidegger diz que a técnica é um meio para um fim e possui um caráter instrumental, as coisas são fabricadas para uma determinada finalidade. A essência da técnica já possui outras características dentre elas a questão da causalidade. A essência da técnica estaria vinculada ao fenômeno da causalidade, Heidegger busca uma noção grega do que seja a técnica e essa noção é trazida por meio dos quatro modos de ser que seria as causas, por isso causalidade: 1) A causa matéria; 2) A causa formal; 3) A causa final; e 4) A causa eficiente.

A essência da técnica está relacionada à causalidade entendida sobre esses quatro modos. O exemplo de Heidegger é sobre o cálice sagrado e, nessa perspectiva a causalidade se apresenta como um modo de responder ou como um modo de ser da causa.

Utilizando o exemplo do cálice sagrado de prata, a prata é a causa material do cálice por responder pelo material do cálice. O cálice ainda deve aquilo que é pela sua forma, deste

modo, o perfil do cálice é a sua causa formal, o cálice é aquilo que ele é por conta desse perfil, por conta dessa forma. Como causa final está o entendimento sobre para que serve o utensílio (cálice), a reunião da prata com a forma daria a ideia do que é a ideia do cálice sacrificial. Apesar da ideia de causa final, paradoxalmente, a causa final inicia a construção do objeto, ou seja, a ideia requer a construção para preencher a causa material e formal. Todavia o objeto somente será definitivamente constituído pela causa eficiente, ou seja, a prática de sua finalidade que é o uso para ritual sagrado.

A reunião dessas causalidades é, para Heidegger, o deixar viger, no sentido de deixar o objeto surgir, o que na ideia grega é chamado de produção no sentido de trazer a existência um determina o objeto a partir das quatro causas.

Em Aristóteles, há o termo “técnica” chamado de “techne” e Heidegger diz que normalmente nos vemos o uso da técnica como um meio para se alcançar um fim, o artista que se vale de uma técnica para elabora um desenho, ele está se valendo de um meio para alcançar o efeito estético pretendido. Um artesão, para construir uma casa, se vale de alguns meios técnicos para construção, ou seja, um meio para alcançar um fim. Heidegger não diz que isso está errado, estaria sim correto, porém, não significa que o correto seja o verdadeiro, porque a essência da técnica (buscar a essência de algo é buscar aquilo que esse algo é) não é o alcance do fim.

Nesse sentido, a necessidade de uma técnica para decisões judiciais deve superar esse paradigma positivista do século XIX e XX e se atentar para aspectos metafísicos dos casos submetidos a julgamento. A sedução das matemáticas e sua aplicação em decisões judiciais escondem uma falsa neutralidade e imparcialidade do julgador. O famoso jargão que diz que os números não mentem carrega em seu âmago um viés que não corresponde com a realidade posta aos olhos do julgador. Assim como no caso da definição de miseráveis ou na definição de um dano moral, os números postos em análise não revelam a realidade do ato e podem expressar, portanto, uma mentira.

CONSLUSÃO

Este artigo se propôs a enfrentar a relação da essência da técnica da fenomenologia de Martin Heidegger na práxis jurisdicional de tomada de decisões? O objetivo foi relacionar a contribuição da fenomenologia com a compreensão do Direito e analisar o pensamento da essência da técnica de Martin Heidegger na práxis jurisdicional de tomada de decisões.

O paradigma positivista que fez com que o século XX pretendesse se distanciar do século que o antecedeu com a maior velocidade possível desprezou a importâncias das compreensões metafísicas da sociedade. O Direito, ao embarcar no modelo positivista, passa a taxar parâmetros axiomáticos para definir terminologias abstratas, como miserável e valores de dano moral, por exemplo.

A aplicação dos padrões axiomática tende a não reproduzir a realidade posta e cometer injustiça pelas decisões judiciais. A necessidade de uma técnica para decisões judiciais deve superar esse paradigma positivista do século XIX e XX e se atentar para aspectos metafísicos dos casos submetidos a julgamento. A sedução das matemáticas e sua aplicação em decisões judiciais escondem uma falsa neutralidade e imparcialidade do julgador. O famoso jargão que diz que os números não mentem carrega em seu âmago um viés que não corresponde com a realidade posta aos olhos do julgador. Assim como no caso da definição de miseráveis ou na definição de um dano moral, os números postos em análise não revelam a realidade do ato e podem expressar, portanto, uma mentira.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ADEODATO, João Maurício: **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124-135

BACHELARD, Gaston. *A Filosofia do não; O Novo Espírito Científico; A Poética do Espaço*. **Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha**; Traduções de Joaquim José Moura Ramos... (et. Al.) – 2 ed., Os Pensadores – São Paulo, Editora Abril Cultural, 1984.

BACON, Francis. **Nova Atlântida**. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.) **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRENTANO, Franz. Sobre o caráter apriorístico do princípio ético. Trad.: Evandro O. Brito. In: **ETHIC@**, v.13, n.2, p.420-423, jul./dez., 2014

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 6a ed. São Paulo, Editora Ática, 1997.

DEMO, Pedro, **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Editora atlas, 1985.

DESCARTES, René: **Discurso do método** – Regras para a Direção do Espírito. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**; tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de S. Paulo, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GERMANO, Marcelo Gomes. **Uma nova ciência para um novo senso comum** Campina Grande: EDUEPB, 2011.

HEIDEGGER, Martin, A doutrina de platão sobre a verdade, , Trad. Jeannette Antonios Maman. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, São Paulo, jan/dez de 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Já só um Deus nos pode ainda salvar**. Trad. Irene Borges Duarte, Covilhã: Luso Sofia. 2009a.

HEIDEGGER, Martin. **O meu caminho na fenomenologia**. Trad. Ana Falcão. Covilhã: Luso Sofia, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1988.

HULSMAN, Look. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Trad. Marai Lúcia Karan. Niteroi: Luam, 1993.

KANT, Emanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edições e publicações Brasil editora SA, 2004.

KANT, Immanuel: **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 37, São Paulo, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 05 de mar. de 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra** – um livro para todos e para ninguém. Tradução de Mário Silva. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

OS PRÉ-SOCRÁTICOS. Fragmentos, doxografia e comentários. In: **Os Pensadores**. Tradução de José Cavalcante de Souza, Anna Lia Amaral de Almeida Prado, Ísis Lana Borges et alii, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

OST, François. **A Natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza, **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro, Graal, 2003.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, Nirlana; GERMANO DOS ANJOS, Pedro. A metodologia da pesquisa no Direito e Martin Heidegger. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. (Org.). **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1996.