

## Reflexões Sobre o Esvaziamento da Prudência na História do Direito: Consciência Histórica, Outro Histórico e Alteridade

*Ramblings on the Deflation of Prudence in Law History: Historical Consciousness, Historical Other and Alterity*

Alberto de Moraes Papaléo Paes <sup>1</sup> 

1 Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Professor Universitário das Disciplinas de Filosofia Geral e Jurídica, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Constitucional da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU) na Graduação e Pós-graduação lato sensu; Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional (GEHC) e Efetividade dos Direitos Fundamentais (GEEDF) no Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (PPGDF-UNAMA);

### RESUMO

O Presente artigo parte da hipótese de que o modo como se realiza pesquisa histórica no direito necessita de um novo enfoque epistêmico-filosófico. Aponta-se, a partir da fixação de um conceito hermenêutico de direito, a existência de uma crise epistêmica da ciência jurídica, um esvaziamento da prudência dentro do pensamento jurídico e como que essas duas constatações influenciam fortemente a pesquisa histórica em direito. Conclui-se que, a partir da filosofia hermenêutica gadameriana, se torna possível uma abertura dialogal para o “outro histórico” abrindo-se, então, a uma possibilidade de vinculação entre Gadamer e o pensamento decolonial.

**Palavras-chave:** História do Direito. Consciência Histórica. Outro. Alteridade.

### ABSTRACT

The present article starts from the hypothesis that the way historical research in law is carried out needs a new epistemic-philosophical approach. We point out, from the fixation of a hermeneutic concept of law, the existence of an epistemic crisis in legal science, an emptying of prudence within legal thinking and how these two findings strongly influence historical research in law. We point out that, based on the Gadamerian hermeneutic philosophy, a dialogical opening to the “other historical” becomes possible, leading us, then, to a possibility of linking Gadamer and the decolonial thought.

**Keywords:** Law History. Historical Consciousness. Other. Alterity.

## 1 INTRODUÇÃO

Herbert Hart (2012), na introdução do “O Conceito de Direito”, recoloca a questão de por que se perguntar, ainda que persistentemente, pelo que é (ou, o que vem a ser) o Direito, muito embora, noutras ciências como a biologia, por exemplo, um professor não tomaria mais do que cinco a dez minutos para responder o propósito de uma ciência que investiga a vida (HART, 2012, p. 5). A questão, de fato, é tortuosa e merece uma reflexão inicial. Questiona-se o que é o Direito e é possível que sejam desenvolvidas tantas respostas quantos forem os que colocam a questão <sup>1</sup> (e do modo como a colocam). Porém, ao lado da questão “o que é o direito?”, aparece a pergunta “qual o direito justo?”, e, neste diapasão, faz certo sentido perceber as robustas e inúmeras tentativas de aproximação de uma questão a outra <sup>2</sup>.

Todavia, existe um modelo que representa o ideal de certeza metódica que a modernidade exigiu das ciências, para o Direito ele leva a alcunha de Positivismo Jurídico. Para os professores Victor Pinheiro e Saulo Matos (2016, p. 170-1), existem duas questões que devem ser contextualizadas a respeito deste argumento: a) a separação que o Positivismo opera entre o ato de interpretação e construção do direito e; b) a possibilidade de um conceito natural e um conceito hermenêutico de direito. Para o primeiro ponto a questão diz respeito ao fato de que, de acordo com os positivistas, não há, necessariamente, que se levar em conta os aspectos valorativos ou a subjetividade do interprete para distinção do que é Direito, o reconhecimento do jogo linguístico pelos participantes por si só já é suficiente para discernir proposições jurídicas de não jurídicas (PINHEIRO E MATOS, 2016, p. 170).

A segunda questão é uma derivação da primeira e que diz respeito a um problema mais fundamental sobre a teoria dos conceitos, que, modernamente, divide os conceitos em dois tipos: a) os conceitos de tipo natural (os autores reputam ao positivismo a adesão a tese de que o direito

---

<sup>1</sup> De acordo com Hart (2012) podemos exemplificar essa premissa a partir da constatação de que para Llewellyn “o que os funcionários fazem relativamente aos litígios é o próprio direito”; para Holmes “aquilo que designo como direito são as profecias sobre o que os tribunais farão”; para Gray “as leis são fontes do Direito não partes do próprio Direito”; para Austin “O Direito Constitucional é apenas a moral positiva”; para Kelsen “não se deve roubar; se alguém roubar será punido, a primeira norma, se chegar a existir, está contida na segunda, que é a única norma genuína, o direito é a norma primária que estatui sanção” (HART, 2012, p. 5-6).

