

Entre Decisionismos e Realismos: Desafios Impostos à Compreensão dos Aspectos Normativo e Transcendental da Linguagem Jurídica do Estado Moderno

Between Decisionism and Realisms: Challenges Imposed to Understand the Normative and Transcendental Aspects of the Language of the Modern State

ÁLVARO FILIPE OXLEY DA ROCHA¹

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

PAULO THIAGO FERNANDES DIAS²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

TIAGO LORENZINI CUNHA³

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

RESUMO: A problemática do controle das narrativas institucionais dos magistrados (protagonismo), no âmbito dentro e fora dos Tribunais, têm suscitado inúmeras controvérsias na contemporaneidade, seja pelos equívocos teóricos e metodológicos na (pré)compreensão de uma crise geral e mais ampla (global) das instituições sociais na modernidade tardia ou, ainda, pelos desafios que são impostos à linguagem jurídica do Estado moderno, em reconhecimento de seu caráter transcendente, que necessita dialogar com outras áreas do conhecimento. Nesse sentido, a finalidade deste estudo e, ao mesmo tempo, seu ineditismo reside na tentativa de questionar quais (pré)compreensões devemos exigir de nossos magistrados, a fim de que eles possam adquirir novas ferramentas adequadas para interpretar a normatividade jurídica do Estado moderno, sem recair em realismos ou decisionismos?

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo; realismos ou decisionismos; (pré)compreensões.

ABSTRACT: The problem of controlling the institutional narratives of the judges (protagonism), within and outside the courts, have aroused numerous controversies in the contemporary world, either by theoretical and methodological misunderstandings in (pre)understanding of a general and broader (global) crisis of social institutions in the late modernity or, still, by the challenges imposed by the juridical language of the modern state, in recognition of its transcendent character, which requires dialogue with other areas of knowledge. In this sense, the purpose of this study and, at the same

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-2123-4204>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-8300-6410>>.

3 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0393-6296>>.

time, its novelty lies in the attempt to question what (pre)understandings we must demand from our judges, so that they can acquire new adequate tools to interpret the legal normativity of the modern state, without resorting to realisms or decisionisms?

KEYWORDS: Protagonism; realisms and decisionisms; (pre)understandings.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tensionando os limites normativos da linguagem do estado moderno: novos horizontes na (pré)compreensão da hermenêutica filosófica; 2 Tensionando os limites normativos da linguagem do estado moderno: novos horizontes na (pré)compreensão da teoria das práticas sociais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema dos decisionismos ou realismos presentes no ato de interpretar a linguagem do Estado moderno (as leis ou o Direito) tem sido cada vez mais relevante, tanto na doutrina quanto nos Tribunais (Coutinho, 2016; Streck, 2015), no sentido de refletirmos sobre a (pré)compreensão necessária que precisamos exigir dos magistrados brasileiros, como exigência para a tarefa de interpretar essa lógica linguística (jurídica). Isso porque a linguagem jurídica deve ser, acima de tudo, um limite imposto à própria atuação judicial em face do caso concreto. Assim sendo, seria oportuno também questionarmos qual conhecimento teórico e metodológico necessitamos demandar do juiz, em termos de uma compreensão prévia, a fim de que ele tenha condições mínimas para interpretar a linguagem jurídica. Em outras palavras, é preciso requerer desse agente estatal uma compreensão filosófica ou sociológica (ou ambas) para que ele consiga alcançar tais condições de visualizar, por exemplo, o seu papel em face da estrutura institucional?

De fato, é imprescindível para a concreção fática do sistema democrático e burocrático estatal que os juízes, na qualidade de funcionários do Estado, devem atuar em conformidade com a “razão jurídica” de existência do Estado moderno, pois não há outra forma de justificar ou definir essa estrutura, senão pelo cumprimento das leis ou objetividades (Weber, 2010, p. 61 e ss.). Todavia, talvez outro cenário ainda mais preocupante seja justamente o novo quadro de dinâmicas culturais que se materializam na modernidade tardia, isto é, um processo de rompimento ou deterioração de fronteiras normativas capazes de trazer como resultado, por sua vez, a perda de sentido/significado do Direito, como racionalidade institucional.

No entanto, tal nova complexidade (desafio), em determinar o que é essa linguagem jurídica e qual a sua finalidade na modernidade tardia, não aponta para o que seria uma crise do Direito no Estado moderno, mas sim que todas as objetividades ou racionalidades pertencentes a distintas insti-

tuições sociais (família, trabalho, casamento etc.) estão em declínio a nível global, e não apenas no território brasileiro.

De acordo com Santos, assistimos a uma crise dos fundamentos que nutrem a sociedade moderna, suas principais referências normativas ou “sólidas” parecem estar evaporando-se no ar e causando uma espécie de vertigem ou insegurança nos indivíduos que compunham o antigo projeto de modernidade, anterior ao século XIX, onde o progresso humanístico que buscava felicidade eterna por meio da razão era a principal fé daquela constituição humana (Santos, 2000, p. 18-19; 23 e ss.). Nesse sentido, parece ser radicalmente indispensável à compreensão do significado do Direito na atualidade o exame dos impactos desses desafios que se apresentam diante não apenas da esfera jurídica, mas aos seus intérpretes normativos, os juristas, em termos de suas práticas diárias exercidas nos Tribunais. Isso porque, conforme assinala Castanheira Neves, esse “*deficit* normativo” precisará enfrentar esses novos problemas “axiológicos e culturais” por meio de seus intérpretes oficiais, caso esses atores desejem combater o próprio sentimento de exaustão institucional, em virtude do Estado, que não conseguiria mais mostrar-se institucionalmente eficiente, mas “ineficiente” em tratar desses parâmetros inéditos e inerentes ao homem moderno (Castanheira Neves, 2012, p. 10).

Os desafios à compreensão da linguagem jurídica do Estado moderno para os juristas perpassam, então, por essas “perplexidades” em diversos âmbitos de análise, entre eles a perplexidade que se encontra os Estados Nacionais em relação à transnacionalização de suas fronteiras, quadro esse que pouco aparece na mídia, em comparação com a contínua repetição midiática de que esses Estados seriam sempre ineficazes para atuarem, concretamente, no mundo social e, por isso, possuiriam, então, baixa legitimidade para existirem. Ademais, segundo Santos, há ainda outra perplexidade a ser apontada, a revalorização das práticas e dos processos individualistas na contemporaneidade, uma vez que o “esgotamento” da corrente estruturalista resultou na criação de sujeitos narcisos e fechados em si mesmos, que enxergam poucas vantagens no diálogo interdisciplinar (Santos, 2000, p. 20 e ss.).

Por esse motivo, é importante sublinharmos que essa sensação de insegurança social transcende o aspecto normativo do Estado moderno, uma vez que não é somente a objetividade jurídica que está em constante “deterioração”⁴, mas também as narrativas (racionalis) da modernidade estão

4 No original, *diseembdedness*, sem tradução em língua portuguesa (NT). O termo relaciona-se com o sujeito que abdica da lógica de algo “dado como certo” (*take for granted*). Young explica que o termo foi inspirado

todas elas quebradas e, por isso, necessitam serem reescritas na modernidade tardia (Young, 2004, p. 13 e ss.; 2011, p. 60-61). Nesse sentido, acreditamos que é justamente na decisão de mérito do magistrado que temos condições de encontrar pistas dessa tentativa de reescrita própria e narcísica do tempo presente, no sentido de procurar nesses espaços institucionalizados a existência desse sujeito que interpreta a lógica estatal (jurídica), tendo em si próprio a referência central da compreensão e, portanto, quebrando e/ou se sobrepondo a estrutura normativa, cujas consequências dessa simplificação normativa são precisamente os realismos, os decisionismos, etc.

Em relação a esse quadro de análise, um número expressivo de questionamentos poderia ainda ser levantado por nós: Em que medida o magistrado está livre de (pre)conceitos para interpretar a linguagem jurídica do Estado moderno (Heidegger, 2005, p. 204-205; Gadamer, 1999, p. 709)? Seria exclusivamente a fidelidade às leis capaz de afastar todas essas concepções prévias do intérprete da norma? Ou, ainda, em que sentido a decisão do magistrado pode estar conectada ou desconectada aos interesses ou às expectativas sociais (morais)? Finalmente, caso seja a moral um critério decisório, o que é esse “fato moral” e como organizar as múltiplas realidades sociais (Durkheim, 2015b, p. 51 e ss.)?

