

DIANTE DA LEI: REFLEXÕES SOBRE FILOSOFIA DA LINGUAGEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA A PARTIR DE FRANZ KAFKA

Ricardo Araujo Dib Taxi¹

RESUMO: O presente artigo pretende, a partir de uma leitura da parábola *Diante da lei* de Franz Kafka, discutir a importância de uma concepção hermenêutica da linguagem jurídica para compreender o direito contemporâneo e para desvelar a tensão entre a universalidade da linguagem jurídica e a singularidade do seu acesso em situações concretas. O positivismo contemporâneo, amplamente dominado por uma visão convencionalista de linguagem, separa compreensão e interpretação e se embasa na clareza linguística advinda do uso dos conceitos para pugnar um direito acessível a todos. Esse convencionalismo, contudo, é construído não só a partir de um impulso padronizador que violenta as singularidades, mas é ele próprio sustentado a partir de uma concepção idealizada, quase mitológica da segurança e certeza do direito, que precisa ser desconstruída para que o direito efetivamente alcance a linguagem do mundo da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Kafka. Hermenêutica. Linguagem Jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to read Kafka's *Before the Law* as a departure point to discuss the relevance of hermeneutics to understand contemporary Law and disclose the tension between universality and singularity. Legal Positivism, dominated by a conventionalist depict of language as shared and familiar assumptions, defends a gap between comprehension and interpretation, relegating the latter to exceptional cases. Such a theory of language, as will be argued here, is built by within a discourse apparently plain, yet sustained by an idealized and almost mythological conception of security and rightness of Law. Such a depict needs to be deconstructed in order for the Law to reach LifeWorld.

KEYWORDS: Kafka. Hermeneutics. Legal language.

¹Ricardo Araujo Dib Taxi é doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará, atualmente em doutorado sanduiche na Birkbeck College – University of London, financiado pelo programa de doutorado sanduiche da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O positivismo, a visão convencionalista da linguagem e a clareza do Direito; 3 A parábola Kafkiana e a questão do realismo literário; 4 Esboço de uma teoria hermenêutica da linguagem jurídica; 5 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A parábola *Diante da lei*, escrita por Kafka para compor a obra *O processo*² mas que também foi publicada como uma obra autônoma, constitui um dos mais importantes textos literários do século XX. Sua profundidade filosófica desafia até hoje os interpretes, que parecem em vão tentar encontrar uma interpretação unívoca em um texto que parece fugir à qualquer apropriação conclusiva.

Esse artigo buscará, ao mesmo tempo que pensa o texto kafkiano, pensar a hermenêutica jurídica contemporânea e os seus possíveis papéis em uma época dominada pelo positivismo jurídico e por uma filosofia da linguagem que aposta na clareza e na segurança, e que acredita poder prescindir da hermenêutica. Essa tentativa de aproximação de uma obra literária acreditando-a capaz de dizer algo à filosofia jurídica pressupõe que a arte não é uma simples manifestação estética mas que possui valência ontológica, isto é, que a arte às vezes é uma forma privilegiada de colocar uma questão, de dar o que pensar.

A parábola de Kafka, que será melhor explicada ao longo do texto, conta a história de um homem do campo que procura acessar a lei, cuja entrada está proibida por um porteiro. O homem do campo pede passagem e o porteiro avisa que no momento não será possível. Ao ver o impasse do homem, o porteiro adverte que caso ele queira até pode entrar, mas que no caminho existem outros porteiros bem mais fortes e terríveis que ele. Assim, o homem do campo desiste e senta ao aguardo de uma permissão que nunca vem. Quando ele morre, o porteiro finalmente fecha a porta, posto que ela estava aberta apenas para o homem do campo.

Em muitos comentadores, a interpretação da parábola é focada no porteiro, e na questão de que o direito, que deveria ser acessível a todos, está fechado e à mercê do capricho das autoridades. O próprio direito, as leis que o compõem, são pressupostas como claras e acessíveis, não fosse a burocracia que se interpõe entre elas e os que querem acessá-la.

