

## Sob o signo de Hermes – reflexões para uma razão jurídica hermenêutica

Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>

**Resumo:** sob o signo da divindade mitológica Hermes, já usada, nomeadamente por Michel Serres, para presidir a estudos contemporâneos, procura-se neste artigo uma reconstrução hermenêutica como contributo para um novo paradigma jurídico. Não apenas se referindo a hermenêutica como episteme e como tarefa concreta de, em Direito, interpretar, criar, aplicar, mas como atitude vivencial. O jurista pode ser hermeneuta ou antihermeneuta. Hermeneuta se a partir dos factos e dos texto criar e recriar realidades justas, antihermeneuta se contribuir para a banalidade do mal, de que falava Arendt, comportando-se como um mero burocrata da coação.

**Palavras Chave:** Novo Paradigma Jurídico - Hermenêutica - Hermenêutica Jurídica.

**Abstract:** Under the sign of the mythological deity Hermes (already used, namely by Michel Serres, to preside over some contemporary humanistic studies), we seek in this article a hermeneutic reconstruction as a contribution to a new legal paradigm. Not only referring to hermeneutics as an *episteme* and as a concrete task and function in law (to interpret, create, and apply norms) but also, and in this article mainly, as an experiential attitude. The lawyer may be for or against it. The hermeneutic attitude, based in facts and texts, creates and recreates fair and just realities. The anti-hermeneutic option has no problems to contribute to the *banality of evil* (as Arendt put it), behaving as a mere bureaucrat of coercion.

**Keywords:** New Legal Paradigm - Hermeneutics - Legal Hermeneutics.

### 1. Hermenêuticas e Hermes

Um fenómeno curioso de “recuperação” académica e também presente em meios da Justiça, consiste em, uma vez caídas em descrédito as expressões “interpretação” e “aplicação”, ou pelo menos passando por um período de má estrela ou má cotação nos meios mais avançados da *scientia iuridica*, se passar a fazer exatamente a mesma exegese que anteriormente, dando-lhe contudo o nome pomposo de “hermenêutica”. Só o nome muda.

Mas não se trata agora apenas de Hermenêutica no sentido próprio (e muito menos nesse sentido impróprio e “recuperador”). O que está em causa, principalmente, é de recuperar a figura e a inspiração do deus helénico Hermes. É, evidentemente, uma figura polissémica, contraditória, como aliás muito dessa mitologia em que os Gregos ao mesmo tempo acreditavam e descreiam<sup>2</sup>, dando assim mostras de que eram um povo cultíssimo e atento aos vários níveis e desníveis do Ser.

Porém, há em Hermes um conjunto de características que evidenciam a atitude do jurista para os novos tempos. Não que se trate de um deus jurista, mas precisamente por isso. É que o paradigma jurídico do ensimesmamento ou clausura tem de ser superado pelo da interdisciplinaridade, da abertura.

### 2. A Filosofia Antihermenêutica do Jurista Comum

A atitude do jurista comum (não falamos de grandes vultos que sempre sobressaíram e deram exemplos, nem sempre seguidos), daquele do qual Michel

---

<sup>1</sup> Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar e Coordenador de Ciências Jurídico-Políticas da Fac. de Direito da Univ. do Porto. Doutor das Universidades de Coimbra e Paris II, Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP, Agregado (Livre-Docente) pela Univ. do Minho. lusofilias@gmail.com

<sup>2</sup> VEYNE, Paul — *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, Paris, Seuil, 1983, trad. port. de António Gonçalves, *Acreditaram os gregos nos seus mitos?*, Lisboa, Edições 70, 1987.

Villey teme que mal aplique o próprio e clássico direito natural<sup>3</sup>, é a da rigidez cadavérica da obediência ao que julga ser o direito: a lei, o regulamento, a ordem de serviço e a voz de comando do chefe. A sua capacidade de ver fontes de direito acima da lei, designadamente de conhecer princípios, e a própria Constituição, é muito limitada. E no fundo gostaria que a Constituição fosse uma lei descarnada votada exclusivamente às regras de acesso e saída do poder, sem qualquer interferência no domínio do direito em geral: seria um sucinto e esqualido código de direito do político. Isso lhe daria, finalmente, alguma tranquilidade... Apesar de esse mítico modelo constitucional descarnado ser de mito-ilusão, porque desde as primeiras cátedras da matéria se tem ensinado que na Constituição figuram, pelo menos, as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito...

O positivismo jurídico, e mais especificamente o legalismo, é a atitude (e a filosofia) espontânea do jurista comum<sup>4</sup>. É, assim, uma perspectiva *agelástica*<sup>5</sup> que preside à sua cosmovisão e à sua intervenção no Mundo.

Evidentemente que uma tal mundividência implica uma atuação limitada, tímida, subserviente, apenas entremeada por tentativas de serpenteantemente contornar as normas, se o jurista está do lado que de tal necessita. Mas não é a agilidade de Hermes, não são os seus pés nem o seu chapéu alado, são tortuosidades e subtilezas sem asas, ou, no máximo, com asas negras.

Estas linhas decisivas de Lenio Streck dão o cheque-mate às teorizações tradicionais em matéria especificamente hermenêutica. Mas estes tiques são naturais consequências de um espírito dogmático e positivista. Recordemos o seu texto:

“(...) o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, os juristas – inseridos nesse imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correta dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar ‘o verdadeiro sentido da norma’, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo que nela contém (*sic*) tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são ‘um caminho seguro para alcançar corretos sentidos’, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*); *finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!*”<sup>6</sup>

<sup>3</sup> "Le droit naturel n'est pas la philosophie des juristes - seulement des meilleurs d'entre eux. (...) Je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre. [...]" - VILLEY, Michel — *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, PUF, Paris, 1995, p. 45.

