

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 181  
Janeiro/março – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# O direito como ordem e hermenêutica

A filosofia do direito de Nelson Saldanha

Gustavo Just

## Sumário

1. O que é uma teoria hermenêutica do direito? 2. O direito como ordem e hermenêutica. 3. A hermenêutica e o ponto de vista histórico.

### 1. *O que é uma teoria hermenêutica do direito?*

O propósito deste artigo é esboçar uma reflexão quanto à possibilidade de buscar na obra de Nelson Saldanha elementos de resposta à seguinte pergunta: o que é — ou antes: o que pode ser —, no panorama atual do pensamento jurídico, uma teoria hermenêutica do direito? Mas, antes de interrogar o pensamento de Nelson Saldanha a esse respeito, é preciso abordar alguns pontos preliminares.

É necessário inicialmente esclarecer o sentido da pergunta que a ele se dirige. Isso exige uma alusão à chamada *guinada interpretativa* da teoria do direito. A expressão “guinada interpretativa” foi cunhada no fim dos anos setenta para registrar o que seria o advento de um novo paradigma das ciências sociais, um paradigma talvez sobretudo epistemológico. Nos últimos vinte anos, vem sendo empregada também por juristas teóricos, tanto anglo-saxões quanto “continentais”, para aludir à evolução recente da teoria e da filosofia do direito, e até mesmo para qualificar globalmente o que corresponderia ao momento atual da

Gustavo Just é Professor-Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade de Paris X.

cultura jurídica reflexiva. Como se sabe, nas soluções terminológicas marcadas, como era o caso aí, pela influência das ideias de Thomas Kuhn, a noção de “paradigma” conota um sentido ou um efeito de “normalização” da pesquisa e de superação de suas crises. Mas basta levar em consideração a persistência do ideal empírico-analítico em alguns setores importantes da teoria do direito (ou ainda o recente alinhamento de alguns juristas norte-americanos a um neorealismo filosófico) para se descartar de plano uma tal eficácia estabilizadora da presença de um paradigma epistemológico hermenêutico. Por isso, a ideia de uma guinada interpretativa da teoria do direito é plausível sobretudo quando remete a um dado extraepistemológico: a teoria jurídica contemporânea seria considerada, em seu conjunto, como “interpretativa” por se ter tornado acentuadamente sensível à importância central da interpretação na experiência jurídica, do que decorreriam duas consequências: a organização de uma agenda temática dominada em grande parte pelo problema da interpretação e de sua pluralidade e a tendência pronunciada a aproximar a interpretação (ou noções afins, como a de argumentação) do centro da concepção, pressuposta ou conscientemente articulada, do direito.

Cabe então considerar duas coisas. É verdade que a guinada interpretativa pode ser vista como um fator de aproximação de tradições teóricas antes antagônicas e até mesmo incomunicáveis — alguns celebram, por exemplo, a convergência, que assim se teria promovido, entre a corrente analítica e a fenomenológica. Mas o panorama do pensamento jurídico contemporâneo não deixa, por isso, de ser o resultado de uma evolução em que figuram, ora se combinando, ora se excluindo mutuamente, elementos especulativos heterogêneos, integrantes da vasta herança do racionalismo moderno e de suas vicissitudes. E isso significa que, para apreender em sua complexidade o horizonte teórico atual, tão importante

quanto explorar a eventual complementaridade das posições que ele comporta é *articular* a sua diversidade, levando a sério as diferenças teóricas e preservando com isso (ou talvez restaurando) uma variedade de programas de reflexão. Por outro lado, o sucesso da ideia de uma guinada interpretativa se deve, nessas condições, exatamente a uma abertura semântica que a habilita a preservar essa heterogeneidade mas que, em contrapartida, parece privar em última análise os termos “interpretativo” e “hermenêutico” da aptidão de qualificar uma orientação teórica específica.

É por essas razões que se torna necessário, e ao mesmo tempo difícil, saber o que pode representar um ponto de vista *especificamente* hermenêutico em plena “era interpretativa”; em outras palavras, é ou não possível conceber uma teoria jurídica hermenêutica — isto é, uma concepção hermenêutica do direito e um modo hermenêutico de teorizar sobre o direito — que represente algo mais do que uma máxima adesão aos diferentes aspectos do interpretativismo que se atribui ao pensamento jurídico contemporâneo?