De certa forma, essa visão de que a parábola se refere aos

²KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

problemas que se interpõem no caminho de quem deseja chegar à lei encontram pleno respaldo na concepção positivista que hoje domina a filosofia do direito. Essa concepção, que também será melhor explorada durante o texto, defende que, no dia a dia, os textos que compõem as leis possuem em geral um sentido claro, oriundo de seu uso reiterado e familiar, e que portanto os operadores do direito possuem uma noção relativamente clara de como o direito funciona em virtude da familiaridade que possuem já que vivem e discutem o direito cotidianamente. O direito a ser aplicado seria, na maioria das situações, plenamente cognoscível.

Mas será que o direito é de fato claro? Será que a linguagem da lei possui realmente sentidos familiares que garantem a tecnicidade cotidiana de suas decisões? E se, na verdade, muitas dessas decisões apliquem de forma artificial a lei a situações que na verdade exigem maior cuidado?

Na obra *A mitologia na lei moderna*³, Peter Fitzpatrick chega a defender a ideia de que a lei moderna possui um sustentáculo mitológico, e que o respeito pela autonomia e certeza da lei possuem uma narrativa histórica que é contraditória, pois sustenta a lei como universal e absoluta ao mesmo tempo que pugna por uma capacidade daquela em se adequar às mais diferentes possibilidades e linguagem. A lei seria a linguagem universal e ao mesmo tempo seria traduzível nas mais diferentes linguagens possíveis.

Na presente pesquisa o foco será bem mais modesto. A questão será tão-somente pôr em confronto a concepção paradigmática de linguagem e interpretação que domina não só a academia mas o próprio *sensu comum teórico* dos juristas em confronto com uma concepção hermenêutica de linguagem, a qual foca mais na diferença e na própria compreensão como um processo interpretativo. Talvez, no fim das contas, o porteiro não se interponha somente entre a lei e o homem simples do campo, mas vede o caminho para todos nós, cuja única forma de não desistir seria esmiuçar os seus sentidos recônditos e obrigar a lei a descer do pedestal da universalidade para o vulgo da facticidade.

Em todo caso, o papel de uma crítica hermenêutica ao positivismo jurídico não é somente filosófico, senão também normativo. Como afirmou Ronald Dworkin⁴, o positivismo não é neutro, mas toma partido em nome das fontes tradicionais do direito, em outras palavras,

³FITZPATRICK, Peter. *A mitologia na lei moderna*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2005.

⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

defende um ponto de vista conservador toda vez que a norma a ser aplicada no caso concreto se mostra duvidosa. Assim, a questão não se resume a mostrar que a linguagem é menos óbvia e o direito menos claro do que se supõe, mas indagar a quem favorece a imagem da clareza e da estabilidade.

É nesse aspecto que a obra kafkiana parece ter uma relevância especial. Kafka constrói uma linguagem fantástica que, contudo, parece ter muito a dizer sobre o nosso cotidiano, como se a linguagem que acreditamos ordinária tivesse algo de extraordinário que nos escapa.

2 O POSITIVISMO, A FILOSOFIA CONVENCIONALISTA DA LINGUAGEM E A CLAREZA DO DIREITO

A clareza com que os positivistas apresentam o direito, como se este se desenrolasse em uma linguagem tecnicamente manejável, advém do conhecido pressuposto cientificista de que é possível descrever um fenômeno social a partir de pressupostos racionais compartilhados. O direito precisa possuir um alto grau de generalidade para que possa ser conhecido pela sociedade e aplicado pelas autoridades legais em uma linguagem compartilhada. Do contrário, o direito se confundiria com o puro arbítrio das autoridades que tomam as decisões.

Para que se possa compreender como isso se dá no positivismo contemporâneo, é importante, ainda que de passagem, tratar de dois componentes que contribuem significativamente para o seu atual formato.