<sup>2</sup> Para Pinheiro e Matos (2016) a diferença instituída pela modernidade para Teoria do Direito e para Filosofia de direito diz respeito à questão que ambas pretendem responder: para Teoria do Direito, “o que é o direito?”; para Filosofia do Direito “qual o direito justo?” (p. 171). A diferença é, portanto, de grau e nos é colocada a partir do processo de resignificação do papel do Direito Natural que, a partir do Historicismo Alemão, passa a ser tratado como Filosofia do Direito Positivo e não como direito válido.

pode ser compreendido a partir de um conceito de tipo natural) (PINHEIRO E MATOS, 2016, p. 171) e; b) o conceito hermenêutico. Sobre este último é importante transcrever o que os autores entendem por conceito hermenêutico

Diferente do modelo de conceitos do tipo natural (*'natural kind concept'*), o conceito de Direito, segundo o modelo hermenêutico (*'hermeneutic concept'*), pressupõe (i) que ele possua um papel hermenêutico, a saber, que a compreensão do Direito leve a uma melhor compreensão do próprio ser humano e de suas práticas e (ii) que a extensão do conceito seja determinada por este papel hermenêutico. (PINHEIRO E MATOS, 2016, p. 171).

O que poderá ser, portanto, um conceito hermenêutico de direito? Os autores, em seu texto, elencam a evolução da hermenêutica na modernidade passando pelos clássicos a fim de comprovar, de certo modo, algo que já vem sutilmente sendo desenhado nas entrelinhas de Verdade e Método de Hans-Georg Gadamer (2015): a) a aproximação cartesiana da metodologia das ciências humanas para com as ciências naturais; b) a tensão entre a busca por uma verdade cientificamente correta através de um método adequado; c) a crítica aos pressupostos metódicos da modernidade na afirmação da verdade científica feita por Gadamer e; d) a constituição de um verdadeiro estatuto filosófico-hermenêutico a partir de Verdade e Método. Os reflexos disto num possível conceito hermenêutico de direito podem ser descritos da seguinte maneira

Para Gadamer, o direito funciona da mesma forma. Ao criar uma norma, a jurista precisa proceder de tal forma que a criação da norma pareça ser uma mera continuação do próprio ordenamento jurídico, incluindo a jurisprudência dos tribunais, a dizer, uma contribuição da própria tradição, à qual ela pertence. A criação individual da norma se subordina ao todo do direito, isto é, a decisão particular de um magistrado ou tribunal precisa ser pensada como uma continuação da jurisprudência da sociedade à qual ele pertence. Ao mesmo tempo que ele cria o direito, ele o perpetua, porque ele ou, mais precisamente, o seu agir, constitui o próprio direito. (PINHEIRO E MATOS, 2016, p. 187).

Se for acertada a tese de que o conceito de direito deve buscar compreender (e melhorar) o comportamento do próprio homem, então, existe outro ponto central no qual uma questão hermenêutica deve ser conduzida a uma centralidade que talvez ainda não tenha possuído no debate jurídico. Qual o papel da Consciência Histórica dentro de um conceito hermenêutico de Direito? Não parece estranho que o que os Tribunais fazem das leis e da Constituição exija sempre de nós um esforço para compreender melhor e explicar melhor o que devemos fazer e como devemos nos

comportar em nome do direito? Não parece que, da incapacidade de assumir o pertencimento a uma tradição histórica, acaba-se por objetivar o conhecimento histórico e aplicá-lo, indistintamente, para realizar o debate jurídico?

Estas questões são as inquietações que movimentam a pesquisa que pretende ser desenvolvida no presente artigo. Mas, antes de prosseguir, uma nova questão: Por que revigorar o Problema da Consciência Histórica é importante? Bem, para justificar a pretensão de pesquisa do presente artigo partir-se-á de quatro questões norteadoras que pretendem ser delineados a seguir: a) Qual o atual estágio da Epistemologia Jurídica no Brasil e a atualidade hermenêutica da ciência do Direito; b) Qual o diagnóstico da Perda da Prudência no pensamento jurídico moderno e na História do Direito; c) Qual a necessidade de reconstrução das Narrativas Sufocadas a partir do reconhecimento do “outro histórico” (Alteridade); d) Quais os efeitos na análise da Teoria do Direito e dos Direitos Humanos. Nos tópicos a seguir passar-se-á, portanto, para a análise de cada um desses argumentos, considerando que “d” será abordada na forma de conclusão:

## **2. O atual estágio da Epistemologia Jurídica no Brasil e a atualidade hermenêutica da ciência do Direito:**

Delimitar e alocar historicamente o que pode ser compreendido enquanto Positivismo Jurídico é o ponto de partida da minha argumentação neste tópico. Vale a pena a alegação de Dib Taxi (2018, p. 103) que “situar a gênese do positivismo jurídico é uma empresa difícil, e não espanta que existam correntes para as quais o positivismo teria começado mesmo em Tomás de Aquino, quando se teorizou a separação entre a lei divina e a lei humana”, entretanto, para o autor, Hobbes pode ser, indiscutivelmente, a gênese do debate sobre o que pode vir a ser o Positivismo Jurídico. Na verdade, “a expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico” (BOBBIO, 1995, p. 15), sendo, usualmente, o primeiro colocado como contradição necessária do Direito Natural. A questão sobre a natureza destes dois direitos não é o objetivo principal desta exposição, mas merece atenção a revisão histórica feita por Bobbio (1995) sobre o tema como uma tentativa de indicar o contexto em que (por exemplo) os Gregos discutiam a *thésis* e a *physis*; ou como os Romanos discutiam o *jus civile* do *jus gentium*<sup>3</sup>. Tal iniciativa pode

---

<sup>3</sup> Neste sentido cabe lembrar que a intenção dos cinco primeiros capítulos da obra “O Positivismo Jurídico” de Norberto Bobbio (1995) é puramente histórica. Portanto a revisão histórica de Bobbio (1995) tenta demonstrar em que circunstâncias se desenvolve o chamado Positivismo Jurídico, sendo, desse modo, a primeira parte/sessão do mesmo dedicada somente a questões históricas. Muito por oportuno, ao destacar na antiguidade a diferenciação dessas teses,

ser recortada de modo metodológico para que seja possível tornar mais claro o objeto principal.

De certo modo ao se debruçar sobre a questão histórica o homem se torna capaz de observar os detalhes e as circunstâncias a respeito das quais uma determinada coisa acontece, se funda, ou melhor, se origina. Ao atestar a questão da dialogicidade entre o Direito Natural e o Positivo na história, Bobbio (1995) percebe que em algum momento o chamado Direito Positivo ganha uma proporção maior que o Natural <sup>4</sup> (p. 26). A averiguação das circunstâncias determinantes para tal viragem demonstra que a validade das ordens jurídicas, até a Idade Média, passava meramente por um critério de legitimidade social “o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil” (BOBBIO, 1995, p. 27). Daí porque a estrutura monista é adotada inicialmente como forma de validar o direito como num processo de monopolização da produção jurídica <sup>5</sup> (entenda-se aqui tanto a criação de uma lei, quanto a aplicação desta lei pelo Estado/Juiz).

A grande questão então, se torna: como o cenário da Idade Média consegue alcançar e influenciar os caminhos da modernidade no Direito? Bem, colocando os Romanos ao lado dos Gregos na antiguidade é possível perceber que, assim como os primeiros se influenciam nos segundos, há uma diversa gama de correlações entre Roma e os acontecimentos supervenientes na história do homem. Como exemplo é possível citar a título de precedentes do positivismo jurídico

---

pretende o autor italiano demonstrar uma coisa: que a natureza das discussões da modernidade reside nos problemas dos antepassados. Melhor explicado, o direito positivo como se conhece hoje só é capaz de existir (do modo como existe) a partir da compreensão dos problemas apresentados pelos Gregos e pelos Romanos. Tais problemas foram solucionados e a teoria do Direito Positivo prosperou em alguns países, todavia, seu germe reside (historicamente) na antiguidade (BOBBIO, 1995, p. 15-122).

<sup>4</sup> É importante salientar que em que pese os diversos estudos escolásticos sobre a afirmação do Direito Natural como um mandamento divino (*Jus naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur*) “o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio (...) O direito positivo é direito, e o direito natural não é direito” (BOBBIO, 1995, p. 26). E por essa razão a historiografia do Positivismo se torna salutar para o autor italiano. De outra sorte, não se está aqui a negar a existência do Direito Natural na modernidade, apenas aponta-se para a direção em que o estudo, agora chamado de científico (divorciado da compreensão teológica), toma na modernidade e como que isso influencia diretamente a Ciência do Direito (positiva ou negativamente).