Tendo em vista esse grupo de questões, em que pese não pretendemos neste estudo realizar uma genealogia da filosofia e da sociologia, dadas as suas extensas e complexas construções teóricas e metodológicas (científicas), almejamos, sim, concretizar um duplo propósito de análise: primeiramente, desejamos investigar quais foram os impactos trazidos pela filosofia hermenêutica de Heidegger (2005) e de Gadamer (hermenêutica filosófica) (1999), em face da problemática de como interpretar a linguagem jurídica do Estado moderno para além de sua dimensão exclusivamente normativa. Dito de outro modo, de que forma esse novo horizonte do conhecimento filosófico pode auxiliar o Direito moderno (racionalidade estatal) e os seus intérpretes institucionais (juízes) a perceberem os limites epistemológicos do Direito, que estão tensionados diante da necessidade de se interpretar as leis na modernidade tardia.

Posteriormente, procuraremos descrever em que medida a teoria das práticas sociais de Bourdieu (1989; 2008; 2014) pode acorrer o magistrado a compreender a sua posição social, tanto como intérprete de seu campo

na modernidade líquida de Bauman (Young, 2007, p. 3). Sobre essa fluidez, liquidez e “desregulamentada” modernidade, ver Bauman (2003, p. 113).

(jurídico) quanto como um agente que faz parte de outros campos que compõem o mundo social, porém não estando diretamente obrigado, legalmente, a reproduzir os interesses ou as expectativas sociais (Durkheim, 2015a, p. 120-121). Nesse sentido, tendo em vista a característica jurisdicional do cargo que o juiz ocupa no cenário jurisdicional, essa representatividade institucional que ele exerce em nome do Estado não deve ser confundida com a adoção de uma postura social/partidária dentro dos Tribunais. Para a concreção desse entendimento, é imperativo que o magistrado possa (pré)compreender o “jogo simbólico” (Bourdieu, 2008, p. 64 e ss.; 68; 139 e ss.) que o Estado reivindica desse intérprete normativo, como compreensão prévia para se jogar o jogo jurídico, fazendo-se necessário, portanto, tencionar os limites dos campos (jurídico, filosófico, midiático, político, etc.) e as diferentes lógicas caracterizadoras desses espaços.

Assim sendo, nosso trabalho procura aprofundar os desafios impostos ao aspecto normativo da linguagem (jurídica) do Estado moderno por meio de uma reflexão teórica das práticas dos magistrados nos Tribunais, no sentido de visualizarmos o caráter transcendental do Direito, como tarefa indispensável que devem estar atentos esses intérpretes institucionais, para que eles consigam, desse modo, contextualizar suas prerrogativas, sua posição estatal, os fundamentos do Estado moderno, etc., em relação à realidade sociocultural brasileira. Por esse motivo, faz-se necessário questionar qual compreensão prévia (ou quais prévias compreensões) ao ato de interpretar as leis precisamos demandar dos juízes, para satisfazer tais interesses de pesquisa. Diante dessas delimitações, utilizaremos os recortes teóricos, filosóficos e sociológicos já citados, com o objetivo de que essas compreensões prévias ofereçam aos magistrados ferramentas capazes de compreender a própria “condição complexa” que vivemos ou, mais especificadamente, essa abundância de realidade que se confunde com a sua falta, pois, sendo “fácil” teorizar sobre os mais diversos níveis da interação humana e com o seu meio, passa a existir, então, um misto de “auto-teorização da realidade” com a “auto-realização da teoria” (Santos, 2000, p. 18-19). Dito de outro modo, como interpretar a realidade social que, por ser mais dinâmica em comparação ao tempo de maturação da produção científica e intelectual, deseja rapidamente se autogovernar e se autoteorizar, sem nenhum limite normativo?

Metodologicamente, é importante destacarmos que a problemática que conecta as duas finalidades de análise deste trabalho pretende tratar do protagonismo judicial no Brasil, de modo que nos parece ser apenas por meio das práticas dos agentes estatais (neste trabalho, os magistrados) que

temos condições de descrever não só o funcionamento ou a operabilidade da instituição social Estado, mas também os evidentes processos de construção e de reconstrução do mundo social. Isso porque, como constata Chase (2014, p. 26-27), a especial vantagem dessa abordagem teórica e metodológica está em apontar a existência de uma flexibilidade entre as instituições sociais e a cultura (práticas) de um território, uma vez que as “instituições de resolução de conflitos são ao mesmo tempo um produto, um colaborador e um aspecto da cultura” de um povo; seus ritos, seus símbolos e seus rituais aparecem no *modus* de se interpretar o Direito nos Tribunais e, por sua vez, também são eles mesmos produzidos e reproduzidos pelas agências de controle como um referencial para toda a sociedade.

Por esse motivo, entendemos que tanto a filosofia hermenêutica de Heidegger (2005, p. 90-91) quanto a teoria das práticas sociais de Bourdieu (1989; 2008; 2014)⁵ buscam oferecer ferramentas para visualizarmos as partes invisíveis dos objetos e para além deles e de suas valorações, seja demonstrando, reflexivamente, a relação transcendente do *ser* com o mundo (Heidegger, 2015, p. 91 e ss.) – leia-se, aqui, a relação transcendente do juiz com o mundo social –, ou seja, ainda apontando as categorias de percepção, de pensamento e de ação produzidas consciente e inconscientemente pelos e nos sujeitos que compõem e que estão imersos na vida social, em diferentes níveis, dinâmicas, estratégias, etc. (Bourdieu, 2008, p. 41 e ss.; 59; 83; 143-145).

Finalmente, é importante assinalarmos que não há nenhuma dificuldade insuperável de diálogo na utilização de autores da filosofia e da sociologia em relação ao Direito e a suas principais problemáticas em voga neste estudo, uma vez que: 1) é o desenvolvimento do caráter transcendental do Direito que assegura a criação e a reprodução de uma normatividade mais segura (forte), pois nenhum avanço científico pode advir da situação de

5 Entendemos ser necessário apontar outra consequência benéfica em utilizarmos a metodologia e a teoria das práticas sociais de Bourdieu, por exemplo, para estudarmos o protagonismo judicial: segundo o autor, é porque não compreendemos quase nada quando interrogamos sobre as funções de uma instituição social exitosa (especialmente quando tratamos do Estado e as suas estratégias de dominação em jogo), que não podemos dispensar um exercício de resistência contra as lógicas de dominação social e simbólica dos campos, isto é, somente por meio de uma “genealogia das instituições” ou das práticas sociais dos agentes, que temos condições de descobrir quais estilos, condutas e pensamentos são preservados pelas instituições, a fim de que tenhamos consciência do projeto estatal de “amnésia da gênese”, da tentativa institucional de eliminação do espaço das perguntas em prol da aceitação das respostas oficiais e usuais como um dado inquestionável da sociedade moderna (Bourdieu, 2014, p. 166-168; 250 e ss.; 2008, p. 107-108). Além disso, segundo Santos, a sociologia, portanto, necessita ser “parte do mecanismo que permite desarmar” os impasses contemporâneos, em vez de projetar-se como “parte da armadilha” que vê o Estado e a sociedade como sinônimos e pertencentes ao mesmo órgão e âmbito (capacidade) de atuação social (Santos, 2000, p. 20 e ss.).

concordância ou de acomodação intelectual em uma única e isolada área do conhecimento; e 2) o tema sociedade (*lato sensu*), por exemplo, que recorrentemente é estudado atualmente na sociologia⁶, era antes tratado na filosofia, tendo em vista que a sociologia nasce somente no século XIX.

Mais ainda, talvez quem tenha reunido um material científico que dê suporte a esse segundo diagnóstico tenha sido Baumer, pela via da História das Ideias⁷, pois, sendo a sociedade uma das “questões perenes” que se pergunta todo homem, sua natureza era, porém, pensada pelos filósofos do XVIII como estática e fixa, havendo um determinado tipo ou modelo (europeu) de sociedade ideal a ser atingido, hipoteticamente. Todavia, continua, foi somente no século XIX que Durkheim⁸ pode buscar contrapor essa tese, demonstrando que a natureza humana varia conforme “o tempo, lugar e cultura”, sendo ela dinâmica e estando sujeita sempre a transformações e interpretações. E essas intersecções entre as diversas áreas do conhecimento não são puro acaso. Posteriormente, no século XX, a filosofia do movimento de Heidegger (o ser dinâmico) contrapunha os filósofos existencialistas que acreditavam em um conceito estático do homem (Baumer, 1990a, p. 27 e ss.; 204; 1990b, p. 187-189; 203 e ss.).

