

# Da estética à ética: senso comum e imaginação na ciência e na hermenêutica jurídicas

## From Esthetics to Ethics: common sense and imagination in the Legal Science and in the Legal hermeneutics

**Ricardo Evandro Santos Martins**<sup>1</sup>

Universidade Federal do Pará-UFPa/Brasil  
ricardoevandromartins@gmail.com

**Gilberto Guimarães Filho**<sup>2</sup>

Universidade Federal do Pará-UFPa/Brasil  
gilguifilho@gmail.com

### Resumo

O objetivo geral do artigo é conciliar a leitura de Hans-Georg Gadamer por Jesús Conill Sancho com o conceito de imaginação ética desenvolvido por Hannah Arendt. Como se vê pelo decorrer do texto, a preocupação em se apropriar da *Crítica da faculdade do juízo* (1790) é o ponto de encontro entre estes autores e Arendt. Cientes da ousadia em ir muito além do problema de “hermeneutizar” a “terceira *Crítica*”, como fez Conill Sancho, a fim de trazer nova luz à interpretação de Immanuel Kant por Gadamer, tentamos também mostrar que a questão da interpretação e aplicação do direito implica em uma questão de colocar-se no lugar do outro e de adentrar ao debate público (Arendt). O artigo, então, tem por objetivo específico colocar à luz a conexão íntima entre ética hermenêutica, ciência do direito e a aplicação das normas jurídicas com a noção de mentalidade alargada. O problema a ser respondido neste artigo é: como a hermenêutica, entendida como tradição ou senso comum ético compartilhado, pode servir como condição e, ao mesmo tempo, limite à neutralidade científica e à discricionariedade interpretativa do direito? E as hipóteses são: a) a de que há um *ethos* de fundo à ciência do

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará-UFPa. Doutor em Direito. Pesquisa teologia política e pensamento de Giorgio Agamben. Universidade Federal do Pará. PPGD. Rua Augusto Corrêa, 01, CEP 66.075-110, Belém, Pará, Brasil.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Realiza estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará-UFPa. Pesquisa colonialismo, teoria crítica/decolonial, história do direito na Amazônia, direitos humanos e povos indígenas. Universidade Federal do Pará. PPGD. Rua Augusto Corrêa, 01, CEP 66.075-110, Belém, Pará, Brasil.

direito e à hermenêutica jurídica; e b) de que este *ethos* possui dimensão política, viabilizada por aquilo que Arendt chamou de mentalidade alargada, imaginação ética e companhia. Justificamos este resultado de pesquisa pela necessidade de se avançar nas críticas à pretensão de neutralidade científica na teoria do direito e à pretensão de se separar o direito e a ética quanto à interpretação jurídica. Em resumo, contrariando o paradigma epistemológico neokantiano das ciências humanas, presente em Max Weber, Hans Kelsen e em Herbert Hart, dentre outros juspositivistas que adotam a tese da separação entre direito e moral, e partindo dos referidos avanços de Conill Sancho na tentativa de “hermeneutizar” o Kant da “terceira *Crítica*”, o artigo tenta mostrar como a formação de conceitos científicos e a interpretação/aplicação das normas jurídicas envolvem a “imaginação ética” (Arendt) constituída a partir do senso comum. O método utilizado para a elaboração deste artigo é o compreensivo nos termos da tomada da consciência hermenêutica, elaborada desde as críticas de Gadamer, em seu *Verdade e Método* (1960), à metodologia das ciências humanas do século XIX. Em outras palavras, o método usado aqui parte da experiência com a verdade interpretativa desvelada da leitura da bibliografia selecionada, ainda que tenha sido usada para revisar criticamente a própria hermenêutica filosófica de Gadamer. E os procedimentos metódicos de pesquisa é o bibliográfico e o qualitativo.

**Palavras-chaves:** Hans-Georg Gadamer; Immanuel Kant; Conill Sancho; Hannah Arendt; Hermenêutica jurídica; Estética; Ética; Senso comum; Política.

## Abstract

The general aim of the article is to reconcile Jesús Conill Sancho's reading of Hans-Georg Gadamer with the concept of ethical imagination developed by Hannah Arendt. As can be seen throughout the text, the concern to appropriate the *Critique of the Faculty of Judgment* (1790) is the meeting point between these authors and Arendt. Aware of the boldness of going far beyond the problem of "hermeneutizing" the "3th Critique", as Conill Sancho did, in order to shed new light on Gadamer's interpretation of Immanuel Kant, we also try to show that the question of interpreting and applying the law implies a question of putting oneself in the place of the other and entering the public debate (Arendt). The specific aim of the article, then, is to shed light on the intimate connection between hermeneutic ethics, the science of law and the application of legal norms with the notion of an expanded mentality. The problem to be answered in this article is: how can hermeneutics, understood as tradition or shared ethical common sense, serve as a condition and, at the same time, a limit to scientific neutrality and the interpretative discretion of law? And the hypotheses are: a) that there is a background *ethos* to the science of law and legal hermeneutics; and b) that this *ethos* has a political dimension, made possible by what Arendt called a enlarged mentality, ethical imagination and companionship. We justify this research result by the need to advance criticism of the claim to scientific neutrality in legal theory and the pretension to separate Law and Ethics in terms of legal interpretation. In short, contrary to the Neo-Kantian epistemological paradigm of the human sciences, present in Max Weber, Hans Kelsen and Herbert Hart, among other legal positivists who adopt the thesis of the separation between Law and morality, and

starting from the aforementioned advances by Conill Sancho in the attempt to "hermeneutize" the Kant of the "3th Critique", the article tries to show how the formation of scientific concepts and the interpretation/application of legal norms involve the "ethical imagination" (Arendt) constituted from common sense. The method used to prepare this article is the comprehensive method in terms of hermeneutic awareness, developed since Gadamer's criticism, in his *Truth and Method* (1960), of the methodology of the human sciences from 19th Century. In other words, the method used here starts from the experience of interpretative truth unveiled by reading the selected bibliography, even though it has been used to critically revisit Gadamer's own philosophical hermeneutics. The methodological research procedures are bibliographical and qualitative.

**Keywords:** Hans-Georg Gadamer; Immanuel Kant; Jesús Conill Sancho; Hannah Arendt; Legal Hermeneutics; Aesthetics; Ethic; Common sense; Policy.

## Introdução

Um dos caminhos centrais à reconstrução da hermenêutica jurídica no Brasil tem acontecido por meio da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Assim, pensando a partir de Gadamer e o modo como ele repensa as ciências humanas através de uma compreensão hermenêutica da nossa relação com o mundo, e de todos os conceitos fundamentais para pensá-lo, como a tradição, a historicidade etc., tornam-se insustentáveis as antigas compreensões do ato interpretativo como ato em que alguém aplica mecanicamente uma norma geral a um caso particular de maneira metódica (Escola da Exegese) ou pensada a partir dos métodos interpretativos teleológico, histórico e gramatical, como se o ato de hermenêutica jurídica se reduzisse a eles (Escola Histórica).

Investindo nessa linha de buscar uma renovação das concepções da hermenêutica jurídica, vamos tentar aqui encontrar em Gadamer uma perspectiva filosófica importante aos estudos hermenêuticos, mas de um ponto de vista que ainda não foi pensado pelas reflexões jurídicas brasileiras preocupadas com o tema. Isto, que ainda não foi feito, mesmo dentro do campo da hermenêutica filosófica de Gadamer, é a possibilidade de se entender a hermenêutica jurídica desde um ponto de partida que se inicia da aceitação da tentativa de Jesús Conill Sancho de "hermeneutização" da *Crítica da faculdade do juízo* (1790), de Immanuel Kant.

Assim, neste artigo, tentamos argumentar em favor da proximidade entre Kant e Gadamer, a despeito do modo como este último leu o filósofo de Königsberg no seu famoso *Verdade e método* (1960). Em *Ética hermenêutica: crítica desde la facticidad* (2010), Conill Sancho investiga o tema da ética hermenêutica e acredita na possibilidade de uma "ética hermenêutica crítica" a partir de um Kant "hermeneutizado". Na obra em questão, Conill Sancho busca conciliar elementos da filosofia kantiana com a via que ele considera a mais propriamente hermenêutica: a via gadameriana.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Conill Sancho também já tratou anteriormente da relação entre a hermenêutica e Kant, mas pela via nietzschiana, tendo dedicado parte do tema no seu livro *El poder de la mentira* (1997), no qual mostrou que esse é um possível caminho de transformação hermenêutica do criticismo kantiano.

Tendo explicado o modo como Gadamer criticou Kant e, depois, o modo como Conill Sancho se apropriou da própria hermenêutica filosófica para mostrar como a *Crítica da faculdade do juízo* está mais próxima da filosofia gadameriana, do que o próprio mestre de Heidelberg pensava, partiremos, então, para desenvolver possíveis implicações deste pressuposto para o campo da hermenêutica jurídica exercida pela ciência do direito e pela hermenêutica praticada pelos juízes e pela administração pública (interpretação autêntica). Tais implicações envolveriam reafirmar a importância do senso comum no julgamento interpretativo e também a importância do *ethos* de fundo na formação de conceitos jurídicos, sejam estes conceitos produzidos por um aplicador no âmbito judicial-administrativo, seja pelo intérprete no âmbito acadêmico-científico.

A partir disto, ao final deste artigo iremos mostrar que também Hannah Arendt pode contribuir para estas implicações que partem de Conill Sancho no caminho mesmo em direção do desenvolvimento do que seria este *ethos* de fundo à hermenêutica jurídica. Defenderemos, então, que a ética de fundo à interpretação tem implicação política, possibilitada pela noção de mentalidade alargada, de imaginação ética e companhia, conectando, então, a hermenêutica filosófica de Gadamer com os argumentos que Arendt desenvolve em *Entre o passado e o futuro* (1961) e na *Vida do espírito* (1978).<sup>4</sup>

## O juízo estético como mero juízo de gosto para Gadamer

No primeiro capítulo da primeira parte de sua obra maior, *Verdade e método*, Gadamer expõe a *Crítica da faculdade de juízo* de Kant como uma obra que constitui um ponto fundamental na história da estética e que separa o juízo estético, enquanto juízo autônomo, do conhecimento ético e também da verdade. Neste primeiro tópico, importa compreender alguns pontos da exposição de Gadamer sobre a estética kantiana, a qual acentua o sentimento subjetivo, para ser possível compreender como isto seria um ponto de partida inadequado para a própria hermenêutica filosófica, segundo defende Conill Sancho.