<sup>5</sup> O que torna válida a premissa de Dib Taxi (2018) em alocar a gênese histórica do Positivismo Jurídico em Hobbes na medida em que “a questão da soberania como único fundamento de validade da lei parece ser a questão mais enfocada quando se trata da contribuição hobbesiana para o paradigma positivista, é preciso perceber que a própria discussão a respeito da contribuição da lei positiva e de sua forma de aplicação ganham muito mais corpo à medida em que se percebe o afastamento da prudência em prol de uma construção artificial capaz de tornar o exercício da política e da legislação plenamente controláveis e previsíveis. Mais uma vez trata-se da já comentada invenção de uma ciência artificial capaz de dotar o mundo de uma intelegibilidade mecanicista” (p. 104). Vale, ainda, a ressalva de que tal processo funciona tanto para criar o direito de modo direito (sem intermediários), através da lei, ou, indiretamente, “através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinárias” (BOBBIO, 1995, p. 27). Esta constatação leva diretamente ao contexto de criação de obras de defesa ao positivismo jurídico em suas mais diversas formas de apresentação na modernidade, tais como as de Austin (1954), Hart (2012), Kelsen (2006), Alexy (2011a), Waluchow (2002), Himma (2002), Marmor (2014), dentre outros.

as compilações feitas por Justiniano como uma forma primitiva de centralização/monopolização da produção jurídica (*quod principi placuit legis habet vigorem / solus principis facere leges*) (BOBBIO, 1995, p. 30). Merece destaque a assertiva de que

O direito romano se eclipsou na Europa durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período – obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura – ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este; sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da ‘recepção’, graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã. (BOBBIO, 1995, p. 30).

A raiz do direito que passa a ser utilizada começa a levar em conta a *ratio scripta* como um conjunto de regras que se funda racionalmente na *Jurisrecht* (razão jurídica). Este fundamento de validade começa a alcançar a Europa Ocidental e dentre os diversos países que se influenciam pela ideia de direito (romana) é possível encontrar: Alemanha, Itália, Holanda e França (dentre outros). Entretanto, é na Alemanha que se vai proceder a uma dura crítica ao Direito Natural nas obras de Savigny e Gustavo Hugo (*Lehbuch des Naturrecht als einer Philosophie des positiven Recht*) com o desenvolvimento da chamada “escola histórica” (*Historischen Rechtsschule*). Segundo José D’Assunção Barros (2013, p. 392), o historicismo alemão “deverá ser entendido em sua relação direta com o contexto de afirmação dos Estados-Nacionais”, daí segue-se uma visão política do movimento que teria como necessidade precípua a afirmação da vontade do estado. De outra sorte, Helmut Coing<sup>6</sup> (1977, p. 47-8) assevera que existem pelo menos três ideias fundamentais: a) a fórmula do domínio ou controle pelo direito através do espírito do povo (*Beherrschung des Recht durch den Volksgeist*); b) a compreensão de uma evolução orgânica de determinadas ideias dentro do espírito do povo; e c) a compreensão histórica do direito é (ao mesmo tempo) o fundamento da compreensão do direito vigente e de sua dogmática.

---

<sup>6</sup> Num dos capítulos da obra de Maria del Refúgio González, o professor Helmut Coing aborda o que ele vem a denominar de *actitudes metodológicas em la historia del derecho alemán*, para tanto lança mão de uma divisão tópica e analítica para diferenciar três ideias principais que acabam por fundamentar o historicismo alemão, e três consequências fundamentais. Dentre elas é possível citar a título de esclarecimento “*la idea segun la cual el derecho era expresión del espíritu del pueblo, o de la cultura nacional, condujo a periodificar el objeto historia del derecho al margen de determinadas épocas en función del origen nacional del derecho alemán o germánico*” (COING, 1977, p. 48).

A resignificação do Direito Natural em face à necessidade de uma tutela exclusiva do Estado da produção jurídica fez com que diversos autores se debruçassem sobre o estudo do conceito do Direito Positivo. Nesta seara, então, não só na Alemanha e nos estudos de Savigny e Gustavo Hugo encontravam-se notas sobre a compreensão do Direito Positivo. Na França o movimento Iluminista deixa o cenário adequado para a criação do Código de Napoleão como um marco histórico do desenvolvimento dos estudos sobre o direito codificado. Nasce, neste contexto, a escola da exegese e tempos depois a chamada escola científica<sup>7</sup>. Na Inglaterra os trabalhos de Bentham e Austin começam a ganhar repercussão por estabelecerem as bases do *legal positivism*, seja num conceito utilitarista da divisão de maior felicidade para o maior número, ou, numa visão de aproximação entre o historicismo alemão e o utilitarismo inglês. Levando-se em conta um determinado país, nação, tempo, ou momento, a discussão acerca do positivismo alcança a modernidade através dos estudos de determinados autores e da atuação deles na demarcação de seus limites. De modo que surge a necessidade de arquitetar um esqueleto para esse Direito Positivo e para esse chamado Positivismo Jurídico. É possível sintetizar tais limites da seguinte forma:

- a) Ato regulatório da fala (ou enunciado normativo racional) que tem por objeto a ordenação da conduta humana;
- b) Posto pelo Estado através de um processo democrático de representação do cidadão, diretamente, ou, através de representantes<sup>8</sup>;
- c) Valida-se numa cadeia hierárquica que compreende normas de diversos escalões onde a de maior escalão valida a de menor (entendendo-se que a constituição sendo o âmbito de validade de todo o ordenamento validade numa norma hipotética fundamental ou, *grundnorm*);
- d) Os enunciados normativos podem ser intencionalmente ou não-intencionalmente indeterminados cabendo ao Estado/Juiz o papel de preenchimento das lacunas decorrentes de tal indeterminação;
- e) Não havendo lei sob a qual o Estado/Juiz possa utilizar-se para resolver um determinado litígio, deve ele se utilizar de outras fontes do direito (costumes, analogia, jurisprudência, princípios gerais do direito, doutrina e equidade);

Em linhas gerais estes são alguns dos aspectos mais conhecidos e incontroversos sobre a descrição do positivismo jurídico e sua historiografia. Pode ser que, a princípio, pelo fato de não ser o objeto principal desta pesquisa a narrativa e as asserções realizadas até o presente momento pareçam vagas, mas, como exposto alhures, primando por uma objetividade e clareza o argumento que se tentou construir até aqui pode ser resumido na seguinte afirmativa: para entender o direito

<sup>7</sup> Sem esquecer-se, é claro, da *Bergriffjurisprudenz* (a Escola da Jurisprudência dos conceitos) como uma provocação do próprio historicismo alemão.

<sup>8</sup> Ressaltem-se, ainda na modernidade, a existência de modelos jurídicos autoritários no qual a participação popular é diminuta ou inexistente, como são os casos de Cuba e da Coréia do Norte.

na modernidade é necessário compreender sua origem histórica. Fica bem claro então, porque Bobbio (1995) se preocupou em descrever na primeira parte de sua obra uma historiografia do direito positivo. Contudo, essa compreensão não significa, automaticamente, a descoberta de uma ferramenta capaz de resolver os problemas jurídicos da modernidade. Dentre tais problemas é possível citar: a) a autonomia da norma jurídica; b) a construção democrática dos enunciados normativos; c) a interpretação jurídica; d) o papel da globalização nas soberanias estatais; entre diversos outros problemas. Talvez o maior deles esteja num dos fatos mais controversos sobre a natureza do Direito Positivo: sua relação com a Moral <sup>9</sup>.

Neste quesito, então, a exata dimensão da chamada “complexidade” da modernidade (como uma questão de raiz puramente epistemológica) acusa os erros da dogmática jurídica nacional e internacional. Os problemas do direito não são mais problemas de solução única e exclusivamente jurídicos. De modo que o paradigma insurgente da grande crise de falta de respostas (efetivas) para os gritos da humanidade tem se apoiado na interdisciplinaridade, no caráter de complementaridade das ciências e vem de modo ainda paulatino, se delimitando sob a alcunha de “sistêmico”. A compreensão histórica anterior (a exemplo da escola histórica) é de certo modo substituída porque os métodos passam a exprimir objetivos diferentes. Enquanto que os historicistas estavam preocupados em desvendar a natureza do direito através de uma compreensão da expressão do *volksgeist*, hoje, os estudos históricos estão preocupados em apontar as falhas e os momentos determinantes que contribuíram para que, por exemplo, o “problema” da desigualdade possa vir a existir no mundo a partir da (não) atuação jurídica.

Não é muito diferente do diagnóstico de Martins (2017, p. 26) para quem o Positivismo Jurídico constituiu uma visão de Mundo. A noção de uma era inteira estava, ainda, sob as luzes de um debate neokantista e pautado pela influência do idealismo hegeliano e do romantismo alemão, tendo eles feito ascender a necessidade de as ciências assumirem uma postura cada vez mais causalista em relação a seu método e assumindo que a vida natural fosse descrita a partir do Empirismo Científico (MARTINS, 2017, p. 26). As bases epistemológicas da Teoria Pura de

---

<sup>9</sup> Sobre o tema é importante citar os estudos clássicos de Kelsen (2006) quando aborda a ideia de separação entre Direito e Moral. Outro autor clássico que trabalha a questão é Hart (2012) que no posfácio de seu conceito de Direito responde às críticas de Dworkin (1978) fornecendo a compreensão acerca da perspectiva do “participante” e do “observador” na descrição do conceito de direito. A relação entre Direito e Moral parte da premissa de que a validade social do direito através da aceitação da sociedade é o que importa para a descrição da experiência jurídica. Modernamente citam-se os trabalhos de Paulson (2011), Waluchow (2002), e Himma (2002) e Alexy (2011a) que falam sobre a concepção de um positivismo inclusivo, ou, não-positivismo inclusivo.

