

CRISE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Thiago Anton Albani

Wálber Araujo Carneiroii

RESUMO:

Este trabalho visa oferecer breves comentários acerca da possibilidade de verificação de uma atual crise epistemológica do Direito Penal com o advento da chamada pós-modernidade e suas promessas sociais.

Palavras-chave: Direito Penal; epistemologia; giro lingüístico; pós-modernidade.

1. Introdução

A Constituição de 1988, imbuída pelo espírito de resgate social da era do pós-guerra, pelas crescentes conquistas dos ativistas europeus em prol dos direitos humanos e, sobretudo, pelo espírito de redemocratização do país após uma época de ditadura e autoritarismo, acabou por positivar em seu corpo normativo uma série de direitos fundamentais e princípios, explícitos e implícitos, com o intuito de erigir um Estado Democrático de Direito no Brasil, oriundo e ideologicamente próximo, de certa forma, do Welfare State, de forma que não apenas fosse garantido a todos o acesso ao bem-comumiii pregado pela Teoria Política, mas, também, que fossem efetivamente fornecidos os meios para atingir esse desiderato.

Todavia, como bem expõe Lenio Luiz Streck (2005, pp. 25-27), esse Estado do Bem-Estar Social, que surge com o intuito, dentre outros, de conferir eficácia pragmática às propostas da modernidade, jamais existiu concretamente em solo brasileiro. Aquilo que de fato ocorreu foi o fortalecimento da frente liberal e a

atribuição de privilégios à classe dominante no país, o que acabou por reforçar ainda mais o gap social existente entre os mais ricos, de um lado, e os menos favorecidos economicamente, de outro. Nas palavras do autor:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade [...] Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao “Estado ausenteísta”, “minimizado”, “enxuto” e “desregulamentado” (sic) [...] É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!

Com isso em mente, diante da inexistência de concretização efetiva das promessas da modernidade no Brasil, que poderiam se resumir, grosso modo, aos ideais franceses de 1789 de “liberdade, igualdade e fraternidade”, surge a idéia de que estamos, hoje, em uma era pós-moderna, cujo intuito é de resgate desses ideais adormecidos e jamais implementados eficazmente na sociedade brasileira, bem como de promover a frenagem do avanço cada vez mais nítido - sobretudo com o fenômeno da “globalização” - do liberalismo, que se apresenta com a proposta de reduzir o Estado a um patamar de intervenção mínima, nos moldes do quanto exposto por Locke (2004), dentre outros, há séculos atrás.

Contudo, tendo em vista a maturação tardia desses ideais sociais da modernidade no Brasil, que parecem somente ter sido levados a sério após a Carta de 1988, um fato que pode ser observado é que a doutrina, a jurisprudência e o legislador ainda continuam a se pautar pelos paradigmas epistemológicos que há muito norteiam a ciência do Direito por um caminho liberal, atemporal e normativo-dogmático, noção essa que conduzirá o presente trabalho.

A crise epistemológica

Apesar do advento da pós-modernidade - mesmo que assumida por existente apenas em âmbito normativo - e sua proposta de resgate de um olhar desvinculado dos prejuízos inerentes a um modo liberal de se pensar o Direito, o intérprete ainda observa o paradigma liberal-individualista-normativista, nas palavras de Streck (2005), em virtude de sua submissão quase que positivista e obediente aos dogmas que se enraizaram na ciência e nas construções doutrinárias e jurisprudenciais, as quais se não o influenciam na interpretação do caso concreto, enquanto operador, contribuem de forma substancial para a formação de seu pensar. Veja-se, a título de exemplo, os seguintes casos anunciados pelo autor:

a) o crime de adulteração de chassi de automóvel possui pena mínima maior (3 a 6 anos de reclusão e multa) do que o crime de lesão corporal grave (1 a 5 anos de reclusão) e de infanticídio (2 a 6 anos de detenção);

b) o crime de roubo que resulta em lesão corporal grave culposa e o crime de extorsão mediante seqüestro possuem pena mínima maior (7 a 15 anos de reclusão e 8 a 15 anos de reclusão, respectivamente, convertida esta para 12 a 20 anos se o seqüestro dura mais que 24 horas) do que o crime de homicídio doloso (6 a 20 anos de reclusão);

c) o crime de trânsito com resultado gravíssimo (como uma tetraplegia, por exemplo) é considerado delito de menor potencial ofensivo, situando-se no mesmo nível, por exemplo, da contravenção penal de perturbação do sossego alheio;

Tem-se, com isso, nesses casos, a nítida eleição, por parte do legislador, e em contradição com o constituinte de 1988, do patrimônio como bem superior à vida, posição que se coaduna com um pensamento ainda irrigado pelo liberalismo patrimonialista que norteou a confecção do Código Penal, o qual, apesar de todas as reformas, ainda é um substrato do legislador de 1940, impulsionado sobretudo pela revolução liberal de 1930.

