XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Aloísio Alencar Bolwerk

Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi aconteceu em Goiânia, GO, entre os dias 19 e 21 de junho de 2019. Esta foi mais uma oportunidade única para que professores, pensadores e pesquisadores do Direito se reunissem para trocar ideias, aprender e ensinar. O Conpedi se reafirma como um rico e inigualável espaço de convivência livre e plural, onde as mais variadas inquietudes podem ser discutidas abertamente, sem patrulhamento ideológico e com absoluto respeito pela diversidade de opiniões.

O GT Hermenêutica Jurídica, traduzindo o espírito norteador do Conpedi, recebeu autores oriundos de todas as regiões brasileiras, vinculados a instituições públicas e privadas, alguns ainda iniciando seus estudos na pós-graduação, outros já titulados, todos imbuídos do mesmo propósito de questionar, pesquisar e aprender.

Os estudos apresentados se situaram em torno de quatro eixos principais. Uma visão hermenêutica teórica foi trazida pelos artigos 'Reduções e abrangência da hermenêutica jurídica'; 'Hermes é brasileiro: metafísica, hermenêutica jurídica e exceção'; e 'A importância do texto constitucional no processo de positivação de normas'. Em todos, ideias de autores como Gadamer, Agamben e Streck foram usadas com grande desenvoltura, demonstrando amplo domínio e capacidade analítica.

O debate sobre direitos fundamentais permeou os textos 'A hermenêutica dos direitos fundamentais aplicada à liberdade de expressão: a pseudoproporcionalidade na jurisprudência e o porquê de nos afastarmos da mera subsunção'; 'A hermenêutica jurídica na perspectiva da tensa relação entre congresso nacional e supremo tribunal federal para efetivação de direitos fundamentais: ADO 26 e MI 4733 e a criminalização da homotransfobia'; e 'Análise sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em conflito com o princípio da dignidade humana, sob o olhar da hermenêutica jurídica'. Nestes, questões práticas e atuais foram analisadas à luz de teorias interpretativas variadas, em uma rica combinação de escolas de pensamento.

O processo judicial e, em especial, as diversas dúvidas trazidas pelo novo sistema de precedentes incorporado pelo Processo Civil foram contemplados nos artigos 'A força hermenêutica e a vinculação dos precedentes'; 'A hermenêutica isomêmica e a teoria neoinstitucionalista do processo: conjecturas para legitimidade na construção de provimentos

no paradigma do estado democrático de direito'; e 'A contribuição hermenêutica na determinação do limite da discricionariedade nas decisões judiciais'. O papel do Judiciário, as expectativas acerca da atuação dos juízes, o equilíbrio nas relações processuais, são exemplos de diferentes questões práticas diretamente relacionadas à busca por uma decisão justa, este norte que desde sempre se coloca como um desafio a ser perseguido por todos os atores envolvidos nas relações jurídicas.

Por fim, de forma conexa com o eixo temático anterior, a relação entre poderes e o papel do Judiciário é abordado no artigo 'Hermenêutica e jurisdição constitucional: reflexão sobre os paradigmas fundantes das comissões parlamentares de inquérito'.

Uma interessante variedade de temas, todos atuais e fortemente relevantes, esteve presente na reunião do GT Hermenêutica Jurídica e agora está à disposição dos leitores que tiverem acesso a este caderno de anais, que o Conpedi disponibiliza de forma aberta, democratizando o conhecimento jurídico.

Boa leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. Aloisio Alencar Bolwerk - Universidade Federal do Tocantins - UFTO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HERMES É BRASILEIRO: METAFÍSICA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E EXCEÇÃO.

HERMES IS BRAZILIAN: METAPHYSICS, LEGAL HERMENEUTICS AND EXCEPTION.

Fabricio Carlos Zanin
Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa

Resumo

O tema é a hermenêutica jurídica brasileira. O problema é se a estrutura da metafísica é a responsável pelos dualismos da justiça, da filosofia e dos métodos de interpretação, que levam à exceção? Nossa hipótese é a de que a teoria platônica dos dois mundos é reproduzida nos modelos de justiça, na filosofia e nos métodos de interpretação. O objetivo é fazer com que a metafísica seja reconhecida como a estrutura das imagens da justiça, da filosofia, da caverna, do sincretismo metodológico jurídico e da hermenêutica da exceção. O referencial teórico e metodológico será Gadamer, Agamben e Streck.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Hermenêutica filosófica, Metafísica, Exceção, Crítica

Abstract/Resumen/Résumé

structure of the images of justice, philosophy, cave, methodological syncretism, and the hermeneutics of the exception. The theoretical and methodological framework will be Gadamer, Agamben and Streck.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Philosophical hermeneutics, Metaphysics, Exception, Criticism

1 INTRODUÇÃO

O tema é a hermenêutica jurídica. Discute-se a estrutura dualista da metafísica com as imagens da justiça, da filosofia, com os métodos de interpretação do direito, com o conceito de estado de exceção de Agamben e, por fim, com a hermenêutica da exceção brasileira.

O problema pode ser formulado do seguinte modo: a estrutura da metafísica é a responsável pelos dualismos presentes nas imagens da justiça, da filosofia e dos métodos de interpretação da hermenêutica jurídica? Tal estrutura pode ser tratada desde o conceito de exceção, levando à hermenêutica da exceção?

Nossa hipótese é a de que a teoria dos dois mundos da metafísica platônica é reproduzida nos modelos de justiça, na filosofia e nos métodos de interpretação. O conceito de exceção explicaria o funcionamento do dualismo metafísico, sendo que a hermenêutica da exceção seria tal funcionamento na sociedade brasileira.

O objetivo geral é fazer com que a metafísica seja reconhecida como a estrutura das imagens da justiça, da filosofia, da caverna, do sincretismo metodológico jurídico e da hermenêutica da exceção. Os objetivos específicos são três: primeiro, comparar as imagens da justiça com as da filosofia; segundo, apresentar o problema metodológico da hermenêutica jurídica, relacionando-o com a hermenêutica da exceção brasileira.

Referencial teórico e metodológico será a hermenêutica filosófica de Gadamer, que, juntamente com o método arqueológico de Agamben, nos permite ter um contato significativo com a tradição filosófica e jurídica, de modo a encontrar nela respostas às aporias hermenêuticas. Além disso, utiliza-se, quanto à realidade brasileira, a crítica hermenêutica do direito de Streck e alguns sociólogos e antropólogos para dar conta do conceito de hermenêutica da exceção brasileira.