<sup>4</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 2.ª ed., cit., p. 353 ss..

<sup>5</sup> RABELAIS — *La Vie de Gargantua et de Pantagruel*, V, 25; RORTY, Richard — *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz — *A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo*, in *Constituição e Crise Política*, coord. de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 294, sublinhados nossos.

No fundo é sempre preciso des-vendar, os textos e as próprias realidades (porque é preciso compreender a própria realidade, não apenas as letras). E os textos não são mero espelho de uma dada realidade pré-dada, natural, humana, ou especificamente normativa. Como diz Todorov, referindo ainda Lessing: “Começemos pelas más respostas, afastadas por Lessing. A obra não é o que é em virtude de um real de que ela seia transposição; isto é, não se trata de um determinismo de imitação.”<sup>7</sup>

Tanto a obra de arte literária, como, evidentemente, o texto jurídico, e, em especial, a tão mistificada Lei.

### 3. As Lições de Hermes

#### 3.1. Atributos de Hermes

Uma releitura mítico-simbólica de Hermes permitir-nos-á esboçar algumas linhas sobre a atitude hermenêutica *hoc sensu* do jurista. Bastará para tal fazer uma transposição, *mutatis mutandis*.

Hermes é deus dos caminhos, das trocas (e por isso de relações como as comerciais – e por extensão apropriado pelos próprios ladrões, que são um tipo particular de especialistas que fazem fluir e circular os bens), e de algumas iniciações. É naturalmente o mensageiro dos deuses. Mas também seu intérprete (como se poderia ser uma coisa sem a outra?). E como não o associar ainda ao discurso em geral, à palavra, ao *logos*? Platão<sup>8</sup> aponta como étimo do seu nome ερμηνεύς, intérprete, e também Ειρεμης, resultado da contração de uma frase que significaria “o que imagina a palavra”<sup>9</sup>.

#### 3.2. Hermes, Conhecimento Tradicional e Conhecimento Moderno

Não é apenas, porém, este conjunto conhecido de atributos que importa. É uma certa forma de estar, uma certa forma de saber (e de saber, estando) que se encontram implícitos (e nem sempre apercebidos) na figura de Hermes. Hermes remete-nos para o conhecimento tradicional, ou antigo, por contraposição ao conhecimento moderno. Ora esse conhecimento antigo não é antiquado, antes necessita de redespertar para que a tardomodernidade em que vivemos possa encontrar vias positivas de superação da modernidade, sem a rejeitar em bloco (desde logo sem recusar importantes adquiridos jurídico-políticos seus), mas visando um aperfeiçoamento.

Não se trata, antes de mais de aproveitar Hermes para postular um saber hermético, que nos faria sair do nosso âmbito, mas de, como dissemos, proclamar antes um saber hermenêutico *hoc sensu*.

Por muita objetividade que se postule (e é verdade que ela é importantíssima, sobretudo contra o subjetivismo, de que tanto há a tentação de se investir quem tem poder), a verdade é que o verdadeiro conhecimento (*connaissance* em francês remete para nascimento em conjunto – de algum modo implicando um contínuo renascimento, porque o conhecimento nunca está completo) não é uma operação mecânica, mas uma “alquimia de alma”, em que há transmutações qualitativas, e o sujeito cognoscente é partícipe do processo, no qual interfere. É necessário ter a consciência da participação do hermeneuta na obra de criação do Direito (por vezes impondo-se algum prudente ativismo, outras vezes *self restraint*), e entender o grande juiz mítico de sempre, o rei Salomão, foi justo porque acolhido por Deus o seu pedido

<sup>7</sup> TODOROV, Tzevetan — *Les genres du discours*, Paris, Seuil, 1978, trad. port. de Elisa Angotti Kossovitch, *Os Gêneros do Discurso*, São Paulo, Martins Fontes, 1980.

<sup>8</sup> PLATÃO — *Crátilo*, 407a-408d.

<sup>9</sup> MATTON, Sylvain — “Hermétisme”, *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1990, vol. XI, p. 365.

de ter um coração inteligente<sup>10</sup>. É essa inteligência de coração que tantas vezes falta tanto aos agentes jurídicos no terreno.

### 3.3. *Mais Além da Cultura Geral*

A oposição entre Cultura e Natureza é clássica, e útil – se não nos fizer esquecer as relações e simbioses que entre ambas há.

Para um jurista fará refrescantemente bem ver como, no plano da cultura hoc sensu várias atividades e artefactos humanos como que se parificam. Para a conhecida antropóloga Margareth Mead cultura seria, assim:

“(…) uma abstração do corpo de comportamento apreendido que um grupo de pessoas que participam das mesmas tradições transmite por inteiro aos filhos... Compreende não só as artes e as ciências, as religiões e as filosofias, a que a palavra ‘cultura’ foi historicamente aplicada, mas ainda o sistema tecnológico, as práticas políticas e pequenos hábitos íntimos da vida diária como o modo de preparar e de comer o alimento, de adormecer uma criança, bem como o método de eleição do primeiro-ministro ou de alterar a Constituição”<sup>11</sup>.

Todos (e sempre) temos cultura, nesse sentido de sermos humanos e sociais, e produzimos artefactos da mais variada ordem (até elevadíssimos e imaterialíssimos)<sup>12</sup>, e não é pequena a questão do diálogo (ou não) entre culturas, mesmo no seio de uma mesma sociedade, coincidente com uma certa ordem jurídica.