O primeiro componente é o afastamento daquele positivismo exegético que vigorara no século XIX, pois naquele momento a condição de possibilidade para que o Juiz pudesse aplicar o direito de forma objetiva estava focado na elaboração de *uma linguagem semanticamente precisa, que por sua clareza e racionalidade fosse capaz de dar uma resposta a todas as situações que se apresentassem diante da lei*.

O segundo componente é a ideia pragmática da linguagem, que deita suas raízes no *Conceito de direito* de Hart⁵. Desde ali, a clareza conceitual e a operacionalidade cotidiana do direito passaram a ser vistas como possíveis não a partir de uma linguagem semanticamente precisa, mas em razão do uso reiterado dos conceitos jurídicos, que geram nos operadores do direito uma familiaridade com o sentido usual e “óbvio” daquele termo.

⁵HART, Herbert. *The concept of Law*. 2ª ed. Oxford, Oxford University, 1994.

Essa compreensão é debitária da escola surgida nas *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, obra na qual a linguagem é afastada do realismo e pensada pragmaticamente. Aprender uma língua, para Wittgenstein, significa saber participar de jogos de linguagem e entender o que as palavras e frases significam no contexto daqueles jogos. É só nessa estrutura vivencial que a linguagem pode ser vislumbrada em toda sua dimensão. Quando dois pedreiros estão trabalhando e um deles diz “tilojo”, o outro entende que deve passar a ele um tijolo. Esse é um exemplo bem simples dado pelo próprio Wittgenstein mas que elucida que o significado de uma expressão vem do jogo de linguagem no qual ela é usada.

Nesse sentido, para toda uma escola positivista que vem sendo influenciada por Hart, o fato da linguagem dos textos normativos às vezes não ser clara e necessitar de interpretação não advém da sua estrutura lógico-semântica, mas do uso que os juristas fazem de seus conceitos. Um mandamento aparentemente vago como, por exemplo, *todos devem ser iguais perante a lei*, pode vir a ser claro desde que o Judiciário tenha fixado os sentidos e exigências impostas por essa igualdade, em outras palavras, desde que os juristas tenham construído os sentidos nos quais essa igualdade pode ou não ser aplicada.

Na obra *Interpretation and Legal Theory*⁶, Andrei Marmor afirma que é importantíssimo separar *Compreender de Interpretar*, já que o primeiro movimento se refere à leitura de um texto na qual se admite que as palavras estão sendo usadas em seu sentido familiar (em um jogo de linguagem já dominado pelos operadores), e que a compreensão aparentemente óbvia é a correta; já a interpretação seria um movimento excepcional, necessário apenas quando o sentido familiar não está claro e é preciso investigar de maneira mais aprofundada o significado de determinada expressão.

Marmor, assim como Joseph Raz e muitos outros filósofos contemporâneos do direito⁷, consideram portanto que o direito é linguagem, e uma linguagem determinada pelo uso, mas acreditam que essa linguagem possui um alto grau de convergência compreensiva numa sociedade, o que torna o direito, bem ao estilo positivista, claro,

⁶MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 1994

⁷É importante destacar que a disciplina conhecida como filosofia do direito, que me referi acima como uma área dominada pelo positivismo jurídico, é aplicada dessa forma sobretudo no mundo anglo-saxão, em diálogo claro com a filosofia analítica. Nos países continentais, nos quais a reflexão filosófica sobre o direito está muito ligada à uma reflexão histórico-cultural acerca do fenômeno jurídico, bem como nos meios nos quais se tem construído um discurso crítico ao direito, seja de caráter pós-colonial seja de caráter sociológico, a tradição que vem de Hart, passa por Dworkin e continua nos autores acima citados não é o foco central dos estudos.

técnico, racionalmente operável, e totalmente afastado de qualquer base transcendente ou metafísica.