2 AS IMAGENS SIMBÓLICAS DA JUSTIÇA E DA FILOSOFIA

Todo ser humano envolvido o mínimo que seja com o direito já se deparou alguma vez e em algum lugar com alguma imagem simbólica da justiça. A experiência pode ter acontecido nas primeiras aulas do curso de direito ou no decorrer das atividades de estágio nas salas e corredores dos escritórios de advocacia ou dos órgãos públicos estatais. Seja qual for a ocasião em que a experiência tiver acontecido, até podemos, por um lado, desviar nossos olhares para aquela imagem alguns segundos e, por outro, até podemos falar um pouco sobre ela, mas, na maioria das vezes, seguimos e voltamos aos nossos afazeres cotidianos e rotineiros sem dar a

devida atenção ao sentido da imagem. É como se aquela imagem fosse, pura e simplesmente, mais um objeto qualquer, que não diz nem significa nada.

Mesmo os seres humanos que não são envolvidos diretamente com o direito já passaram pela experiência do encontro com a imagem simbólica da justiça. Para estes, mesmo não entendendo nada do direito e de todos os seus rituais escritos e falados, aquela imagem chama um pouco mais a atenção. Mesmo assim, a rotina cotidiana prevalece. No entanto, todas as pessoas – estejam ou não envolvidas com o direito – deverão, em algum momento de suas vidas, dar a atenção devida à imagem da justiça. Nesse momento, terão que olhar profundamente a imagem, parar todos os seus afazeres e refletir sobre ela, tal como a esfinge nos exige (GAY, 2012; GARCIA-ROZA, 1990).

Quando olharmos profundamente a justiça e refletirmos sobre ela, veremos que, como toda imagem simbólica, ela nos mostra algo que é manifesto e visível, mas, ao mesmo tempo, esconde algo que é latente e invisível (GADAMER, 1998; RICOEUR, 1990). É justamente esse fenômeno – o de não termos acesso imediato ao sentido – que nos confunde e nos leva a realizar algumas perguntas: “o que quer dizer essa imagem?”, “quando ela surgiu?”, “quem a produziu?”, “em que contexto ela foi produzida?”, dentre muitas outras.

São essas perguntas originadas da reflexão profunda que nos fazem ter o contato com a tradição jurídica na qual as imagens da justiça foram produzidas. E, por mais que a tradição nos sufoque e nos confunda com tanta informação, ela nos interpela e exige tal como a esfinge, que a interpretemos. É aí que entra em jogo, por um lado, as tradições grega e romana nas quais as imagens foram produzidas e, por outro, tudo o que elas querem dizer hoje. Cada encontro com as imagens da justiça é uma possibilidade aberta de fazê-las dizer o que querem dizer para nós hoje ou não darmos a devida atenção e continuarmos nossos afazeres cotidiabos (GADAMER, 1998).

Gadamer exemplifica, através da hermenêutica filosófica, o encontro com a tradição a partir do conceito de clássicos. Ao nos encontrarmos com a tradição dos clássicos, temos duas opções: aceitamos a tradição ou a transformamos. Seja em um casoou no outro, o encontro nunca é passivo, mas sim construtivo. A mesma coisa faz Agamben com seu método arqueológico, pois, partindo de um tema, o estado de exeção, por exemplo, ele faz o encontro e a leitura da tradição, problematizando-a. Justamente ao partir dos pressupostos destes autores, faremos o encontro com as tradições das imagens da justiça e da filosofia.

Na tradição grega, a imagem da justiça é composta de vários elementos visíveis. Primeiro, a balança com dois pratos, sem o fiel no meio deles. Os pratos podem aparecer em equilíbrio ou em desequilíbrio. Segundo, a deusa Diké, filha de Zeus e Themis, segura, com sua

mão esquerda, no meio da balança com os dois pratos, fazendo, com sua própria mão, o papel de fiel. Terceiro, com sua mão esquerda, a deusa Diké segura uma espada, que, dependendo da representação, pode estar, na maioria das vezes, na posição vertical para cima ou, em menor proporção, para baixo. Do mesmo modo, a depender da representação, a deusa estará, na maioria das vezes, em pé ou, em menor proporção, sentada. Quarto, os olhos da deusa Diké estão abertos (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

Já na tradição romana, a imagem da justiça muda um pouco nos seus elementos visíveis e manifestos. Primeiro, a balança também tem dois pratos que podem estar também em equilíbrio ou em desequilíbrio, porém apresenta um fiel, diferente da imagem grega. Segundo, a deusa Iustitia segura o fiel com as duas mãos, outra diferença com a deusa grega. Terceiro, se as duas mãos da deusa Iustitia estão no fiel da balança, isso significa que não há espada, outra diferença. Por fim, a deusa Iustitia aparece em pé e seus olhos estão vendados (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

O que quer dizer para nós hoje todo esse conjunto de elementos visíveis e manifestos? Qual o sentido dessas imagens e símbolos? A deusa Diké da tradição grega está situada numa sociedade na qual direito e religião formam um todo homogêneo, pois o papel do mito era muito significativo, a tal ponto que Diké seja filha de Zeus com Themis. Além disso, a espada simboliza o poder, a força e autoridade que determinadas pessoas ou órgãos têm de dizer e executar o direito na sociedade, esteja a espada pra cima, em uso, ou para baixo, em desuso, mas, nesse caso, presente sempre a ameaça do uso. Os olhos abertos significam a ênfase da filosofia grega na visão enquanto elemento principal do ideal de uma vida sábia teórica que, quando alcançada, ajuda, com o auxílio da audição, a agir de forma sábia para encontrar, na prática, o equilíbrio, a igualdade, a harmonia, a justa medida, a felicidade ética e política. Portanto, a imagem da justiça grega dá ênfase na filosofia, na justiça e na igualdade na polis.

A deusa Iustitia da tradição romana é bem diferente da deusa Diké da Grécia. Mesmo sem a espada da deusa grega, a deusa romana também tem um elemento visível cujo significado é o do poder, da força e da autoridade: trata-se da firmeza com a qual segura, com as duas mãos, o fiel da balança, permanecendo a mistura homogênea entre religião e direito. Além disso, ao contrário da deusa grega, tem os olhos bem abertos para equilibrar o saber teórico científico – em Roma nasceu a ciência jurídica, sobretudo com a compilação do *Corpus Iuris Civilis* – com o saber prático e que, ao lado da oralidade, ao contrário da audição grega, formariam a *iuris-prudentia* romana. Portanto, a imagem da justiça romana dá ênfase na ciência, no direito e na jurisprudência na cosmopolis imperial.

As imagens da justiça podem ser comparadas com duas imagens muito famosas da filosofia. A primeira é a imagem que Boécio, um filósofo situado no contexto de transição da cultura grega helenística e romana para o início do período medieval, na prisão, escreve na sua obra "Consolação da filosofia", que, segundo ele, lhe foi ditada pela própria "Filosofia", uma mulher toda maltrapilha. Assim, a imagem da filosofia que nos dá Boécio é de uma mulher toda mal vestida, o que quer dizer dilacerada em suas disputas internas e teóricas (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2010). Boécio foi preso e morto pelo império romano, da mesma forma que Jesus (AGAMBEN, 2004) e, um pouco antes, Sócrates (PLATÃO, 1991) pela democracia grega. Tais fatos deveriam nos fazer, assim como as imagens da justiça e da filosofia, pensar!