Por vezes, as culturas evitam-se, ignoram-se, caluniam-se mutuamente, conflituam abertamente, etc. Tornou-se até em alguns meios utilizar a “desculpa” de que determinado comportamento seria “cultural”, para denotar uma certa idiosincrasia. E há “pujança de diferenças culturais”, apesar de a Humanidade ser una. Para os juristas tem particular interesse o facto de certas condutas serem muito proibidas nuns lugares e mais ou menos toleradas noutros<sup>13</sup>.

A verdade também é que as propostas de políticas gerais de cultura<sup>14</sup> não são uma flor na botoeira de governos a vários níveis, mas tornaram-se em grande medida questões centrais, por muitos motivos. Entre as opções multiculturalistas, interculturalistas, comunitaristas e várias outras, há grandes opções que fazem as vezes (se o não são já, ao menos em certa medida) das ideologias oitocentistas e novecentistas.

---

<sup>10</sup> FINKIELKRAUT, Alain — *Un coeur intelligent*, Paris, Stock/Flammarion, 2009.

<sup>11</sup> MEAD, M. — *Cultural Patterns and technical change*, Nova Iorque, Mentor Books, 1955, *apud* KENDLER, H. — *Introdução à Psicologia*, trad. port. de António Simões, 4.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, vol. II p. 1034.

<sup>12</sup> Cf., de entre multidão, só no domínio da psicologia social, v.g., BUEHLER, Charlotte — *Psychologie im Leben unsere Zeit*, Munique / Zurique, 1965, 3.ª ed. port., trad. de Elsa Meneses de Jesus, / Hannelore Eibner Roth, *A Psicologia na Vida do nosso Tempo*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 435 ss.; KENDLER, H. — *Introdução à Psicologia*, cit., vol. II, p. 1034 ss.. Como um dos clássicos da Antropologia, v., a este propósito, TITIEV, Mischa — *Introduction to Cultural Anthropology*, Nova Iorque, Holt Reinhart and Winston, 1963, trad. port. de João Pereira Neto, Prefácio de Jorge Dias, *Introdução à Antropologia Cultural*, trad. port., 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. Acrescentar-se-iam inúmeros títulos neste âmbito, e ainda no das vizinhas disciplinas sociais, como a Sociologia, a Politologia, etc., etc.

<sup>13</sup> Cf., v.g., BUEHLER, Charlotte — *A Psicologia na Vida do nosso Tempo*, cit., p. 459 ss..

<sup>14</sup> Cf., por todos, obra da magnitude de COELHO, Teixeira (org.) — *Dicionário Crítico de Política Cultural*, 2.ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Iluminuras, 2012.

De qualquer forma, aquilo que o jurista, tradutor universal, mediador por natureza, deve compreender desde logo é que a Cultura não é apenas a grande ilustração, de saber Literatura, Ópera, Artes Plásticas, Música erudita, Filosofia etc.. Antes de tudo isso está uma inserção cultural social muito mais profunda. Tão profunda que não se dão as pessoas normalmente conta dela. Mas que é determinante.

É muito importante ter cultura, ser-se culto. Mas a Cultura não é o que se pensa. Nem a chamada “cultura geral”, sendo um ideal humanístico muito respeitável (e como gostaríamos que os nossos estudantes e mesmo os nossos diplomados a possuíssem, ainda que num grau médio, ou mesmo elementar) chega para se ser culto. Ser-se culto é antes de mais um espírito (de curiosidade, de crítica, de estese...). Donde António Sérgio recorde que os Gregos Antigos não eram em geral letrados, mas eram cultos. A sua conceção de cultura não é nem a cultura “material” nem a “alta” cultura da ilustração, mas algo que não anda longe da base da própria cidadania, porque é condição de racionalidade e liberdade de espírito para que floresça:

“Chamo ‘cultura’, no sentido absoluto, à faculdade de nos desprendermos do nosso ser biológico, do eu individual, acanhado, restrito, de todos os limites que tendem sempre a impor-nos as condições particulares de espaço e de tempo, do ‘aqui’ e do ‘agora’, – e dos acidentes de classe, de partido, de nação, de raça; ao dom de dessubjectivarmos a nossa vida psíquica, o nosso pensar espontâneo; ao de tendermos para um nível de racionalidade perfeita, – para o nível do divino, se acharem assim preferível, – na maneira de julgar e de actuar no mundo. É em suma o equivalente, no pensar racional, do que chamam os místicos a ‘união com deus’; é o processo de divinização do ser anímico; é a completa efectuação daquele dizer do Evangelho: ‘todo o que procura salvar a sua vida’ (isto é: o que se ativer ao âmbito da vida individual limitada, essa mesma que está presa ao nosso condicionamento biológico) ‘perdê-la-á; e todo o que a perder, salvá-la-á’ (isto é: poderá constituir, por tal desprendimento, a sua personalidade racional, – a que é absoluta, desenleada, sobrepassante, una, sendo, por isso mesmo, livre). Ser culto é, ao cabo de contas, o pensarmos *sub species aeternitatis*, de que falou na Ética o Espinosa. Estou eu em crer que seremos cultos na medida exacta em que formos largos, compreensivos, liberais, amantes [...]”<sup>15</sup>

Pode quiçá afirmar-se que um dos mais altos expoentes que o saber moderno não interdisciplinar atingiria no concernente ao papel das ciências, das artes e das letras, seria uma espécie de reconhecimento da importância de todas elas, mas como que com funções diferenciadas, antes de mais separando o belo do verdadeiro, o luxuoso do vital, etc.. No seu aprofundado estudo sobre elites, tratando da elite científica, Suzanne Keller cita George Sarton a este propósito: “Muito cedo me dei conta de que não se podia viver racionalmente sem a ciência, nem agradavelmente sem as letras e as artes”<sup>16</sup>.