---

<sup>4</sup> É claro que estas hipóteses e discussão nos remetem ao famoso debate Gadamer *versus* Jürgen Habermas, bem como às formulações habermasianas sobre esfera pública e teoria do discurso. Mas este artigo não se debruçará sobre as já muito conhecidas críticas de Habermas ao pensamento de Gadamer. Ainda, sim, é importante lembrar de que, apesar das divergências, como as posições de Habermas (2004, p. 89) ao lado de Karl Popper, contra a suposta anticientificidade de Gadamer – que julgamos equivocadas, como poderá se ver ao decorrer deste artigo, e, mesmo quando citamos Gianni Vattimo, para falarmos de “verdade hermenêutica” –, é válido lembrar que a hermenêutica filosófica estaria, em verdade, mais próxima da “falseabilidade” de Popper e dos “paradigmas” de Thomas Kuhn do que se possa pensar, e, mais, também estaria mais próxima do que se pode pensar até mesmo de Theodor Adorno, especificamente contra a acusação de um suposto tradicionalismo gadameriano, uma vez que, desde Conill Sancho, o criticismo de Gadamer estaria aberto a novas possibilidades. Assim, entendemos que Habermas é fundamental para os temas que trataremos aqui a partir de Arendt, especialmente pela defesa de Habermas do entendimento da esfera pública como espaço de participação e discussão (HABERMAS, 1997, p. 339; 345). Não à toa, mencionada aqui por meio de Bethania Assy, Seyla Benhabib pôde desenvolver suas críticas à teoria do discurso de Habermas, desde o horizonte feminista, quando publicou o seu *Situating the self. Gender, community and postmodernism in contemporary* (1992), ao interpretar a ética que Arendt propõe a partir da *Crítica da faculdade do juízo*, desenvolvendo o seu conceito de “universalismo interativo” (FRATESCHI, 2014, p. 365). Enfim, julgamos importante a presença desta nota para lembrarmos que as hipóteses e as discussões levantadas aqui possuem uma relevantíssima linha de discussão tomada por Habermas e Benhabib, mas sobre a qual não trataremos porque nossos objetivos são somente o de conectar Gadamer e Arendt via Conill Sancho para alcançarmos um sentido de *ethos* de fundo ao juízo que interpreta a lei. Contudo, em outro momento, poderemos tratar do tema da relação entre a releitura de Kant, a partir de Conill Sancho, e seus desdobramentos para a filosofia política contemporânea sobre espaço público, feminismo, além do tema da revisitação da relação entre hermenêutica filosófica, epistemologia contemporânea e teoria crítica, mas a partir de Vattimo.

De acordo com Gadamer, para compreendermos o significado fundamental da pergunta pela essência da obra de arte, devem-se reconhecer os prejuízos subjetivistas inerentes à concepção da estética. Ao se fazer isto, seria necessário, então, superar o conceito mesmo de estética. Pois tal concepção, de como se julga uma obra de arte e o belo, seria fruto de uma posição interpretativa que impôs a nós certas categorias, as quais nos servimos até hoje para falar da arte e de sua essência (GADAMER, 2002b, p. 4).

Está no ensaio pertencente à fase final do pensamento de Martin Heidegger, *A origem da obra de arte*, publicado no *Holzwege* (1950), a fonte deste pensamento de Gadamer, crítico da estética, ou, em outras palavras, crítico da concepção moderna sobre arte e o belo, cujo fundamento reside numa base metafísica – a tradicional leitura de Platão sobre a arte como algo pertencente à mera imitação do real. A intenção do texto de Heidegger, no entanto, não é a de encontrar a origem, no sentido de como surgiu a arte, mas sim a sua própria essência, o sentido originário da obra de arte por meio da “destruição da estética”.<sup>5</sup> Isto foi uma forte influência para o modo como Gadamer, quem acompanhou os seminários de Heidegger, concebeu a obra de arte e o acontecer da verdade (NUNES, 2009, p. 55-56).

Um dos motivos de Gadamer tratar tal questão desta maneira advém da noção de que a experiência de arte seria uma advertência à consciência científica, pois reconheceria os seus limites.<sup>6</sup> Uma verdade que não se reduz à adequação entre *res* e intelecto. Desta maneira, Gadamer inicia a primeira parte de *Verdade e método* com uma crítica à consciência estética com o intento de validar a experiência de verdade que se dá pela obra de arte, contra a verdade científica e autônoma adotada pela estética moderna – a qual começou com Alexander Gottlieb Baumgarten e que teve seu desenvolvimento com Immanuel Kant na *Crítica do juízo*. Esta pretensão gadameriana visaria, então, não apenas legitimar uma verdade na arte, mas legitimar um conceito de verdade que corresponderia ao todo de nossa experiência hermenêutica. (ROHDEN, 2009, p. 64).

Gadamer diz que Kant consolida o significado do problema estético. Na generalidade subjetiva do juízo estético do gosto se descobre a pretensão de uma legitimidade da faculdade do juízo estético frente às pretensões do entendimento e da razão. Nem o gosto do observador, nem o gênio do artista, podem ser compreendidos como uma aplicação de conceitos ou regras. Para Gadamer, Kant acabou por defender que o belo não pode ser demonstrado como se fosse propriedade reconhecível em um objeto, a não ser por algo subjetivo, por um conjunto das nossas forças espirituais, nossas faculdades e seu jogo livre.

Contrariamente ao pensamento de Kant, Gadamer vem dizer que, apesar de não ser conhecimento, o juízo não é arbitrário. Pois haveria uma pretensão de generalidade, na qual se funda a autonomia do âmbito estético. É sabido que Gadamer não defendia que seria tão simples considerar um subjetivismo sobre o juízo estético kantiano. Contudo, há uma contradição:<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Heidegger diz que “O questionamento feito por meio dos conceitos de coisa, apetrecho e obra é o questionar da Estética. Esta considera antecipadamente a obra como sob o domínio da interpretação de todo ente enquanto tal” (HEIDEGGER, 1977, p. 30).

<sup>6</sup> Segundo Gadamer “O ponto de partida de minha teoria hermenêutica foi justamente que a obra de arte é uma provocação para nossa compreensão porque se subtrai sempre de novo às nossas interpretações e se opõe com uma resistência insuperável a ser transposta para a identidade do conceito” (GADAMER, 2002a, p. 15).

<sup>7</sup> Paul Ricoeur expõe a questão como paradoxal: “Como compreender que o gosto, sentido mais íntimo do que a visão ou a audição, seja tido por eminentemente comunicável enquanto discernimento interno do prazer?” (RICOEUR, 1997, p. 135).

ainda assim, ao mesmo tempo, Gadamer assume a acusação de subjetivismo no juízo estético kantiano (GADAMER, 2002b, p.4-5); e, assim, questiona a legitimação kantiana do juízo estético através do gosto:

Mas o preço que ele paga por essa justificação da crítica no terreno do gosto consiste em negar ao gosto qualquer significado cognitivo. É um princípio subjetivo, ao qual ele reduz o senso comum. Nele não se reconhece nada dos objetos que são julgados como belos; apenas se afirma que a eles corresponde *a priori* um sentimento de prazer no sujeito. (...) É o jogo livre da imaginação e da compreensão, uma relação subjetiva idônea para o conhecimento, que apresenta o fundamento do prazer no objeto. (GADAMER, 2002a, p. 84)

Gadamer realiza tais críticas, considerando que na tradição humanística a arte se relaciona com a moral, com a ética e com a verdade, e que em Kant o juízo estético teria uma relação meramente com o belo. Aqui, Gadamer opõe, então, Kant à tradição humanista.<sup>8</sup> Porém, contrariamente a esta leitura de Gadamer sobre a estética kantiana, numa interessante, e bastante schleiermacheriana, empreitada de se interpretar um autor melhor do que ele mesmo, o filósofo espanhol, Conill Sancho, defende que, a despeito do próprio Gadamer, há, sim, muitos vínculos significativos entre Kant e o humanismo, ao ponto de dizer que: “*se debe a un deficiente estudio del pensamiento kantiano, al desaprovechar relevantes aportaciones provenientes, em especial, de la Crítica del Juicio, de la Metafísica de las costumbres y de la Antropología en sentido pragmatico*” (CONILL SANCHO, 2006, p. 64).

Gadamer escreve sobre a significação da tradição humanística para as ciências humanas. O fundo da questão do método nas ciências do espírito para Gadamer não é uma questão metodológica, mas se refere ao nível mais profundo e amplo da experiência que é anterior à existência da ciência e, portanto, engloba-a dentro de um contexto mais originário. A nossa imersão no mundo deve acontecer pela experiência de humanidade, pelo modo como se dá o nosso habitar no mundo (GADAMER, 1999, [4], p. 35).

Em outras palavras, ao afirmar isso, Gadamer quer resgatar um termo importante à tradição humanística: o *sensus communis*. O termo significa aquilo que funda a comunidade, o senso que lhe dá sentido. Mas ao falar de senso comum, Gadamer retira Kant de seu sentido original, já que entende que o filósofo da Revolução Copernicana na Filosofia não faria parte da tradição humanística. Em vez de senso comum, entendia Gadamer, Kant se referia apenas aos conceitos *a priori*, e não à noção de uma busca de humanidade pela cultura. Desta forma, o “comum” do sendo comum estaria no sentido de “banal”. O senso comum sobre o belo seria somente algo do

---

<sup>8</sup> Gadamer diz quanto à formação para Kant que “Kant ainda não utiliza a palavra ‘formação’ nesse contexto. Ele fala da ‘cultura’ da faculdade (ou da ‘aptidão natural’), que, como tal, é um ato de liberdade do sujeito atuante. É por isso que, entre os deveres para consigo mesmo, cita o de não deixar enferrujar seus talentos, sem, nesse caso, utilizar a palavra ‘formação’” (GADAMER, 1999, [16], p. 48-49).

campo do meramente compartilhado, o qual todos teriam, e, por isto, não seria de mérito algum<sup>9</sup> (GADAMER, 1999, [78], p. 78).<sup>10</sup>

Já expostos alguns dos principais motivos para Gadamer considerar o juízo estético de Kant como mero juízo subjetivo de gosto, investigaremos se realmente é justa tal interpretação e como Conill Sancho “tirou” Kant e Gadamer desta incomunicabilidade.

## **Para além do insulamento ético: o juízo de gosto e o *sensus communis* desde a hermenêutica filosófica**

Apesar das contundentes críticas de Gadamer aos termos fundamentais da *Crítica do Juízo* kantiana, pode-se perceber que há elementos problemáticos nesta interpretação. O juízo estético de fato será subjetivo, pois tem relação com o sentimento (prazer ou desprazer), o qual o sujeito tem a partir da representação, e não com o objeto (CENCI, 2000, p. 111). Mas perceberemos que este “subjetivo” não significa subjetivismo. Isto é imprescindível para se investigar a ideia de senso comum em Kant, pois, como diz Angelo Cenci, é no conceito de *sensus communis* que está o fundamento da universalidade do juízo de gosto (CENCI, 2000, p.109).

No §40 da *Crítica da faculdade do juízo*, Kant explica como concebe o *sensus communis*, e começa dizendo que a palavra “comum” é ambígua, pois parece ser algo banal, que todos têm e, portanto, não representaria nenhum mérito, seria “vulgar”. Na verdade, diferente do que entendia Gadamer, senso comum para Kant é pensado por meio de um sentido comunitário (*gemeinschaftlichen*), como uma das formas de orientação de uma comunidade e condição necessária da comunicabilidade universal do nosso conhecimento. O senso comum, como mostra a sua segunda de três máximas, “pensar no lugar de qualquer outro”, serve para “ater o seu juízo à inteira razão humana e assim escapar à ilusão que, a partir de condições privadas subjetivas – as quais facilmente poderiam ser tomadas por objetivas – teria influência prejudicial sobre o juízo.” (KANT, 2002 § 40, [157], p. 147). Ou seja, com a sua utilização de senso comum, Kant nem se opõe à tradição humanística, nem recai em um subjetivismo. Portanto, em verdade, percebe-se Kant em maior proximidade com tal tradição, do que em distanciamento.<sup>11</sup>

Interessante notar, assim, como Kant define a primeira máxima do entendimento comum, como “pensar por si” (*sapere aude*). A explicação dada por Kant a esta máxima é “pensar livre de preconceitos (*Vorurteil*)”, pois pensar com preconceitos seria a heteronomia da razão (KANT, 2002 § 40, [158], p. 148). Sobre isto, é curioso perceber como Kant e Gadamer se preocupam com os preconceitos, os pré-julgamentos, ainda que de modo antagônico. Enquanto que para

---

<sup>9</sup> “Também no sentido lógico da palavra o *sensus communis* não desempenha nenhum papel na filosofia de Kant. O que Kant elabora na doutrina do esquematismo e dos princípios nada mais tem a ver com o *sensus communis*. Pois aqui se trata de conceitos que devem se relacionar *a priori* com os seus objetos, e não de uma subsunção do individual no universal. Onde, ao contrário, trata-se realmente da capacidade de reconhecer o individual como um caso do universal, e onde falamos de entendimento sadio temos a ver, segundo Kant, no mais genuíno sentido da palavra, como algo ‘comum’, isto é, ‘o que se encontra por toda parte, o que logo se possui, simplesmente não traz mérito ou vantagem.” (GADAMER, 1999, [39], p. 80-81).