Não obstante a observância do paradigma liberal, com o intuito de galgar o status de ciência nos moldes do quanto estabelecido pelo positivismo durkheimiano e pelas ciências naturais, como bem explica Tavares (2003), o Direito acabou por eleger, inicialmente, o quesito da atemporalidade como norteador de sua análise de cada caso que se apresentasse. Dessa forma, criou-se a falsa noção de que o Direito deve ser regido por normas e princípios presentes em um “mundo ideal” e, logo, atemporal e

abstrato, desvinculado da realidade fática e concreta, como defendido há séculos atrás, dentre outros, por Platão e Kant, os pais do idealismo filosófico.

Nesses moldes, nota-se uma tentativa, por parte da ciência e do legislador, de ficcionalização da realidade social (empírica e mutável) em um modelo normativo auto-suficiente representado pelo Direito positivo (ideal e rígido), restando ao intérprete a simples e cômoda função de subsumir, ou seja, aplicar ao caso concreto o dispositivo previsto no sistema (o que inclui o tipo penal) para a conduta ocorrida no mundo fático, como se os fatos da vida (conduta) fossem o fermento que deve preencher, pelas mãos do intérprete, a fôrma do bolo (tipo) construída pelo Direito para que disso se chegue à conclusão esperada (condenação, absolvição, etc.).

Todavia, esse pensamento encontra-se em desconformidade com a realidade, eis que a ciência do Direito, enquanto ciência social aplicada, inclusive, jamais poderia ter como objeto de estudo condutas crono-espacialmente congeladas. Lembrando Foucault, o discurso é sempre histórico, ou seja, está sempre atrelado e condizente com uma determinada época e um determinado lugar. A revogação do crime de sedução (art. 217 do CP) é um bom exemplo disso, retirando em definitivo da pauta a discussão do que viria a ser uma mulher honesta, conceito pensado nos primórdios do século passado, quando a sociedade ainda era (mais) paternalista e (mais) machista.

Ora, se Direito é discurso (e, portanto, pertencente à linguagem), enquanto tal modifica-se através do tempo e do espaço. O que dizer, então, da modernidade, na qual os costumes e tradições do passado misturam-se e confundem-se com a urbanização e a crise de identidade do presente “globalizado”, em um mundo onde os micos fazem dos cabos e dos postes de eletricidade seus galhos e árvores? Na visão de Tavares (2003, p. 89):

A atemporalidade, contudo, ainda que se tenha inserido em todas as ciências desde as chamadas ciências exatas até a ciência jurídica, sempre se situou de modo contrastante com a realidade. Diariamente, tanto no âmbito do mundo inanimado quanto do mundo vital, o tempo desempenhou e continua a desempenhar um papel significativo para indicar a alteração de certo fenômeno físico, por exemplo, a destruição de um objeto; ou de compreensão de uma atividade como justa ou injusta, por exemplo, a seguida modificação da interpretação de dispositivos legais, em face da alteração de costumes ou da consciência jurídica. Apesar dessa constatação empiricamente demonstrável, as ciências naturais e a ciência jurídica continuaram, porém, a desdenhar o tempo nas suas especulações, trabalhando com critérios atemporais. Este tratamento teórico no sentido da atemporalidade, de um lado, e a observação empírica da temporalidade, de outro, criam o paradoxo do tempo, que poderia ser responsabilizado pela separação da sociedade em dois mundos distintos: o mundo ideal e o mundo real (ênfase acrescentada).

Assim, dessa errônea visão de atemporalidade decorre, inexoravelmente, outro aspecto que ainda parece sustentar os profissionais do Direito na atualidade: o paradigma normativo-dogmático, oriundo, sobretudo, da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo, segundo Streck (2005).