Já não é de todo de desperdiçar esse reconhecimento. O problema é que essa perspectiva ainda é muito preconceituosa e de curto alcance. Porque não só as letras e as artes são racionalidades, e têm racionalidade, como as ciências podem ser

---

<sup>15</sup> SÉRGIO, António — *Cartas do Terceiro Homem*, in *Democracia*, Lisboa, Livraria Sá da Costa ed., 1974, p. 354.

<sup>16</sup> SARTON, George — *A History of Science, Hellenistic Science and Culture in the Last Three Centuries, B.C.*, 1959, p. IX, *apud* KELLER, Suzanne — *O Destino das Elites*, cit., p. 284, n. 6.



o estético. Acho dispensável, ao menos aqui, cogitar, a respeito, do ‘holístico’ e do ‘estruturalístico’; ou discutir funcionalismos e coisas assim »<sup>20</sup>.

Na verdade, não é preciso invocar as interpretações e dar rótulos para que *as coisas* existam... E na verdade há coisas que estão aí.

#### 4.3. Vivencial

Depois, não é um pensamento de exterioridade, *ob-jetivo*, nem um pensamento de irracionalidade *sub-jetivo*. Antes um pensamento vivencial. O sujeito não é apenas cognoscente, é agente, é partícipe. Ele não espera que lhe expliquem (desdobrem as plicas ou pregas do complexo), ele quer *ser implicado* (quer ver e viver nessas dobras, ser parte dessa mesma complexidade). Por isso é que razão tem o adágio segundo qual “Fale-me e eu esquecerei, mostre-me e recordar-me-ei, implique-me e compreenderei”.

Um episódio ocorrido num dos seminários de Gilles Deleuze, e relatado por Renato Janine Ribeiro, dá que pensar precisamente no entendimento do que seja “vivência” ou “experiência”. A narrativa do eticista e filósofo político brasileiro contém realmente todos os ingredientes de que precisávamos para desmontar o processo (ou “desconstruí-lo”). Recordando os seus tempos em Vincennes, assim diz o Professor da Universidade de São Paulo, a dado passo:

“Um dia, Deleuze elogiou as obras de Carlos Castañeda, antropólogo mexicano que estava em voga pela série de livros sobre um feiticeiro indígena com quem aprendera muito – e, em especial, a *ver* de uma maneira nova, diferente. (...) Falou da importância de se aprender com a experiência. Um senhor na sala, o único de terno e gravata, lhe perguntou se por ‘experiência’ entendia o que Husserl chamou de *Erlebnis*, que numa tradução literal seria ‘vivência’. Deleuze respondeu que não sabia alemão, que não conhecia Husserl – o que era tudo falso, porque ele era um fino entendedor da história da filosofia; só que, sendo mais filósofo do que um historiador do pensamento, ele permitia-se esse duplo jogo. (...) E conclui, ante a insistência do senhor esnobe: ‘Pode definir *experiência* por *vá ver o que está acontecendo*, como Carlos Castañeda foi fazer com o seu mestre índio”<sup>21</sup>.

Este texto dá-nos em si mesmo uma experiência vivencial do que ocorre com os mal-entendidos acadêmicos. Há a academia que imediatamente funciona pelo reflexo condicionado dos autores, e dos autores canônicos (ou dogmáticos, pior ainda), das áreas culturais nobres. E vai havendo a academia que cultiva outras referências. É certo que, como o autor citado recorda, Castañeda seria criticado, acusado mesmo de falsificar as suas narrativas. Mas esse é um pormenor pequeno se pensarmos na audácia de citar então, em Paris, um antropólogo mexicano que tinha como mestre um feiticeiro.

Era o pensamento tradicional, arcaico, o pensamento mítico e não moderno, nem racional, e nada acadêmico que Deleuze convocava. E deve obviamente tê-lo irritado sobremaneira a questão, que tinha o seu ar de “recuperação”, pois “engravatava” a experiência. O facto de a pergunta ter sido colocada por um “senhor de fato e gravata” mostra como há uma simbólica e uma semiótica nesta epistemomaquia. E que contudo pode ser enganadora. Nem tudo o que reluz é ouro, nem tudo o que é elegante e mesmo

---

<sup>20</sup> SALDANHA, Nelson — Secularização e Democracia. Sobre a Relação entre Formas de Governo e Contextos Culturais, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 3.

<sup>21</sup> JANINE RIBEIRO, Renato — *Op. Cit.*, pp. 195-196.

de uma elegância relativamente conservadora o é necessariamente. Já o poeta e homem de cultura David Mourão-Ferreira o confessara quanto aos seus gostos *mais à direita* que as suas ideias, ou melhor, que seus sentimentos<sup>22</sup>.