<sup>10</sup> A partir de então, o uso de colchetes nas referências indica as páginas dos textos originais dos autores citados.

<sup>11</sup> Najda Hermann levanta a existência da tese, na qual o senso comum em Kant não é uma capacidade natural, mas uma faculdade que deve ser adquirida para ter certo modo-de-sentir. Deve haver, portanto, em Kant, um cultivo estético do gosto por meio da educação (HERMANN, 2005, p. 32).

Kant o pensar livre é o pensar livre de preconceitos, para Gadamer era preciso tratar os preconceitos de outro modo, para se melhormente entender o acontecer da compreensão verdadeira. Gadamer resgata a expressão “preconceito” para falar do “preconceito do preconceito”, próprio aos iluministas como foi Kant, quando pensou no contexto da *Aufklärung*, quando o preconceito era entendido como um pensamento precipitado, irrefletido, um juízo anterior ao uso da razão (GADAMER, 2002, p. 408-427).

O sentido novo dado por Gadamer, o sentido “positivo” dado aos preconceitos, segundo sua hermenêutica filosófica, foi o de tratá-los não como óbices ao pensamento livre ou mesmo ao entendimento crítico, refletido, mas antes como uma condição necessária a nossa compreensão. Para Gadamer, existimos compreendendo as coisas devido a uma antecipação de sentido que permite a compreensão. Esta antecipação se forma no campo do pré-julgamento, do juízo dado antes da crítica, do conceito prévio. Mas o que isto significa exatamente? Trata-se de alguma defesa da importância de juízos irracionais, não-refletidos, acrílicos? Certamente que não. Aqui, Gadamer tenta mostrar que a formação de conceitos se constrói desde um lugar prévio. A compreensão não parte da crítica. Mas antes. Parte de um conjunto de pré-juízos que não “prejudicam” o entendimento, mas o possibilita. E este lugar pode ser o da tradição, conectada a um senso comum.

Desse modo, como diz Conill Sancho, o papel do *sensus communis* como fundamento da formação de conceito é algo importante para a filosofia de Gadamer. E a compreensão feita desde pré-conceitos não é construção da razão humana através da ciência, mas do estabelecimento de elementos compartilhados por uma comunidade, os quais são herdados das gerações anteriores, adquiridos pela vida em comum. Com isto, aquela aparente contradição entre Kant e Gadamer quanto à rejeição dos preconceitos, para um, e o sentido positivo dado aos mesmos, por outro, em verdade, pode ser questionada e revisitada quando se lembra que Kant, ainda sim, reconhecia, ao menos na *Crítica da faculdade de juízo*, que há juízos, como os estéticos, que se formam no campo do *sensus communis*. Assim, é possível ver uma conexão entre *sensus communis*, sobre o Kant falava, e o papel da tradição, tratado por Gadamer. Deste modo, a estética kantiana pode, sim, ser um componente importante da hermenêutica filosófica (CONILL SANCHO, 2006, p. 24).

Gadamer também pensava que o senso comum para Kant estava desligado da filosofia moral, ou seja, o senso comum seria apenas algo referente ao gosto. Mas, seguindo Conill Sancho, uma leitura mais acurada do §40 da *Crítica da faculdade do juízo* pode mostrar o oposto do que entendia Gadamer. O senso comum aparece claramente como o sentido social que é capaz da universalidade dos juízos. Esta perspectiva do senso comum permitiria, então, relacionar a sua função de orientação ao ajuizamento e sua comunicabilidade com os aportes da tradição.

Assim, caminha-se à tradição como Gadamer, mas pode abrir o horizonte contra ela, a uma visão crítica e ao mesmo tempo compatível com o próprio Gadamer. Talvez possamos ousar a afirmar que esta conexão entre Kant e Gadamer, via uma nova perspectiva sobre o senso comum, possa ser uma defesa interessante em favor da hermenêutica filosófica contra as acusações de falta do caráter crítico na interpretação gadameriana de tradição. Pode-se encontrar no sentido comum de Kant, de acordo com Conill Sancho, uma base para uma

“*ilustración hermenéutica*” de uma compreensão de orientação crítica da ação humana (CONILL SANCHO, 2006, p. 70).

Assim diz Kant na *Crítica da faculdade do juízo*:

Conhecimentos e juízos, juntamente com a convicção que os acompanha, têm que poder comunicar-se universalmente; pois, do contrário, eles não alcançariam nenhuma concordância com o objeto; eles seriam em suma um jogo simplesmente subjetivo das faculdades de representação, precisamente como o ceticismo o reclama. (...) Se, porém, conhecimentos devem poder comunicar-se, então também o estado de ânimo, isto é, a disposição das faculdades de conhecimento para um conhecimento em geral (...) para fazê-la um conhecimento, tem que poder comunicar-se universalmente; porque sem esta condição subjetiva do conhecer, o conhecimento com efeito não poderia surgir. Isto também acontece efetivamente sempre que um objeto dado leva, através dos sentidos, a faculdade da imaginação à composição do múltiplo, e esta por sua vez põe em movimento o entendimento para unidade do mesmo em conceitos. Mas esta disposição das faculdades de conhecimento tem uma proporção diversa, de acordo com a diversidade dos objetos que são dados. Todavia, tem que haver uma proporção, na qual esta relação interna para a vivificação, (de uma pela outra) é a mais propícia para ambas as faculdades do ânimo com vistas ao conhecimento (de objetos dados) em geral; e esta disposição não pode ser determinada de outro modo senão pelo sentimento (não segundo conceitos). Ora, visto que esta própria disposição tem que poder comunicar-se universalmente e por conseguinte também o sentimento da mesma (em uma representação dada), mas visto que a comunicabilidade universal de um sentimento pressupõe um sentido comum; assim, este poderá ser admitido com razão, e na verdade sem neste caso se apoiar em observações psicológicas; mas como a condição necessária da comunicabilidade universal de nosso conhecimento, a qual tem que ser pressuposta em toda lógica e em todo princípio dos conhecimentos que não seja cético (KANT, 2002 § 21, [65-66], p. 81).

Como se vê, este trecho de Kant certamente invalida parte da interpretação que Gadamer faz desta obra. Importa lembrar que o título da “terceira *Crítica*” de Kant se refere a uma crítica da faculdade de se formular juízos – também traduzida como *Crítica da faculdade de julgar* –, e não apenas “Crítica do juízo reflexivo”. A “terceira *Crítica*”, segundo Conill Sancho, estuda “*la dinámica operante en la construcción de los juicios.*” (CONILL SANCHO, 2006, p. 39-40), pois Kant estabelecia também as condições primeiras do conhecimento na esfera do pré-proposicional, a qual não foi tratada em suas críticas anteriores. Em outras palavras, Kant não trata sobre como devem ser os juízos para que sejam conhecimentos válidos, mas sim o que permite a sua comunicabilidade e, portanto, sua universalidade ao apontar a sua condição de possibilidade.

Quanto à relação do gosto com o juízo moral e ético, o gosto tem relevância prático-moral por incluir o âmbito dos costumes e conveniências, a ordenação da vida, a valoração dos casos concretos. Para Kant, em vez do gosto ser diferente do gosto para a tradição humanística, ele acaba exercendo o mesmo papel que Gadamer definia, ou seja, toda “decisão moral requer o gosto” (GADAMER, 2011, p. 90). O gosto contribui ao juízo moral, portanto.<sup>12</sup> No §60 da *Crítica*

---

<sup>12</sup> Deste modo, pode-se pensar que a compreensão deste papel do gosto irá interferir nas duas legislações da moral para Kant: a ética e a jurídica. Ética e Direito, contidos no conceito de moral, se efetuam e se comunicam sob a autonomia, a liberdade, tendo por diferença apenas o seu móbil – na ética é o próprio dever e no direito não se contraria o dever em vista de outros fins que não o

da *faculdade do juízo*, Kant fala que o gosto é, no fundo, uma faculdade para a sensibilidade e o ajuizamento das ideias morais, e tal faculdade se origina do prazer, o qual não é apenas privado a cada indivíduo, mas ocorre uma complacência, isto é, um prazer compartilhado.

Nesse sentido, diz Conill Sancho:

Por consiguiente, con el concepto del gusto se está remitiendo a um modo de conocer y a um fenómeno social, y no a uma cuestión privada, ya que gracias al gusto se pueden restringir las inclinaciones privadas de los individuos, se puede tener preferencia por algo y que el próprio gusto lo rechace. Lo cual indica que cabe distinguir entre preferencia y gusto, dado que éste representa ya certa generalidade (CONILL SANCHO, 2006, p. 75).

Importante, agora, tratar a distinção kantiana entre juízo de gosto sobre o belo e sobre o agradável. Pois nossa hipótese é a de que, em verdade, Gadamer estava criticando em Kant, não o juízo de gosto, mas o chamado juízo sobre o agradável. O filósofo de Heidelberg teria, portanto, confundido os dois tipos de juízo. Enquanto o juízo sobre o agradável se limita ao indivíduo e ao seu sentimento privado – sendo o caso do “cada um tem o seu próprio gosto” –, o juízo sobre o belo, por sua vez, ocorre de modo distinto, pois o belo não é o que apenas agrada a uma pessoa – no sentido mais subjetivista possível. O juízo sobre o belo depende de uma complacência. Em certo sentido, seria como se a beleza de fato pertencesse às coisas, e não ao que agradaria a um sujeito individual (CENCI, 2000, p.116). Deste modo, o gosto sempre pretende ser um bom gosto, pois há uma pretensão de validade, não pelo entendimento, mas por um sentido que se experimenta. O gosto, portanto, é uma capacidade de discernimento espiritual, e não algo privado (CONILL SANCHO, 2006, p. 75).

Impressiona como a construção kantiana para falar sobre os juízos – partindo da divisão entre juízos determinantes e juízos reflexivos –, sobre a distinção do papel da imaginação, sobre o sentimento e o senso comum etc., ao final das contas, pode caminhar de modo muito mais próximo à hermenêutica filosófica de Gadamer, a despeito do que ele mesmo recusava e criticava. Pois, em vez de o juízo de gosto ser meramente subjetivo, Kant diz: “Poder-se-ia até definir o gosto pela faculdade de ajuizamento daquilo que torna nosso sentimento *universalmente comunicável* em uma representação dada, sem mediação de um conceito” (KANT, 2002 § 40, [160], p. 150).