Um primeiro passo para se enfrentar essa dificuldade é certamente adotar alguma reserva diante do fascínio dos juristas de hoje pela interpretação — um fascínio que às vezes assume ares de modismo intelectual, enquanto tal passageiro, e que produz o risco permanente de produzir diferentes formas de reducionismo. Por isso, é possível considerar que o aspecto filosoficamente mais relevante e consistente do redimensionamento do tema da interpretação não é o dado quantitativo da frequência com que aparece, ou do tamanho do espaço que ocupa, nos textos dos juristas teóricos — já que isso pode significar tão-somente uma hipertrofia da problemática “metodológica”, em cujo âmbito sempre residiu o tema da interpretação —, e sim, qualitativamente, a nova função que desempenha ou pode desempenhar na contemplação teórica do direito. Essa nova

função se configura a partir do momento em que a interpretação deixa justamente de veicular apenas uma reflexão sobre a “aplicação”, a “decisão” ou o “método”, e passa a integrar, inclusive renovando-a, a empreitada propriamente filosófica de simplesmente pensar o direito.

É verdade que uma filosofia nesse sentido *interpretativa* (ou “hermenêutica”) do direito é então obtida (assumindo formas variadas), mais ou menos simultaneamente, no contexto de diferentes tradições filosóficas e jurídico-institucionais. Mas, naturalmente, é sobretudo a linhagem culturalista e historicista continental que, principalmente após o advento da “hermenêutica filosófica” de Gadamer, não poderia deixar de engendrar o esforço de pensar o direito (e portanto o seu conceito) a partir da sugestão filosófica de encarar a *compreensão* como uma estrutura fundamental da existência finita e inscrita na história.

Seria normal portanto esperar que essa empreitada tivesse sido levada adiante no âmbito em que se deu uma influência direta e em certo sentido vertical do pensamento gadameriano sobre a teoria do direito, isto é, sobre a ampla e fértil corrente teórica constituída sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, na sequência das transformações que afetaram desde o início dos anos cinquenta a velha “querela metodológica” travada na Alemanha desde Savigny – uma corrente que é possível chamar de “jurisprudência hermenêutica” e que conta entre seus protagonistas os nomes de Josef Esser, Karl Larenz, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Martin Kriele, Reinhold Zippelius, Konrad Hesse, Peter Häberle, Horst Ehmke e outros. Foi assimilando noções como “pré-compreensão” e “círculo hermenêutico”, e sob a influência geral da hermenêutica filosófica, que esses autores buscaram pensar a circularidade hermenêutica dos processos e raciocínios decisórios, e com isso corrigir definitivamente o que chamavam de “irrealismo metodológico”, na

medida em que agora era possível atacar a sua implicação mais profunda: a imagem de *linearidade, hierarquização e seccionamento do processo interpretativo*.

Ocorre, porém, que essa corrente se desenvolveu em estreita interação com o processo de consolidação do constitucionalismo jurista da Lei Fundamental e, portanto, sob a vigência de uma acentuada expectativa de controlabilidade racional das interpretações, em nome do então mais do que nunca decisivo vetor jurídico-constitucional de legitimidade democrática, o que lhe conferiu uma tendência metodologicamente “construtivista” mais ou menos acentuada e em todo caso geradora de conflitos insuperáveis com a filosofia hermenêutica que a inspirava e sustentava. (É verdade que a conversão de muitas das teses da jurisprudência hermenêutica em componentes doutrinários daquilo que alguns agora chamam de “neoconstitucionalismo” prolongou no tempo e internacionalizou a sua influência, mas isso já é outra coisa).

Entretanto, uma releitura da obra de Josef Esser, representante emblemático dessa corrente, e também o mais venerado entre seus próprios pares, pode resgatar, embora a muito custo, elementos de um projeto teórico alternativo – elementos que no próprio Esser foram sufocados, mas que não deixam de sugerir pistas para o enfrentamento atual do problema que se colocou no início deste artigo. Infelizmente não é possível aqui sequer sumariar o argumento, mas apenas indicar que a reflexão assim aberta poderia tentar forjar a especificidade da perspectiva hermenêutica explorando, por exemplo, como chegou a esboçar recentemente Paul Ricoeur, a ideia de uma demarcação entre o território da *interpretação*, feita de reminiscência, “regressiva” e “ascendente”, e aquele, atribuível à teoria do discurso racional, da *argumentação*, emancipadora, “progressiva e descendente”; ou então integrando à hermenêutica uma séria desconfiança diante de toda ambição de

*domínio*, no sentido mais forte da palavra, metodológico ou mesmo simplesmente conceitual, dos processos interpretativos; ou ainda resgatando e aprofundando a associação entre o ponto de vista hermenêutico e o ponto de vista histórico, à qual caberia subordinar a compreensão do direito e de sua inteligibilidade.