Kelsen (2006), que também são revisadas por Martins (2017) sintetizam (e transcendem) o debate sobre o positivismo no século XX. Da separação entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, por influência de um método de análise webberiano, da tentativa de aproveitamento da lógica da causalidade nas Ciências Naturais como caminho para a Imputação no direito; da questão da Dinâmica e da Estática do Direito; da problemática da interpretação do Direito; todas as questões abordadas na Teoria Pura do Direito substanciam o cerne mais fundamental a respeito da epistemologia moderna aplicada ao Direito Positivo (especialmente no Brasil).

Porém, para Martins (2017, p. 65) “as Ciências estão em crise desde o início do Século XX, logo, a Ciência do Direito também não seria exceção”. A ideia de um tempo de decadência, marcado pelo questionamento da confiança na Ciência e em seus valores tradicionais (MARTINS, 2017, p. 67); o fato de existir, dentro das ciências modernas, uma inadequação entre suas explicações do mundo e a compreensão da nossa própria existência (MARTINS, 2017, p. 69); o redução objetiva da experiência científica vivida pelas ciências do século XX (MARTINS, 2017, p. 70); toda proposição científica deve ser tomada a partir da uma reflexão filosófica mais originária, todos os pressupostos epistemológicos são, portanto, filosóficos e, conseqüentemente, os pressupostos da ciência passam a ser não-cientificizáveis (MARTINS, 2017, p. 72-3); todas estas questões são indicativas do que pode ser expresso como a “tripla crise” sintetizada da seguinte maneira

em sua *Introdução*, Heidegger afirma que a crise se sedimenta de maneiras diversas, e são elas: 1) a crise na estrutura essencial interna da própria Ciência; 2) a crise da Ciência no tocante a sua posição no todo de nosso ser-aí histórico social; 3) a crise da Ciência na relação do indivíduo com a própria Ciência (MARTINS, 2017, p. 74).

A grande divergência, aqui, entre a posição adotada pelo trabalho, a de Martins (2017) e a de Dib Taxi (2018) diz respeito ao objeto a ser investigado. Enquanto o primeiro pretende demonstrar a atualidade hermenêutica da Ciência do Direito, ou seja, demonstrar como que, a partir do diagnóstico da crise, a própria hermenêutica deve estar inserida em qualquer constituição metodológica e epistemológica nas análises jurídicas; o segundo pretende demonstrar que, nesse mesmo contexto de crise o pensamento jurídico moderno perde a capacidade de constituir conhecimento ético como um ser ético e esvazia de seu conteúdo mais essencial, o conceito aristotélico de *Phronesis* (Prudência). O que se pretende sustentar é que, neste mesmo cenário de

crise, o qual todos concordam existir, a historiografia do direito também é afetada frontalmente pelos mesmos motivos: a) a metodologia da historiografia do direito é sempre pensada a partir dos rigores científicos da modernidade (ainda em crise!) e; b) as reconstituições das narrativas históricas, no universo jurídico, não se submetem ao crivo ético da consciência histórica<sup>10</sup>.

### **3 O Diagnóstico da Perda da Prudência no pensamento jurídico moderno e na História do Direito:**

Diz-se na Ética qual é a diferença entre a arte e a ciência e as outras disciplinas do mesmo gênero. E a finalidade do raciocínio que ora fazemos é demonstrar que pelo nome de sapiência todos entendem a pesquisa das causas primeiras e dos princípios. E é por isso que, como dissemos acima, quem tem experiência é considerado mais sábio do que quem possui apenas algum conhecimento sensível: quem tem a arte mais do que quem tem experiência, quem dirige mais do que o trabalhador manual e as ciências teóricas mais do que as práticas. É evidente, portanto, que a sapiência é uma ciência acerca de certos princípios e certas causas (ARISTÓTELES, 2002, p. 07).

Nesta passagem da Metafísica de Aristóteles encontramos um conceito de *phrónesis* como oposição ao saber científico, ou seja, uma espécie de conhecimento prático, porém, como bem salienta Aubenque (1999, p. 16) na Ética à Nicômaco a mesma palavra agora se dirige a uma realidade completamente distinta, ela designa uma virtude *dianoética* no interior da *dianoia*. É como se ele operasse uma subdivisão no interior do espírito, em sua parte racional, tratada do seguinte modo: a) calculadora, a consideração das coisas que não podem ser de modo distinto do que são e; b) opinadora, a consideração das coisas através de seu modo contingente (AUBENQUE, 1999, p. 16). Mas, isto não quer dizer que se trate de conceitos diferentes que necessitem de um estudo apartado para cada um. Neste sentido Dib Taxi (2018), comentando a obra “A Prudência em Aristóteles” de Aubenque (1999), assevera que

é impossível compreender a prudência em Aristóteles sem relacioná-la à sua *metafísica*, posto que a prudência é *um conceito metafisicamente fundado*, e a própria compreensão da ética como um espaço da deliberação e da contingência exige uma compreensão [ontológica] (...) (DIB TAXI, 2018, p. 11-2).