Muito mais que mero juízo estético autônomo, a “terceira *Crítica*” abre caminho para um fundo comum dos juízos que amplia a nossa experiência, tratando do pré-conceitual. Assim, é possível encontrar uma abertura à hermenêutica filosófica de Gadamer na filosofia kantiana e, assim, uma via para se repensar o próprio retorno de Gadamer ao problema da fundamentação e da formação de conceitos pelas ciências humanas, especialmente, quanto àquela que mais nos interessa, bem como quanto a sua aplicação: a ciência do direito e a hermenêutica jurídica.

---

dever (ANDRADE, 1998, p.74-75). Desta maneira, pode-se cogitar a consequência de o gosto ser importante, inclusive, à legislação jurídica.

## **O *ethos* de fundo à ciência do Direito e à hermenêutica jurídica: senso comum e imaginação ética**

Nesta terceira e última parte do artigo, após termos mostrado, primeiro, como Conill Sancho se apropria da hermenêutica filosófica de Gadamer para recuperar Kant das críticas feitas no *Verdade e método* e, segundo, como há potencial hermenêutico na *Crítica da faculdade do juízo*, agora, passamos ao desenvolvimento final de nosso argumento. Desde esta tentativa de Conill Sancho pela conexão entre Kant e Gadamer via retomada do *senus communis*, nossas hipóteses finais, a serem discutidas no decorrer desta terceira parte, podem ser adiantadas em resumo assim: 1) a hermenêutica filosófica pode impactar na epistemologia da Ciência do direito, enquanto Ciência Humana, reorientando-a aos *ethos* de fundo de uma comunidade jurídico-científica; 2) a filosofia política de Hannah Arendt pode ajudar a hermenêutica jurídica, enquanto aplicação do direito por servidores públicos e pelos próprios juristas, a também se reconectar a uma ética, via proposta de uma “mentalidade alargada”, capaz de realizar a “imaginação ética”.

Partindo do pressuposto de que a “hermeneutização” de Kant, via Conill Sancho, ao resgatar Kant de Gadamer para retornar ao próprio pensamento de Gadamer, a tarefa agora é a de mostrar como é possível superar o paradigma cientificista da neutralidade da ciência do direito e, com isto, mostrar que tipo de *ethos* de fundo seria este, ao qual a ciência jurídica estaria já ligada de partida, impactando também no modo como se aplica o direito por um “intérprete autêntico”, como dizia Hans Kelsen na sua doutrina pura do direito, ao tratar das interpretações judiciais, bem como das interpretações e aplicações das normas jurídicas por qualquer autoridade validada juridicamente (KELSEN, 2006, p. 388-390).

Deste jeito, passaremos, a partir de agora, a confrontar o problema da neutralidade científica da ciência do direito, bem como a confrontar o problema da discricionariedade judicial por meio do potencial hermenêutico da “terceira *Crítica*”, e, então, ao final desta terceira parte deste artigo, finalmente passaremos a mostrar os desenvolvimentos políticos que Arendt trouxe na sua interpretação própria da “terceira *Crítica*”, a qual julgamos como passível de ser conectada, em alguma medida, à hermenêutica filosófica de Gadamer.

### **a) A ciência do Direito e a discricionariedade judicial revistadas desde a noção hermenêutico-filosófica de juízo reflexivo e senso comum**

É amplamente conhecido o projeto de Kelsen de elaborar uma doutrina pura do direito, a qual fundamentasse uma ciência do direito neutra de valores. Por outro lado, o que já não é muito bem conhecido, ou ao menos bem compreendido, é o último capítulo de *Teoria pura do direito* (1934), quando Kelsen estabelece a possibilidade daquilo que chamou de “interpretação autêntica”: a interpretação por uma autoridade competente, e que teria o poder de criar “direito novo”, de legislar, nos limites da moldura da norma jurídica.

Indo direto ao tema, o que nos interessa aqui é a possibilidade de se extrair duas interpretações deste último capítulo da *Teoria pura*, as quais podem parecer inusitadas a quem

nos lê, possivelmente acostumados e acostumadas com um equivocado senso comum teórico sobre a doutrina pura do direito de Kelsen: 1) ao seguir o modelo neokantiano de Baden, especialmente influenciado por Reinrich Rickert e Max Weber, quanto ao dever de neutralidade axiológica na formação de conceitos (*Begriffsbildung*) científicos, Kelsen defendia que a ciência do direito deveria adotar a tese da separação do direito e moral no âmbito epistemológico: o estudo científico do direito deveria ser formal, livre de valores, portanto, neutro quanto à moral, uma vez que não haveria moralidade objetiva o suficiente para ser critério científico capaz de julgar uma norma jurídica; 2) outra conclusão é a de que, diferentemente da tarefa científica do direito, a interpretação feita por uma autoridade competente pode, por sua vez, ser fundamentada numa tomada de partida moral, valorativa que seja. E, mais, mesmo a limitação da imagem da “moldura de Kelsen”, como se trata de uma autoridade validada por uma norma fundamental (*Grundnorm*), mesmo um ato jurídico de um servidor que integra à administração pública, até o de um magistrado, ao interpretar uma norma jurídica em um caso processual concreto, o qual seja flagrantemente distante das limitações normativas, ainda sim, tal decisão seria válida devido à formalidade de sua origem.

Com isto, a doutrina pura de Kelsen depara-se com dois problemas, ao menos: 1.1) o problema da neutralidade axiológica na formação de conceitos jurídico-científicos; 2.1) e o problema da possibilidade de discricionariedade por parte dos intérpretes autênticos, os quais podem fundamentar suas decisões judiciais e administrativas em valores morais e, ainda, sim, ser uma interpretação discricionária válida, ou seja, não-neutra e com efeitos vinculativos.

Para explicarmos melhor aquelas nossas duas interpretações sobre Kelsen, defendemos que: 1.2) de modo prático, o cientista do direito incorreria sempre numa postura formalista, de mera descrição do seu objeto de estudo, mas, a despeito do que se pode comumente pensar, Kelsen nunca disse que o objeto de estudo da ciência do direito é neutro de valores. O que é neutro de valores é a sua descrição. O objeto de estudo é a norma jurídica e ela mesma é um valor: o valor objetivo do jurídico. Assim, o Mestre de Viena consegue forjar algo que talvez possa ser de difícil compreensão: a ciência do direito é uma ciência neutra de valores, mas, ao mesmo tempo, é uma ciência valorativa porque tem um determinado mundo de valores como objeto de descrição. E o sentido de descrição, aqui, é o de se imputar, de atribuir valor a um fato ou a um ato. Deste modo, a ciência do direito pensada por Kelsen não faria “valoração” (*Wertung*), mas sim “avaliação” (*Wertbeziehung*) (MARTINS, 2018, p. 172); 2.2) não há contradição aqui. O cientista do direito tão-somente diria o que o valor jurídico descrito diz em termos de dever. Logo, o cientista diz o que a norma jurídica “diz” que deve-ser – o coloquialismo é proposital para facilitar a compreensão mais rápida da tarefa descritiva de um objeto normativo, ou seja, que o cientista do direito descreve uma prescrição.

A tese da separação entre direito e moral, então, está no campo epistemológico, enquanto que, por outro lado, pode-se perceber que não há como se falar em tese da separação entre direito e moral no campo da aplicação feita pela interpretação autêntica. Pois poderia este tipo de intérprete (autêntico) avaliar uma norma jurídica, atribuindo valor não só ao ato/fato, mas também à própria norma jurídica, julgando-a como justa/injusta, moral/imoral, e decidindo os casos concretos por meio, até mesmo, de juízos de valor.

Como se vê, a neutralidade axiológica é um dever dos cientistas, e não dos intérpretes autênticos no momento da hermenêutica jurídica aplicada. Sobre estas conclusões acerca dos pressupostos neokantianos na doutrina pura de Kelsen quanto às atividades do cientista do direito e do intérprete autêntico, problemas da visão neokantiana, ou weber-kelseniana, sobre as ciências humanas e sobre a hermenêutica jurídica podem logo ser identificados.

Tratam-se de problemas importantes a serem discutidos, pois geram consequências ético-políticas de implicações notórias, como, por exemplo, os problemas da arbitrariedade e da discricionariedade judicial e administrativa dos agentes estatais, os quais podem fundamentar seus atos jurídicos sobre qualquer fundamento moral, ético ou político-ideológico, e, ainda sim, a validade jurídica estaria garantida. Além do mais, também há o problema da questionável pretensão não-preconceituosa, e, portanto, também apolítica, da ciência do direito. A partir daqui, então, podemos resgatar o que já foi dito sobre as implicações intrínsecas entre a *Crítica da faculdade do juízo*, a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.

Sobre isso, a hipótese central deste artigo é: pode-se dizer que o dever de neutralidade científica e a liberdade discricionária dos intérpretes autênticos pretendem tornar invisível o “jogo” das faculdades de julgar, especificamente a dinâmica do juízo reflexivo e suas implicações éticas nascidas no senso comum de fundo e no *ethos* de organização política, e também do julgamento interpretativo. Assim, como muito já foi dito aqui sobre o “jogo” das faculdades de julgar, segundo as elaborações de Kant na terceira *Crítica*, resta-nos agora nos dedicarmos mais aos desenvolvimentos disto, como prometido na introdução deste artigo, forjados por Gadamer e por Arendt. E neste subtópico, é preciso mostrar a relação entre o referido *ethos* com a faculdade de julgar enquanto formadora de conceitos científicos, especialmente dos conceitos científicos do direito.

A conexão entre este *ethos* de fundo e a faculdade de julgar via juízos reflexivos estaria na noção antiga de *sensus communis* resgatada por Gadamer em *Verdade e método*. E como isto se dá? Vamos fazer um passo a passo conectando as teses da hermenêutica filosófica para podermos construir nosso argumento.

Gadamer desenvolveu sua hermenêutica filosófica a partir das intuições heideggerianas, quando o Filósofo da Floresta Negra buscou desenlaçar a filosofia das amarras epistemológicas neokantianas e quando se apropriou da fenomenologia Edmund Husserl através do resgate da hermenêutica de Wilhelm Dilthey e de Friedrich Schleiermacher. Assim, a hermenêutica filosófica conseguiu ser muito mais do que um mero desenvolvimento da ontologia fundamental de Heidegger. Gadamer desenvolveu um projeto que elevou a hermenêutica ao nível filosófico, com preocupação não apenas com a estética e com o belo, ao ter criticado Kant – como foi dito no início deste artigo –, mas também ao ter elaborado novas reflexões para as ciências humanas em torno do acontecer da verdade nelas, além de elaborar novos caminhos na compreensão da metafísica e da relação da linguisticidade (*Sprachlichkeit*) com a verdade.

Como dito em trabalhos anteriores, ainda que não tenha sido a intenção de Gadamer, o ilustre aluno de Heidegger acabou por dar, sim, novos rumos para o modo de se entender as ciências humanas e modo como elas produzem seus conceitos científicos (MARTINS, 2018, p. 193). Mas a questão mais importante aqui, no entanto, não é discutir essa intenção, mas a de mostrar que a hermenêutica filosófica buscou superar o princípio de formação de conceito

neutro dos neokantianos para as ciências humanas, ao desenvolver a noção de que toda formação de conceito parte de um horizonte pré-conceitual, de um horizonte ético e na linguagem. Pois a compreensão não se dá fora da linguagem. A linguagem é o *médium*, o meio onde se produz julgamentos.