É exatamente essa última sugestão que nos conduz à obra de Nelson Saldanha.

## 2. *O direito como ordem e hermenêutica*

Ao contrário do que se verifica na economia textual da jurisprudência hermenêutica, em Nelson Saldanha o conceito de direito corresponde a uma problemática autônoma, no sentido de não se apresentar como uma derivação ou um prolongamento de uma reflexão motivada por preocupações (e enquadrada por questões) metodológicas. Mas Saldanha aborda o problema do conceito de direito sem aspirar ao rigor das articulações abstratas voltadas à geometrização e à formalização, fiéis à receita aristotélica do gênero próximo e da diferença específica<sup>1</sup>, e enfatiza, ao contrário, a primazia ou antes a precedência da *compreensão* com relação à definição. A definição seria um resultado verbal — facultativo na medida em que uma teoria não precisa conceituar o direito para compreendê-lo de uma determinada maneira, mas que pode funcionar como ponto de partida de uma temática, servindo para delimitá-la (SALDANHA, 1994, p. 69; 1998, p. 49-51). O valor do conceito é, nesse sentido, essencialmente relativo. O direito pode efetivamente ser definido de diversas formas e valendo-se de diferentes termos — o direito como instituição, procedimento, norma, valor, ordem concreta,

<sup>1</sup> A mesma precaução é adotada por Kaufmann (1973), um dos representantes filosoficamente mais atentos da jurisprudência hermenêutica, para quem se trata de escapar ao kantismo de que estaria impregnada neste ponto a filosofia do direito, obstinada em encontrar uma definição *more geometrico*, formal, geral e abstrata, de seu conceito de direito.

figura lógica, conduta, decisão, repartição etc. —, e a complexidade do fenômeno jurídico pode ser reconstituída a partir de qualquer um desses elementos, complementando a configuração básica (centrada na norma, na decisão, na conduta etc.) com a alusão aos dados que faltam. Mas isso só será possível caso se disponha de uma compreensão (uma “imagem”, como diz o imagético autor de *O Jardim e a Praça*) do que é essa experiência jurídica, em sua complexidade e na diversidade dos seus momentos ou partes (SALDANHA, 1998, p. 212), uma compreensão que, portanto, engloba o esforço de conceitualização.

É exatamente essa compreensão, essa imagem da experiência jurídica que precisa incluir o seu “componente hermenêutico”, isto é, esse momento interpretativo que não corresponde a algo que intervém, vindo de fora, ao direito considerado uma realidade plenamente constituída como forma de organização, mas que é, ao contrário, um elemento constitutivo do direito. “Não cabe falar do Direito como algo completo, como um objeto inteiriço, ao qual se vem agregar a interpretação. A interpretação se refere à ordem, e esta, na verdade, só apresenta sentido se existe um pensamento que lhe dê esse sentido” (SALDANHA, 1994, p. 85). As estruturas daquilo que se chama de “ordem jurídica”, por serem estruturas simbólicas, só existem porque são pensadas de uma determinada maneira, isto é, na medida em que têm um sentido, um sentido que lhes é dado por um pensamento que a elas se dirige, e esse pensamento é a hermenêutica: por isso a ordem é indissociável daquilo que lhe confere inteligibilidade e o direito é concebido como “um composto de ordem e hermenêutica” (SALDANHA, 1992, p. 260).