É importante perceber aqui que, embora sigam um caminho totalmente distinto do caminho lógico-semântico do positivismo exegetico, esse positivismo pragmático termina, por outro caminho, recaindo também na ideia de uma aplicação objetiva e clara do direito, e continua, como é comum na tradição positivista, defendendo uma atuação restritiva do magistrado, que deve ser o mais preso possível na norma a ser aplicada. Trata-se do pessimismo acerca das autoridades, que precisam ter sua faixa de atuação previamente delimitada para não agirem arbitrariamente. Possibilitar a interpretação seria, aqui, fulminar a segurança jurídica.

Para voltar agora à relação com a parábola kafkiana, se carregarmos essa pré-compreensão positivista de que o direito possui um alto grau de clareza e objetividade, fica difícil imaginar porque as portas da lei estão fechadas para o homem do campo. Assim, a interpretação acaba se afastando do direito em si e recaindo nos obstáculos que podem atrapalhar a sua boa e correta aplicação.

Em obra escrita por *Theodore Ziolkowski*, intitulado *Literature in Its Legal Context: Kafka*⁸, o autor tenta interpretar O processo lembrando como na época de Kafka a jurisdição oficial do Estado parecia conviver com normas paralelas, de forma semelhante a certos locais na idade média onde a autoridade Estatal repartia uma soberania pouco delimitada com a igreja e com os senhores feudais. Assim, o processo irracional e incompreensível no qual o protagonista Joseph K se viu envolvido não foi o processo oficial do Estado, mas uma espécie de jurisdição paralela. Pressuposto está que, se tivesse sido julgado pela jurisdição oficial, nada haveria de incompreensível e contraditório.

Se quisermos avançar em relação à essa compreensão, e ver em Kafka mais do que um simples pessimismo característico do *fin de siècle* e questionar o próprio fenômeno jurídico de forma radical, se faz necessário questionar essa imagem racional, objetiva e clara pela qual ele nos é apresentado pelo positivismo desde sua fundação até a contemporaneidade.

⁸ZIOLKOWSKY, Theodore. *Literatura in its legal context: Kafka*. Theodore Ziolkowski, intitulado *Literature in Its Legal Context: Kafka*. The modern language association of America, New York, 2011.

3 A PARÁBOLA KAFKIANA E A QUESTÃO DO REALISMO LITERÁRIO

A parábola *Diante da Lei*, e *O processo* como um todo, apresentam uma imagem aparentemente invertida do Direito. No livro como um todo, o protagonista Joseph K. é detido sem nunca saber do que está sendo acusado, visita as estranhas salas do tribunal que em nada se parecem com a imagem padrão de um tribunal, procura um advogado especialista que sabe apenas fofocas sobre o tribunal, e no fim é executado com uma faca de açougueiro em um canto escuro na rua. O livro inteiro narra o seu desespero crescente e a sua incerteza em compreender uma lei que parece sempre estar a léguas de distância e cuja compreensão parece escapar não apenas a ele mais aos próprios operadores do direito.

A parábola diante da lei, já narrada na introdução, retrata essa angústia de modo ainda mais drástico. O homem do campo espera a vida inteira para ter acesso à lei e morre sem conseguir passar sequer pelo primeiro portão. No fim de sua vida, quando já está idoso e seus olhos já não são como antes, enxerga da porta que guardada a entrada para a lei o que parece ser uma luz incandescente, mas o pobre homem à essa altura não mais tem certeza se há realmente essa luz ou se seus olhos o enganam. Num último esforço, o homem do campo consegue travar o seguinte diálogo com o porteiro, que por sua força expressiva será transcrito:

Antes de morrer, acumulam-se na sua cabeça as experiências de tantos anos, que vão todas culminar numa pergunta que ainda não fez ao guarda. Faz-lhe um pequeno sinal, pois não pode mover o seu corpo já arrefecido. O guarda da porta tem de se inclinar até muito baixo porque a diferença de alturas acentuou-se ainda mais em detrimento do homem do campo. – “Que queres tu saber ainda?”, pergunta o guarda. – “És insaciável”. – “Se todos aspiram a Lei”, disse o homem. – “Como é que, durante todos esses anos, ninguém mais, senão eu, pediu para entrar?”. O guarda da porta, apercebendo-se de que o homem estava no fim, grita-lhe ao ouvido quase inerte: – “Aqui ninguém mais, senão tu, podia entrar, porque só para ti era feita esta porta. Agora vou-me embora e fecho-a”⁹

Lendo esse enigmático fim, não parece estranho que Kafka pareça a muitos críticos literários como surrealista, e que aos juristas

⁹KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 220.

Kafka pareça estar falando muito mais sobre filosofia, sociologia e até teologia do que efetivamente sobre direito. Como lembra Fitzpatrick, o próprio Walter Benjamin em ensaio sobre Kafka parece ter concluído que Kafka não tinha nada de muito elaborado e específico a dizer sobre o direito.

No mais, considerando não apenas essa obra mas sobretudo *A metamorfose*, na qual logo no começo o protagonista se transforma num inseto monstruoso, não estranha que muitos críticos literários classifiquem Kafka como surrealista ou, de todo modo, afastem-no veementemente de qualquer tipo de realismo. Nesses termos, tentar usar um surrealista para tratar da interpretação cotidiana no direito parece uma empresa ingênua, um diálogo impossível e infrutífero.

Essa associação entre Kafka e o surrealismo, contudo, como afirmou Modesto Carone na obra *Lição de Kafka*¹⁰ ignora o fato de que Kafka na verdade vê a realidade daquela forma, e acredita que nós de um modo geral não a vejamos porque não estamos olhando com atenção ou porque estamos sendo superficiais. O autor confessou isso a Max Broad quando esse chamou Salvador Dali de surrealista certa vez em um museu. Kafka respondeu que ver a coisa dessa forma é interpretar erroneamente o trabalho de Dali.

Em outras palavras, Kafka não escreveu uma fantasia sobre um processo judicial incrível e irracional para compará-lo com o processo judicial correto e racional que existia em sua sociedade, mas através de sua obra tentou questionar se de fato o Direito é racional e claro, se de fato a lei está acessível a todos.

Embora eu não vá tentar oferecer uma interpretação fechada da obra, até porque o texto parece ter sido escrito de forma a colocar o leitor diante dele da mesma forma que o Homem do campo está diante da lei, alguns elementos parecem especialmente importante de se destacar.

Primeiramente, a Lei é uma só, universal e acessível a todos, ou pelo menos assim acreditava o Homem do campo. Quando ele tenta acessá-la, contudo, e não consegue, descobre não apenas que seu caminho está vedado por um porteiro, mas que aquela porta era feita somente para ele. Como pode a porta ser destinada somente a ele se a lei é universal e válida para todos? Talvez a questão aqui seja o fato de que a lei para efetivamente chegar a nós precisa ser *traduzida* para a linguagem do nosso caso concreto, isto é, o universal precisa traduzido para o singular.

¹⁰CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Em todo caso, como em toda tradução, nessa tradução também se perde algo. Como mesmo Kelsen observara em sua *Teoria Pura do Direito*, a norma individual não é simplesmente uma repetição da norma geral, mas é outra, posto que é criada pela autoridade interprete *para aquele caso específico*. Ora, fica claro que estamos diante de um movimento em que sempre ocorrerá uma perda. Para que o direito possa fazer justiça ao caso concreto, precisa se adequar a esse, ou dar a resposta que pareça efetivamente abarcar toda a situação. Para isso, contudo, algo se perde de sua universalidade, e em todo caso a norma tem que permanecer, em certo sentido, a mesma.

A porta estava disponível somente para ele porque a lei a que temos acesso é sempre *para nós, é a lei naquele caso*. Mas então por que a entrada foi barrada pelo porteiro? Talvez Kafka queira dizer que a lei é proibida, que se encontra em uma posição transcendente, amparada por uma solidez metafísica que a torna intransponível e impenetrável, a salvo do vulgo na medida em que mantém o seu status mitológico.