Aqui, não se pode entender “meio” como instrumento. Linguagem é o lugar em que a interpretação é feita (GADAMER, 1999, [389], p. 561). Por isto, o ato de compreender, confundido aqui propositalmente com o de interpretar, é feito na linguagem. Sendo assim, o ato de produção de conceito não poderia estar desamarrado de historicidade, já que a linguagem tem sua dinamicidade histórica, seu passado tradicional, enquanto meio de acumulação de perspectivas cultivadas ao longo das práticas linguísticas. Produzir conceito é interpretar. E um conceito não pode ser formado *ex nihil*. Logo, há sempre um horizonte de conceito já formados, que inclusive são o fundamento de novos conceitos. Pois, antes de se formar um julgamento, não haveria como negar o peso da tradição que habita previamente à formação de um juízo conceituante.

Com isso, Gadamer consegue não apenas reabilitar o preconceito como condição de possibilidade da formação de um conceito. Ele também reabilita as fontes destes conceitos prévios, isto é, dos preconceitos, por mais problemáticas que possam parecer, sob o ponto de vista do lema iluminista de se ousar saber por si, pela própria razão individual. Trata-se da reabilitação, por parte da hermenêutica filosófica, das autoridades sobre um tema e da comunidade, enquanto fontes formadoras de conceitos.

Mesmo que se negue, estes conceitos prévios não brotaram de um nada espontâneo. Pois, como se está falando de atos produzidos pela linguagem e na linguagem, os preconceitos também possuem origem prática. E suas origens possíveis podem ser as autoridades reconhecidas pelos praticantes de uma língua, sobre um determinado tema. Aqui, Gadamer, em verdade, está se colocando numa posição bastante crítica ao preconceito moderno contra o preconceito e também contra o argumento de autoridade. É importante destacar que isto não se trata de uma defesa da falácia de se invocar a opinião de alguém que se apresenta como *expert* em um determinado assunto.

Trata-se, em verdade, de se argumentar que muitas das nossas concepções prévias, ainda não elaboradas criticamente, não passam de construções realizadas por autoridades reconhecidas pela comunidade de praticantes de uma mesma língua, e de uma mesma tradição, ou, ainda, de um mesmo “jogo de linguagem” – para usar uma expressão analítica de Ludwig Wittgenstein. Deste modo, Gadamer faz uma crítica contundente a Descartes e ao pensamento metódico, que, pela confiança na razão autônoma, emancipada, a qual “ousa saber por si mesma”, rebaixou, por suspeita metódica, o papel dos preconceitos das autoridades na construção de conhecimento rigoroso e objetivo (GADAMER, 1999, [286], p. 415-416).

Por outro lado, Gadamer também não chegou a descreditar o método científico. O que Gadamer pretendia fazer era mostrar que a verdade científica não tem o seu método como único caminho seguro à verdade. Aliás, a verdade é menos um lugar a ser alcançado pelo cientista, como algo em que seu domínio estivesse por meio de sua descrição técnico-descritiva. A compreensão das ciências humanas, bem como a interpretação de uma obra de arte, por exemplo, são também atos que implicam em um escutar da verdade a vir, bem como num ato

de elaboração argumentativa, que envolve persuasão, desde algum ponto em comum, a fim de que o vai-e-vem dialógico, entre passado pré-conceitual e presente do outro, que é o texto, possa produzir sentido verossímil em um processo de fusão de horizontes. E, para isso, é necessária uma tomada de consciência que supere a mera noção de que há somente consciência da historicidade na produção de sentido no meio linguístico.

É preciso uma “tomada de consciência hermenêutica”, portanto. Uma consciência de que a compreensão funde conceitos familiares e estrangeiros, além da noção de que sempre se está intermediado por interesses do presente, no alcance de um sentido outro, que pode estar no passado – num autor antigo, por exemplo. Com isto, a noção de historicidade também é revisitada. Pois a distância entre intérprete e texto precisa da consciência de que, o que se apresenta, a quem queira compreender algo, tem, este algo mesmo, a historicidade, isto é, uma história de efeitos “trazidos” por “tradição” – termo que deve ser entendido pelo sentido mesmo jurídico-romano de transferência de posse ou propriedade de um bem.

Enfim, a hermenêutica filosófica de Gadamer reabilita muito mais do que autoridade, preconceito e a consciência histórica dos efeitos de um texto. Há também um reenvio das ciências humanas, que são essencialmente interpretativas, ao seu caráter dialógico, que implica, como dito, numa atenção à argumentação persuasiva e numa habilidade de julgamento que exige uma racionalidade prática. Aqui, estamos falando da retórica, mas também do cuidado ético-prudencial com o texto ao se decidir o sentido mais adequado, mais convincente e que, ao mesmo tempo, possa não violentar o texto, o “tu” que a nos é “estranho”, mas que pode se conectar conosco por algum ponto em comum, um consenso capaz de gerar uma comunicação.

Sobre esse tema, Gadamer ensina no seu texto *Hermenêutica como tarefa teórica e prática* (1978):

(...) a tentativa de derivar *in abstracto* as ideias normativas e dar-lhes validade com o pretexto de sua retidão científica não passa de uma ilusão. Trata-se, pois, de um conceito de ciência que não preconiza o ideal do observador distante, mas que impulsiona a conscientização do elemento comum que vincula a todos. Em meus trabalhos, empreguei esse ponto às ciências hermenêuticas, sublinhando a pertença do intérprete ao *interpretandum* ou ao objeto a ser interpretado. Aquele que busca compreender algo já traz consigo uma antecipação que o liga com o que busca compreender, um consenso de base (GADAMER, 2011b, [317], p. 367-368).

E este lugar em comum, do “consenso de base”, intersubjetivo, público, é feito de e na linguagem, fundante da nossa capacidade de julgar e do julgar convincentemente e verdadeiramente, no sentido não “adequativo” com um real concreto, e sim no sentido argumentativo-persuasivo, verossimilhante, desde um *topos* e de *sensus communis*, enquanto conjunto de *doxai*.

Assim, por de trás da interpretação há um consenso no jogo da faculdade de julgar, de formar conceitos, mesmo que científicos. A ciência é fundamentada numa base em comum, num senso comum da comunidade científica. E as ciências humanas, hermenêuticas por excelência, não são diferentes. Em verdade, as ciências humanas sempre estiverem implicadas com as tarefas práticas da retórica e da tópica. A descrição como tarefa científica, a neutralidade de valores

como dever até mesmo “ético”, e não somente epistemológico, a distância e o metodismo do cientista em relação ao seu objeto, são características próprias da modernidade e do cartesianismo de fundo, elevado às últimas consequências pelo positivismo de Comte, herdadas pelo neokantismo de Baden, presentes na sociologia de Weber, na teoria do direito de Kelsen, além de, mais recentemente, ainda que se tratando outra tradição filosófica, presente na teoria do direito de Herbert Hart.

Enxergar as ciências humanas como ciências hermenêuticas e daí entender a ciência do direito como tal não pode levar a se pensar que “hermenêutica”, aqui, seria algo como uma disciplina metódica ou como sendo propriamente um “método”, como pensava Schleiermacher, Dilthey e Emilio Betti. Mas, com Gadamer, a ideia de hermenêutica já é outra, para além da simples noção da hermenêutica como método (GADAMER, 2011b, [318], p. 369). Aliás, desde Heidegger e seu *Ser e tempo* (1927), a hermenêutica é o próprio modo da existência do ser-aí (HEIDEGGER, 2012, [§8: 38], p. 129), portanto, aquilo que é “hermenêutico” das ciências humanas, como o é a ciência do direito, trata-se muito mais de algo derivado desta condição existencial, do que de um conjunto teórico-metodológico de regras sobre como se extrair sentido de um texto ou de um símbolo.

O sentido mais autêntico para se atribuir à ciência do direito a característica de “ciência hermenêutica” está fundado em uma noção de que é “ciência prática”. Tal noção aproxima, então, a ciência do direito da sua tradição onde nasceu: a tradição da antiga *jurisprudencia* romana e das noções de prudência e de *ethos* de fundo, além da retórica e da tópica. Sobre a concepção romana da *jurisprudencia*, sabe-se que ela fora recepcionada pela Escola Histórica do Direito e pela pandectística alemã no século XIX. Com esta recepção, a antiga prática de interpretação e aplicação do direito romano passa a ganhar ar de cientificidade com o jus-historicismo de Friedrich Carl von Savigny e com o formalismo jurídico dos pandectistas.

Seguindo o impulso cientificista do positivismo, mas desde um matiz historicista, iniciado por Johann Gottfried von Herder, esta jurisprudência alemã, que se dizia herdeira do direito romano comum, envolvendo o *Digesto* de Justiniano e seu *Código*, não estava tão associada à antiga *jurisprudencia* como se poderia pensar. Em verdade, segundo diz o próprio Gadamer, a *Rechtswissenschaft*, enquanto “ciência do direito”, ao substituir a *jurisprudencia* romana, perdeu a ideia de uma peculiaridade metodológica, assim com a sua determinação prática. Para Gadamer, a *jurisprudencia* romana traz consigo o legado aristotélico sobre a importância da *prudentia* (*phrónesis*), somada ao termo *juris*, enquanto virtude suprema de uma racionalidade prática (GADAMER, 2011b, [311], p. 360).

É interessante destacar que Gadamer usa o exemplo mesmo da ciência do direito e de suas raízes prático-prudenciais da tradição da antiga *jurisprudencia* romana para defender a tese de que a filosofia prática poderia dar legitimidade a uma reorientação metodológica das ciências humanas, como é, por exemplo, a própria ciência do direito (GADAMER, 2011b, [302], p. 351). Aquelas raízes prático-prudenciais a que nos referíamos se expressa no caráter criativo da interpretação jurídica.

E aqui não estamos falando apenas da interpretação autêntica, mas também da inautêntica, especificamente daquela produzida pela ciência do direito. O sentido de hermenêutica jurídica se torna mais amplo. Pois não é mais tarefa somente do aplicador, mas também do cientista do

direito. E esta verdadeira criação jurídica é uma tarefa prática que, desde um “giro hermenêutico” que propomos, implica necessariamente no exercício de uma racionalidade prática. Sobre isto, Gadamer fala que o espaço entre uma regra jurídica e um caso particular é um espaço insuperável, que se expressa como “espaço de jogo”. (GADAMER, 2011c, [401], p. 467).

Gadamer não é muito explícito sobre este “espaço”. Por isto, levantamos neste artigo a hipótese de que, a despeito da interpretação feita em *Verdade e método* sobre o suposto subjetivismo de Kant e o que seria seu juízo de gosto – sabendo da confusão gadameriana entre juízo sobre gosto e juízo sobre o que é agradável, na última Crítica kantiana –, invocando aqui a possibilidade schleiermacheriana de se “interpretar o autor melhor do que ele mesmo”, defendemos que pode haver, sim, a partir de Conill Sancho, uma “hermeneutização” daquilo que Kant chamava de “jogo livre” da imaginação com o entendimento. Aliás, talvez nem se trate de uma “hermeneutização” do próprio Kant, mas somente um tratamento justo para com o filósofo de Königsberg, pois esta noção mesma de “jogo livre” das faculdades nunca fora pensada por ele como um jogo livre subjetivo, solipsista, de faculdades de julgar.