É importante deixar logo claro que essa visão não se confunde com a simples e hoje banalizada inclusão da práxis interpretativa no conceito de direito, motivada apenas pela “constatação do papel crucial da interpretação nos momentos mais significativos da ciência e da prática do direito”, como

escrevem, por exemplo, Viola e Zaccaria (2001, p. 435) e que se refere preferencialmente à interpretação no sentido técnico da interpretação dos juristas. O momento interpretativo ou hermenêutico de que fala Saldanha vai obviamente muito além, embora não deixe de a englobar, dessa prática interpretativa em sentido estrito, dessa manipulação de uma ferramenta operacional dos juristas; corresponde, na verdade, ao esforço global de tornar a ordem inteligível, e que toma como objeto elementos formais e não formais. Desse esforço faz parte sem dúvida a interpretação das regras (e, antes disso, o próprio reconhecimento das regras) — esse um exercício interpretativo socialmente reservado, embora essa reserva corresponda a uma variável histórica: no modelo das chamadas “monarquias antigas”, por exemplo, aparece hieraticamente privativo de um esfera sacerdotal inspiradora da referência de Dumézil à classe “mágico-jurídica” como primeiro componente de uma estrutura trifuncional constante nas sociedades indo-europeias; nas democracias contemporâneas, a reserva é em primeira linha apenas profissional-burocrática. Mais alargada é geralmente, nos contextos em que ocorre, a formulação dos conceitos, teorias e doutrinas, inclusive as mais gerais, e que delimitam o marco espiritual dentro do qual se pode mover a interpretação voltada à aplicação dos elementos particulares da ordem. E tendencialmente difuso no corpo social se mostra o momento hermenêutico quando assume a forma de representações e valorações que consolidam uma imagem coletiva da ordem e que tanto a podem legitimar como inspirar contestações de diversa espécie: doutrinárias, revolucionárias, utópicas...

O que co-constitui a experiência jurídica é, portanto, o conjunto de elementos compreensivos do pensamento que pensa a ordem, um pensamento que pode ter *concebido* a ordem ou as suas transformações ou que, encontrando-a em alguma medida constituída, quer sistematizá-la para a

consolidar e tornar eficaz; que a legitima (e, portanto, a estima) ou que a contesta (e, portanto, a desestima), mas que, em todo caso, lhe dá um sentido e com isso lhe confere uma existência concreta.

Já deve estar claro a esta altura que o argumento de Nelson Saldanha (1993, p. 3, grifo nosso) não se dirige aqui unicamente ao direito; faz parte na verdade de uma reflexão geral sobre as *relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo* (esse é, aliás, o subtítulo de *Ordem e Hermenêutica*). “Em sentido concreto, uma ordem só existe em função de uma hermenêutica que se refira a ela e aos seus significados para a vida. Em *todos os sistemas* institucionais, encontramos uma ordem e uma hermenêutica”.

É exatamente à luz dessa meditação geral que cabe aprofundar a reflexão sobre a noção de direito como ordem e hermenêutica. E convém começar com uma referência ao primeiro desses termos. O que deflagra o raciocínio que conduz à tese aqui discutida é uma manobra especulativa que consiste em reabilitar, como categoria do pensamento político-social (ou político-filosófico), o conceito de *ordem* — um conceito que a modernidade política, com seus credos libertário e evolucionista, progressivamente estigmatizou e descreditou, e do qual a pós-modernidade cultural e filosófica, com sua desconfiança com relação a tudo que pareça muito próximo das ideias de unidade, sistema e hierarquia, não parece esperar muita coisa.

Para salvar esse conceito agonizante, Saldanha nos convida então a pensar a ordem como um dado imensamente variável mas ao mesmo tempo infalivelmente constante na vida histórica, a pensar os muitos significados nos quais se desdobra a ideia de ordem, assim como a profunda conexão que os une: a ordem é forma, é lugar e espaço — ordenar é dispor, distribuir por lugares<sup>2</sup>, lugares com um mínimo de simetria, hie-

<sup>2</sup> Uma associação que pode aparecer explícita ao olhar etimológico: em grego, por exemplo, *táttein* ou



rarquizados uns, outros não; em todo caso é estrutura, e é proporção e distribuição; então é também regularidade e organização, e assim, na ordem social pelo menos, mando e obediência (“ordem” também quer dizer mandamento), normatividade; por outro prisma, a ordem é um “objeto”, mas também um adjetivo ou predicado; é ela mesma um valor (inclusive estético<sup>3</sup>), mas também suporte estrutural fora do qual os demais valores não podem ser realizados e talvez nem mesmo pensados.