A segunda é a imagem da pintura "A escola de Atenas" (Rafael di Sanzio), realizada no contexto do renascimento, outra época de transição entre as "trevas" medievais e a "luz" moderna. Na pintura, bem no centro, aparece a figura de Platão, segurando uma de suas obras, aponta com o dedo para cima, e ao lado, a figura de Aristóteles, também segurando uma de suas obras, aponta para baixo. São referências à ênfase do pensar de cada um deles: Platão, dá ênfase ao mundo das ideias; Aristóteles, ao mundo empírico (REALE, 1995).

A conclusão a que todas essas imagens levam é, inevitavelmente, a de que revelam dualismos metafísicos e epistemológicos que marcam – tal como uma assinatura, para Agamben (CASTRO, 2012) – até hoje a filosofia do direito e a ciência do direito, bem como o problema da passagem ou das relações entre as partes dos dualismos. As discussões que vieram depois, tanto na ciência quanto na filosofia do direito, tais como a polêmica entre jusnaturalismo e juspositivismo ou entre racionalismo e empirismo podem retroceder até as imagens da justiça e da filosofia que vimos aqui.

Se não quisermos que, literalmente, mais mortes como as de Sócrates, Jesus e Boécio aconteçam, temos que, com a ajuda das imagens da filosofia, aproveitar nossos encontros com as imagens da justiça como oportunidades para parar e refletir profundamente sobre o que elas querem dizer hoje, ou seja, sobre as relações da filosofia (e suas imagens) com o direito (e as imagens da justiça) e seus dualismos.

É o que faremos no próximo tópico, ao refletir sobre como os dualismos metafísicos e epistemológicos dessas tradições da justiça e da filosofia manifestam-se nas escolas e métodos de interpretação do direito da hermenêutica jurídica. Faremos também nos próximos tópicos sobre as cavernas, quando discutiremos o mito da caverna de Platão (2001) e outro clássico das aulas introdutórias do direito "o caso dos exploradores de caverna" (FULLER, 1993); as exceções, quando problematizaremos tudo o que vimos antes com a obra de Agamben, "Estado

de exceção” (2004); e, por último, discutiremos Hermes e a hermenêutica jurídica da exceção no contexto brasileiro.

3 AS ESCOLAS E OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A hermenêutica é a ciência da interpretação (PALMER, 1989). Como toda ciência, tem vários elementos: um sujeito que interpreta; um objeto a ser interpretado, geralmente textos; de algum modo, geralmente com um método; em algum contexto; visando a verdade; com um fundamento (HESSEN, 2012).

No caso da hermenêutica jurídica, trata-se sempre de um sujeito, o jurista, que interpreta um objeto, as leis, de um determinado modo, usando os métodos de interpretação, num determinado contexto, social, cultural, histórico, visando a verdade, ou seja, a correção da interpretação para aquele caso, sendo que tudo isso tem um fundamento, que depende do território filosófico (COELHO, 2014; SILVA, 2000).

A hermenêutica divide-se, tradicionalmente, conforme a natureza de seu objeto, ou seja, de seus textos e dos seus métodos (CALVO GARCIA, 1994). Assim, temos a seguinte divisão: hermenêutica filológica, bíblica, jurídica e literária (PALMER, 1989).

Sua origem é atribuída à figura mitológica grega de Hermes (KAUFMANN, 1992). A partir do dualismo dos mundos humano e divino, ele era o responsável por interpretar a linguagem dos deuses e levá-la, como um mensageiro, aos humanos. Foi o criador da linguagem, da escrita e da interpretação (SCHMIDT, 2012). Se compararmos a origem mítica da hermenêutica com a imagem da justiça que vimos da tradição grega, veremos que Diké e Hermes são irmãos por parte de pai, Zeus, com esposas diferentes.

Além da origem grega (GRIMAL, 1997), outra é apresentada por Roma. Remete à etimologia da palavra "intérprete", a qual designa o adivinho que descobria o futuro e os desígnios dos deuses nas entranhas das vítimas (COELHO, 2004; VILLEY, 2009). Se compararmos a origem romana da hermenêutica com a tradição romana da imagem da justiça, veremos que a passagem do adivinho ao pretor romano e sua jurisprudência não ia demorar muito a acontecer.

O que é marcante desde o início da hermenêutica, da mesma forma que nas imagens da justiça, é sua estrutura metafísica, ou seja, o dualismo dos mundos. Então, o dualismo da origem metafísica da hermenêutica jurídica está na base também de todos os seus problemas de relação e de passagem entre os extremos dos dois mundos, tal como em Hermes (KAUFMANN, 1992).

Desde de Hermes até hoje, essa estrutura permanece a mesma, apenas mudando os fundamentos filosóficos (WOLKMER, 2008).

A hermenêutica jurídica trata dos métodos de interpretação que levam à interpretação verdadeira e correta dos textos legais (FRIEDE, 2015). Sua "certidão de nascimento" é o dualismo que faz parte do fundamento metafísico de toda e qualquer hermenêutica. Assim, temos de um lado, o mundo abstrato das normas jurídicas e, de outro, o mundo concreto dos casos. E no meio, tal como Hermes, nós estamos presentes, os intérpretes.

Se partirmos dos períodos tradicionais da história da filosofia para apresentarmos uma introdução aosfundamentos filos[oficos dos métodos da hermenêutica jurídica, temos então, quatro períodos: filosofia antiga, filosofia medieval, filosofia moderna e filosofia contemporânea, sendo que, em cada um deles, predomina um fundamento filosófico.

Assim, na Grécia, a partir do milagre grego, tudo passa a ser visto a partir da natureza (*physis*), num sentido cosmológico (WOLKMER, 2008). Em Roma, o fundamento ainda era a natureza, mas suas manifestações tornam-se imperiais, prevalecendo não a filosofia do direito, mas a ciência jurídica (Código de Justiniano), exatamente como vimos nas imagens da justiça (MERRYMAN, 1971). Na idade média, o fundamento é Deus. Tudo se fundamenta na natureza divina. O cristianismo é um fenômeno complexo porque une múltiplas fontes: o judaísmo, a filosofia grega e a filosofia romana, tal como vimos na imagem da filosofia dada a nós por Boécio. Da *physis* e *nomos* e dos bárbaros e romanos passa-se ao dualismo Deus e humanos e ao direito canônico (GILSON, 2013; VILLEY, 2009). Na modernidade, o ser humano livra-se da natureza e da religião, renascendo como fundamento e revolucionando tudo. O humanismo racionalista manifesta-se nas ciências (positivismos). Da lei natural onde direito, política e ética estavam juntos, passa-se aos direitos naturais, agora separados (KAUFMANN, HASSEMER, 2002).