Em verdade, Kant estava preocupado justamente em como se alcançar a objetividade desde um lugar subjetivo, particular. Retomando a primeira parte deste artigo, Kant estava preocupado em como se alcançar uma comunicabilidade, uma vez que a experiência é singular. A referência aqui é à questão estética, mas ela possui uma implicação ética e uma via importante para o problema da hermenêutica jurídica. Do que estamos falando? Referimo-nos ao problema da aplicação do direito, de suas regras jurídicas, ao caso concreto.

Já cientes de que este problema está longe de se reduzir a uma possível solução exegética, em que se poderia pensar que a hermenêutica jurídica seria um caso de, para usar termos kantianos, de “juízos determinantes”, subsuntivos, defendemos, então, neste artigo, que, em verdade, a hermenêutica jurídica é muito mais sobre os *hard cases* a que se referia Ronald Dworkin, em uma certa fase de sua filosofia do direito, no tempo do *Império do direito* (1986). Justificamos esta hipótese pela lembrança de que regras ou princípios jurídicos não tem seus sentidos pressupostos com facilidade, tampouco possuem soluções simples para as vicissitudes dos casos concretos (DWORKIN, 2005, p. 453-454).

Na realidade, em geral, impera as divergências de sentidos sobre seus termos, e, especialmente, divergências jus-teóricas sobre o sentido de moralidade política destas regras. E mais ainda, a questão não se trata apenas do desafio de se conseguir aplicar uma regra jurídica a um caso particular, mas também sobre como este aplicador se envolve subjetivamente, a partir de seu horizonte de sentido, de seus valores pessoais, formados desde uma tradição, na linguisticidade, e implicado por sua tonalidade afetiva (*Stimmung*), em um caso concreto de interpretação do direito.

Assim, resta saber como se pode se sobressair à própria subjetividade a fim de alcançar objetividade, algo em comum. Sobre isto, no seu artigo, *O conceito de direito na filosofia moral gadameriana* (2012), Saulo de Matos ensina que, numa leitura de textos tardios, ainda nem traduzidos para o português, “(...) o direito, na visão de Gadamer, deriva do *ethos* e, assim, depende da moral, torna-se possível concluir que a filosofia do direito gadameriana acede à

ideia de que todo caso possui uma única solução correta, isto é, uma decisão que reflete o *ethos*.” (MATOS, 2012, p. 100).

Podemos interpretar isto, alegando que o *ethos* de fundo forma o senso comum no e do qual o intérprete forma seus juízos. Contudo, ainda é preciso saber sobre qual ética, a qual conjunto de valores, estamos nos referindo. Como é possível associar ética, ciência do direito e interpretação jurídica? Qual o ponto em comum capaz de salvaguardar o estudioso do direito (cientista) e o intérprete autêntico (autoridade pública administrativo-judicial), que se forma a partir deste estudo? Temos dito neste artigo que há um *ethos* que os percorre, mas ainda não se sabe qual ética é esta, uma vez que a própria universalidade ética pode ser colocada em questão diante do fato de que são possíveis diversas visões de mundo, formas de vida e multiplicidade de valores.

Como um excelente leitor de Aristóteles, Gadamer defendia que o ato de deliberar – que é também o ato de compreender, interpretar, pois implica também numa aplicação e explicitação persuasiva – tem como finalidade um ideal de prudência. Em outras palavras, nem o estudo científico do direito e muito menos ainda a atividade do intérprete autêntico podem pretender pressupor neutralidade ou mesmo ter como finalidade a isenção ética, em nome de uma objetividade científica ou de uma isenção técnico-formal. Sobre isto, Gadamer diz que “[a] virtude da razão prática não deve ser concebida como uma faculdade neutra que busca encontrar fins justos para meios práticos. Ela está, antes, inseparavelmente ligada ao que Aristóteles chama de *ethos*.” (GADAMER, 2011b, [315], p. 365).

Como dissemos em trabalhos anteriores, este *ethos* forma o fundamento prévio implicado necessariamente na formação de conceitos científicos e na interpretação do direito (MARTINS, 2018, 194). E Gadamer afirma isto categoricamente, ao dizer que é “a *arché*, o ‘fato prévio’ que serve como ponto de partida de todo esclarecimento-prático” (GADAMER, 2011b, [315], p. 365). O filósofo também lembra que “a filosofia prática de Aristóteles difere do saber técnico supostamente neutro do especialista, que aborda as tarefas da política e da legislação como um observador distante.” (GADAMER, 2011b, [317], p. 367). Portanto, um observador distante, desde antes de pretender descrever o direito, em verdade, já está engajado num mundo prévio de valores compartilhados e com uma finalidade política determinada.

Mas ainda, sim, é preciso saber quais são esses valores éticos. Enfim, é preciso fazer uma passagem do estudo sobre os fundamentos e as implicações ético-políticas da ciência e da hermenêutica jurídicas para uma ética propriamente dita, da qual se originam, isto é, da qual seus conceitos se formam, com a consciência de que já não se pode mais falar em neutralidade, como queriam os positivistas científicistas, os juspositivistas normativistas – e, aqui, não falamos apenas dos neokantianos, como Kelsen, mas também dos de tradição analítica, como a de Herbert Hart, lembrando também de sua raiz neokantiana via Weber.

Como este artigo, tentamos, portanto, buscar construir um argumento em torno da possibilidade de se encontrar o potencial hermenêutico-filosófico em Kant, a despeito das críticas do próprio Gadamer à *Crítica da faculdade do juízo*, tendo, com isto, levantado a hipótese de que há, sim, uma relação entre a ideia de *sensus communis*, como “lugar” de formação de juízo estético, e a ideia de que tal lugar também pode formar juízo sobre o sentido correto de uma norma jurídica a um caso concreto, desde sua singularidade. Então, recorreremos à Arendt,

finalmente, pois seus escritos sobre ética são de fundamental importância para formularmos, aqui, uma última hipótese: a de que o *ethos* de fundo à ciência do direito e também à hermenêutica jurídica autêntica perpassa pelos conceitos elaborados pela filósofa alemã, desde sua apropriação filosófica da “terceira *Crítica*” de Kant.

Sobre isto, veremos a seguir como a filosofia de Arendt pode contribuir para a busca de uma melhor definição e formulação deste *ethos* ao fundo de toda hermenêutica.

## **b) *Ethos* e *sensus communis* na hermenêutica jurídica desde as noções de imaginação ética e de mentalidade alargada apropriadas por Hannah Arendt**

Para alcançarmos esta ética a que tanto nos referimos como estando ao fundo ao exercício da hermenêutica jurídica, seja científica (inautêntica), seja judicial-administrativa (autêntica), Arendt e sua leitura do conceito kantiano de mentalidade alargada, bem como de responsabilidade fundada numa ética, para nós, é a “saída” filosófica-chave na busca do *ethos* hermenêutico de fundo a todo compreender pelos seguintes motivos: 1) Arendt propõe uma ética desde a tradição fenomenológica e as novas perspectivas argumentativas que ela traz; 2) além disto, Arendt reafirma e elabora de modo original, levando às últimas consequências as intenções, existentes já em Schleiermacher e elaboradas depois por Dilthey, sobre a importância da empatia, não apenas como método de interpretação, mas especialmente como uma ética viabilizada pela concepção de mentalidade alargada e “imaginação ética”.

Essa tarefa a que nos propomos está fundamentada na ousada tentativa de Bethania Assy de encontrar a formulação original por Arendt sobre uma ética fundada na sua apropriação de Kant. Com a publicação do seu *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt* (2015), Assy busca abordar a questão de uma possibilidade ética fundada na mentalidade alargada e imaginação ética enquanto “empatia”, desde a discussão de outras filósofas, como Seyla Benhabib, Albená Azmanova e Dana Villa. Segunda a filósofa brasileira, entre as leituras de Benhabib e Villa, sobre a capacidade de julgar politicamente, e a leitura de Arendt sobre o tema, há uma conexão possível que representa a ligação entre a capacidade de julgar por si mesmo e aquele mundo onde se encontram costumes, hábitos, valores e regras, os quais formam nossos julgamentos (ASSY, 2015, p. 144-145).

Em outras palavras, Assy está preocupada com a tensão entre a possibilidade tão cara ao iluminismo kantiano de se ousar pensar por si mesmo (*sapere aude*) e o lugar onde se compartilha costumes, o mesmo lugar em que nos capacita ao exercício de empatia e de se lançar ao senso crítico público, a saber, o lugar do *sensus communis*.

Segundo Assy diz,

nem Benhabib, nem Villa prestaram a atenção devida a certas considerações centrais na teorização de Arendt acerca do juízo, tais como: prazer desinteressado (*desinterested delight, uninteressiertes Wohlgefallen*), a mentalidade alargada, o *sensus communis* como o cultivo de sentimento público, a estreita ligação entre *alethéia* e *doxa*, a validade exemplar (*exemplarity validity*) e a questão da companhia (ASSY, 2015, p. 145).

Não temos como explicar cada uma destas “considerações centrais” na teoria do juízo de Arendt. Destas considerações, estamos mais preocupados com o *sensus communis* e a mentalidade alargada, enquanto possibilidade de empatia, para que possamos definir, finalmente, aquele *ethos* de fundo à ciência do direito e à hermenêutica jurídica, a qual nos referíamos no início deste subtópico.

Mas Assy não nos deixa esquecer também da importância do conceito de “companhia” em Arendt. Entendemos que Assy está nos dizendo que é esta companhia a via mais própria de conexão entre a faculdade de julgar por si e a interação necessária com os outros, viabilizada pela “companhia” de si e dos outros. O objetivo é superar o egoísmo, ao mesmo tempo em que não se perde a capacidade crítica. Para Assy, Arendt oferece uma interpretação de Kant que possibilita enxergar como a questão do belo nos conduz “a uma dimensão afetiva comum” (ASSY, 2015, p. 149).

Sobre isto, o mais importante desta leitura que a filósofa brasileira nos alerta é mostrar que: não se trata de justapor estética e ética, nem de se usar a estética kantiana de modo ilustrativo a fim de se demonstrar como funcionam os juízos a que somos capazes de elucidar. Segundo Assy, o objetivo é mostrar como o juízo reflexivo estético é mais do que juízo de gosto, pois se trata também de um “se deixar afetar, de sentir apreciação com aquilo que, na nomenclatura estética kantiana, ‘interessa apenas em sociedade’” (ASSY, 2015, p. 150).

Retomando Conill Sancho, lembramos a injusta oposição feita por Gadamer entre Kant e o humanismo. Como já dito na primeira parte deste artigo, no seu *Verdade e método*, Gadamer desconsiderou o fato de que, na *Crítica da faculdade juízo*, Kant já falava da importância do *sensus communis* para a faculdade do juízo, sendo, em verdade, a sua máxima (KANT, 2002, §40, [160] p. 150). E este *sensus communis* viabiliza o julgamento estético, tornando o nosso sentimento universalmente comunicável em uma representação dada sem conceito. Diz Kant que esta aptidão para comunicar nossos pensamentos requer uma relação entre a faculdade de imaginação e o entendimento, em que a primeira, a imaginação, desperta a segunda, o entendimento, o qual “(...) sem conceitos traslada a faculdade da imaginação a um jogo regular, aí a representação comunica-se não como pensamento mas como sentimento interno de um estado de ânimo conforme fins” (KANT, 2012, §40, [161], p. 150).