A ideia de ordem pôde então ser mobilizada em *Ordem e hermenêutica* como vetor de uma interpretação fecunda e não arbitrária da vida institucional em sua complexidade. Uma interpretação *fecunda* porque os significados em que se diversifica essa ideia remetem, no plano heurístico, a analogias estruturais e mesmo a arquétipos: analogias entre a ordem cósmica e a divina, passando-se delas à ordem social e aos espaços urbanos, e até mesmo às pretensões ordenadoras da razão (Saldanha lembra sempre a frase de Spinoza sobre o paralelo entre a ordem e a conexão das coisas e a ordem e conexão das ideias). Uma interpretação não arbitrária porque as dimensões da ordem são solidárias umas com as outras na medida em que se dão no plano da experiência histórica. Adotar a ordem como imagem básica de uma determinada esfera da vida institucional (a ordem jurídica, a religiosa, a econômica, a familiar) significa então evocar de plano um complexo de significados indissociáveis, prevenindo o espírito contra os reducionismos e o habilitando à exploração das conexões de sentido.

Por que, então, a imagem da vida institucional precisa incluir, além da ordem, o pensamento que a ela se refere? É que, por um lado, a ordem por assim dizer

“solicita” a hermenêutica, e, por outro, ela a pressupõe.

A ordem *conduz* à hermenêutica na medida em que os elementos que compõem a sua estrutura têm sempre algo de simbólico, e, ao ordenar partes, essa estrutura inclui a vigência e a aplicação de preceitos, e, por isso, “a ordem e a interpretação se implicam reciprocamente, posto que o aplicar envolve as *conclusões* do interpretar” (SALDANHA, 1992, p. 271). O surgimento de uma tarefa interpretativa como derivação do caráter simbólico-prescritivo da ordem é algo que os juristas de hoje compreendem até mesmo intuitivamente: a ordem jurídica é uma explicitação especialmente oficial das relações de mando e obediência, e como explicitação não pode deixar de se apresentar como um conjunto de expressões. Em consequência, é preciso “dar sentido” aos elementos que compõem a estrutura da ordem, e “... o *jurídico* [no ‘sistema’ ou no ‘ordenamento’] está também no *conjunto de significações* que se atribuem a esta ordem, e que a tornam viva” (SALDANHA, 1994, p. 73).

Mas, por outro ângulo, a ordem *pressupõe* a hermenêutica, já que certamente não faz sentido dizer que algo é uma ordem antes de ser pensado como tal (SALDANHA, 1992, p. 5). Em outras palavras, *constatar* a ordem é de certo modo dar-lhe existência – e essa constatação é sempre uma interpretação. Saldanha se pergunta assim se o próprio surgimento da vida social não seria talvez o momento em que os seres humanos passam a atribuir um significado à ordem grupal em que vivem, considerando o próprio viver como um modo de participar de uma certa organização (em outras palavras, a consciência da vida grupal estruturada seria constitutiva da ordem como um “dado social”).

Naturalmente que tudo o que se refere às origens tem algo de conjectural, e o nosso autor tem sempre a precaução de registrar a ressalva. Mas o recurso aos arquétipos e às conexões entre os planos da ordem vem aqui suprir o déficit empírico da arque-

*tássein* (colocar, dispor) e *táxis* (ordem) têm evidentemente a mesma raiz indo-europeia.

<sup>3</sup> “nada é tão belo e proveitoso para os homens quanto a ordem (*táxis*)”, diz Iscômaco, o personagem de Xenofonte no *Econômico* (VIII, 3).

ologia do social e dar plausibilidade ao argumento. A cosmogonia — a helênica, em todo caso — instaura a intervenção da razão na origem da ordem: a passagem do *chaos*, do amorfo, ao *cosmos* é obra de um *nous* ordenador, como ordenadora das coisas será mais tarde a razão “distinguidora”, produtora de “ideias claras e distintas”. Analogamente, a ordem social, que também “dá forma” e com isso implica sempre distinções (Idem, p. 38), parece ser já fruto de uma inteligência que compreende diferenças de posições e papéis.

Assim, pressupondo a hermenêutica, ou conduzindo a ela, a ordem é algo que em todo caso vigora sempre como *representação* (Ibidem, p. 15).