Diante desse quadro de análise, para que possamos contextualizar o homem estático do passado (os antigos) com o homem dinâmico da atualidade (os modernos), necessitamos investigar a própria dinamicidade de nosso tempo, lugar e cultura em virtude das práticas desenvolvidas pelo Poder Judiciário no Brasil. Isso porque é somente pela tensão do caráter normativo do Direito em face de sua dimensão transcendental que encontraremos alguma compreensão prévia para a interpretação das leis pelos magistrados, que não seja a perpetuação da interioridade desse intérprete ou a reprodução de pensamentos aleatórios do mundo social, no âmbito dos Tribunais (institucional).

6 Partindo da mais rasa compreensão do objeto de estudo da sociologia, segundo Beck (2003, p. 7-8), podemos dizer que ela se ocupa da “análise da sociedade”. Todavia, não sendo factível assimilar materialmente a sociedade em razão da artificialidade desse conceito, a sua percepção não é, portanto, “imediate”, mas “colide com as autointerpretações dos agentes sociais”.

7 Gostaríamos de assinalar que, conforme explica Baumer, a História das Ideias se ocupa das “perguntas mais profundas” e relevantes para o homem, em termos de sua natureza, de seu lugar no universo, etc.; questões essas perenes, haja vista que o humano não pode deixar de interrogá-las para que possa compreender tanto a si mesmo quanto na estrutura a qual participa. Assim sendo, o local da História das Ideias estaria entre “a história da filosofia e a história cultural”. Sobre esses apontamentos e, especialmente, acerca do caráter “interdepartamental” dessa disciplina, ver Baumer (1990a, p. 21; 27 e ss.).

8 Para Durkheim, não há nada na história que comprove a necessidade de criação de uma cultura ou “educação ideal” ou perfeita para a sociedade, pois a educação sempre “variou infinitamente conforme as épocas e os países” (Durkheim, 2016a, p. 19 e ss.; 2015b, p. 43).

1 TENSIONANDO OS LIMITES NORMATIVOS DA LINGUAGEM DO ESTADO MODERNO: NOVOS HORIZONTES NA (PRÉ)COMPREENSÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

O ato de interpretar e aplicar o sentido de um texto ao caso concreto é mais do que mera subsunção do sujeito à letra pura da lei, de tal forma que, mesmo estando o intérprete limitado, por vezes, a uma só realidade que julga ser a correta, a interpretação e a aplicação do Direito permitirá outras possibilidades de compreender o fenômeno jurídico e a semântica dos enunciados. Todavia, apesar dessas inúmeras realidades que condicionam a interpretação acerca do sentido de um texto, tal concepção não pode ser traduzida na defesa de um espaço pleno, discricionário e irrestrito do intérprete em relação ao domínio da literalidade do texto, pois, caso permita, faria com que a interpretação daquele texto não possuísse mais esse caráter transcendente, mas individual, na medida em que a única interpretação possível fosse, em verdade, aquela imanente ao próprio sujeito (um único sentido).

Essa fusão de horizontes⁹ de várias dimensões se dá em uma fenomenologia hermenêutica, advinda de uma possibilidade linguística (filosófica) de conhecer uma compreensão que vem antes da interpretação e que está, também, para além da subjetividade desse intérprete jurídico, distinção essa que pode ser observada no relato de Gadamer em relação à distância de sentido que há – na expressão – do “abismo que separa o tradutor de seu original” (Gadamer, 1999, p. 566-567). Nesse sentido, o “verdadeiro juiz” é aquele, segundo Barreto, que consegue encontrar-se não na “boca da lei”, isto é, somente reproduzindo a literalidade dos textos normativos, mas aquele capaz de transformar textos jurídicos em normas jurídicas, por meio da adequação dessas normas de decisão com a Constituição (valores) (Barreto, 2006, p. 1 e ss.).

Todavia, a interpretação de que existam valores contidos na Constituição não está isenta de realismos, uma vez que o decisionismo pode manifestar-se, nesse caso, como um cofre que armazena a subjetividade de seu intérprete jurídico, na qual sendo somente ele o proprietário da combinação

9 Sobre essa fusão de horizontes, nas palavras de Gadamer: “Antes, pensamos *compreender o próprio texto*. Mas isso quer dizer que, na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as idéias próprias do intérprete. O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto”. Além disso, sobre essa fusão de horizontes, deve-se reconhecer “*a forma de realização da conversação*, na qual um tema chega à sua expressão, não na qualidade de coisa minha ou de meu autor, mas de coisa comum a ambos” (Gadamer, 1999, p. 566; 485 e ss., grifo nosso).

numérica (senha) do seu armazém pessoal e hermenêutico, a interpretação da qual se extrai, se existe ou não valores na arquitetura constitucional, dependerá sempre do indivíduo que armazena as suas convicções particulares dentro desse espaço seguro e dogmaticamente fechado (em si mesmo).

Essa alegoria do cofre ou armazém pessoal e hermenêutico para a subjetividade do intérprete jurídico procura simbolizar um determinado estado (mental e de ação), no sentido de uma compreensão prévia que parte todo indivíduo para que possa interpretar qualquer enunciado, haja vista que essa (pré)compreensão não é simplesmente uma projeção mental, da qual o intérprete se vale, mas uma imagem mental que forma e informa a sua ação. Isso porque não é factível acreditar, especialmente em época de filosofia da linguagem, que exista uma interpretação automática ou isenta de pressuposições, achados, experiências, etc., a assertiva na qual está contida na CF/1988 valores parte, sim, da premissa de que já houve um sujeito interpretando a realidade normativa e constitucional e, ao fazer isso, determinando o que lá existe: valores.

Eis, então, que se observar a problemática situação que se encontra o sujeito que só consegue interpretar a lei em face da decisão de mérito a partir de seu cofre pessoal e interior de sentido, circunstância essa peculiar que faz dele um refém de si, pois não vê saída na tarefa interpretativa, a não ser continuar filosoficamente aprisionado em paradigmas passados do conhecimento. É porque a essência dos objetos não pode ser extraída sozinha ou automaticamente (filosofia objetiva) que a interpretação de que na Constituição existem valores depende, assim, da subjetividade daquele que os interpreta (filosofia subjetiva). Além disso, caberia somente indagarmos, por exemplo, o que são valores e como eles podem ser interpretados, para que compreendêssemos os perigos de uma (pré)compreensão jurídica que está calcada na subjetividade de seu intérprete normativo. Dessa forma, sem nenhum aviso prévio, por exemplo, a Constituição ou mesmo a própria sociedade poderiam estar em um impasse proposital, na qual dependesse da visão pessoal do magistrado acerca da normatividade constitucional para dizer o que é ou não valor e quando ou como ele deve ser aplicado ou, mesmo, em quais circunstâncias.

Sobre esse tema, como afirma Streck, é extremamente perigoso entregar ao juiz o poder discricionário capaz de mascarar as disposições constitucionais como valores, haja vista que existe sempre a dúvida se o magistrado procuraria valores por debaixo da Constituição ou criaria novas cruzadas morais? (Streck, 2015, p. 20 e ss.).

De fato, como afirma Gadamer, “não existe uma compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos” (Gadamer, 1999, p. 709). Dessa forma, o juiz, ao julgar “o processo conforme a lei”, também “julga” – traz consigo para o âmbito processual – “os seus medos, as suas pretensões e os seus sentimentos, a sua vocação ou o seu alheamento, a sua grandeza ou a sua pequenez, julga, em fim, segundo a sua sensibilidade”, no sentido de que “a interpretação é uma fotografia da alma do intérprete” (Queiroz, 2005, p. 55). E esse é o ponto que por vezes parece não estar inteligível para esse viés da doutrina nacional em relação à hermenêutica filosófica de Gadamer e a noção mesma de uma circularidade hermenêutica, na medida em que, ao comparar o exercício de interpretação do juiz em virtude da lei (linguagem jurídica do Estado moderno) como “uma fotografia da [sua] alma”, Queiroz atribui uma compreensão à interpretação que continua a fundamentar e a exigir do empirismo do sujeito uma resposta ao problema atual da interpretação jurídica¹⁰.