Mas será José Saramago que nos dará, a este propósito, um testemunho exemplar. Fala o Prémio Nobel das suas memórias do escritor mexicano Carlos Fuentes. Fá-lo em clave confessional, e di-lo logo de início, explicitamente:

“Agora uma confissão. Não sou pessoa facilmente intimidável, muito pelo contrário, mas os meus primeiros contactos com Carlos Fuentes, em todo o caso sempre cordiais, como era lógico esperar de duas pessoas bem-educadas, não foram fáceis, não por culpa dele, mas por uma espécie de resistência minha em aceitar com naturalidade o que em Carlos Fuentes era naturalíssimo, isto é, a sua forma de vestir. Todos sabemos que Fuentes veste bem, com elegância e com bom gosto, a camisa sem uma ruga, as calças de vinco perfeito, mas, por ignotas razões, eu pensava que um escritor, especialmente se pertencia àquela parte do mundo, não deveria vestir assim.”<sup>23</sup>

E logo de seguida o reconhecimento do erro: “Engano meu. Afinal, Carlos Fuentes tornou compatível a maior exigência crítica, o maior rigor ético, que são os seus, com uma gravata bem escolhida. Não é uma pequena cousa, creiam-me”<sup>24</sup>.

#### 4.4. *Sensível*

Outro aspeto, é o prudencial, mas de um prudencial que quer ver e até tocar o que avalia: *Like women feeling for smoothness of yard-goods*<sup>25</sup>. Quer ver o toque, a textura das coisas, quer as do mundo real, quer as dos mundos do espírito. É assim um conhecimento (e mais que conhecimento) sensível e sensitivo, não abstrato, não puramente mental e racional. Essa razão sensível foi propugnada, por exemplo, por um vivenciador alternativo do Direito como Warat<sup>26</sup>.

E há que convocar, num certo espírito, várias subtilezas da alma e do intelecto: “(...) common sense, common care, common prudence, were all sunk in Mrs. Dashwood's romantic delicacy”<sup>27</sup> – diz a dado passo Jane Austen, num clássico romance sobre o tema. O que concorda com “the delicacies of a strong sensibility, and the graces of a polished manner”<sup>28</sup>.

#### 4.5. *Ritual*

Íamos a escrever que se tratava – pasme-se! – de um pensamento “dançante” e “cantante”. Mas quiçá o *decorum* académico em nós ainda subsistente nos tenha feito resistir. Não. Na verdade, ambas essas características têm em comum o performativo do ritualístico e do comunicacional. É a palavra de Aarão e a de Moisés. Ambas. Significativamente, a ópera em que essa dicotomia entre a fala e o canto se evidenciam explicitamente foi já tema de filosofia do Direito, na pena de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> MOURÃO-FERREIRA, David — *Jogo de Espelhos*: “No moral e no social, / o coração sempre à esquerda./ Em matéria de gosto, / muita vez à direita.”, *apud* RIBEIRO, Paula de Oliveira (texto) / VILHENA, Francisco João (fotografia) — *Casas D' Escritas*, Lisboa, Temas e Debates, 1997, p. 43.

<sup>23</sup> SARAMAGO, José — *O Caderno*, cit., pp. 65-66.

<sup>24</sup> *Idem, Ibidem*, p. 66.

<sup>25</sup> BISHOP, Elizabeth — “The Map”, in *North & South*.

<sup>26</sup> WARAT, Luis Alberto — *Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão sensível*, in *Temas Emergentes no Direito*, cit., p. 13 ss..

<sup>27</sup> AUSTEN, Jane — *Sense and Sensibility*, cap. XVI.

<sup>28</sup> *Idem, Ibidem*, Cap. 31.

<sup>29</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio — *On Sense and sensibility in legal interpretation*, “Rechtstheorie”, 42, 2, 2011, p. 139 ss

#### 4.6. *Crítico, Pluralista, Problemático, Desconstrucionista*

Independentemente dos registos de propriedade de alguns conceitos, movimentos, palavras, há campos semânticos mais ou menos vastos, a partir de tópicos de que alguns queriam ter o monopólio, por patente sua. Usamos aqui as expressões *Crítico, Pluralista, Problemático, Desconstrucionista* invocando o direito do comum se apropriar eventualmente e sem exclusão de sentidos de expressões e mesmo de alguma carga conotativa que transportam já para o seu conhecimento leigo. Portanto, não se trata de uma “colagem”, aproveitamento, e muito menos “recuperação” desta ou daquela corrente ou escola (ou autor) do pensamento *Crítico, Pluralista, Problemático, Desconstrucionista*. Cremos que este pensamento pode reivindicar-se de um legado comum, ainda que não assumido, e por vezes recusado, de todas essas *démarches*. E certamente de mais algumas.

Ninguém tem para si, nem pessoa nem instituição, uma marca que haja caído já no domínio público. *A fortiori* tal ocorre no plano de grandes movimentos ou correntes de pensamento. E para mais, no nosso caso, não reivindicamos nenhuma em especial como timbre nosso. Mas a todo um razoável conjunto de ideias não prescindimos de, de forma criteriosa e pessoal, ir buscar o que se nos afigure mais aproveitável. É, assumidamente um ecletismo. Como Hermes é eclético.

#### 4.7. *Antipreconceituoso*

O preconceito é, antes de ser um reduto obscuro do pensamento e uma justificação (de mau pagador) de atos e impulsos de evitamento, discriminação, e até agressivos e mesmo criminosos, um erro e uma perversão hermenêutica. É uma distorcida interpretação / aplicação face a factos e conseqüentemente uma resposta perniciosa aos mesmos.

Sobre esta categoria falaremos mais detalhadamente *infra*, no ponto seguinte.