E o termo “representação”, que evoca o espírito e a consciência, conduz-nos a uma possível espécie de aporia de ocorrência já clássica nos sistemas de pensamento sensíveis à historicidade da razão. É que o instante interpretativo é apresentado como um componente que é *instituidor* da ordem, e que é *universal* no sentido de que não se pode imaginar uma ordem em que esse componente não esteja presente. Mas ao mesmo tempo se alude a um pensamento (aqui dito “crítico” ou “latentemente crítico”) que, em dado momento, se “instala” diante da ordem (é exatamente essa a metáfora espacial empregada por Saldanha): um momento que não parece ser exatamente *necessário*, e que em todo caso pressupõe a existência da ordem. Como escapar então à contradição de afirmar que o pensamento interpretador pressupõe a existência da ordem que ele próprio se dispõe a constituir?

Naturalmente que o problema remete a um impasse congênito ao pensamento social moderno, que põe o homem como obra da sociedade e a sociedade como obra do homem; tem também algo a ver, como registra Saldanha, com o tema milenar do confronto entre o ser e o pensar.

Mas aqui intervêm diretamente os postulados existencialistas, ou mais largamente vitalistas, que pretendem denunciar, na sus-

peita de contradição, o equívoco de tratar como relações lógicas o que na verdade são relações vitais. “A ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar”, diz o orteguiano Saldanha (1992, p. 103). E, caberia acrescentar, como produto de um pensar compreensivo dotado de uma estrutura tanto teórica quanto prática, a ordem não é meramente um constructo, é uma realidade institucional, que provoca e condiciona o próprio pensamento na medida em que dá forma às circunstâncias em que ele ocorre. Assim, “constituir a ordem ao interpretá-la” e “pressupor a sua existência para a ela se referir” não seriam dois enunciados que coubesse proteger contra toda e qualquer contradição<sup>4</sup>, e sim expressão de duas relações vitais que se dão no plano da ocorrência histórica, um plano no qual não cabe preocupar-se com aporias formais, e sim “tomar como algo necessário essa tensão entre o ser da *ordem*, que afinal depende do pensar específico que o confirma, e o *pensar* latentemente compreendedor, que pressupõe a ordem mas que a torna inteligível a partir de uma constatação que se explicita” (SALDANHA, 1992, p. 6). É à noção de *experiência* que Saldanha (Idem, p. 120) credita o tornar possível colocar dentro de uma mesma estrutura a ordem e a interpretação, que nela (na experiência) se entendem como coisas reciprocamente referidas.

A ideia dessa reciprocidade causa certamente desconforto ao espírito dotado de ambições objetivistas-descriativistas específicas, idealizadoras de um âmbito puramente teórico do pensamento; mas o compreender nunca se reduz ao teórico; mesmo as elaborações mais convencidas de sua aptidão à formalização e à pura descrição procedem tanto da dúvida metódica quanto da angústia existencial, e assim, do mesmo modo que as mitologias, as teologias, as utopias, as contestações revolucionárias

<sup>4</sup> Um argumento parecido com o que Gadamer usou contra a acusação de autorreferência da consciência hermenêutica.



traduzem uma forma de relação radical e existencial, e não simplesmente contemplativa, com o mundo, no caso com a ordem, fazendo assim parte — e aqui retomo o discurso propriamente saldaniano — de “um esforço fragmentário e heterogêneo — o do espírito humano situando-se como interpretador das coisas” (Ibidem, p. 5).

Assim, a referência à ordem e à hermenêutica como dois componentes distintos do plano institucional é apenas — por assim dizer — um “artifício compreensivo”, justificado pela necessidade de “considerar a diferença entre dois planos, um onde se situa a ordem e outro onde se encontra o pensamento que a questiona”. Por isso, a ideia de uma ordem sem hermenêutica é considerada um “conceito-limite”.