No denominado “círculo da compreensão” de Heidegger, o qual defende que “interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”, pois “a interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa”, o autor havia já apontado a Gadamer, um de seus discípulos, que “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar”, haja vista que a interpretação se funda “numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia”, razão pela qual reconhece Heidegger que “a interpretação nunca é então a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”, estando sempre no texto a “opinião prévia” do intérprete (Heidegger, 2005, p. 204-205; 206-207; 208-209; 210).

Por outro lado, isso não significa que Heidegger e Gadamer estejam aceitando a subjetividade do intérprete ou os seus preconceitos no sentido subjetivo do termo como um princípio condicionante de uma filosofia hermenêutica. Pelo contrário, é o que Gadamer tenta advertir quando afirma que Heidegger tentou demonstrar que “uma compreensão guiada por uma

10 Sobre o problema atual da interpretação jurídica na modernidade, não podemos deixar de apontar o reconhecido trabalho (Castanheira Neves, 2003). Nesse sentido, segundo o autor, “o direito deixou de identificar-se com a lei” e, metodologicamente, “deixou de ser mera aplicação das normais legais”, sendo que no âmbito “lingüístico-hermenêutico” há sempre uma “distância hermenêutica entre o sentido e o texto” (Castanheira Neves, 2003, p. 11 e ss.; 23 e ss.).

consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, tomá-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas” (Gadamer, 1999, p. 406; 400-401)¹¹. Nesse sentido, dentro da circularidade hermenêutica de Gadamer, a interpretação deve sim começar com conceitos prévios, mas “que serão substituídos por outros mais adequados”, pois, para que a compreensão atinja sua “verdadeira possibilidade”, as opiniões prévias, “com as quais ela inicia”, não podem ser arbitrárias, isto é, o intérprete não pode se dirigir “aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões”, enquanto a sua legitimação, origem e validade. Ademais, tal cenário pode ser visualizado na seguinte pergunta realizada por Gadamer, “pois o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas, senão que no processo de sua execução acabam se aniquilando?” (Gadamer, 1999, p. 402-403).

Por outro lado, a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger, se, por um lado, podemos enxergar novas raízes filosóficas para a compreensão das maneiras pelas quais interpretamos a linguagem jurídica do Estado moderno para além de sua dimensão normativa; de outro lado, esses fundamentos apresentam-se diante do magistrado como possibilidade de obtenção das ferramentas adequadas à compreensão de seu lugar no mundo, de forma que somos sempre esse “ser-aí” que vive no “mundo” e em direção à “morte” (Heidegger, 2015, p. 91 e ss.), na medida em que não há outra opção senão a transcendência, isto é, senão a autoconfrontação com o mundo em suas infinitas realidades e essas, por sua vez, não nos pertencem, mas nós que somos o resultado dessas inter-relações. Isso porque, ao contrário da “lógica clássica”, a lógica hermenêutica heideggeriana “susta um pensar pelos teoremas da circularidade e da diferença” (Stein, 2006, p. 51).

Tal assertiva tem como objetivo confrontar ou tencionar os limites do caráter normativo da linguagem jurídica do Estado moderno, no sentido de propor uma abertura maior do Direito em relação às outras áreas do conhecimento, cujos benefícios são vistos pelas novas compreensões que devem alimentar os fundamentos jusfilosóficos dos magistrados, por exemplo. Todavia, esse novo projeto teórico e metodológico na modernidade tardia não

11 De acordo com Gadamer, Heidegger “tem seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui esta prejaz um círculo, mas, antes que este círculo tem um sentido ontológico positivo” (Gadamer, 1999, p. 401). Nesse sentido, segundo Stein, ao determinar ou ampliar a hermenêutica de Gadamer como “filosófica”, permitiu-lhe dois tipos de liberdade: primeiramente, porque “o autor poderia introduzir uma maneira de compreender diferente daquela das ciências do espírito”; e, em segundo, porque Gadamer, “por assim dizer, se libertara do uso estrito de hermenêutica, como aparecia em Heidegger, o que lhe permitia modificar também o seu conceito de compreensão” (Stein, 2015, p. 12).

deixa de nos impor desafios, a exemplo da tradição jurídica e positivista brasileira em face da resistência a aceitação de nossa tese, em prol da defesa da corrente positivista da Ciência do Direito (Kelsen, 2006, p. 63 e ss.; 67), como *animus* da maneira de interpretar as leis nos Tribunais (*lato sensu*).

Dito de outro modo, essa abertura dos textos jurídicos e como medir a sua zona de incerteza ou de indeterminação (“penumbra”) não se constitui na qualidade de um novo desafio na história do positivismo moderno, de forma que ela já aparecia em Hart no sentido de distinguir as obrigações legais das morais, o que são regras e como elas se distinguem umas das outras, etc. Dessa forma, tal visão positivista do mundo jurídico autorizava os intérpretes normativos a utilizarem o poder discricionário como meio de resolução desses impasses jurídicos/morais. De acordo com Hart, todas as regras possuem uma zona de penumbra ou de incerteza, “onde o juiz deve escolher” como resolver o conflito jurídico/moral, haja vista que a “abertura textual da lei” significa que as cortes necessitam desenvolver os seus próprios critérios, motivo pelo qual eles irão variar de “caso a caso” (Hart, 1994, p. 12-13; 123; 134 e ss., grifo nosso).

Sobre essa dificuldade de analisar o impacto da moral no Direito e em que sentido acreditamos que essa normatividade precisa, erroneamente, observar a primeira (moral) nos Tribunais por meio dos magistrados, Dworkin demonstrou como a crença em uma textura aberta da lei, que trata Hart, dificilmente lograria êxito em alcançar uma espécie de “domínio objetivo dos fatos morais”. Para o autor, a exemplo da pena de morte, é perigoso ao Direito a ser aplicado nos Tribunais pelos juízes, que ele dependa apenas do “fato moral” de seus julgadores, isto é, que da concepção moral (social) das pessoas serem ou não contra ou a favor da pena de morte, se possa extrair dali um critério de decisão, sem que haja nenhum limite normativo ou constitucional anterior, disciplinando essa matéria (Dworkin, 1978, p. 349 e ss.).

Em apertada síntese, Kelsen permite que a (pré)compreensão do Direito procurasse as suas bases teóricas apenas na Ciência do Direito, não necessitando pensar para além da linguagem jurídica, isto é, em uma “hermenêutica filosófica”, diria Gadamer (1999, p. 566; 485 e ss.), motivo pelo qual a herança desse positivismo jurídico ainda está enclausurado no paradigma passado do conhecimento filosófico (filosofia do sujeito), regada de apostas subjetivistas como resposta ao problema da interpretação jurídica moderna (Castanheira Neves, 2003, p. 23; 24; 25; 26)¹².

12 Acerca da crítica a interpretação jurídica como “mera aplicação”, que realiza Castanheira Neves, bem como ao positivismo exegético (ou ainda os pós-positivistas) que condenaram a si mesmos quando se isolaram em um

Diante desses novos horizontes, devemos compreender que ocupar um cargo de juiz não torna ninguém um *ser* mitológico ou um herói universal, mas sim que o ocupante dessa posição institucional continua sendo, por excelência, humano (indivíduo falível). De fato, como afirma Lyotard, reescrever ou recontar (na modernidade) não é “uma volta ao zero” do significado, mas escrever de novo, porque no que já foi escrito existe muito ainda não escrito (Lyotard, 1989, p. 33 e ss.). Não obstante, se nenhuma interpretação parte do grau zero do significado, tão pouco o positivismo jurídico moderno é um projeto já finalizado ou, ainda, protegido de qualquer crítica científica. O reescrever não se impõe como o início de uma nova escrita desconectada do que já foi escrito e nem a reprodução linear dos fundamentos antigos organizados pela escrita anterior em relação a essa (nova escrita). É o oposto, a nova escrita na modernidade procura contextualizar o antigo em busca de novas interpretações, representações, tensões, etc. que foram deixadas de lado nas escritas passadas. Nesse sentido, uma vez que o magistrado está inserido nesse processo de reescrita moderna, tal assertiva não expressa uma reescrita narcísica, na qual sua subjetividade deveria ser a única fonte dessa resignificação, porém que esse necessita, sim, encontrar na nova compreensão da filosofia da linguagem um limite do quanto, como e até onde seu empirismo pode auxiliar sua tarefa interpretativa.