Os métodos de interpretação do direito nascem na transição da idade média para o renascimento e para modernidade, quando então predominava na filosofia o fundamento humanista e racionalista, querendo separar-se da teologia. Portanto, a hermenêutica jurídica nasce misturada com hermenêutica teológica e filológica, do mesmo modo que vimos a mistura entre direito e religião nas imagens da justiça.

Os primeiros métodos hermenêuticos nascem com a redescoberta do direito romano, com o nascimento das cidades e universidades medievais e com a formação dos estados nacionais modernos e suas codificações. Os glosadores e os comentadores foram os primeiros, defendendo o método literal, gramatical ou filológico. Os primeiros utilizavam-no com total

fidelidade ao texto (*ratio scripta*). Já os segundos, com total infidelidade, adaptando-o ao contexto (*ratio legis*) (CALVO GARCIA, 1994).

Em seguida, vem a escola e o método exegéticos, criado com o nascimento do código civil napoleônico e no contexto do pensamento filosófico cartesiano, os quais tinham a pretensão de, racionalmente, capturar toda a vida humana e toda a realidade social a partir da vontade da lei e/ou do legislador (FERRAZ JÚNIOR, 1986).

Nos países sem codificação e já no contexto do romantismo, o direito romano e o direito canônico influenciaram a escola histórica e seus métodos histórico, evolutivo e comparativo. Não a *ratio scripta*, tampouco a *ratio legis*, mas sim a *occasio legis*, analisada como os costumes e a tradição comum de um povo e de uma nação, e investigada a partir do pandectismo (STRECK, 2014). Savigny e Puchta são os nomes mais lembrados, pois deram os passos iniciais dos princípios gerais do direito e da teoria geral do direito, chamada de "jurisprudência dos conceitos". Os dois sistemas do direito estavam criados: o francês (*civil law*) e o inglês (*common law*) e seus respectivos modelos de intérpretes ou juízes: o juiz "boca da lei" fiel e o juiz adaptador infiel (WOLKMER, 2008).

Em seguida veio o método teleológico, com sua busca da *ratio juris* e *ratio legis*, cujos nomes principais são Ihering, Heck e Stoll. Eles defendiam a finalidade e função social da lei, em conexão com os interesses individuais e com a sociedade. Em contraposição à jurisprudência dos conceitos, o método teleológico dividiu-se em dois: "jurisprudência dos interesses" e "jurisprudência dos valores" (MAXIMILIANO, 2017).

O método da livre investigação ou científico, defendido por Geny, foi uma tentativa de salvar a exegese, adaptando-a à existência das lacunas. Dessa forma, o juiz deveria reconhecer o código, mas, diante das lacunas, ir além do código, a partir do próprio código. Ou, em outras palavras, permanecer dentro da lei na falta da lei. Apela-se a um "direito vivo", mistura de moral, religião e justiça, pré-existente ao direito positivo e que incentivaria a criação do juiz no caso das lacunas (DINIZ, 2005).

O método do direito livre, no qual aparecem nomes como Kantorowicz e Ehrlich, vai mais além do que a livre pesquisa, pois incentiva o juiz a permanecer, no caso de lacunas (falta da lei), tanto dentro, quanto fora da lei. Assim, da mera adaptação, passa-se à livre criação do juiz. Equipara-se ao direito alternativo brasileiro (HERKENHOFF, 1990), com positivismo de combate, uso alternativo e direito alternativo e ao realismo, sobretudo o norte-americano.

O método sociológico inverte e vira do avesso a dogmática jurídica tradicional. Ao invés do direito captar a sociedade para regulá-la, é o direito que, a partir da sociedade, é visto como um produto dela, ao lado de muitos outros. Nomes como Hariou e Duguit na sociologia do

direito e Comte, Weber, Durkheim, Marx, na sociologia, são fundamentais aqui (REALE, 1995).

Tanto o método da tópica-retórica (Viehweg) quanto a nova retórica (Perelman), tratam de um renascimento do direito natural a partir de uma rediscussão da obra aristotélica e tomista. O saber prático, a prudência e a argumentação ganham aí destaque. Nesse mesmo contexto podemos situar a razoabilidade de Siches, que vê o direito a partir da vida humana e da decisão razoável (STRECK, 2011).

O positivismo também é um método que sofreu muitas transformações. Nasce exegético, vira sociológico, depois fático, em seguida normativista, a seguir neo-positivista e, atualmente, argumentativo e pós-positivista. O movimento argumentativo atual, na esteira de Viehweg e Perelman, ganha destaque com a razão comunicativa de Habermas e com o direito discursivo de Alexy, mesmo sendo visto como reformulação positivista (STRECK, 2011; COSTA, 2008). Nesse cenário pós-positivista, resultante da reviravolta linguística, seja na filosofia analítica, seja na filosofia continental, a crítica hermenêutica do direito de Streck, apoiada no paradigma hermenêutico, critica a busca procedimental habermasiana e o direito discursivo analítico de Alexy como abordagens metodológicas insuficientes da hermenêutica jurídica. Propõe, no seu lugar, uma hermenêutica constitucional onde o texto é visto como texto no seu acontecer – e não como objeto – e a interpretação como experiência de linguagem (STRECK, 2011, 2010, 2002, 2004).

Assim, no decorrer da história dos métodos da hermenêutica jurídica, percebe-se, da mesma forma que vimos nas imagens da justiça e da filosofia, dualismos metafísicos e epistemológicos, pois o que está em jogo na hermenêutica jurídica, sempre misturando racionalismo e empirismo, idealismo e realismo, dedução e indução, dialética ideal e dialética material histórica, é o sincretismo dos métodos (DINIZ, 2005; MAZOTTI, 2010; REALE, 2002; SOARES, 2016).

Além disso, a estrutura dualista metafísica manteve-se intacta em toda essa história, no sicretismo metodológico e metafísico, por exemplo, de Betti e Maximiliano, dois clássicos da hermenêutica jurídica tradicional. Betti afirmou que a interpretação jurídica é o encontro do espírito do legislador objetivado na lei com o espírito do intérprete na humanidade comum. Também corrigiu as antinomias desse encontro com os cânones metodológicos do sujeito e do objeto (2007). Percebe-se nitidamente o dualismo metafísico entre sujeito e objeto e os problemas lógicos e metodológicos da passagem de um ao outro.

Já a obra de Maximiliano afirma a existência de dois sistemas hermenêuticos, o tradicional e o histórico. O sistema tradicional dá ênfase no legislador e na lei, resumido na

frase "faça-se justiça, mesmo que o mundo pereça". Já o sistema histórico dá ênfase no juiz e à sociedade, resumido na frase "o excesso de direito gera injustiça" (2017). Percebe-se, de novo, o dualismo metafísico e seus problemas de passagem de um ao outro.