De modo mais simples, o senso comum possibilita que o gosto alcance a universalidade sem regulação conceitual, ao ponto de se poder comunicar um “sentimento interno”, a despeito de sua singularidade. Isto é possível porque o gosto advém de uma instância compartilhada socialmente. Sobre isto, Kant vem dizer que como se admite que o impulso à sociedade é natural ao homem, ou seja, que o homem tende à sociabilidade, e que o belo empiricamente interessa somente em sociedade, logo, “então não se pode também deixar de considerar o gosto como uma faculdade de ajuizamento de tudo aquilo pelo qual se pode comunicar mesmo o seu sentimento a qualquer outro, por conseguinte como meio de promoção daquilo que a inclinação natural de cada um reivindica” (KANT, 2012, §40, [163], p. 151).

É partir destas citações acima, em que Kant fala da relação do gosto com o senso comum e, por isto mesmo, com a sociabilidade humana, que Arendt propõe aquilo que Assy identificou como uma possibilidade ética, a qual consideramos inovadora e que está em total sintonia com a recuperação de Kant por Conill Sancho, a despeito das críticas de *Verdade e método*. E não

apenas isto, consideramos também que, para além da sua relação com a fenomenologia de Husserl e com a fenomenologia hermenêutica de Heidegger, Arendt acaba por se aproximar agora da tradição hermenêutica, na sua versão contemporânea forjada pela hermenêutica filosófica de Gadamer.

Arendt interpreta os citados §§40 e 41, da *Crítica da faculdade juízo*, com a chave de leitura de sua filosofia política. Em *Entre o passado e o futuro* (1961), obra publicada quase contemporaneamente ao *Verdade e método* (1960), e muito antes de Conill Sancho, Arendt já sabia do caráter político na estética kantiana. A também ilustre aluna de Heidegger interpretou a terceira *Crítica* de Kant como uma insistência em um modo diverso do pensamento. Arendt ousou compreender a faculdade do juízo na perspectiva de que “(...) implica uma atividade mais política que meramente teórica (...)” (ARENDR, 2014, p. 273).

Para Arendt, o que habitualmente se considera como sendo a “filosofia política” de Kant, a saber, a sua *Crítica da razão prática*, acaba por participar da antiga tradição da Lógica e da Ética ocidental porque também se fundamenta sobre o “acordo com a própria consciência”, ou seja, “(...) [o] princípio da legislatura, com estabelecido no ‘imperativo categórico’ – ‘age de tal maneira que o princípio de tua ação possa se tornar um universal’ –, baseia-se na necessidade de pôr o pensamento racional em harmonia consigo mesmo” (ARENDR, 2014, p. 274).

Esse “acordo consigo” é a base da Ética kantiana. Agir de modo que sua ação seja universal é a conhecida “Lei”, a qual Kant dizia tratar de uma exigência da razão pura prática. E tal “Lei” tem, portanto, de fundo, uma exigência própria do axioma da não-contradição, o que acaba dando continuidade ao legado socrático do “diálogo interno consigo mesmo”, enquanto dever ético, a fim de buscar coerência, identidade. Mas o que Arendt propõe é justamente a perspectiva de que o próprio Kant forjou um pensamento diverso, conforme sua *Crítica da faculdade do juízo*. Agora, diz Arendt, “não bastaria estar em concórdia com o próprio eu”, pois Kant estabeleceu que é preciso “ser capaz de ‘pensar no lugar de todas as demais pessoas’” (ARENDR, 2014, p. 274).

A isto, a esta capacidade de se pensar no lugar dos outros, Kant denominou de “mentalidade alargada” ou “pensamento alargado”. Arendt, então, bem define este outro modo de pensar ético-politicamente via Kant, quando afirma que, com a “terceira *Crítica*”:

A eficácia do juízo repousa em uma concórdia potencial com outrem, e o processo pensante que é ativo no julgamento de algo não é, como o processo de pensamento do raciocínio puro, um diálogo de mim para comigo mesmo, porém se acha sempre e fundamentalmente, mesmo que eu esteja inteiramente só ao tomar minha decisão, em antecipada comunicação com outros com quem sei que devo afinal chegar a algum acordo. O juízo obtém sua validade específica desse acordo potencial (ARENDR, 2014, p. 274).

Com esta passagem podemos ousar dizer, reafirmando que vemos, sim, uma conexão possível – e desejável, pois se complementam – entre Arendt e Gadamer. Mas esta conexão, ao menos a que nos interessa, quanto ao exemplo da ciência do direito e da hermenêutica jurídica, somente é possível se se aceitar que a compreensão, a qual Gadamer se refere com sua hermenêutica filosófica, é uma *práxis* surgida do senso comum.

Com isto, estamos defendendo que compreender é julgar no sentido prático de discernir. Não se trata mais, portanto, de se pensar a compreensão, própria das ciências humanas, como os neokantianos desde o século XIX pensaram, enquanto um ato teorético, mas sim de um julgar de implicações ético-políticas. Pois compreender é muito antes um ato prático judicativo de discernir. Não se trata de um ato teorético porque não é demonstrativo-especulativo, e sim uma faculdade de julgar arraigado no senso comum, que tem a sociabilidade como condição de possibilidade.

Aqui, estamos mesmo conectado Aristóteles com o Kant tardio por meio da ousadia arendtiana e com o aporte hermenêutico-filosófico atravessado pelas críticas de Conill Sancho a Gadamer para realizarmos uma crítica mais robusta ao paradigma normativista da hermenêutica jurídica. Pois o ato de compreender pelos cientistas do direito e o ato de interpretar as normas jurídicas pelos intérpretes autênticos – por juízes ou por qualquer outro servidor público – são exercícios da faculdade de julgar, a qual opera como uma atividade política, fundamentada num *ethos* comunitário. É a comunidade em que estes intérpretes participam que funcionará como crivo de suas interpretações. Aqui, referimo-nos tanto à comunidade científico-acadêmica, quanto à sociedade civil organizada, enquanto instituições, organizações de pessoas no domínio público.

Assim, o ato de compreender do cientista das humanidades e do intérprete autêntico, como um juiz de direito, por exemplo, precisa não apenas do modelo ético da prudência,<sup>13</sup> mas também da arte da persuasão, da retórica. Seu julgamento não pode ser legitimado pela abstração da validade das normas jurídicas, nem pela “autoridade” – no sentido de quem detém poder, e não reconhecimento de um saber – de seu cargo, nem pela legitimação midiática e demagógica. Sua decisão precisa ser mais que isto: precisa ser convincente, justificada racionalmente, dialogada, respeitando o contraditório, partindo de premissas comuns, e ainda sim sob senso crítico ético-político comunitário. E, para tanto, é preciso lançar mão da faculdade de se conectar ao outro, como aquele que participa da nossa comunidade e que com ela compartilha hábitos, regras e valores comuns.

Estamos falando, aqui, da mentalidade alargada pela imaginação ética, conforme Kant estabeleceu ao falar do juízo estético enquanto juízo reflexivo. O senso comum é ponto de partida, portanto, para formação de conceitos da ciência do direito e da hermenêutica jurídica, pois é neste ponto onde reside nossos preconceitos, e, ao mesmo tempo, é neste lugar mesmo onde reside o crivo crítico de nossos julgamentos.

Indo de acordo com Gadamer, via Kant, Arendt sabe que o juízo reflexivo parte de uma instância compartilhada e de onde nem tudo advindo desta instância é adequado. Muitos juízos “não são adequados a ingressar em praça pública e perdem toda validade no domínio público. E esse modo alargado de pensar, que sabe, enquanto juízo, como transcender suas próprias limitações individuais, não pode, por outro lado, funcionar em estrito isolamento ou solidão”, pois, completa Arendt, em seguida, “o juízo, para ser válido, depende da presença de outros” (ARENDR, 2014, p. 274-275)

---

<sup>13</sup> Sobre este tema, Ricardo Dib Taxi explora-o melhor no seu *A perda da prudência no pensamento jurídico moderno* (2018), onde desenvolve a tese de que a prudência sempre foi modelo racional das práticas jurídicas e que, com a modernidade, perdeu-se em detrimento dos ideais racionalistas (DIB TAXI, 2018).

Conectar a capacidade crítica de se crivar os preconceitos com a hipótese de que a compreensão tem o modelo prático-prudencial como modo de “conhecer” num sentido de julgar, desde um “diálogo” persuasivo com a comunidade, na qual se participa e da qual se formam preconceitos, só é possível se se aceitar que o *ethos* de fundo à ciência do direito e à hermenêutica jurídica, aplicada por um intérprete autêntico enquanto autoridade pública, possui uma dimensão performática, cujo conhecer do cientista das humanidades é um agir, que julga enquanto decide, propõe um sentido a uma norma jurídica.

Deste modo, um cientista do direito não pode se reduzir a ser um observador que descreve normas de modo teórico e neutro, nem o juiz e o tecnocrata devem se reduzir a meros aplicadores de normas por juízos determinantes, nem ainda sujeitos autoritários que decidem e interpretam o direito arbitrariamente, conforme seu “gosto” – ou melhor, para seremos fiéis a Kant, a despeito de Gadamer, conforme sua agradabilidade.

Com isto, sobre o caso dos cientistas – mas que também vale para qualquer intérprete –, o filósofo italiano Gianni Vattimo chamou, em *O fim da Modernidade* (1985), de “verdade hermenêutica” aquilo que produzem com suas investigações: um conhecimento verossímil, nascido de opiniões (*doxai*) forjadas no *sensus communis*. Segundo Vattimo: “[a] verdade de uma proposição científica não está em sua verificabilidade controlável em termos de regras publicamente estipuladas e adotáveis idealmente para todos”. Por esta noção de “verdade hermenêutica”, estamos de acordo com Vattimo quando diz que se trata, “em última análise, em levar as regras de verificação vigentes em cada âmbito científico a uma esfera pública que é o *logos*-linguagem comum, tecido e retocado continuamente em termos retórico-hermenêuticos, porque a sua substância é a continuidade de uma tradição” (VATTIMO, 2007, p. 139).

E, tanto a “verdade hermenêutica” produzida pela ciência do direito, quanto à interpretação autêntica, que cria “direito novo” – como dizia Kelsen –, de um magistrado ou de um administrador público, ao julgar um caso concreto, por exemplo, partem de um senso ético de fundo sobre a finalidade do direito, valores de justiça e de política, compartilhados pela comunidade na qual participam. Este senso ético, o *ethos* de fundo sobre o qual temos tratado ao longo deste artigo, não apenas possui a *phrónesis* aristotélica como modelo ético para o julgar, aplicar e deliberar, enquanto sinônimo do ato de bem compreender um sentido de uma norma jurídica pelo cientista do direito e pelo intérprete autêntico. O *ethos* de fundo está também na faculdade de se colocar no lugar do outro, no exercício empático de “alargamento do espírito”.

Como diz Arendt no anexo *O julgar*, que compõe *A vida do espírito* (1978), “[o] pensamento crítico é possível só onde os pontos de vista dos outros estão abertos à inspeção (...)”, e ela continua, definindo melhor esta atividade a que chamamos de “imaginação ética”: “Por meio da imaginação, ele [o pensamento crítico] torna os outros presentes, movendo-se, assim, potencialmente, em um espaço que é público, aberto a todos os lados; em outras palavras, adota a posição do cidadão kantiano do mundo.” (ARENDR, 2017, p. 513). Mas isto também não resume todo o *ethos*. É preciso também pensar por si mesmo: “[o] truque do pensamento crítico não consiste em uma empatia imensamente alargada, através do qual poderíamos saber o que se passa de fato na cabeça dos outros. Pensar, segundo o entendimento de Kant a respeito do esclarecimento, significa *Selbstdenken*, pensar por si mesmo (...)” (ARENDR, 2017, p. 513).