De qualquer sorte, todas essas análises apontam para a noção de que estamos a passar por diversas dimensões de crise da lógica jurídica do Estado moderno, tanto em razão, de um lado, da dificuldade de estabelecermos o papel dessa instituição social em relação à sociedade da modernidade tardia quanto em face, de outro, da tentativa de encontrarmos ferramentas de análise capazes de controlar as práticas institucionais dos agentes estatais, que não se imaginam mais aprisionados pelas estruturas sociais. Nesse sentido, assistimos a um novo desafio (crise) sem precedentes na história da humanidade, uma vez que vivemos nessa modernidade tardia, transitando em uma espécie de limpo epistemológico de sentido entre a modernidade e suas Grandes Promessas e Narrativas (progresso, racionalidade, Direito, normatividades em geral) e uma suposta pós-modernidade que ainda não se desenvolveu nessa fase atual, tardia e de maior declínio do que nos fora prometido pela modernidade, enquanto a construção de uma ordem social limpa, segura, homogênea e totalizadora, na qual o poder coercitivo estatal

sistema dogmático fechado (lógico-dedutivo), sobre si próprios “num sistema formal” e, assim, esqueceram “de uma nova realidade social que evoluía” e exigia “compromissos políticos, sociais, económicos, etc.” e nem mesmo “o reconhecimento” das “lacunas” da lei puderam salvá-los, ver castanheira Neves (2012, p. 27; 29).

(a lei ou o Direito) seria capaz de organizar, com perfeição, a vida social, inspirado no modelo do contrato social de Hobbes¹³.

É diante desses novos desafios ou condições da modernidade tardia que se cria um ambiente propício aos magistrados para estarem em uma posição de protagonistas de suas próprias narrativas. Isso porque, se as Grandes Narrativas do mundo antigo e moderno vivem sua fase de maior declínio, a aposta na subjetividade do magistrado e na imposição de critérios individuais na decisão de mérito aparece como um dado ainda mais atrativo, um modo de construção estilizada de existir diante de tantas fragmentações objetivas, que simbolizam uma arquitetura que não mais pareceria ser hábil a protegê-los.

Sobre essa situação ambivalente, Warat aponta que a crise da democracia se confunde com a da modernidade, o que traz, por sua vez, novas complexidades ao Direito moderno. Em seu entendimento, em virtude da existência de um tempo em que se acredita que é “preciso romper os limites”, as velhas seguranças e as evidências apontam para o fim de uma “forma de pensamento”, ao passo que vivemos em meio a “perplexidades, angústias e uma certa resignação melancólica para articular um programa de transformação da sociedade”. Nesse sentido, continua, nossos pensamentos oscilam em razão das desilusões entre a “filosofia moralizante” e a “filosofia da irresponsabilidade”, impedindo o surgimento de um “*novo horizonte para o pensamento*” (Warat, 1997, p. 107 e ss.; 110, grifo nosso).

Tal novo horizonte (filosofia da linguagem) deve nos tirar da condição quase que pós-moderna de cegos por nossa subjetividade, pois, como lembra Gadamer sobre essa cegueira da vontade: “O contrário da visão do correto não é o erro nem o engano, mas a cegueira. Quem está dominado por suas paixões se depara de repente com o fato” de não conseguir mais enxergar “o que seria correto”¹⁴. Em que pese não seja tarefa dos magis-

13 No modelo de contrato social de Hobbes, o Leviatã se apresentava como uma zona interna que separava os civilizados dos incivilizados, isto é, a fim de que se evitasse a guerra passional de todo homem contra si, os súditos deveriam entregar sua fé e liberdade ao Rei (Estado) e, em troca, o soberano seria capaz de assegurar a sobrevivência e a paz humana, dentro do espaço civilizatório, eliminando os inimigos externos por meio da lei (normatividade) (Hobbes, 1983, p. 89 e ss.; 91). Essa filosofia foi seguida até mesmo por Beccaria, o qual defendia que a “boa legislação” era aquela que deveria conduzir a vida dos homens por meio do temor as leis; somente, assim, se poderia evitar futuro delitos (Beccaria, 1999, p. 126; 128-129). Por outro lado, como demonstra Morrison, essa tradição contratualista e hobbesiana impôs um alto preço a ser pago pela humanidade: em verdade, foi e continua sendo um projeto de guerra e de terror que destruiu incontáveis vidas humanas, em prol da obsessão da edificação de uma sociedade com educação, costumes e raça ideal, diante dos padrões europeus (Morrison, 2012, p. 2; 4-5; 16 e ss.; 18-20; 27 e ss.; 58 e ss.).

14 Além disso, segundo Gadamer, o sujeito, ao perder o controle de si mesmo e, “por consequência, a retidão, ou seja, perdeu o estar corretamente orientado em si mesmo, de modo que, desgovernado em seu interior pela dialética da paixão, parece-lhe correto o que a paixão lhe sugere” (Gadamer, 1999, p. 479).

trados se confrontarem diretamente com os textos, substituindo-os, sempre que possível, por suas respectivas subjetividades, é importante que “face a qualquer texto”, nossa obrigação seja “não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos lingüísticos” neles (Gadamer, 1999, p. 403; 479).

Após essa breve exposição sobre os desafios impostos à linguagem jurídica do Estado moderno para além de sua esfera normativa, no sentido de proporcionar novas ferramentas para a (pré)compreensão dos magistrados em face das problemáticas contemporâneas em torno da interpretação jurídica procuraremos, a seguir, desenvolver outras ferramentas, nesse mesmo interesse de pesquisa, porém projetadas e idealizadas em razão de outra possibilidade de (pré)compreensão do local, sentido e dinâmicas que estão envolvidos os juízes em relação à tarefa jurisdicional. Tendo em vista essa outra (pré)compreensão (sociológica) que iremos discorrer sobre, colocamos já em relevo as seguintes indagações que permeiam o quadro de análise nesse segundo ponto de debate: Qual “jogo simbólico” (Bourdieu, 2008, p. 138-139) que o Estado exige de seus intérpretes como compreensão prévia para se jogar o jogo jurídico? Em que medida a decisão do magistrado pode estar conectada ou desconectada aos interesses ou às expectativas sociais (morais)? E, finalmente, a sentença do juiz é um instrumento de conformação social?

2 TENSIONANDO OS LIMITES NORMATIVOS DA LINGUAGEM DO ESTADO MODERNO: NOVOS HORIZONTES NA (PRÉ)COMPREENSÃO DA TEORIA DAS PRÁTICAS SOCIAIS

Destacávamos, entre as discussões suscitadas no ponto anterior, que era imprescindível aos magistrados, caso desejassem não apenas interpretar a linguagem jurídica do Estado moderno nos Tribunais, bem como pudessem (pré)compreender seu local e sua relação com a estrutura institucional denominada Estado e com a própria sociedade conhecer os desafios impostos ao caráter normativo do Direito na modernidade tardia. Nesse sentido, dizíamos que estamos a viver não uma crise imanente ao Estado moderno e sua lógica (jurídica), mas que todas as lógicas ou linguagens racionais e/ou normativas, em associação com suas respectivas instâncias sociais, se encontram em um momento de ruptura e de deterioração de suas fronteiras binárias que propunham o certo e o errado, o permitido e o proibido, a razão e o empirismo, etc., uma vez que os sistemas de classificação social responsáveis pela produção e continuidade dessa visão binária e estruturante do mundo social têm entrado em colapso. E esse sentimento de colapso institucional repercute nas práticas dos juízes. À medida que essa crise das instituições sociais e de suas lógicas/linguagens na modernidade tardia

umenta, isto é, que as Grandes Promessas ou Narrativas normativas da modernidade fracassam, os indivíduos que fazem parte dessas instituições passam a apostar ainda mais em narrativas ou critérios próprios para fundamentar seu pensamento e sua ação.