A crítica hermenêutica do direito (STRECK, 2014) denuncia justamente os dualismos metafísicos e epistemológicos e o sincretismo desses autores clássicos da hermenêutica jurídica metodológica (CALVO GARCIA, 1994) que vive na zona da exceção, entre a metafísica moderna do subjetivismo e a metafísica antiga e medieval do objetivismo (WARAT, 2000).

4 DO MITO DA CAVERNA AOS EXPLORADORES DE CAVERNA

Nessa parte do texto, pretendemos relacionar as imagens da justiça, as imagens da filosofia e as escolas, métodos e fundamentos da interpretação presentes na hermenêutica jurídica com o mito da caverna de Platão e com o caso dos exploradores de caverna de Fuller. São imagens e textos muito conhecidos de qualquer estudante de direito, mas, como vimos, nem sempre pensados e vistos com a devida atenção que merecem. O objetivo será o de relacionar os dualismos metafísicos e epistemológicos resultantes das imagens da justiça e da filosofia e da hermenêutica jurídica com Platão e com Fuller.

Platão é considerado o pai da metafísica. O mito da caverna explica a metafísica de Platão. Além disso, é um texto belíssimo e muito simbólico, tal como as imagens da justiça que vimos. Sem a pretensão de exauri-lo, vamos tentar destacar algumas coisas importantes para o tema em discussão. Várias pessoas estão numa caverna. Suas condições são de pessoas acorrentadas, presas entre si e de costas para a entrada da caverna. Fora da caverna existe um muro.

Atrás do muro, seres humanos carregam estátuas nos ombros. Atrás deles, uma fogueira e, mais adiante, o sol. A caverna produz eco das conversas desses seres humanos atrás do muro. Assim, a luz do sol produz sombras no fundo da caverna. As pessoas presas na caverna nada mais podem ver do que as sombras das estátuas e nada mais podem ouvir do que os ecos das conversas dos seres humanos atrás do muro. Então, acreditam que as sombras são a única e verdadeira realidade.

Uma dessas pessoas consegue libertar-se das correntes. Então, decide sair da caverna. Logo que sai, a luz do sol bate imperdoavelmente nos seus olhos. Ele sofre com o brilho da luz do sol, mas, depois de um tempo de adaptação e esforço, acostuma-se com o mundo de luz e de conhecimento. No entanto, pensa nas outras pessoas que permaneceram na caverna e decide

voltar. Chegando lá, tenta comunicar sua descoberta aos outros, que não acreditam e o acabam matando.

Da mesma forma que fizemos com as imagens da justiça e da filosofia, quatro podem ser, segundo Reale (1995), os significados do mito da caverna: metafísico, epistemológico, místico e ético ou político. Vejamos cada um deles. No metafísico, cada um dos elementos do mito tem um significado: as sombras são as aparências sensíveis das coisas; as estátuas são as coisas sensíveis; o muro representa a divisão entre os dois mundos; as coisas depois do muro representam o ser verdadeiro das ideias e, por último, o sol representa o fundamento do bem.

No epistemológico, os elementos representam os graus de conhecimento: as sombras são a imaginação e as estátuas, a crença; o percurso das sombras para a luz representa a dialética platônica como caminho do conhecimento. Atualmente, a totalidade dos manuais de filosofia começam a definir a filosofia distinguindo-a, por um lado, do senso comum dogmático e, por outro, das ciências, das artes e da teologia. Tal atitude tem como seu fundamento esse percurso epistemológico do mito platônico da caverna (BORNHEIN, 2009; CHAUÍ, 2000; ARANHA, 2006; GHIRALDELLI, 2010). No significado místico, a conversão da vida de sombras dos sentidos para a vida de luz do inteligível é vista como uma vida de contemplação e de libertação. Por fim, o sentido ético e político remete à decisão individual e coletiva do retorno à caverna do rei-filósofo que, ao adaptar-se novamente à escuridão, propõem mudanças individuais e coletivas, sempre correndo os riscos de ser tido como louco e até mesmo de ser morto.

A metafísica de Platão é chamada de teoria dos dois mundos porque divide a realidade em duas: a dos sentidos e a da razão. Se toda a tradição que veio depois de Platão não passa de uma simples nota de rodapé à sua filosofia, então podemos concluir que os dualismos metafísicos helenísticos, medievais, modernos e contemporâneos têm nele a sua origem (GUIRALDELLI, 2010).

Por isso é que afirmamos que os dualismos das imagens da justiça e da filosofia podem ser comparados com Platão. Da mesma forma que as polêmicas da hermenêutica jurídica. Se no nosso encontro com as imagens da justiça e com as da filosofia temos que reconhecer as tradições grega da filosofia e romana da ciência jurídica e se na história dos métodos da hermenêutica jurídica temos de reconhecer polêmicas dualistas, então temos, inevitavelmente, que relacioná-las com a metafísica de Platão, segundo a hermenêutica filosófica e o método arqueológico.

Assim, além de todos aqueles significados metafísico, epistemológico, místico e ético-político, o mito da caverna também pode e deve ter um significado jurídico, tanto no sentido epistemológico da relação entre filosofia e ciência jurídicas, quanto no sentido metafísico de

explicar o dualismo hermenêutico que, secularizando os mundos divino e humano de Hermes, resulta no mundo das normas, no mundo dos fatos ou dos casos e no problema da relação metodológica entre eles.

A caverna de Platão será relacionada agora com o caso dos exploradores de cavernas de Fuller. Resumidamente, a obra aborda um caso jurídico. Trata-se de um grupo de exploradores que ficam presos em uma caverna. Em razão da demora do resgate e da falta de alimentação, eles decidem realizar um jogo e tirar na sorte qual deles deveria ser morto para que os outros sobrevivessem ao comer a carne de seu corpo. Então, depois do resgate, os sobreviventes são acusados de homicídio, julgados e condenados a morte. Em grau de recurso, a obra demonstra como os juízes interpretaram o caso expressando, em suas decisões, várias escolas e métodos de interpretação da hermenêutica jurídica, que vimos anteriormente.

Assim como as imagens da justiça e da filosofia são significativas, e assim como o mito da caverna de Platão é extremamente significativo, o caso dos exploradores de cavernas é muito simbólico. Suas discussões remetem à ciência política, à sociologia jurídica e à polêmica dogmática e filosófico do direito entre jusnaturalistas e juspositivistas. Em razão do espaço, não aprofundaremos cada um dos votos apresentados e suas respectivas teorias e métodos hermenêuticos.

Apenas queremos destacar que o caso dos exploradores de cavernas termina com uma aporia hermenêutica. Ela pode ser exemplificada pelo dualismo do estado de natureza e do estado civil e político do contratualismo ou pelo dualismo do positivismo jurídico e do direito natural. A lei positiva do estado civil-político ainda era vigente – ou seja, tinha força de aplicação – na caverna? Ou o caso remete a leis naturais e princípios de justiça que, a despeito da lei positiva estar ou não vigente, sempre estão presentes? Além das cavernas, talvez uma outra semelhança entre Fuller e Platão é a de que, tanto a obra de um (exploradores de cavernas), quanto a de outro (diálogos socráticos), terminam em aporias.