É inegável que muitas outras interpretações são possíveis. Mesmo o esboço acima elaborado não é mais do que uma possibilidade e um discurso que, não estando no texto, acaba deformando-o para tentar singularizá-lo e torna-lo apto a dizer algo à uma discussão que talvez lhe seja externa. Não há como negar, contudo, o processo de um direito claro, direto e racional é visto por Kafka como algo superficial, que precisa de um olhar mais detido e cuidadoso para perceber esse excesso de sentido que escapa da apreensão comum.

Por fim, já que esse tópico se pretende apenas um esboço de um dos problemas que o texto kafkiano levanta, vale ressaltar outro fator de sua importância, qual seja o rompimento da barreira entre direito e literatura. Com isso, não estou simplesmente querendo repetir que a literatura (e a arte de um modo geral) possam ter uma valência ontológica, possam revelar uma verdade. A questão que ponho aqui é a de que com Kafka o próprio direito torna-se literário, torna-se uma narrativa acerca da falência de algo que se supõe claro e técnico até que seu funcionamento seja realmente posto à prova.

Essa frustração, diga-se de passagem, não atinge apenas o Homem do Campo, mas também o porteiro. Nesse ponto, ambos estão diante da lei, ambos não têm acesso à lei. É sintomático que o porteiro diga que *“o terceiro porteiro é tão terrível que nem mesmo eu sou capaz de vislumbrá-lo”*. Talvez isso signifique que mesmo aqueles que manejam a lei lhe estranhem de alguma forma, e arranjem uma forma artificial de sentir-se seguros e familiarizados com ela.

4 ESBOÇO DE UMA TEORIA HERMENÊUTICA DA LINGUAGEM JURÍDICA

Nesse último tópico, procurarei mostrar o tipo de concepção linguística que embasou minha crítica ao positivismo jurídico e que auxiliou minha leitura de Kafka. Com isso, admito que a leitura dos autores até aqui empreendida não foi neutra, posto que compartilho da pré-compreensão de que a linguagem cotidiana é interpretativa no sentido mais radical. Nesse sentido, toda convenção possível e toda comunhão de sentido que permite uma linguagem compartilhada se dá a partir muito mais de um diálogo entre diferentes e uma tentativa de chegar à algo comum¹¹ do que de uma comunidade linguística já existente que precisa apenas ser descrita.

Segundo Hans-Georg Gadamer, um dos mais importantes autores do século XX que tratam da relação entre hermenêutica e linguagem, compreensão e aplicação não estão separadas, mas são um e o mesmo movimento, uma vez que compreender um texto significa atribuir-lhe um sentido, o qual não está no texto em si, mas é legado pela tradição do interprete, o que engloba a sua condição histórico-cultural.

Nesse primeiro sentido, os positivistas contemporâneos não parecem discordar. Marmor, por exemplo, concorda que a compreensão familiar dos textos jurídicos (que ele acredita que seja a mesma para aqueles familiarizados com a aplicação desses textos), é guiada pela historicidade e pela compreensão moral que guia aquela sociedade. Nesse sentido, a concepção linguística do positivismo é sem sofisticada o suficiente para levar em consideração a condição história de um povo como parte integrante de sua compreensão linguística mais fundamental.

O que os positivistas não concordam é que essa compreensão familiar seja guiada por um juízo de valor individual do interprete. Os valores que guiam a compreensão, acreditam eles, estão suficientemente claros no sentido familiar da linguagem.

Sob um ponto de vista hermenêutico, contudo, o momento da *aplicação* também integra de uma forma estrutural e inseparável a compreensão e a interpretação, e isso de uma forma distinta daquela compreendida pela linguagem convencionalista. A situação factual, como na ética aristotélica, fornece o pano de fundo da interpretação. O sentido do texto a ser interpretado é fornecido pela situação de uma forma muito mais existencial do que no convencionalismo linguístico

¹¹GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

que aqui está sendo contrastado.