Que préstimo tem então, para a compreensão da experiência jurídica em sua complexidade, esse artifício que consiste em forjar uma imagem do direito que distingue o componente da ordem e o da hermenêutica? É evidente que o propósito de Nelson Saldanha não foi, ao elaborar a ideia, oferecer critérios para a demarcação do direito perante a política, a religião, a moral, a economia — uma preocupação típica dos nossos manuais de introdução ao direito (dos mais antigos, em todo caso). Ordem e hermenêutica, disse isso antes, é uma imagem válida para a totalidade da vida institucional: “cada um dos ‘setores’ da vida social constitui uma ordem, no sentido de ser um todo com coerente conjugação de partes e com uma dimensão de preceptividade (e aplicabilidade) — e daí que cada um deles comporta e requer uma hermenêutica”. Saldanha não deixa de registrar certos aspectos em que a relação do direito com a ideia de ordem e com a de hermenêutica poderia ser peculiar, ou mesmo mais estreita, mais exemplar (Gadamer aludia, como se sabe, ao caráter exemplar da hermenêutica jurídica), mas seria inútil querer traduzir, num plano *conceitual*, algo de uma especificidade que de todo modo é obviamente uma variável histórica. A

preocupação de nosso autor, ao contrário, parece ser, na verdade, a de corrigir o caráter parcial ou reducionista de muitas teorias contemporâneas, que a isso foram conduzidas pelos paradigmas metodológicos que fixaram o ideal da exclusividade de objeto e método. A simples referência à ordem como primeiro componente da imagem do direito já remete, como se viu, a um complexo de significados indissociáveis e, para empregar uma expressão muito saldaniana, aos seus “encaixes sociais”. (Dizer que o direito é um composto de ordem e hermenêutica é certamente algo muito mais sugestivo do que dizer que o direito é “dever-ser”, “norma”, “norma interpretada”, conduta normada etc.)

Por outro lado, o sentido existencial e histórico (que não se reduz nem ao técnico ou instrumental nem ao puramente cognitivo) inerente ao componente hermenêutico permite assegurar uma verdadeira dialética à interação entre ordem e hermenêutica, compondo uma imagem do direito que pretende integrar sem hesitação, mas também sem reducionismos, o momento interpretativo. Sem hesitação, porque a inteligência histórica e cultural da interpretação, deixando para trás a conotação instrumental presente, ainda que às vezes de modo residual, nas reflexões condicionadas por questões ou preocupações metodológicas, apreende todo o alcance constitutivo do instante hermenêutico, permitindo superar a visão da interpretação como algo exterior ou complementar ao direito. Sem reducionismos, no sentido em que também não reduz o direito à interpretação. Com isso se distanciaria da tendência que se formou na jurisprudência hermenêutica no sentido de diluir o conceito de norma (e até mesmo o de direito) no de interpretação, uma tendência certamente acentuada em Häberle, mas que não é de todo estranha à teoria “estruturante” de Müller. Saldanha (1998, p. 196-199) salienta exatamente que não se pode levar a importância do momento hermenêutico ao ponto de considerar que

a norma só existe a partir do instante em que é aplicada, pois se é certo que “não se entenderá nenhuma ordem sem a inteligibilidade que a hermenêutica lhe confere, [também] não se concebe uma hermenêutica que não se tenha elaborado em função de uma ordem”.

### 3. *A hermenêutica e o ponto de vista histórico*

Eu dizia no início que uma filosofia hermenêutica do direito pôde ser obtida por diferentes caminhos. O exemplo mais ilustre, na tradição analítica anglo-saxônica, é a obra de Dworkin, sobretudo a partir do *Império do Direito*, de 1986: o direito é uma prática interpretativa, e não um conjunto de imperativos (como quis a tradição positivista), porque interpretar significa assumir uma determinada forma de relação com um passado, com uma obra passada que se trata porém de continuar, e que para ser prosseguida precisa ser antes *compreendida* em função daquilo que a pode justificar e da necessidade presente de a prosseguir, isto é, de a fazer projetar para o futuro.

Mas, apesar de ser autenticamente hermenêutica, a filosofia do direito de Dworkin não está adequadamente posicionada para satisfazer à necessidade que se colocava no início desta intervenção. Por um lado, porque uma hermenêutica construída de um “ponto de vista interno”, embora seja fascinante no plano da argumentação, está sempre sujeita a uma leitura que lhe adere um compromisso essencial com a aspiração a uma controlabilidade metódica da justeza das interpretações (talvez não seja casual a ambiguidade da tese da “resposta correta”); e não são gratuitas as tentativas de aproximar a teoria de Dworkin da teoria do discurso jurídico racional, de inspiração habermasiana. Por outro lado, e sobretudo, falta-lhe o ponto de vista histórico propriamente dito.