### 5. As Constituições contra os Preconceitos

O Direito Constitucional hodierno já se deu conta das principais razões invocadas pelo pensamento preconceituoso. Elas encontram-se enunciadas, por exemplo, no n.º 2 do art. 13.º da Constituição da República Portuguesa, que precisamente trata do princípio da igualdade, que é o grande princípio que se lhes opõe:

Artigo 13.º

(Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Como se vê, no n.º 1, a igualdade é um princípio que a todos, sem exceção acolhe, e que a todos protege. Contudo, achou-se útil e importante explicitar afinal os casos de discriminação, as razões (pseudo-razões) pelas quais umas pessoas se consideram mais e melhores que outras, e mais: pelas quais até, por vezes, querem não só colocá-las em guetos, privando-as de direitos, como mesmo, noutros casos,

privando-as da própria vida. Noutras situações ainda, trata-se de privar da diferença (ou desejar que ela se cale), e noutros mais quer-se que existam os outros, mas como “o outro” a quem explorar, minimizar, etc.. “Ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” são boa parte das situações que podem dar lugar a preconceitos.

Mas cremos que não basta o princípio da igualdade. Ele implica, para cada caso concreto, o princípio da não discriminação, e o direito à diferença, a qualquer tipo de diferença.

E contudo, sempre há confusões a proscrever. Com base na igualdade e não discriminação em função da instrução (na vigência de outra Constituição, obviamente) até o grande filósofo português Sampaio Bruno, que era autodidata, se insurgiu contra a ocupação de lugares públicos técnicos por bacharéis. Será que teria razão? Será que qualquer pessoa poderá, com base neste número da Constituição da República Portuguesa, candidatar-se a qualquer lugar, considerando inconstitucionais as normas que obrigam a que haja requisitos de habilitações literárias para os mesmos? *Est modus in rebus*. Não é que não se possa ficcionar uma sociedade em que os diplomas não habilitem para nada mais senão para decorar paredes, e se pressuponha que quem frequentou e se viu aprovado em cursos apenas teve aí oportunidade de se enriquecer, devendo depois “o mercado” escolher os seus. Porém, como se sabe, até por economia de meios e processos, muitos dos concursos são documentais, pressupondo a validade seletiva dos diplomas que requerem.

Como é sabido, outras constituições se preocupam com estes problemas. A Constituição Federal brasileira especifica logo no seu Preâmbulo o antipreconceito:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e *sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (sublinhados nossos)

Uma sociedade sem preconceitos implica, realmente e desde logo, a presença dos elementos convocados pela Constituição brasileira. O preconceito decorre e engendra falta de direitos (individuais e sociais), falta de liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, e, naturalmente, pluralismo. De todos, porém, talvez valha a pena sublinhar que o preconceito se gera e prospera em meios de falta de cidadania (portanto falta de direitos e seu exercício), falta de condições sociais dignas (o preconceituoso tanto pode ser um magnate snob a quem nada falta e que discrimina por ideologia ou até por simples ignorância, como, em muitos casos, um pária, discriminado e explorado, que descarrega sobre outros – que julga abaixo na cadeia alimentar – a sua raiva e revolta: muitas vezes o pobre agride a mulher pobre, a criança pobre, etc.) e falta de pluralismo e desenvolvimento, especialmente desenvolvimento mental, cultural e moral. A falta de cultura e de diversidade de experiências é fatal para o pensamento crítico, e um caldo de cultura excelente para a proliferação do preconceito.

## 6. O Feitiço e o Feiticeiro

Corre-se o risco, finalmente, que um determinado grupo, eventualmente até vítima de preconceito, discriminação ou pior, possa vir a desenvolver um complexo de vitimização ou de pureza que se torne totalmente incompatível com qualquer tipo de crítica, mesmo vinda do seu próprio seu, ou de pessoas ou grupos simpatizantes ou amigos, ou neutros e imparciais. Um preconceito acalentado por um grupo discriminado ou perseguido contra outros grupos, ou a propósito da sua própria intocabilidade e excelência, e insuscetibilidade de crítica ou discussão pode vir a engendrar graves perturbações no clima de pluralismo e diálogo, sobretudo se se pretender perseguir juridicamente como preconceituosos os que apenas esboçam discordâncias, apontem erros ou omissões, ainda que de pormenor. As vítimas passariam a ser carrascos.

Muitas obras de arte de vanguarda têm vindo a ser consideradas por grupos religiosos como escandalosas. Poderá passar-se a uma ação litigiosa em tribunal alegando preconceito ativo contra as crenças e ofensa criminosa aos sentimentos religiosos desses crentes (o enquadramento em tipos legais será diferente consoante os países; nalguns existe ainda, por exemplo, o crime de "blasfémia"). O que, se vier a ter sistemático acolhimento judicial, pode vir a ter efeitos censórios sobre a arte<sup>30</sup>...Ou, pelo contrário, levar os *épateurs* a escolherem motivos antirreligiosos como forma de obterem propaganda gratuita.

O caso ocorrido com a filósofa, hoje acima de toda a suspeita, Hannah Arendt a propósito dos seus artigos no *The New Yorker*, que viriam a desenvolver a partir do caso do (mesquinho e burocrata) criminoso de guerra nazi Adolf Eichman o novo conceito de banalidade do mal<sup>31</sup>, parece esclarecedor do mal entendido do senso comum que leva ao preconceito. Arendt foi violentamente considerada antisemita e incomodada (convidada mesmo a demitir-se da Universidade) por ter feito um trabalho filosófico de interpretação que nos leva precisamente muito longe. Pior que um torcionário preconceituoso anti-judaico, a figura de um banal cumpridor de ordens, afinal um conseqüente positivista legalista, é muito mais aterradora. Na verdade, o holocausto, todos os holocaustos, são desencadeados pela loucura e o fanatismo de um Hitler, mas só conseguem ser postos em prática pela incapacidade de resistência dos burocratas no terreno<sup>32</sup>.