O interprete não pode ser excluído do processo interpretativo em virtude da linguagem ter se tornado clara porque essa clareza é artificial, pensada fora da concretude. Os positivistas, como já dito no primeiro tópico, negam isso, afirmando que a objetividade interpretativa dos textos normativos vem do uso reiterado (dos casos concretos), e afirmam que as palavras que compõem a lei possuem, mesmo no dicionário, vários sentidos, mas nos casos concretos os juízes são capazes de delimitar o seu sentido óbvio porque encaixar casos concretos em textos abstratos é exatamente o jogo de linguagem mais característico do direito.

Do ponto de vista hermenêutico, contudo, o foco não está naquilo que permite a convenção, no logos comum que une a todos nós, mas em como é possível encontrar esse logos mesmo com as diferenças essenciais que existem entre as pessoas, entre as situações que lhes ocorrem etc. Os estudantes de direito nos países de *civil law* estudam os textos normativos de maneira abstrata, e são apresentados geralmente a um grupo de situações exemplificativas nas quais o padrão se encaixa para que aprendam a racionar concretamente com base naquele padrão.

O que a hermenêutica enfoca nessa questão é que todo texto jurídico, por mais abstrato que se pretenda, é construído com base certas expectativas de aplicação, e sua ampliação para outras situações não previstas implica uma tradução contextual. Essa tradução, que pode ser vista como uma passagem do geral para o singular, não advém da impessoalidade objetivista preconizada pelo positivismo, mas da capacidade ética de percepção da diferença. É exatamente isso que Gadamer procura dizer quando, valendo-se da ética aristotélica, afirma que o agir correto não tem como ser plenamente compreendido como aplicação de uma regra geral, posto que a própria noção da regra geral é revista no momento da tradução para o singular.

Se formos pensar ambas as concepções em paralelo, veremos que a concepção positivista de linguagem, apesar do pragmatismo contextual, é estática se comparada à forma como a tradição hermenêutica pensa a linguagem. Nessa última, a linguagem é uma eterna e perene tentativa de alcançar o que o outro quer dizer. Dado o caráter *aparentemente convencional e claro da linguagem*, contudo, a compreensão do outro implica que se abdique de uma visão proposicional da linguagem e se busque o sentido singular daquilo que está sendo dito. Em resumo, os hermeneutas no século XX, como por exemplo Heidegger, Paul Ricoeur, Derrida, Gadamer, em que pese suas diferenças internas, acreditam que a verdadeira compreensão linguística acontece quando o sentido familiar

é destruído em busca do que realmente se quer dizer.

Para essa tradição, a capacidade da lei de passar de sua generalidade metafísica ao mundo fático implica sempre uma perda, sempre uma certa renúncia. O nosso papel, contudo, é buscar caminhar nesse sentido, ao invés de simplesmente assumir essa perda e essa ignorância como a única possibilidade de garantir segurança jurídica.

É inegável, nesse sentido, que se comparada ao positivismo, a delimitação linguística que eu aqui aponte como hermenêutica parece contra-intuitiva. Com efeito, sobretudo a uma pessoa que não é familiarizada com a argumentação jurídica, a lei é imaginada como clara, e as diferentes interpretações parecem subversões da interpretação mais familiar. Mesmo juristas afirmam que o sentido de frases como “a entidade familiar é a união formada por homem e mulher” está suficientemente claro no sentido de permitir apenas o casamento convencional.

Frente à essa visão, a ideia de que uma expressão familiar pode não ter exatamente aquele sentido parece, e em alguns casos pode até mesmo ser um certo exagero.