De fato, a grande maioria dos intérpretes do Direito ainda parece estar refém do pensamento objetivista da hermenêutica clássica, a qual, em breve síntese, busca afirmar que a norma possuiria um “sentido único em si mesma”, restando ao intérprete apenas a tarefa de retirar dela um sentido já previamente atribuído, como se, ao contrário do entendimento bakhtiniano, o signo fosse monossêmico - ou seja, possuísse apenas um único sentido.

Ora, esses posicionamentos coadunam-se com a visão de um sistema baseado em um esquema sujeito-objeto, comparável, apesar de grosso modo e fora de contexto, apenas para que se entenda melhor, com a palavra-princípio “eu-isso” de Buber (2003) (relação objetivante), confirmando a tese idealista de que a norma estaria em um mundo à parte, afastado, longínquo, atemporal, do qual deve ser resgatada, ou melhor, subsumida ao caso concreto, este oriundo do mundo fático, “material”, concreto.

O giro lingüístico e a pós-modernidade

Com a percepção do fenômeno do giro lingüístico (ou virada ontológica), ocorre a substituição do entendimento de que a interpretação se daria de acordo com o esquema sujeito-objeto para que se tenha em mente a relação de um processo calcado em um esquema sujeito-sujeito. Resta dizer: a norma não é mais vista como suspensa em um mundo-em-si à parte do intérprete, que teria como objetivo desvendar seu significado inerente; pelo contrário, a norma é construída pelo próprio intérprete, que longe de retirar-lhe um significado oculto atribuído por outrem, atribui-lhe, em um processo de significação, um sentido próprio, pautado pelos seus pré-juízos e bagagem histórico-cultural, inerentes e indissociáveis de seu ser. Nessa linha de entendimento, Tavares (2003, p. 51), seguindo Kaufmann, explica que:

Daí se dizer que a relação justo/injusto não está na lei, nem na natureza, senão na forma como se torna identificada. Esta posição provoca, definitivamente, a ruptura da relação sujeito/objeto e destaca a correção do juízo acerca do injusto exclusivamente do procedimento de aplicação do direito.

Mais adiante em sua obra, o autor parece adotar a postura aqui defendida, ao estabelecer que o injusto (a norma) não deve ser visto como um objeto-em-si, e, logo, algo à parte do sujeito (intérprete), mas como resultante de um processo próprio de construção de sentido realizado por este. Nas palavras do jurista:

Aplicável ao injusto, o uso do recurso da linguagem implica que a constituição do ato ilícito ou antijurídico depende de como se interpretam os signos que determinam o que é proibido, imposto ou autorizado. A conduta injusta, assim, não será entendida como produto de uma pessoa, mas simplesmente um acontecimento simbolicamente reproduzido por meio da linguagem. *Quem faz o injusto, no fundo, é o intérprete, com base na norma ou com base na compreensão de seu sentido [...]* De todas as argumentações que se poderiam tecer acerca de como se alcançar verdadeiramente um conceito de injusto, resulta uma conclusão inafastável de que, em qualquer caso, *o injusto é um produto do sujeito situado em seu contexto social*, e sua fixação só terá validade se efetuada de tal forma que não torne duvidosa a orientação que esse mesmo sujeito possa receber do quadro de valores sob os quais atua. Seguindo a crítica de WARAT, podemos dizer, assim, que *a recuperação do sujeito só poderá ser efetuada se for ele tomado em todas as suas dimensões, como pessoa individual e como pessoa situada num determinado contexto*. Caso se queira obter na configuração do injusto um mínimo de segurança jurídica a todas as pessoas num Estado democrático, será indispensável repensar a função da linguagem e de seus símbolos e sua atuação nessa configuração (ênfase acrescentada) (TAVARES, 2003, pp. 99-101).

Em decorrência dessa cega observância ao paradigma liberal-normativo-individualista, bem como da formação hermenêutica que busca retratar a norma como um “ser à parte” que norteia a maior parte dos operadores (relação sujeito-objeto), a ciência do Direito, e daqui não se exclui o Direito Penal, ainda parece se encontrar em um estágio incompatível com as promessas da modernidade e com a afirmação de existência de uma sociedade pós-moderna.