---

<sup>10</sup> Isto, talvez, já esteja sendo, implicitamente, discutido por ambos em suas respectivas teses. Se para Martins (2017) a Hermenêutica ainda constitui o pressuposto da epistemologia e da metodologia jurídica, então ela deve também ser levada em conta para afirmação da metodologia da história do direito, que deve, portanto ser, de antemão, também hermenêutica. Do mesmo modo, se para Dib Taxi (2018) a modernidade do pensamento jurídico esqueceu o debate sobre a Prudência, então, a própria História do Direito, como parte do pensamento jurídico moderno também a esqueceu.

Nesse sentido o propósito preliminar deste pesquisa é continuar desenhando a linha conceitual que levou a constituição originária do sentido de Prudência aristotélico, igualmente, pretende-se aproveitar de Dib Taxi (2018) a reconstituição da Prudência como conceito central para uma hermenêutica filosófica em Gadamer (2015) e demonstrar, de certo modo continuando o diagnóstico de Dib Taxi (2018), que o mesmo esvaziamento prudencial que se procedeu na fundação do pensamento jurídico moderno afetou, sobremaneira, o desenvolvimento da tarefa da História do Direito. A idade da técnica sobrepôs o saber prático e o saber ético, uma lacuna muito grande se abriu entre o jurista (aplicador, cientista da lei) e o historiador do direito (tratado como um tipo especial, e bem diminuto, de filósofo do direito). A concepção de Prudência aristotélica se torna uma boa alternativa para revigorar a Consciência Histórica na análise do Direito e, ao mesmo tempo, para abrir o diálogo entre as diversas possibilidades de narrativa histórica (Alteridade).

O ponto de partida de Dib Taxi (2018) para discussão sobre um conceito de Prudência pode ser dividido em três graus de argumentação: a) a Formação da Prudência; b) o Método para constituição da Prudência e; c) o Objetivo a que se presta a Prudência (p. 17-21). A respeito do primeiro ponto é bastante dizer que a Prudência não é um conceito idealizado que pretende, a partir de um contexto mais geral e abstrato atingir as situações em particular, na verdade, é o oposto disto: a partir da observação da conduta do “homem prudente” (os heróis, os ídolos, os sábios), extrair o *modus* para distinguir ações boas de ações más. Sobre o método seria precipitado acreditar que, pelo sentido de formação, está-se diante de um método indutivo, quando na verdade, a proposição aristotélica é, de acordo com Aubenque (1999) e Dib Taxi (2018) uma ética fenomenológica e um sistema de filosofia moral (p. 19). Pode-se aduzir que a metodologia científica é abandonada e a ótica fenomenológica se torna a mais adequada para apreender a Prudência. Por fim, a questão o objetivo, ou objeto a que se presta a Prudência, veja-se o seguinte trecho “a prudência não significa simplesmente a construção ou intuição dos melhores meios para alcançar alguns fins previamente dados, *mas implica na própria re-constituição daqueles fins*” (DIB TAXI, 2018, p. 19).

Mas, a questão que surge, a partir desta contextualização inicial, é: qual a importância da Prudência na Hermenêutica e no Direito? Bem, continuando a argumentação em Dib Taxi (2018) é notório que Gadamer (2015) perfaz uma leitura renovada e amplia o campo de pesquisa em Aristóteles, e o conceito de Prudência se torna parte da proposição Hermenêutica em sua obra (p. 33). A questão é delimitar o caráter filosófico da hermenêutica gadameriana, não no sentido de se

afastar uma teoria prescritiva, normativa, descritiva ou ontológica, mas, perceber que há uma “virada ética” na obra gadameriana e que compreender Verdade e Método a partir dos pressupostos normativos abre um leque novo de possibilidades <sup>11</sup> (DIB TAXI, 2018, p. 35). Decerto, a crítica aos pressupostos meramente exegéticos da interpretação clássica com Schleiermacher e Dilthey, a redução do mundo da vida cotidiana a uma experiência metódica, são argumentos utilizados em Verdade e Método para caracterizar um esvaziamento (prudencial) da própria atividade interpretativa. Todavia, duas passagens se tornam importantes para consolidação do diagnóstico de Dib Taxi (2018) e que serão aproveitadas a partir de agora: a) O significado paradigmático da hermenêutica jurídica e; b) a razão na época da ciência.