É diante dessa proliferação de narrativas subjetivistas e narcísicas, dentro e fora das instituições sociais, que os decisionismos e os realismos dos magistrados aparecem como uma forma desses atores sociais (re)fixarem suas identidades em estruturas objetivas, como o Estado, a família, a comunidade, o trabalho, entre outras. Ademais, nem mesmo essa dicotomia dentro e fora é condizente com a experiência e o estilo humano na fase tardia da modernidade, de modo que, como lembra Young, a identidade material e institucional dos agentes sociais está em um profundo estado de precariedade de sentidos, na qual tanto “cultura e normas são afrouxadas das amarras no tempo e lugar” quanto as antigas zonas da solidez e da certeza se veem agora apagadas e inconstantes, motivo pelo qual os indivíduos desenvolvem novos estilos de vida, procurando estabelecer narrativas que almejem criar os limites de seu próprio destino (Young, 2007, p. 3; 6).

Chamamos a atenção para essas primeiras considerações, porque é em tempo de crise das instituições, como o Estado, que devemos organizar uma (pré)compreensão fundamental acerca do que é o Estado, em termos de sua lógica, suas estratégias, seu conflito de interesses, suas dinâmicas e seus princípios. E se necessitamos questionar o que é o Estado precisaremos perguntar, conseqüentemente, o que é o Direito e qual o seu papel em relação à sociedade?

Acerca da finalidade de existência do Direito, como linguagem do Estado, ela pode ser simbolicamente representada, de várias formas e em diferentes contextos: inicialmente, porque a modernidade só poderia desenvolver a noção de um Estado laico por meio do “desencantamento” da tradição religiosa e empírica do mundo antigo (pré-moderno), a imposição de uma racionalidade baseada em um sistema de burocratização e de meritocracia tinha por missão propor um novo modelo de ordem social, estruturada pela razão jurídica estatal (a lei) que substitui a antiga forma de justificar o Estado (pré-moderno), onde o princípio orientador era a religião¹⁵. O Direito passa a ser, então, o novo “capital de salvação” da modernidade, no sentido de

15 Gostaríamos de acrescentar que, como lembra Branco e Jacobina (2016, p. 10 e ss.), o Estado laico não se confunde com a noção de um Estado “laicista” e avesso à religião. Tal orientação seria proveniente de um constitucionalismo inadequado, diante de nossa CF/1988, isto é, o Estado laico não abole o direito à religião, enquanto garantia de todo o cidadão, mas sim que a religião na modernidade é substituída pelo Direito, enquanto razão de existir do Estado e de fundamentação de seus atos públicos e de gestão (laico e impessoal).

crer e de encontrar sentido ou identidade em uma determinada estrutura, pois, nas palavras de Weber, o Estado burocrático seria o que melhor representaria “o desenvolvimento racional do Estado moderno” (Weber, 2004, p. 30-31; 61).

Todavia, mais genericamente, essa necessidade das instituições sociais de funcionalizar a vida social, de oferecer uma posição social para cada indivíduo dentro delas, a fim de criar um sentimento forte de união da coletividade (comunidade), já aparecia anteriormente às análises de Weber, no funcionalismo sociológico francês de Durkheim. Isso porque o “fato social” (instituições sociais) era encarregado de dar sentido à vida coletiva por meio de seu caráter “natural e coercitivo”, evitando situações de “anomia” ou de desregramento da sociedade (o mau funcionamento das instituições caracterizava um desregramento da própria sociedade) (Durkheim, 2007, p. 10 e ss.; 13; 124-125; 2014, p. 235 e ss.).

Assim sendo, é possível apontar no DNA do Estado e de sua lógica, em algumas de suas características e funções supracitadas, alguns parâmetros a serem comparados em face dos decisionismos e dos realismos dos magistrados nos Tribunais e presentes na forma de interpretar a linguagem jurídica do Estado moderno. A partir disso, poderíamos afirmar que, quando um juiz interpreta a linguagem estatal (jurídica), atribuindo a sua subjetividade uma importância superior a essa respectiva normatividade, sem atentar para essa (pré)compreensão sociológica destacada, bem como impondo seus interesses ou suas convicções particulares na decisão de mérito, ele está contribuindo para o colapso do Estado moderno, em termos da não reprodução de sua lógica ou linguagem oficial.

Não obstante, o que é ainda mais grave é a mensagem que esse agente projeta na sociedade, na qual a razão pessoal do intérprete normativo pode, em determinadas circunstâncias, se sobrepor à racionalidade jurídica que fundamenta não só a estrutura estatal, mas esse novo modelo social da modernidade. Em outras palavras, uma vez que o magistrado está inserido na estrutura denominada Estado, sendo a forma de existência dessa estrutura a razão jurídica (sua normatividade), o não cumprimento dessa lógica institucional deslegitima não só o Estado, mas o próprio agente que trabalha diretamente para essa instituição social e que, por isso, depende tanto quanto o Estado da efetividade das leis para existir. Por esse motivo é que podemos observar que as práticas dos magistrados estão intimamente vinculadas com a lógica ou com os fundamentos do Estado, de modo que a possível existência de uma desconexão desses atores com essa estrutura burocrática e racional revela um desligamento particular e, ao mesmo tempo, público dos

magistrados em face do não conhecimento ou (pré)compreensão da origem (histórica) do Estado moderno.

Essa proposta teórica e metodológica de (pré)compreendermos as práticas dos agentes institucionais por meio de uma análise sobre as origens do Estado moderno, em termos de sua lógica ou seu capital específico (jurídico), suas estratégias e dinâmicas, foi desenvolvida por Bourdieu, no sentido de que a “amnésia da gênese” das instituições sociais (a luta de todo o sociólogo, segundo o autor) somente conseguiria visibilizar as relações de poder do Estado, por exemplo, em face dos agentes envolvidos, caso procurasse interpor uma “genealogia” da história dessas instituições. Nesse sentido, a teorização elaborada por Bourdieu (2005, p. 71 e ss.) almejou organizar, entre outras contribuições, os trabalhos da sociologia clássica através dessa volta ao pensar das origens das instituições sociais, como o Estado, que sustentam uma série de mecanismos de dominação social e simbólica (o Direito, a cultura, etc.), na qual a tradição funcionalista sociológica de Durkheim não havia observado em seus trabalhos.

Para Bourdieu, o entendimento de Durkheim sobre as características natural e coercitivo do “fato social” (2007, p. 10 e ss.) forneciam os meios hábeis para o encobrimento das estratégias de poder e de dominação social das instituições em relação aos indivíduos, no sentido de que, uma vez que ignorava a história das instituições (suas genealogias), o sujeito não encontrava outra possibilidade, senão acreditar que, porque o fato social já existia antes do seu nascimento – porém, sem saber como esse fato social se constituiu historicamente –, ele deveria se inserir, então, dentro das instituições, submetendo-se a suas diversas lógicas, pois sempre foi assim.

Em contrapartida, nas palavras de Bourdieu, essa ilusão em crer que “sempre foi assim” enraíza na sociedade uma espécie de desinteresse na história da gênese das instituições, essa tentativa de redução da complexidade entre as relações sociais e as estruturas de poder se expressa como um “obstáculo ao conhecimento científico do mundo social”, de modo que, em que pese pareça mais “natural” essa crença perante os indivíduos, é preciso dissolver o “veio de ignorância que impede descobrir a contingência histórica do que já está [pré] constituído” e, em especial, trazer luz sobre as questões laterais da história que foram excluídas enquanto possibilidade, em virtude de outras que a história optou, sem nenhum desinteresse, em preservar (Bourdieu, 2005, p. 71-72; 2014, p. 31 e ss.).

Os sistemas de classificação social utilizados pelas instituições contam com essa negação histórica para programarem suas estratégias de po-

der, haja vista que, entre o certo e o errado, há sujeitos que foram mais frequentemente negados e invisibilizados pela história do que outros, a exemplo dos povos indígenas, do negro na escravidão, das classes populares ou pobres que simbolizavam o declínio de um determinado modelo europeu de igualdade e de higiene social, entre outros exemplos.