Se, de um lado, para a concretização dos ideais modernos (ou pós-modernos) há a necessidade de um atuar maior por parte do Estado na sociedade, conferindo pragmaticidade e efetividade às normas elencadas no ordenamento jurídico, sobretudo em um processo de interpretação conforme a Constituição^{viii}, de outro lado a doutrina e a jurisprudência ainda continuam a debater e aplicar entendimentos análogos calcados no paradigma liberal-normativo-individualista de se pensar o Direito.

Acostumado a aplicar o processo de subsunção do fato à norma, guiado pela hermenêutica normativa, e aliado ao fato de que não há, em âmbito Penal, tipo legal previsto na Constituição, o profissional do Direito parece ainda não ter se dado conta de que ele é o responsável pela construção do sentido da norma, em um processo de interpretação que não pode olvidar os ideais eleitos pelo Constituinte de 1988 e condizentes com um Estado Democrático (e moderno) de Direito. Em outras palavras: o operador deve entender que o conteúdo do injusto não está contido no tipo penal, pois este não é dotado de vida nem sentido próprios, devendo ser afastado o entendimento de que a norma resta adormecida em um mundo idealizado do qual deve ser resgatada por intermédio de um processo de subsunção.

O injusto é construído, em um processo de significação, pelo próprio intérprete, que assim age norteado por sua bagagem histórico-sociocultural e por seus pré-juízos/pré-compreensões, e deve observar não apenas o quanto previsto no Código Penal ou na legislação especial, mas, principalmente, em cada caso concreto, os valores eleitos de acordo com a política criminal e princípios elencados na Constituição, não obstante o respeito ao princípio da legalidade.

Todavia, o que pode ser constatado, atualmente, é que o Direito Penal ainda não está totalmente preparado para a solução de conflitos transindividuais, que são uma característica, por sinal, do Estado pós-moderno, sobretudo frente ao fenômeno da globalização. O que parece haver, ainda, na doutrina e na jurisprudência, é uma especialização em solucionar conflitos interindividuais, em uma cega observância ao quanto prevê o tipo penal, sob pena de que, se assim não se entender, estar-se-ia deturpando o princípio da legalidade, o principal responsável, em âmbito Penal, por tolher os limites do intérprete.

Em exemplo de como o intérprete ainda é pautado pelo procedimento da simples subsunção, calcado em um entendimento da norma como oriunda de um mundo de definições metafísicas (idealizado), Streck (2005, pp. 86-87) expõe os seguintes casos:

a) Nos crimes contra a administração pública, “a preguiça e o desleixo excluem o dolo do crime de prevaricação...” x. Nesse caso, “preguiça e desleixo” são equiparados à negligência, elemento da culpa, não do dolo. Assim, o servidor pode ser negligente à vontade, eis que esta conduta é atípica, pois, simplesmente, não há um tipo no ordenamento (mundo idealizado) para ser subsumido ao caso concreto porque o legislador não previu a modalidade culposa neste crime, a qual deve necessariamente estar tipificada frente ao art. 18, parágrafo único, do CP. Onde está o interesse público,

substancialmente e constitucionalmente assegurado, e condizente com um Estado Democrático e moderno? Engavetado.

b) No crime de lesão corporal, já se entendeu que “se da agressão resulta para a vítima o arrancamento de dentes já irremediavelmente estragados, não é de ser reconhecida a agravante especial da lesão, mas sim o delito de lesões corporais de natureza leve” xi. Aqui nota-se a prévia atribuição de um significado de “descartáveis” a “dentes estragados”, em um processo “seco” de valoração que acaba por deduzir uma conclusão que possa se encaixar perfeitamente no tipo penal de forma a “fechar” o processo interpretativo, e que irá certamente nortear inúmeros outros profissionais do Direito em seu processo de subsunção, os quais acabam por não perceber a carga axiológica contida na atribuição significativa doutrinária e jurisprudencial.

c) “Abraço configura o crime de atentado violento ao pudor” xii; “a vítima que frequenta bailes e dorme fora de casa não é ingênua e inexperiente” xiii; “pedaço de cabo de talher não é chave falsa” xiv, mas “clips [e micha] é chave falsa” xv, como se existisse uma significação universal que estabelecesse o que pode ou não ser chave falsa.