É necessário, pois, que os juristas, e em especial os que estejam investidos do poder de julgar (que nestes casos pode redundar em verdadeiros assassínios morais dos intervenientes) tenham a *prudencia*<sup>33</sup> (com todos os seus elementos, desde logo de memória) ou bom senso que, afastado das ilusões e miragens do senso comum tradicional ou do senso comum politicamente correto, permita ver com clareza.

O mundo não é a preto e branco. Nem só de um lado os vilões e do outro os santos, os heróis, os mártires. As aparências iludem, e são lidas normalmente através de lugares comuns, de *clichés*. A carga do contexto que cada julgador transporta, é enorme. E quando procura livrar-se dela, não raro cai de Pombal em Valladares, passando de um preconceito a outro.

---

<sup>30</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo — "Da Arte com Direito. Fenomenologia e Interdisciplinaridade", in *Filosofia Jurídica Prática*, Prefácio de Willis Santiago Guerra Filho, Apresentação de Regina Quaresma, Belo Horizonte, Forum, 2009, p. 353 ss., máx. p. 371 ss..

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah — *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Nova Iorque, The Viking Press, 1963.

<sup>32</sup> Cf. o impressionante filme *Hannah Arendt*, de Margarethe von Trotta, com Barbara Sukowa, Axel Milberg, Janet McTeer, França / Alemanha, 2013.

<sup>33</sup> V., por todos LAUAND, Jean — *A Arte de Decidir: a Virtude da Prudentia em Tomás de Aquino*, in "Videtur", n.º 15, Porto / São Paulo, IJI, CEMOrOC, Mandruvá, ed. online: <http://www.hottopos.com/videtur15/jean.htm>

Os preconceitos combatem-se com muitas viagens, muitas leituras diversificadas (desde logo, das utopias, que nos dão imagens de como poderiam ser sociedades diferentes), mas sobretudo muitas conversas e muita convivência com amigos diferentes, com outros contextos sociais, com outras nacionalidades, com outras culturas, outras religiões (ou sem elas), com outras ideias políticas, ideológicas, filosóficas, etc. etc.. Obras como *Jean-Christophe*, de Romain Rolland, foram grandes contributos intelectuais para sedimentar ideias de ultrapassar conflitos ancestrais, como era então o franco-germânico. Muitas outras obras aguardam tarefas desconstrutoras, contra preconceitos e ódios.

Em livros de Psicologia, por vezes figura uma imagem mostrada aos soldados americanos em tempo de guerra que parece evidenciar o ataque por parte de um japonês. Não o é... O contexto e o medo é que assim a interpretavam.

Os exemplos poderiam repetir-se *ad infinitum*.

## 7. Superação dos Preconceitos e Razão Hermenêutica

O real acesso à efetivação da ideia de Justiça, pelo Direito, implica, em cada tempo e lugar, antes de tudo o mais, um exercício de depuração. A Justiça é algo de alto, é, na verdade um valor. E os valores são entidades com luz própria, verdadeiras estrelas no firmamento da axiologia<sup>34</sup>. Essa depuração, para que possa haver uma maior aproximação do Direito à Justiça, implica que aquele se decante de toda a ganga de elementos adventícios que transporta. Elementos contextuais, pertinentes aos preconceitos gerados pelo senso comum de cada *hic et nunc*.

Há, evidentemente, Direito que parece tirado da cabeça de Zeus, como a deusa, mas há também direito que não é muito mais que a manifestação do poder, ou a cristalização do preconceito. Em termos rigorosos, como *a lei injusta não é lei* (*lex iniusta non est lex*) *a fortiori* se pode dizer que o direito injusto (ou banal...mera legislação) não é sequer direito. Mas talvez não interesse muito entrar, de momento, por um tal rigorismo, que se arrisca sempre a ser um voto piedoso, e platónico.

Presume-se que cada nova época, sucessivamente, se não for um tempo de recuo histórico (como o fascismo, o nazismo, o estalinismo, e várias ditaduras, que sempre engendram todo o tipo de obscurantismos e tiranias...), já terá interiorizado, em geral (claro que há sempre aqueles que não são da sua própria época, nem sequer da anterior...como lembrou Teilhard de Chardin<sup>35</sup>), os progressos civilizacionais e culturais constituídos pela superação dos preconceitos anteriores. Podendo assim o senso comum de uma época ser melhor, mais alto, mais depurado, mais inteligente, mais acertado, que o da anterior. Por exemplo, já poucos serão os que, nas sociedades euro-americanas desenvolvidas, industrializadas etc., em que vivemos, acreditem que o sol ande à volta da terra. Nisso Galileu está vingado. Mas há ainda muitas coisas cientificamente elementares que não obtêm unanimidade, na mesma vasta região, nem sequer entre académicos – que fará entre o homem da rua. Chega mesmo a haver pessoas letradas e inteligentes que, por enquadramento ideológico ou confessional, acreditam e ensinam dogmas contrários ao correntemente aceite cientificamente nos nossos tempos. Não é necessário mencionar exemplos.

Mas já não é para desesperar totalmente pensarmos que cada tempo pode partir de um patamar mais elevado que o anterior no conhecimento do Mundo, da História, do Homem – com um senso comum cada vez mais a fugir de menoridade,

---

<sup>34</sup> Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Para uma Ética Republicana*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010.