Outros casos podem citados para exemplificar a aporia hermenêutica. O primeiro é de uma mulher que, no regime nazista, denunciou seu próprio marido, que acabou morto. No fim do regime nazista ela foi julgada e condenada (FULLER, 1993, NINO, 1999). O segundo, mais famoso, é o Tribunal de Nurembergue (NINO, 2010), que julgou os burocratas nazistas pelas suas atrocidades cometidas durante o regime. O que todos esses casos têm em comum é que, além dos dualismos metafísicos e epistemológicos exemplificados no direito, nos paralisam e nos fazem persar e perguntar: isso é justo? Nesse momento a aporia hermenêutica se manifesta, nos fazendo recordar outra imagem de mulher, Antígona, que, na tragédia de mesmo nome,

desobedeu a lei do soberano ao afirmar que não era justa. Nesse momento, os irmãos Diké e Hermes se conectam com Antígona (RICOEUR, 2008).

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA DA EXCEÇÃO

Toda definição de ciência jurídica envolve discussões e pressupostos que extrapolam o campo jurídico. Por exemplo, a definição de ciência jurídica dada por Kelsen (1998) como um sistema conceitual extraído unicamente a partir das normas envolve um arcabouço de discussões extracientíficas, cujas raízes são essencialmente filosóficas (WARAT, PEPE, 1996; STRECK, 2011).

Percebe-se, assim, uma distinção entre o campo científico (D´AGOSTINI, 2002; HOTTOIS, 1998) e o filosófico, sendo que o que é evidente e indiscutível para o primeiro, pode não ser tanto assim para o segundo; além disso, muitos conceitos que o primeiro usa, vem do segundo; ademais, quando os fundamentos e princípios do primeiro estão em crise, a segunda vem em auxílio, assim como nas tradições gre (filosofia do direito) e romana (ciência do direito) das imagens da justiça que representa o direito.

Se investigarmos e interrogarmos a experiência cotidiana do jurista, veremos que aquilo que eles mesmos dizem de suas atividades envolve uma decisão que sempre ultrapassa a dimensão da estrita cientificidade. Esse ultrapassamento transgride as rígidas fronteiras entre as disciplinas científicas (PAVIANI, 2005), causando uma mistura da ciência jurídica não apenas com outras ciências ditas afins ou auxiliares (sociologia, história, teologia, antropologia, economia, política, etc.), mas também e, sobretudo, com a filosofia.

Segundo Ferraz Júnior (1986) duas são as preocupações constantes em torno das justificativas da cientificidade do Direito: primeiro, definir todos os ramos do Direito como autônomos, mas dentro de uma ciência unitária e, segundo, diferenciar a ciência jurídicas das demais ciências.

Quanto à primeira preocupação, os argumentos utilizam conceitos a respeito da estrutura de toda e qualquer ciência: sujeito, objeto, método, verdade, contexto e fundamento. Assim, as diversas epistemologias jurídicas e suas teorias gerais podem ser enquadradas aí, bem como sua classificação como uma ciência humana (SCHMIDT, 2012). Quanto à segunda, o caráter dogmático da ciência jurídica seria a principal diferença dela com relação às demais, pois envolve a especificidade de seu objeto e método (BARZOTTO, 2004).

A respeito da dogmática, ela envolve dualismos que trazem sérias conseqüências para toda a ciência jurídica. Dualismos como norma e caso, sujeito e objeto, formalismo e aplicação,

identidade e diversidade, descritivo e prescritivo, etc. As conseqüências de tais dualismos da dogmática são sérias, principalmente na área da hermenêutica jurídica e do ensino jurídico, repercutindo nos exames de ordem e concursos públicos (WARAT, 2000).

Existe entre o direito e a vida, segundo Agamben, uma fratura, um abismo, uma distância insuperável. Exatamente aí, nesse espaço fraturado, cria-se uma zona de indeterminação, um vazio, onde o poder, a soberania, na figura da decisão do soberano, torna-se possível. Entre o direito e a realidade ou entre o poder soberano e seu direito de vida e morte sobre os indivíduos nus existe uma zona de indeterminação, um vazio sombrio e indiscernível: este é o estado de exceção, local da decisão soberana.

No dualismo abissal entre direito e vida, o que está em jogo são os limites do próprio ordenamento jurídico, pois o estado de exceção é uma lacuna fictícia que tem como objetivo trazer para dentro do ordenamento jurídico, na sua luta entre validade e faticidade, a própria exceção e a própria vida, antes negadas e distanciadas. O jurista vive uma luta constante, trabalho de Sísifo, para, através da interpretação, vencer essa fratura e distância entre validade do direito e faticidade da vida concreta, real e social. O jurista está situado no local da decisão soberana, no estado de exceção, na zona indiscernível e de indeterminação.

No entanto, nesse estado de exceção, cria-se uma zona de mobilidade imprecisa e paradoxal entre o que está dentro e fora, o que está incluído no sistema do direito e o que está excluído, possibilitando a interpretação e decisão do jurista. Direito e fatos tornam-se indiscerníveis, pois, por um lado, a suspensão da aplicação garante a vigência e, por outro, a suspensão da vigência garante a aplicabilidade das normas que compõem o ordenamento.

Além da importância do conceito de “estado de exceção” para a análise aproximativa das democracias e dos regimes ditatoriais e autoritários, pois a exceção está presente também nas democracias e suas complexas relações entre executivo e legislativo, existe um momento em que o conceito transforma-se numa teoria da interpretação. Nesse momento que o pensamento de Agamben é mais fértil para os problemas da ciência jurídica, o que permite refletir sobre os dualismos dos tópicos anteriores.

Temas conexos à interpretação jurídica tais como mutação constitucional, relações entre poder constituído e poderes constituídos, relações entre Direito e Democracia, entre Constituição e Lei, etc. ganham outros contornos com o pensamento de Agamben sobre o estado de exceção e sua relação com o ordenamento jurídico.

> Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à

> lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor (AGAMBEN, 2004, p.49).

A decisão soberana é que, através da interpretação e da suspensão da lei e sua validade, torna possível a aplicação da lei à situação excepcional. A exceção separa a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação, criando, entre o direito e a realidade, uma zona de anomia, na qual é possível a normatização do real.

No estado de exceção, a força da lei é uma ficção, um elemento místico, mas necessário para a fundamentação da completude, coerência e unidade do ordenamento jurídico. A força da lei é sua negação. Tudo não passa de ficções que a ciência jurídica e seu sistema conceitual normativo toma como estratégia para tentar incluir sua própria diferença excluída.