Note-se, destarte, as diversas possibilidades de atribuição de sentido ao tipo penal, que pode assumir direções diametralmente opostas de acordo com a visão de cada intérprete. Todavia, o profissional do Direito parece insistir em tentar entender que o signo (ex: “chave”) possui uma pré-definição incontestável, construída, sobretudo, pelo senso comum teórico (aquilo que consta nos livros e na jurisprudência, por exemplo), devendo simplesmente subsumi-lo ao caso concreto, aplicando, assim, fórmulas pré-fabricadas (prêt-à-porter), imbuídas de significação atribuída pelo habitus dogmaticus, como se o signo possuísse apenas um único sentido: aquele eleito pelo senso comum teórico.

Conclusão

A partir dessas breves constatações, não é em todo errôneo afirmar a existência de uma verdadeira crise paradigmática do Direito Penal, em termos kuhnianos^{xvi}, tendo em vista que o modelo liberal-individualista-normativista, associado a um esquema sujeito-objeto de interpretar o tipo, não mais faz frente à mudança social, sobretudo no que diz respeito à ascensão de um Estado Democrático de Direito que tem a necessidade

de cumprir as promessas da modernidade (ou pós-modernidade, como se queira chamar), tendo em vista que o pensamento liberal que ainda norteia a aplicação do Direito não mais consegue dar conta dos conflitos transindividuais^{xvii} que diariamente ocorrem.

Sob esse ponto de vista, não se pode falar na existência pragmática de um Estado pós-moderno se o pensamento dominante ainda é pré-moderno, mais especificamente liberal, o que acaba por influenciar enormemente o agir do intérprete, sobretudo em âmbito Penal no qual, apesar das constantes reformas e edição de novas leis, o esqueleto do sistema foi construído pelo legislador de 1940 - lembre-se, em época de pós-revolução liberal.

É importante registrar que o quanto exposto neste trabalho não significa que o Direito Penal deva ir de encontro aos fundamentos que o norteiam enquanto ciência já há algum tempo, a exemplo do princípio da legalidade e da proibição de analogia entre os tipos penais - ainda que autorizada a interpretação analógica dentro de um mesmo tipo. O que se defende aqui é que o intérprete não deve deixar-se levar – ou enganar – pelo senso comum teórico que não raramente domina a ciência, o que não quer dizer que deva pautar o seu agir exclusivamente por seus valores.

Não se deve confundir o reconhecimento do intérprete como sendo o próprio construtor da norma, em um processo de significação, com a idéia de arbitrariedade. O intérprete deve, sim, levar em consideração o que pregam a doutrina, a jurisprudência e a lei, até mesmo porque é por intermédio destes que constrói e matura o seu pensar. Todavia, é necessário que se dê conta, em seu processo de atribuição valorativa, que a norma não se encontra suspensa em um mundo ideal pronta a ser subsumida ao caso concreto, como se a interpretação fosse um jogo de montar (tipo penal – fatos da vida). Resta dizer: a norma é construída pelo próprio ser inserido em determinado contexto social e influenciado, mesmo que inconscientemente, por seus valores e bagagem histórico-cultural.

Dessa forma, é preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante. E, no momento em que essa “verdade” foi construída sobre a égide de um paradigma que não mais condiz com a realidade social, fruto de um pensamento pré-moderno e liberal, resta caracterizada uma possível crise epistemológica da ciência com o advento da pós-modernidade e suas

promessas sociais. Ora, Direito é, afinal, vida - e não fantasia -, e enquanto tal deve acompanhar de perto os passos da humanidade; não admirá-la de seu trono erigido em um mundo afastado, surreal e, de certa forma, solipsista.

Referências

- BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. Milano: Giuffre, 1995.
- BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução e introdução por Newton Aquiles Von Zuben. 6ª ed. São Paulo: Centauro, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- DABIN, Jean. In: *Doctrine Générale de l'État*. Paris: Ed. Sirey, 1939.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Modelo de Regras*. In: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 5 ed. v. 1. Petrópolis: Vozes, 2003.
- HALL, Stuart. *Identidade cultural na pós-modernidade*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Empório do Livro, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MACKIE, John Leslie. *Ethik. Die Erfindung des moralischen Richtigen und Falschen*. Tradução alemã de Rudolf Ginters. Stuttgart: Reclam, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRABETE, Julio F. *Código Penal Interpretado*, 2001.
- SAID, Edward. *Orientalismo. O Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

ⁱ Bacharel em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Estudante vinculado ao Núcleo de Iniciação Científica – NIC da UNIFACS e bolsista de iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (PIBIC-FAPESB).