Nesse ponto, até porque esse artigo é apenas um esboço de uma discussão secular sobre filosofia da linguagem, terminarei apenas colocando a questão de que a hermenêutica não é vista nem pelos seus defensores nem pelos seus críticos como uma disciplina neutra e simplesmente descritiva, mas é desde o princípio uma ética. A razão para *suspend*er o sentido familiar e investigar as camadas de sentido que pairam por baixo do que parece mais óbvio é um movimento de quem teme em generalizar o óbvio e assim excluir o diferente.

Além disso, e por fim, o impulso positivista parece muito claramente ligado a uma manutenção do *status quo*, enquanto que a hermenêutica escava a linguagem familiar em um impulso de ver o direito ligado à justiça e à permanente busca por aperfeiçoamento. Aqui, o engajamento ético trabalha em relação circular com a investigação filosófica, de maneira totalmente oposta à neutralidade e aparente cientificidade do discurso positivista.

5 CONCLUSÃO

Talvez ao leitor tenha parecido forçada a tentativa de criticar a tradição positivista que domina a teoria do direito com base em uma tradição continental que lhe é estranha. Como bem sabido, alguns dos autores aqui mencionados como Hart, Raz e Marmor trabalham no

âmbito da filosofia analítica, e veem com maus olhos o tipo de abertura holística que caracteriza o discurso continental que busquei resgatar não apenas no último tópico mas que moveu a própria iniciativa de dialogar com Kafka.

Reconheço também que a relação que fiz pareceu requerer mais atenção à Kafka do que fui capaz de dar, parecendo talvez que o autor foi apenas uma ponte para dizer algo que precisava ser dito. Para explicar isso, menciono aqui que esse diálogo tem uma importância biográfica pessoal pra mim, pois a leitura do *Processo* representou uma guinada definitiva não apenas na minha compreensão do direito mas também em minha percepção do poder da literatura em dizer coisas que o discurso acadêmico não diz da mesma forma, o que é especialmente verdadeiro em se tratando de Kafka.

No mais, preciso dizer também que reconheço ter escolhido apenas a faceta analítica do positivismo, e não ter trabalho por exemplo com Kelsen ou com autores positivistas que trabalham no Brasil, como o professor Paulo de Barros Carvalho por exemplo, dentre outros. Meu critério, contudo, foi pelos autores que insistem em escrever sobre teoria do direito, e que ainda hoje entram em diálogo direto com Hart, Dworkin etc. e tentam manter o positivismo jurídico atual.

Apesar de minhas críticas, reconheço não apenas a importância como também a atualidade do positivismo, e vejo com pesar o fato de que no Brasil têm-se criado uma ideia de que o positivismo foi derrotado por Dworkin e Alexy e não possui mais a menor atualidade. Essa visão é ruim não apenas porque ignora atualidade das discussões em vários outros países e também (e principalmente) *porque não nos permite perceber que a tradição positivista ainda condiciona de forma significativa a nossa própria compreensão do fenômeno jurídico, e o faz com ainda mais força quando não mais parece presente, quando se torna tão familiar que sequer é percebida.*

Talvez nem seja necessário repetir o velho clichê, mas mesmo assim terminarei dizendo que meu objetivo nunca foi esgotar o assunto, mas apenas lançar luz e introduzir diálogos que creio que, apesar das diferenças de horizonte histórico, parecem hoje extremamente necessários em um universo acadêmico que parece cada vez mais monológico.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad, textos adicionais e notas Edson Bini. Baur, SP. EDIPRO, 2ª ed., 2007.

BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica Contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert. *The concept of Law*. 2. ed. Oxford, Oxford University, 1994.

FITZPATRICK, Peter. *A mitologia na lei moderna*. Trad. Nélcio Schneider. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e Método II – complementos e índices*. Trad. de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2008.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Porto Alegre: 2009.

ZIOLKOWSKY, Theodore. *Literatura in its legal context: Kafka. Theodore Ziolkowski, intitulado Literature in Its Legal Context: Kafka*. The modern language association of America, New York, 2011.