Assim, "o conceito de aplicação é certamente uma das questões mais problemáticas da teoria jurídica, e não apenas dela. A questão foi mal colocada devido à referência à doutrina kantiana do juízo enquanto faculdade de pensar o particular como contido no geral" (AGAMBEN, 2004, p.61; GADAMER, 1998).

Como vimos, o verdadeiro problema da ciência jurídica é encontrar uma ponte entre os lados, as margens da fratura caracterizada pela zona de anomia ou pelo estado de exceção. O escândalo da ciência jurídica é ainda acreditar que a própria ciência jurídica, isolada em suas disciplinas puras e apenas em termos metodológicos interpretativos, pode dar uma solução para essa fratura.

Os problemas da ciência jurídica constituem uma ambiguidade essencial e uma alternativa dualista imprescindível para o estado de exceção e para a autoridade e decisão soberana da interpretação que podem ser sintetizados, segundo Agamben, na seguinte frase:

> É como se o universo do Direito [...] se apresentasse [...] como um campo de forças percorrido por duas tensões conjugadas e opostas: uma que vai da norma à anomia e a outra que, da anomia, leva à lei e à regra. [...] Daqui resulta um duplo paradigma que marca o campo do Direito como uma ambiguidade essencial: de um lado, uma tendência normativa em sentido estrito, que visa a cristalizar-se num sistema rígido de normas cuja conexão com a vida é, porém, problemática, senão impossível (o estado perfeito de direito, em que tudo é regulado por normas); [...] de outro lado, uma tendência anômica que desemboca no estado de exceção em que [...] a norma age como pura inclusão da vida" (AGAMBEN, 2004, p.111).

Essa citação mostra a ambiguidade gerada pela ciência do direito quando, para definir-se, ela se separa criando o ordenamento que, para ser aplicado, tem de ser suspenso com o

intuito de incluir novamente o que separou. Tudo isso depende de uma zona indiscernível e sombria na qual o soberano decide. Essa zona é o estado de exceção. Os exemplos dados por Agamben, para exemplificar o funcionamento do estado de exceção, são: festas, que podem ser comparadas com carnaval (DAMATTA, 1997a), luto, metafísica, iustitium, potestas, auctoritas, direito romano, etc.

Agamben conclui postulando que, entre o direito e a vida, é possível abrir um espaço para a ação humana – muito além da decisão soberana no estado de exceção que não apenas abandona a vida nua, mas também anula tal ação nos poderes constituídos –, aquela que muito antigamente e que está esquecida recebia o nome de política.

A verdadeira política é justamente aquela que corta os vínculos e os laços (inoperosidade) que ainda unem a vida nua ao poder soberano, tornando possível um novo direito e uma nova ação. Não outro direito e não outra ação, mas os mesmos, apenas diferentes, novos. Encontraremos, entre o direito e a vida, "não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção" (AGAMBEN, 2004, p.133).

6 HERMES É BRASILEIRO?

O que é marcante desde o início da hermenêutica, no mito de Hermes, nas imagens da justiça e da filosofia e que persiste nos métodos de interpretação jurídicos é a estrutura metafísica de dois mundos. Se o problema maior da hermenêutica jurídica é a relação entre esses dois mundos, a hermenêutica metodológica cria uma "solução" conveniente: fica misturando de forma sincrética a metafísica do objeto clássica (antiguidade e medievo) e a metafísica do sujeito (moderna), como vimos em Betti e Maximiliano. O nome desse mundo do meio é a exceção, ou melhor, hermenêutica jurídica e metodológica da exceção, que pode ser ampliada no caso do jeitinho excepcional brasileiro.

A Sociologia (CARDOSO, 2013; BOTELHO, SCHWARCZ, 2009) e a Antropologia (DAMATTA, 1997a; CARDOSO DE OLIVEIRA, 1988) renderam valiosos estudos sobre a formação da nossa sociedade e da nossa cultura. Esses resultados podem ser exemplificados no "jeitinho brasileiro". Primeiro, os políticos e empresários brasileiros, ou seja a elite, adotam o jeitinho brasileiro formal. Segundo, o resto do povo brasileiro também adota o jeitinho brasileiro, mas, nesse caso, informal. O jeitinho brasileiro formal de políticos e empresários ou, de modo geral da elite, os faz considerar-se acima da lei, o que explica fatos como o "sabe com quem está falando", o "carteiraço", o "coloque-se no seu lugar" e os vários desmandos

autoritários do abuso de poder nas relações sociais, sem contar que, estando acima das leis, ou as manipulam ou, no vazio das mesmas do estado de exceção, criam as suas próprias (SHIRLEY, 1987; DAMATTA, 1997a).

O jeitinho brasileiro informal do povo brasileiro os faz considerar-se à margem da lei, excluídos dela, fora da lei ou sem lei. Entretanto, no vazio da lei, a população cria suas próprias leis, o que explica a invisibilidade, a exclusão, a discriminação, a violência, as gambiarras da sobrevivência e as estruturas "legais" paralelas à do Estado, que a teoria jurídica tenta explicar com o pluralismo jurídico. Terceiro, a soma do jeitinho formal com o informal resulta na mais absoluta descrença e desconfiança com relação às instituições sociais e, sobretudo, com relação à lei. O brasileiro simplesmente não acredita na política e na lei e muito menos no direito, pois sabe que aquilo que vê é fruto de uma estrutura da exceção, paralela, invisível e acessível a poucos privilegiados, local onde as decisões são verdadeiramente tomadas.

Talvez na hipótese do jeitinho brasileiro esteja a explicação do Brasil ser um dos países mais complexos do mundo e, ao mesmo tempo, um dos países mais desiguais do mundo (SHIRLEY, 1987). O país do futuro, o país cordial e o país da miscigenação e, ao mesmo tempo, o país do racismo e do preconceito velado e dissimulado (DAMATTA, 1997b). Aliás, talvez estejam nos paradoxos que nos definem e que nos definiram desde o começo a força e a flexibilidade de nossa (s) cultura (s).

O enigma paradoxal brasileiro pode ser comparado, por exemplo, com o enigma paradoxal da Amazônia (BECKER, 1991). Se preenchermos o vazio significativo da palavra "Brasil" com mitos fundadores paradoxais (DERRIDA, 2007; AGAMBEN, 2004; CHAUÍ, 2000), tais como os da casa grande e senzala, o mesmo acontece com o vazio significativo da palavra "Amazônia", preenchido com diferentes sentidos: legal, territorial, ambiental, local, social, internacional, verde, regional, real, azul, econômica, militar e política, etc.; e disputado por duas ideologias: o liberalismo ("civilização da máquina") e o ecologismo ("civilização da vida") (BARROS, 2009).