<sup>35</sup> Com efeito, “une foule de nos contemporains ne sont pas encore modernes”, escreveu CHARDIN, Pierre Teilhard de — *Le Phénomène humain*, Paris, Seuil, 1955, p. 243.

com maior elevação ética e civilizacional, e até espiritual, com cada vez menos preconceitos e conseguindo furtar-se aos meta-preconceitos.

Nesta senda, evidentemente que a Ciência tem um enorme papel a desempenhar. É obviamente  *muito tarde, num mundo demasiado velho*, para que possamos acreditar num cientismo redentor à maneira positivista. Contudo, desde os dados das ciências físicas, às ciências da vida, às neurociências e às ciências sociais, a começar pela Antropologia e pela Sociologia, conquanto se saibam preservar das tentações ideológicas, todas essas *epistemai* mais formalizadas muito podem concorrer para o desnublado das mentes, e para abrir os horizontes do conhecimento.

O Direito, porém, não é uma ciência. Pode dizer-se que tem elementos científicos, como os tem técnicos, como inegavelmente os tem artísticos, ao ponto de mais o pensarmos como uma Arte. Não se pode pedir ao Direito que esclareça este tipo de questões, por via de regra.

O Direito em geral recebe o senso comum e os seus preconceitos. E quantas vezes tal não ocorre sob a forma de queixas policiais e petições iniciais. Claro que os juristas têm o dever de filtrar e ponderar os preconceitos sociais, na sua qualidade de intérpretes, tradutores, afinal hermeneutas. E por isso é que é muito importante que o Direito, em vez de reproduzir de forma mais ou menos acrítica os preconceitos sociais vigentes ou os seus metapreconceitos emergentes, contribua, esclarecido e ilustrado pelas ciências sociais (e mesmo pelas demais), para a superação do presente paradigma em que se move: o do direito subjetivo.

Um novo paradigma jurídico, que se pretende fraterno e humanista, só poderá com efeito impor-se no terreno jurídico quando novas formas sociais tiverem substituído as atuais formas materialistas e de dominação, em que impera a vontade de poder e a vontade de ter. Mas é possível que um esforço particular ao nível do sistema jurídico possa contribuir também para tal alteração. Como que uma ajuda ao processo a partir da *superestrutura*, como se diria em linguagem marxiana.

A Razão Jurídica Hermenêutica tem de porejar todos os momentos dos processos normativos, de forma a que não mais possa haver pequenos Eichmann, alegando que apenas *cumprim ordens*, enquanto põem em andamento a máquina infernal...

Um dos grandes males do Direito é também a mediocridade banalizada no mal, instalada na interpretação / aplicação jurídica burocrática, positivista legalista.

Mas, como se sabe, também seria um erro formidável permitir a subjetividade aplicadora, prescindido dos parâmetros legal e constitucional. Seria um novo “direito livre”, em que uma pessoa, normalmente o juiz, ou o administrador, ou o burocrata de turno seriam, não se sabe por que razão, investidos do poder imenso de afastar a lei, que desejavelmente será produto da *volonté générale*<sup>36</sup>... e em casos de processo legislativo democráticos, produto da vontade da representação popular.

Mais ainda que a original teorização de Rousseau, é útil recordar (em consonância com ela) a sua interpretação por Diderot:

“A vontade geral é em cada indivíduo um ato puro do entendimento que raciocina no silêncio das paixões sobre aquilo que o seu semelhante tem o direito de exigir (...)”<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> É sempre útil e inspirador reler ROUSSEAU, Jean-Jacques — *Du Contrat social*, máx. II, 1 ss..

<sup>37</sup> DIDEROT, Denis — « Direito Natural », cit., p. 81.

No plano mais especificamente hermético muito está em jogo, hoje em dia. Desde logo está em aguda polémica, nos países massacrados do Sul da Europa, a começar na Grécia, não só o papel das instâncias jurisdicionais de controlo da constitucionalidade - Tribunais Constitucionais e afins - como a própria função (e subsistência e até existência) das Constituições, na sua versão hodierna, e até, para alguns, na sua versão *tout court* (porque ventos de autoritarismo e totalitarismo novamente sopram). Muita comunicação social faz um alarido economicista e de chicana contra a defesa que alguns Tribunais Constitucionais, como o português, têm ainda feito (embora moderadamente, note-se) de direitos incontestáveis dos cidadãos, como o direito às suas pensões de reforma ou aposentadoria, para que descontaram, e de que os governos não são obviamente donos, ou aos subsídios de Natal e férias, que são parte integrante dos salários. Há uma erosão contante, com todo o tipo de argumentos que o não são, para desacreditar as próprias instituições democráticas. Há quem fale já, noutros horizontes, de "fascismo liberal", longe vá o agoiro...

Neste contexto, mais e mais ganha corpo a dicotomia hermenêutica do grande constituionalista brasileiro Paulo Bonavides:

“(...) os juristas do Estado social, quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição real. Às avessas, pois, os juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos”<sup>38</sup>.

Não há, pois, uma só hermenêutica, uma só atitude hermenêutica. Ou melhor: há a atitude hermenêutica e a hermenêutica antihermenêutica... Não disputemos de palavras. Há os juristas e os amadores que interpretam, aplicam e criam Direito contra as Constituições, e os que o fazem a favor da Constituições. Há os que aplicam mecanicamente normas, arriscando-se a colaborar na banalidade do mal, e os que pensam e avaliam antes de as aplicar. Há, no limite, de um lado os juristas e, do outro (embora se jactando de serem eles os "únicos" e "verdadeiros" os simples (mas perigosos) tecnocratas de normas.

Recebido para publicação em 21-04-14; aceito em 22-05-14

---

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.ª ed., 2.ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 19.