E isso é exatamente o que sobra em Nelson Saldanha. O elemento mais constante de sua vasta obra, e o mais unificador do

seu pensamento (que se autocensura de disperso) é exatamente o *ponto de vista histórico*. Um ponto de vista que se exerceu, com o perdão da esquematização, em sucessivas etapas: num primeiro momento, aparece “aplicado”, por assim dizer, aos fundamentos do constitucionalismo, isso desde a tese sobre as formas de governo. Num segundo momento, que se sobrepõe cronologicamente à segunda parte do primeiro, o ponto de vista histórico se projeta, como método crítico, sobre a tradição, sobretudo a recente, da teoria do direito. Em ambos os períodos, a sensibilidade hermenêutica está presente mas não integra as articulações conceituais — e sua presença se deve muito mais à ligação do autor à vasta tradição culturalista e historicista do que a uma influência específica da guinada ontológico-existencial da hermenêutica heideggero-gadameriana: esta deve ter sido recebida, na verdade, muito mais como uma espécie de confirmação de intuições historicistas mais antigas. E é, por isso, que ao se explicitar, num terceiro momento do pensamento de Saldanha, a perspectiva hermenêutica não poderia deixar de estar *radicalmente associada ao ponto de vista histórico*, e por ele de certa forma envolvida.

Isso se reflete obviamente na tese do direito como ordem e hermenêutica: uma tese que só se compreende quando se sabe que a referência à ordem inclui as suas metamorfoses, e que a importância do componente hermenêutico é uma variável histórica. O pensamento que pensa a ordem tem como forma elementar a simples consciência da vida grupal, mas se articula com mais complexidade quanto mais complexas forem as próprias formas políticas. E com o evoluir de sua articulação variam as modalidades de sua interação com a ordem: da mera constatação passa-se à explicação das origens, à justificação das escolhas, à aplicação organizada das normas, à crítica e à formulação de projetos de transformação.

Nesse itinerário do pensar interpretativo em sua relação com a ordem, um processo

decisivo é o da secularização da cultura, isto é, a passagem gradual de um padrão cultural geral teológico ou mitológico para um padrão leigo, ocorrido, por exemplo, na Grécia na transição do período arcaico para o clássico, ou no Ocidente moderno a partir do Renascimento. A secularização implica a dessacralização dos significados que até então eram em alguma medida tidos como “dados” pela ordem: o poder, o mando, a verdade, a justiça, a instituição da sociedade. O homem caído, resume Saldanha (2002, p. 102), é posto à prova e obrigado a buscar o sentido das coisas. Nesse momento o pensamento crítico dá como que um salto qualitativo, abrindo um “claro” diante do dado, ou entre este e a sua possível aceitação, e então a verdade passa a ser disputada, deixando de ser o privilégio de poucos (SALDANHA, 1992, p. 55).

Mas também é possível pensar uma evolução no interior da própria secularização: a um momento de afirmação, racionalista, iluminista, emancipador segue-se um momento de saturação, ceticismo, relativismo, crise; um momento, em todo caso, em que o pensamento interpretativo toma consciência de si próprio, e aqui se fala, finalmente, em consciência hermenêutica. “Ordem e hermenêutica” é então fruto tardio da secularização da cultura no Ocidente moderno; mas não há aqui uma autocelebração, e sim lucidez reflexiva e relativista. O mesmo ponto de vista que integra radicalmente à imagem do direito o seu momento interpretativo mostra-se capaz de pensar a parte de contingência, de relatividade mesmo, de uma *cultura* jurídica

interpretativa. Essa lucidez, propiciada por um historicismo geralmente ausente das versões da hermenêutica de filiação analítica, será talvez necessária à preservação da identidade de um pensamento jurídico hermenêutico que aspire, por exemplo, a se apresentar como um contrapeso, digamos, cético-contemplativo à racionalização analítico-comunicacional.

### Referências

- DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Londres: Fontana Press, 1986.
- KAUFMANN, Arthur. *Die ipsa res iusta: Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*. In: G. Paulus, U. Diederichsen e C. W. Canaris (Org.). *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de teoria do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia, povos, ruínas: páginas para uma filosofia da história*. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Terza edizione. Roma/Bari: Editori Laterza, 2001.