Para além das finalidades prometidas pelo Estado moderno (segurança, justiça, igualdade, etc.), concretizadas pela linguagem de dominação social e estatal (jurídica), necessitamos de uma nova (pré)compreensão, que também esteja afinada com a resistência dessa tradição a-história do Estado moderno, de seu anacronismo em esquecer os fundamentos, as estratégias e as dinâmicas dessa estrutura em alinhamento com os diversos atores sociais, de modo que é desse esquecimento proposital imposto pelo Estado que as características e os fundamentos históricos dessa estrutura são esquecidos dentro dos sujeitos, a ponto de serem incorporados por eles por meio de uma “adesão dóxica” irresistível, a forma mais bem-sucedida de construção de um governo ideal, aquele silencioso e invisível (Bourdieu, 2014, p. 250 e ss.).

É diante desses novos desafios impostos à linguagem jurídica do Estado moderno, pela via de edificação de uma (pré)compreensão sociológica, que os juízes adicionam novas ferramentas epistemológicas, no sentido de vislumbrarem o “jogo simbólico” (Bourdieu, 2008, p. 139 e ss.) que lhes é esperado, a fim de que tenham condições mínimas de (pré)compreender para interpretar o jogo jurídico. Por outro lado, como os magistrados devem interpretar esse jogo jurídico, somente as regras normativas possuem validade dentro do processo penal? E o que fazer com as regras não normativas (as pressões externas) que impactam as decisões dos magistrados e que são percebidas, com pouca frequência, em suas decisões?¹⁶

Em síntese, a tentativa de interpretar as leis objetivas do mundo social parece ser uma tarefa complexa tanto para o sociológico quanto para o jurista. Isso porque, em ambos os casos, há sempre risco de recorrer-se ao realismo como uma espécie de fórmula mágica para o ato de interpretar. Nesse sentido, do mesmo modo que o jurista, ao interpretar a lei, não pode ser seduzido por seu empirismo (ou por seu realismo), mas deve interpretar a lei nos limites da Constituição (normatividade); também o sociólogo, como fala Bourdieu, não pode deixar tentar-se pelo “sociologismo”, “a tentação

16 Entre essas percepções dos preconceitos presentes em toda e qualquer interpretação normativa, referimos novamente as observações, suscitadas no tópico anterior, acerca de como a circularidade hermenêutica de Gadamer (1999, p. 402-403; 709) enfrenta essa problemática.

de transformar as leis ou as regularidades históricas em leis eternas”, haja vista “que o conhecimento das realidades leva ao realismo”. Dessa forma, a sociologia, por exemplo, está preocupada em “*dar armas*” [ferramentas] e não “*lições*” acerca das múltiplas constituições sociais (Bourdieu, 1983, p. 75, grifo nosso).

Por esse motivo, como esclarece Wacquant, a importância da sociologia (“política das formas simbólicas”) de Bourdieu está justamente na capacidade, tanto teórica quanto metodológica, de resgatar ou “recuperar a dimensão simbólica de dominação para instituir uma antropologia da gênese do poder”, em suas mais diversas manifestações, no sentido de fazer visíveis os “instrumentos de conhecimento e construção de realidade” que estão circunscritos socialmente. Dessa maneira, continua, “ao explicar a especificidade e a potência do poder simbólico”, Bourdieu almeja chamar a atenção para essa capacidade dos “sistemas de sentido e significação” em proteger e reforçar a opressão e a exploração dos diversos grupos sociais por meio de uma ocultação dos sentidos e das estratégias impostos pelos dominadores em relação aos dominados (Wacquant, 2005, p. 159-160; 162).

Assim sendo, o esforço que devem realizar os magistrados, em termos de (pré)compreender o jogo jurídico e, ao mesmo tempo, simbólico e amplo que os impacta, perpassa por essa proposta e necessidade sociológica de recuperação da dimensão ou “poder simbólico” que é capaz de acumular e, ao mesmo tempo, de ocultar o Estado por meio de seus agentes institucionais. Nesse sentido, a fim de organizar os fundamentos e as dinâmicas que legitimam a estrutura estatal e os agentes desse “campo administrativo” ou da “função pública”, Bourdieu procurou acrescentar à definição de Weber sobre o Estado a realidade ou o caráter simbólico desse poder estatal, na medida em que a violência autorizada que afirmava Weber (2010, p. 60-61; 2004, p. 56) não é senão a dimensão ou “violência simbólica” expressada como condição de possibilidade para o uso da “violência física legítima”, defendida por Weber. Em outros termos, o Estado é caracterizado não somente como “o monopólio da violência física” legítima, mas simbólica e, por isso, legítima (Bourdieu, 2014, p. 30 e ss.).

Assim sendo, por mais que o magistrado faça parte do mundo social ou da própria sociedade (*lato sensu*), a jurisdição que esse presta a favor do Estado lhe obriga a enfrentar a distinção entre as finalidades estatais e aquelas provenientes de determinados setores sociais, isto é, a não confundir o seu interesse, enquanto parte do todo social, com os objetivos institucionais ou a agenda do Estado. Nesse sentido, Durkheim se esmera para demonstrar essa necessária separação que deve existir entre o Estado e a sociedade, na

qual, se essa estrutura tiver somente a missão de reproduzir os sentimentos aleatórios e desordenados da sociedade, existirá sempre uma “consciência coletiva” fraca, pois quem estaria governando seria a própria volatilidade do pensamento social, e não o Estado por meio da normatividade jurídica (Durkheim, 2015a, p. 120-121; 2016b, p. 71 e ss.).

Por esse motivo, a noção de opinião pública ou de uma possível maioria social não pode ser convertida em um critério de decisão pelo magistrado, pois ele jamais será capaz de dizer, na decisão de mérito, o que a sociedade deseja em sua totalidade, uma vez que sua representação individual sobre o mundo social depende da transcendência de si próprio. Sobre o tema, segundo Durkheim, em que pese a representação ou a consciência coletiva dependa de outra representação e consciência (individual), aquela não deve misturar-se como essa, pois a associação dos indivíduos que socialmente constroem uma consciência geral é um ato sempre exterior, e não individual, e que varia em cada sujeito. É dizer, então, que apenas quando as representações individuais e pessoais dos sujeitos transcendem a sua própria realidade empírica que, portanto, observamos a edificação de um tipo de consciência moral, motivo pelo qual é impossível alguém, isoladamente, expressar a vontade do todo social, pois o conhecimento desse todo eliminaria, por completo, a transcendência como condição da vida coletiva (Durkheim, 2015b, p. 43-45; 55 e ss.; 73).

Assim sendo, para que tenhamos condições de “conhecer” as várias realidades do “fato moral”, analisado por Durkheim, é preciso organizá-las para além do entendimento banal de que a única realidade que é possível extrair desse fato social seria aquela motivada por uma moral particular e aleatória do indivíduo, isto é, um padrão de pensamento e de ação que o sujeito estabelece para si, distante e independentemente do resto da constituição ou do tecido social (Durkheim, 2015b, p. 51 e ss.).

Finalmente, a decisão fundamentada de condenar-se ou absolver-se alguém deve possuir igual valor. Em uma democracia, é tão importante condenar (o Estado punir os seus indivíduos) quanto absolver, haja vista que essa foi a escolha de nossa Constituição de 1988 quando incorporou o princípio e o sistema acusatório (principalmente o princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII, da CF) para dentro de sua esfera normativa. Em outras palavras, mais vale um culpado solto do que um inocente preso (máxima), porque se, em uma democracia, os inocentes não são priorizados; se erroneamente punimos quem não praticou nenhum crime, então, perde-se a dita legitimidade da punição estatal.