Essas passagens são importantes porque podemos interpretá-las desde a reabilitação hermenêutico-filosófica de Kant por Conill Sancho. Como Kant, Gadamer sabia que interpretar exige crítica. E a consciência hermenêutica é ciente da historicidade da interpretação. Isto implica que o colocar-se no lugar do outro não é mera reprodução de seu estado mental. Seguindo Schleiermacher e Dilthey, a compreensão como tarefa de empatia implica em ir além. Segundo Dilthey, no seu texto *O nascimento da hermenêutica* (1900), “[o] objetivo último do processo hermenêutico consiste em compreender melhor o autor do que ele próprio se compreendeu (...)” (DILTHEY, 2010, [331] p. 378).

É claro que Dilthey está partindo aqui de um pressuposto romântico de Schleiermacher, fundado na psicologia da chamada “teoria da criação inconsciente”, e ainda fundado na noção de “vivência” (*Erlebnis*), enquanto que Arendt se refere, para além disto, também à capacidade de autonomia do pensamento, tão defendida pelo Iluminismo kantiano, e enquanto Gadamer, por outro lado, já rejeitava a ideia de “vivência” dos românticos e dos historicistas (WU, 2004, p. 195). Mas fazemos este paralelo aqui, entre estes pensadores do século XIX, Gadamer e Arendt, porque defendemos que se eles tratam da mesma capacidade: a de se poder “criticar” para além das intenções ou do estado espiritual do outro.

Assim, tudo o que dissemos até aqui nos ajuda a delimitar melhor o *ethos* de fundo à ciência do direito e à hermenêutica jurídica autêntica, que propomos como hipótese central deste artigo. Onde queremos chegar foi ao ousado caminho aberto por Arendt ao destacar que o juízo estético é político e ele possibilita, ao mesmo tempo, a combinação entre a capacidade de empatia e de pensamento crítico nas atividades tanto do cientista, quanto do intérprete autêntico. E, para tanto, seguimos pela reabilitação hermenêutico-filosófica da estética kantiana pelo trabalho de Conill Sancho.

A despeito do próprio Gadamer, mostramos como a *Crítica da faculdade do juízo* está muito mais próxima da hermenêutica gadameriana, especificamente quanto à noção de *sensus communis* e suas implicações ético-políticas forjadas por Arendt, quando tratou do juízo de gosto enquanto juízo reflexivo.

Deste modo, ousamos defender neste artigo, que o *ethos* de fundo é viabilizado pela faculdade da imaginação, “mentalidade alargada” e pela “companhia”. Chamamos esse *ethos* de “imaginação ética”: trata-se da capacidade empática de se colocar no lugar do outro, mas de maneira crítica. E, com isto, nosso argumento final é que, com esta capacidade de “imaginação ética”, a tese da separação entre direito e moral no âmbito da validade jurídica, descrição e aplicação do direito, podem perder sua relevância epistemológica e ético-política.

Argumentamos que este *ethos* de fundo pode diminuir, resolver, ou, para sermos mais modestos em nossas intenções neste artigo, podem ao menos abrir um caminho para a amenização da discricionariedade judicial, ou mesmo de uma pretensa neutralidade exegética, tanto na descrição científica ou filosófica, quanto na aplicação de um intérprete autêntico na interpretação judicial ou mesmo na interpretação administrativa dentro da esfera pública democrática.

## Conclusão

Enfim, por meio de seu juízo reflexivo, também chamado de juízo de gosto ou de juízo estético, cuja natureza é política – que, com Arendt, interpretando Kant, já defendemos anteriormente –, um juiz ou um colegiado de magistrados, bem como todos os servidores públicos, enquanto agentes burocráticos, realizam, ao mesmo tempo, um ato de compreensão que delibera. E este ato de compreensão não poderia advir de outra maneira, senão pelo jogo das faculdades da imaginação e do entendimento, viabilizador da “imaginação ética”, que, em termos práticos, trata-se de um colocar-se no lugar das partes interessadas, nos seus sofrimentos, nos seus anseios por justiça, e, assim, podendo criar modos de evitar injustiças, além de disponibilizar sua interpretação ao controle das justificativas de sua decisão no embate de argumentos, refutando-se uns aos outros (contraditório e ampla defesa), como deve ser um processo, judicial ou administrativo.

Deste jeito, não apenas um juiz, mas qualquer servidor público, a fim de se evitar a ser um tecnocrata como fora Adolf Eichmann, poderia exercer sua autonomia racional, ao mesmo tempo que, jogando com sua faculdade de imaginação, alargaria-se espiritualmente, sempre se colocando à disposição da inspeção crítica de outros membros de sua comunidade. Contudo, temos consciência de que este *ethos* pode ser criticado como podendo ser “aberto demais”, “fraco” ou “débil” – para usar um termo de Vattimo – e que, por isto mesmo, nada adiantaria na luta contra a barbárie e contra a violência inconsciente, inerentes, de modo paradoxal, à natureza do sujeito racional kantiano.

Mas lembramos que, aqui, estamos propondo uma “ética científica” e “hermenêutica” com base no fato de que fórmulas morais universais e absolutas, ao serem subsumidas aos fatos reais, não se sustentam diante da historicidade e da mutabilidade que constituem os casos concretos. Nossa proposta não contradiz o fato do pluralismo da sociedade humana contemporânea. E temos consciência de que a imaginação ética, a qual propomos como *ethos* de fundo à ciência do direito e à hermenêutica jurídica, não se esquivava dos problemas encontrados pela pluralidade moral, que até mesmo uma pequena comunidade comportaria, assim como temos consciência dos riscos, os quais o senso comum pode incorrer, ao reproduzir uma ideologia dominante de classe, raça e gênero, estando alienado da violência do direito e/ou da demagogia midiática.

Mas, como diz Assy, a imaginação ética pelo exercício do “(...) pensamento alargado também não elimina divergências nem conflitos; em vez disso, assegura e revela nossa singularidade, na medida em que aponta como nos posicionamos no espaço público, com o que nos indignamos, como nos deixamos afetar pelo outro” (ASSY, 2014, p. 176). A ciência do direito e a hermenêutica jurídica reconectariam-se com as humanidades e com a tradição humanista, a qual precede a elas.

Pois, com a hermenêutica filosófica de Gadamer, pela reabilitação de Kant por Conill Sancho, e com a “imaginação ética” de Arendt, a importância da retórica enquanto atividade humana, que pressupõe a capacidade de convencimento do outro, faz-nos conscientes de que nenhuma verdade, científica ou filosófica, bem como nenhuma decisão judicial e nenhuma interpretação

administrativa da lei jurídica, de um oficial militar ou civil, poderiam se sobrepor à possibilidade do jogo livre das nossas faculdades de julgar, válidas em meio à tensão do difícil exercício de se colocar no lugar do outro, e sem perder a autonomia crítica.

Por fim, uma ética como a que defendemos até aqui nos faz lembrar da natureza argumentativa do espaço público, especialmente quando se trata dos domínios que pretendam ser verdadeiramente republicanos e democráticos.

## Referências

- ANDRADE, A. C. 1998. A relação entre moral e Direito em Kant. *Cadernos de Filosofia Alemã*, 4:65-79.
- ASSY, B. 2015. *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt*. São Paulo, Perspectiva.
- ARENDT, H. 2017. Juízo. In: *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 6 ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- \_\_\_\_\_. 2014. *Entre o passado e o futuro*. 7 ed. São Paulo, Perspectiva.
- CENCI, A. V. 2000. Juízo de gosto e *sensus communis*: a questão da intersubjetividade na terceira crítica de Kant. In: A. V. CENCI (Org.). *Temas sobre Kant: metafísica, estética e filosofia política*. Porto Alegre, EDIPUCRS.
- CONILL SANCHO, J. 2006. *Ética Hermenêutica: Crítica desde la facticidad*. Madrid, Editorial Tecnos.
- DIB TAXI, R. A. 2018. *A perda da prudência no pensamento jurídico moderno*. São Paulo, Lumen Juris.
- DILTHEY, W. 2010. O nascimento da hermenêutica. In: *Filosofia e educação*. São Paulo, EDUSP.
- DWORKIN, R. 2005. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- FRATESCHI, Y. 2014. Universalismo interativo e mentalidade alargada em Seyla Benhabib: apropriação e crítica de Hannah Arendt. *Ethic@*, 13(2):363-385. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/1677-2954.2014v13n2p363/28376> Acesso em: janeiro de 2019.
- GADAMER, Hans-Georg. 1999. *Verdade e Método I*. 3 ed. Petrópolis, Vozes.
- \_\_\_\_\_. 2002a. Entre fenomenologia e dialética – tentativa de uma autocrítica. In: Id. *Verdade e método II*. Petrópolis, Vozes.
- \_\_\_\_\_. 2011b. A Hermenêutica como tarefa teórica e prática. In: Id. *Verdade e Método II*. 6 ed. Petrópolis, Vozes.
- \_\_\_\_\_. 2011c. Hermenêutica e Historicismo. In: Id. *Verdade e Método II*. 6 ed. Petrópolis, Vozes, p. 624.
- \_\_\_\_\_. 2002b. La Verdad de la obra de arte. In: *Los caminos de Heidegger*. Trad. Ángela Ackermann Pilári, Herder, Barcelona. Disponível em: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102007/filoso01.pdf>. Acesso em: maio de 2014.
- HABERMAS, J. 1997. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. 2004. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo, Loyola.
- HEIDEGGER, M. 1977. *A Origem da Obra de Arte*. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa, Edições 70.
- HEIDEGGER, M. 2012. *Ser e tempo*. Campinas, Editora da Unicamp.
- HERMANN, N. 2005. *Ética e Estética: a relação quase esquecida*. Porto Alegre, EDIPUCRS.
- KANT, I. 2002. *Crítica da faculdade do Juízo*. 2 ed. Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

- \_\_\_\_\_. 2001. *Crítica da Razão Pura*. 5 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- KELSEN, H. 2006. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- MARQUES, A. 1992. A Crítica da faculdade do juízo como alargamento da revolução copernicana de Kant. In: V. ROHDEN (Coord). *200 anos da crítica da faculdade do juízo de kant*. Tradução De Peter Naumann Porto Alegre, UFRGS.
- MARTINS, R. E. S. 2018. *Ciência do direito e hermenêutica*. Campinas, Editora Phi.
- MATOS, S. M. de. 2012. A filosofia do direito gadameriana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 4(1):90-101. Disponível: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09/858> Acesso em: abril de 2016
- NUNES, B. 2009. A destruição da Estética. In: Id. *O dorso do tigre*. São Paulo, Editora 34.
- ROHDEN, L. 2009. Gadamer. In: R. PECORARO (org.). *Os filósofos: clássicos da filosofia*. Vol. III, de Ortega y Gasset a Vattimo. 2 ed. Petrópolis, Vozes.
- RICOEUR, P. 1997. Juízo estético e juízo político segundo Hannah Arendt. In: Id. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa, Instituto Piaget.
- VATTIMO, G. 2007. *O fim da Modernidade: Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo, Martins Fontes.
- WU, R. 2004. A experiência como recuperação do sentido da tradição em Benjamin e Gadamer. *Anos 90*, 11(19/20):169-198. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/6355/3806> Acesso em: setembro de 2019

Submetido: 27/01/2020

Aceito: 23/04/2024