Tantos são os sentidos que preenchem o vazio do Brasil e da Amazônia que não sabemos mais se estamos diante do Brasil e da Amazônia reais ou fruto de nossa imaginação, desejo e utopias. O paradoxo é tanto, que o Brasil pode ser, de um lado, o país do futuro e, de outro, um país mestiço condenado eternamente ao fracasso; a Amazônia, por sua vez, pode ser, por um lado, o paraíso perdido eldorado, mas que, por outro, é o inferno verde, abrindo espaço para a exceção.

A respeito dos índios também reina o vazio e o paradoxo, pois nossa incompreensão da cultura indígena é tanta, que preenchemos o vazio significativo e identitário com imagens

míticas construídas arbitrariamente e contraditórias do tipo: monstro canibal ou bom selvagem em harmonia com a natureza; infeliz preguiçoso ou feliz trabalhador; feio e estúpido ou bonito e inteligente; coisa sem alma ou ser humano com "um pouco" alma; anarquistas dionisíacos orgiásticos ou comunistas cheios de tabus sexuais apolíneos; violentos e criminosos ou crianças dóceis que necessitam de proteção (LAPLANTINE, 2003). O dualismo dessas visões e os excessos de significados abrem espaços para a exceção.

Além dos exemplos já citados de nossa questão identitária e cultural nacional, da Amazônia e dos povos indígenas, outro exemplo do jeitinho brasileiro digno de nota é a prática religiosa. O brasileiro, seja de qual for a crença, não consegue observar o mais simples ritual. Ele simplesmente não obedece às regras impostas pelo ritual, até mesmo conversa durante sua execução ou nem mesmo lhe dá a importância simbólica devida. Se transportarmos essa atitude flexível e descompromissada com relação ao ritual religioso para outras esferas da sociedade, tais como a Política, o Direito, a Economia, a Família, etc., tudo fica mais nítido e compreensível. A democracia, a justiça, as trocas, os vínculos privados e públicos, tudo depende de certos rituais, certas regras, as quais o brasileiro subverte com seu comportamento malicioso, displicente e pessoalizado ("jeitinho"). Enfim, todos dualismos, os excessos, desvios e esvaziamentos de sentido levam à hermenêutica da exceção.

Em suma, no vazio do Brasil, no vazio da Amazônia e no vazio do ritual, no vazio da presença suspensa da lei, reina a exceção de uns acima e outros abaixo dela, mas tendo todos em comum o jeitinho formal ou informal no qual criam suas próprias leis paralelas e invisíveis da exceção, pois têm força de lei no espaço gerado de suspensão da lei (DAMATTA, 1997a; SHIRLEY, 1987; AGAMBEN, 2004; CARDOSO, 2013).

Portanto, no Brasil, quando se fala em hermenêutica jurídica, nunca sabemos se estamos diante do mundo das normas, do mundo da sociedade, do mundo do meio metodológico (problema da relação) ou, complementando a exceção a partir do jeitinho excepcional brasileiro, se estamos no mundo do jeitinho acima das leis ou no mundo do jeitinho abaixo e fora da lei. A hermenêutica da exceção nomeou os espaços abissais da relação, no primeiro caso, e dos excessos (acima e fora da lei), no segundo.

7 CONCLUSÃO

A conclusão principal de todo o texto é a de que o mito da caverna de Platão tem significado jurídico, tanto no sentido epistemológico da relação entre filosofia e ciência jurídicas, quanto no sentido metafísico de explicar o dualismo hermenêutico que, secularizando

os mundos divino e humano de Hermes, resulta no mundo das normas, no mundo dos fatos ou dos casos e no problema da relação metodológica entre eles.

Segundo Agamben, o verdadeiro problema da ciência jurídica é encontrar uma ponte entre os lados, as margens da fratura, caracterizada, pela zona de anomia e pelo estado de exceção. O escândalo da ciência jurídica é ainda acreditar que a própria ciência jurídica, isolada em suas disciplinas puras e apenas em termos metodológicos interpretativos, pode dar uma solução para essa fratura.

Por fim, a hermenêutica da exceção brasileira complica ainda mais as coisas ao adicionar ao mundo das normas e ao mundo dos fatos pessoas ou grupos que, por um lado se acham acima do mundo das normas e, por outro, pessoas ou grupos que se acham fora da lei.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.
ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. São Paulo: Moderna, 2006.
BARROS, Raimundo Caramuru. **Desenvolvimento da Amazônia**: como construir uma civilização da vida e a serviço dos seres vivos nessa região. São Paulo: Paulus, 2009.
BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução à Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 2004
BECKER, Berta. **Amazônia**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1991.
BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
BORNHEIN, Gerd. **Introdução ao filosofar**: o pensamento filosófico em bases existenciais. São Paulo: Globo, 2009.
BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Um enigma chamado Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.
CALVO GARCIA, Manuel. **Los fundamentos del método jurídico**: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994.
CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 2013.
CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Sobre o pensamento antropológico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.
CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.
CHAUÍ, Marilena de Souza. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Perseu Abramo, 2000.
COELHO, Luiz Fernando Coelho. **Aulas de introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Manole, 2004.
COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. **Autonomia e norma jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a.
_____. **O que faz o vrasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.
DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
_____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
FRIEDE, Roy Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9.ed. São Paulo: Manole, 2015.
FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1993.
GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade**: na filosofia antiga e na psicanálise. Rio de Janeiro. J. Zahar, 1990.
GAY, Peter. **Freud**: uma vida para seu tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **A aventura da filosofia**. São Paulo, Manole, 2010.
GILSON, Etienne. **A filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
GRIMAL, Pierre. **Dicionário da mitologia grega e romana**. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. São Paulo: Acadêmica, 1990
HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
HOTTOIS, Gilbert. **Do Renascimento à pós-modernidade**: uma história da filosofia moderna e contemporânea. São Paulo: Idéias & Letras, 2008.
KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 1992.
KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.
MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. São Paulo: Manole, 2010.
MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
NINO, Carlos S. **Introdução à analise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
_____. **Algunos modelos metodológicos de "ciência" jurídica**. México: Fontamara, 1999.
PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1989.
PAVIANI, Jayme. **Interdisciplinaridade**: conceito e distinções. Porto Alegre: Pyr, 2005
PLATÃO. **Defesa de Sócrates**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
_____. **A república**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **Historia del pensamiento filosófico y científico**. 2.ed. Barcelona: Herder, 1995.
REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações**: ensaios de hermenêutica. Porto: Rés, 1990.
_____. **O justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v.1.
SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2012.
SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Kelly Susane Alflen Da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2016.
STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz;
MORAIS, José Luis Bolzan de (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.153-185.
_____. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. In **Filosofia** UNISINOS, São Leopoldo, v. 3, n. 4 , p.105-136, 2002.
VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
WARAT, Luís Alberto; PEPÊ, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.
WARAT, Luís Alberto. A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos. In WARAT, Luís Alberto. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p.61-186.
WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antigüidade clássica à modernidade. 2.ed. Florianópolis: Boiteux, 2008.