Em linhas gerais, o que está em jogo quando tratamos dos limites do poder coercitivo do Estado (Direito) é justamente a dependência e o dever institucional dos magistrados em se apoiarem na (pré)compreensão sociológica dos limites impostos pela tradição jurídica do Estado moderno, pois é (pre)conhecendo essas estruturas objetivas e mentais (jogo simbólico exigido para que se possa jogar o jogo jurídico) que os magistrados poderão não só descobrir os critérios que condizem com a substância que nutre a lógica do pensar e do atuar da estrutura estatal, assim como encontrarão, com mais facilidade, as novas ferramentas epistemológicas capazes de atenuar os decisionismos ou os realismos nas decisões de mérito. Assim, necessitamos, em especial, resgatar os fundamentos e os princípios, as estratégias e as finalidades acerca do que é o Estado e o Direito, e para que eles servem na modernidade tardia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fragmentação das instituições sociais e de suas lógicas ou linguagens (normatividades) na modernidade tardia trouxe como consequência não somente a relativização das lógicas binárias entre o certo e o errado, o permitido e o proibido, o pensamento e a ação, etc., mas possibilitou, paralelamente, uma proliferação de narrativas narcísicas e voltadas a si mesmas, seja dentro ou fora dos Tribunais. Nesse sentido, o que estamos a vivenciar não é uma crise exclusiva do Estado moderno e de suas fronteiras normativas na contemporaneidade, senão que essa crise generalizada e global das agências de controle social contribuiu para a edificação de um espaço social menos sólido, na qual os sujeitos procuram agora, por meio de seu empirismo, desenvolver uma narrativa motivada por critérios pessoais e desconectados a essas instituições oficiais de controle, tendo, por esperança, afastar o sentimento de insegurança social. Ao fazerem isso, colocam em xeque a própria tradição jurídica e histórica do Estado moderno, reduzindo-a em prol de convicções particulares.

Assim sendo, os decisionismos ou os realismos presentes em algumas das decisões de mérito dos magistrados fazem parte da ausência de uma (pré)compreensão e, por isso, da falta de ferramentas epistemológicas adequadas para o ato de interpretar. Por causa disso, é necessário que os magistrados brasileiros encontrem novas condições para (pré)compreender a interpretação da linguagem jurídica do Estado moderno, tanto no aspecto teórico quanto metodológico, trazido pela filosofia da linguagem e pela sociologia das práticas sociais.

Por esse motivo, a decisão de mérito dos magistrados não deve ser utilizada como uma espécie de cofre capaz de armazenar a subjetividade do intérprete jurídico. Isso porque a abertura paradoxal do Direito moderno pressupõe uma agudeza ou sintonia fina, de modo a enxergar na interpretação da normatividade jurídica do Estado moderno algo mais que a edificação de uma verdade social e artificial. Dito de outro modo, embora o magistrado faça parte da sociedade, sua obrigação institucional ou legal está inserida em uma determinada tradição histórica e exitosa, que procura organizar a inter-relação entre os interesses sociais e as agendas públicas do Estado, bem como resgatar as origens da dimensão simbólica desse poder estatal.

É diante deste contexto que a sentença de mérito não pode ser (pré) compreendida como um instrumento de conformação social, uma vez que as narrativas estatais se veriam cada vez mais fragmentadas e imprecisas, caso dependessem da visão particular dos agentes institucionais, como critério moral de julgamento, para assegurar a segurança da normatividade jurídica e estatal (limite). Dessa forma, não devemos acreditar, ilusoriamente, que a vontade do pensamento social (*lato sensu*) pode ser conhecida ou proferida por um único agente, ainda que esse tenha somente intenções benévolas, formadas por noções que variam conforme a cultura (“verdade” e “justiça”). Cabe a nós a missão, sejamos juízes, intelectuais ou acadêmicos, visibilizar a história das instituições, de modo a contextualizarmos e a (pré) compreendermos a exigência do cumprimento da lógica jurídica ou oficial do Estado moderno, em sua fase mais agravada de crise, a modernidade tardia.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Renovar/São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, v. I, 1990a.
- _____. *O pensamento europeu moderno: séculos XIX e XX*. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990b.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*: sobre a teoria da ação. 9. ed. São Paulo: Papirus, 2008.
- _____. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983.
- _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- _____. El misterio del ministerio. De las voluntades particulares a la voluntad general. In: WACQUANT, Loïc (Org.). *El misterio del ministerio*: Pierre Bourdieu y la política democrática. Barcelona/Espanha: Gedisa, 2005.
- _____. (1930-2002). *Sobre o Estado*: Cursos no Collège de France (1989-92). 1. ed. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BRANCO, P. G. G.; JOCOBINA, P. V. Liberdade de Gueto? Religião e Espaço Público. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, n. 71, p. 9-21, set./out. 2016.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. *O Direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do Direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. 1. ed. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). In: ROSA, Alexandre Morais da; COUTINHO, Aldacy Rachid (Org.). *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial*: estudos em homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*: física dos costumes e do direito. Trad. Cláudia Schilling. São Paulo: Edipro, 2015a.
- _____. *Sociologia e filosofia*. Trad. Evelyn Tesche. São Paulo: Edipro, 2015b.
- _____. *Educação e sociologia*. Trad. e notas de Gilles Jean Abes. São Paulo: Edipro, 2016a.
- _____. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Edipro, 2016b.
- _____. *As regras do método sociológico*. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O suicídio*: estudo de sociologia. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Edipro, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HART, H. L. A. *The concept of Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. 4. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LYOTARD, Jean-François. Reescrever a modernidade. In: *O inumano*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos Editorial; Observatori Del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2012.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.
- _____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- YOUNG, Jock. *The vertigo of late modernity*. London: Sage, 2007.
- _____. Voodoo Criminology and the Numbers Game. In: FERRELL, J.; HAYWARD, K. J.; MORRISON, W.; PRESDEE, M. (Ed.). *Cultural Criminology Unleashed*. London: Glass House, 2004.
- WACQUANT, Loïc. Tras las huellas del poder simbólico. La disección de la nobleza de Estado. In: WACQUANT, Loïc (Org.). *El misterio del ministerio: Pierre Bourdieu y la política democrática*. Barcelona, Espanha: Gedisa, 2005.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito III: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- WEBER, Max. *Sociologia das religiões*. 1. ed. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010.
- _____. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

Sobre os autores:

Álvaro Filipe Oxley da Rocha | *E-mail:* alvaro.oxley@ufrgs.br

Pesquisador Associado do Nupesal – UFRGS. Pós-Doutorado em Criminologia pela Kent University – UK (Reino Unido/Inglaterra) (2010). Doutor em Direito do Estado (Direito Público) – UFPR (2002). Mestrado em Ciência Política pela UFRGS (1999). Graduado em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais) pela PUCRS (1991). Ex-Professor Titular do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Consultor *ad hoc* da Capes – MEC. Pesquisador e Orientador de Doutorado, de Mestrado e de TCCs de Graduação em Direito. Experiência nas áreas de Teoria e Sociologia do Direito, Sociologia do Crime e das Instituições de Controle da Criminalidade, e Ciência Política. Professor visitante e representante da SSPSSR – Kent University e PUCRS para as Common Sessions nas Universidades de Ghent-Bélgica, Atenas-Grécia, do Porto-Portugal, e ELTE University – Budapeste, Hungria. Membro de Associações Internacionais da área: AIC, ACS, CLS e Conpedi. Pesquisador colaborador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Ética, Anticorrupção & Compliance na mesma Instituição, e no Grupo de Estudos Magistratura, Sociedade e Política do PPG em Sociologia do IFCH da UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador Visitante no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica (IISL) – Oñati/Espanha. Trabalha atualmente em Sociologia da Justiça Criminal, Criminologia Crítica e Cultural, Interações entre Mídia e Justiça Criminal, Violência e Políticas de Segurança Pública, assim como em estudos sobre Crime e Controle da Criminalidade, em suas diversas abordagens: sociológica, psicológica, antropológica, cultural e jurídica.

Paulo Thiago Fernandes Dias | *E-mail:* paulothiagofernandes@hotmail.com

Doutorando em Direito Público pela Unisinos/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Avaliador da RBCCrim e RBDPP. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Unisulma e de Direito Penal e Antropologia Jurídica na Uniceuma. Professor convidado da Pós-Graduação Lato Sensu de Direito Penal e Direito Processual Penal da Unisinos. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa “Liberdade e Garantias” (PPG/Unisinos). Membro do Grupo de Estudos “Sistema de Justiça, Neoprocessualismo e Direitos Humanos” (Unisulma). Membro do NDE do Curso de Direito (Uniceuma).

Tiago Lorenzini Cunha | *E-mail:* tiagolorenzini@hotmail.com

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS na linha de violência e segurança pública, com período sanduíche em Queen Mary University of London (UK). Atualmente, bolsista Capes. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado no Curso de Especialização em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim). Membro da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural.

Data de submissão: 4 de janeiro de 2018.

Data do aceite: 17 de dezembro de 2018.