ⁱⁱ Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica e Direito Econômico da UNIFACS – Universidade Salvador. Professor convidado do CCJB – Centro de Cultura Jurídica da Bahia no curso de especialização em Processo Civil. Doutorando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestre em Direito Público e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Advogado.

ⁱⁱⁱ Na visão de Dabin: “chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana” (DABIN, 1939). Mackie também desenvolve um pensamento semelhante em sua filosofia moral, ao estabelecer que “o sistema jurídico, portanto, é o veículo garantidor de que todas as pessoas possam efetuar as escolhas de sua preferência em face de ideais e fins concorrentes” (MACKIE, 1983 *apud* TAVARES, 2003, p. 107).

^{iv} Cfe. DURKHEIM, 2002.

^v Cfe. TAVARES, 2003, p. 87: “Se o trunfo da ciência moderna poderia ser caracterizado como a descoberta das *leis naturais* que deram azo à fundamentação do positivismo, sua reconstrução pós-moderna deve estar situada na solução que possa dar à questão da temporalidade. A pretensão de explicação universal para os fenômenos é, em parte, uma criação da racionalidade, mas está também associada à idéia determinista de um mundo pré-organizado [...] Para ser universal, a ciência necessita um preceito racional de dimensão temporalmente ilimitada. Deve valer não apenas hoje, mas no passado e no futuro, em todas as épocas”.

^{vi} Nesse sentido, vide: HALL, 2005 e SAID, 1990.

^{vii} Em uma breve síntese, por não nos dizer respeito sua análise profunda nesta obra, a noção de pré-juízo remete a Heidegger, cujas considerações vão servir de base para a formulação da chamada hermenêutica filosófica gadameriana, que busca oferecer uma visão diferenciada da até então (e ainda) dominante hermenêutica normativa, sobretudo em um processo de resgate do subjetivo na interpretação da norma.

^{viii} Cfe. MENDES, 1996 e CANOTILHO, 1992.

^{ix} Segundo Warat, há, na doutrina e na jurisprudência, um “sentido comum teórico” que acaba por nortear a conduta dos intérpretes ao fazer com que estes aceitem a dogmática jurídica como um complexo de saberes acumulados que, ou deva ser necessariamente seguido (o que dizer das Súmulas?), ou acaba por construir o seu entendimento em prol de um determinado caminho já percorrido. Não se dão conta de que, em cada interpretação, em cada lei promulgada ou em cada sentença, súmula ou acórdão proferidos, já há uma significação atribuída, que longe de dever ser encarada como “a verdadeira”, “mais correta” ou “mais segura”, deve ser vista como produto oriundo do *habitus dogmaticus*. O sentido comum teórico, dessa forma, acaba por impedir que o profissional do Direito “ouse demais” ao tentar proferir uma decisão autônoma e diferente, por exemplo, do que prega a maioria, principalmente devido à força e *status* que esta possui enquanto intelectual, em termos gramscianos, a exemplo dos oráculos atenienses que deveriam ser necessariamente ouvidos pelos líderes gregos antes da tomada de qualquer decisão importante. É importante frisar que não se nega, aqui, a importância da construção doutrinária e jurisprudencial na interpretação do Direito. Longe disso. O que deve ser lembrado é que estas

contribuições já trazem consigo uma conclusão e uma carga axiológica prontas, e jamais podem ser encaradas como fórmulas universais e pré-definidas, sob pena de que ao agir assim o operador se insira, mesmo que inconscientemente, em um estado de conformismo dogmático (WARAT, 1994).

^x RT 451/414, 486/356, *in* JESUS, 1993, p. 285.

^{xi} RT 612/297, *in* MIRABETE, 2001, p. 823.

^{xii} RT 567/293; RJTJSP 81/351.

^{xiii} JESUS, 1993, p. 586.

^{xiv} JTACrimSP 92/52.

^{xv} RJDTCrimSP 6/95 e JESUS, 1993, p. 560. Parêntese acrescentado.

^{xvi} Cfe. KUHN, 2000.

^{xvii} Cfe. CANOTILHO, 2000.