O que Gadamer (2015) pretende criticar em Verdade e Método é a concepção historicista de Savigny, para quem a tarefa da hermenêutica jurídica seria a de compreender os motivos que levaram o legislador a regular determinada conduta através da lei e, portanto, fazer cumprir as exigências daquele, eximindo o intérprete de realizar uma atualização do seu conteúdo, daí porque concluir que o ponto de vista jurídico ser uma ficção insustentável (DIB TAXI, 2018, p. 44-5). É a tensão existente entre sentido original e a ressignificação no contexto do intérprete, considerando a impossibilidade de suspensão do contexto do intérprete e que o sentido não é, para hermenêutica filosófica algo permanentemente fixo, pode-se perceber que: a) o texto normativo precisa ser lido sob um ponto de vista distinto daquele do legislador e; b) operar a inversão da metodologia da Prudência na interpretação jurídica (sair do específico para o particular) (DIB TAXI, 2018, p. 46-7). Para Gadamer (1983), já em outro momento de sua produção, observando as mudanças ocorridas no mundo na década de oitenta, volta ao tema hermenêutica jurídica aproveitando um dos argumentos anteriores

Aplicar o direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei de maneira tal, que o direito propriamente dito se concretize. Por isto, frequentemente, a jurisprudência, isto é, as sentenças que se ditam, são mais importantes nos sistemas jurídicos que a lei geral, de acordo com a qual são tomadas as decisões. E isto porque, o sentido de algo geral, de uma norma, só pode ser justificado e determinado realmente na concretização e através dela (GADAMER, 1983, p. 51).

---

<sup>11</sup> A respeito do tema, para Matos (2012) “após o Verdade e Método, Gadamer buscou reduzir a clara carência de sistematização na sua obra e, ademais, apresentar respostas às críticas com relação à sua hermenêutica filosófica, o que resultou numa coletânea de seus livros e artigos, publicada em dez volumes sob o título ‘Hans-Georg Gadamer – Gesammelte Werke’ pela editora Mohr Siebeck, tendo sido o primeiro volume com o livro Verdade e Método publicado em 1986” (p. 96); a partir dessa constatação se torna possível acompanhar o desenvolvimento da ética aristotélica na obra de Gadamer ao passo que aproxima sua filosofia hermenêutica da filosofia prática.

Fica claro o ponto, então, de que os juristas precisam, urgentemente, reconstituir seu pertencimento à tradição, reestabelecer o diálogo entre a historicidade do sujeito e a do objeto no ato de interpretar. Reconhecer que a crítica ao historicismo de Savigny se dá por sua visão objetivista da história e não por negar, ao direito, sua historicidade. O fato é que, tanto a hermenêutica, quanto o direito, são reféns da racionalização das sociedades contemporâneas. Pensa-se que, através da indução, é possível atingir a um conhecimento puro, desprendido da experiência prática, e atribuindo autoridade para tal constituição de saber (GADAMER, 1983). Isto vai levar a eventual substituição do homem prudente pela figura do perito, e, novamente, Dib Taxi (2018) contribui com a seguinte argumentação

Trazendo um exemplo atual, é como se as pesquisas que mostram que até tantas semanas de gestação o feto é ou não um ser vivo pudessem excluir a discussão moral em torno do aborto, como se o próprio conceito de vida por meio do qual decidiremos questões como aborto ou eutanásia pudesse ser mais perfeitamente fornecidos pela ciência e nunca pela filosofia (DIB TAXI, 2018, p. 65).

Isto desperta a necessidade de se pensar em que medida, também, na disciplina da História do Direito houve um esvaziamento da filosofia prática e uma supervalorização da técnica. Desperta a necessidade de perceber o quanto ainda se está distante do despertar de uma verdadeira Consciência Histórica para o Direito brasileiro. Uma hipótese, para este argumento, é esta: a História do Direito, enquanto disciplina da Ciência Jurídica, além de ter sido transformada em técnica por razões de obediência metódica dos rigores da modernidade científica; também se tornou um tipo de conhecimento completamente desatrelado da razão ética, sem assumir, portanto uma lógica prudencial. Este fato singular explica, de certo modo, porque narrativas totalitaristas são tomadas como pressuposto para narrativas jurídicas (como por exemplo o fato de sempre contar-se a história dos Direitos Humanos tomando como pressuposto a História da França e da Inglaterra, nunca a dos chamados países periféricos). No próximo tópico pretende-se argumentar que, também, é uma boa justificativa para o problema de pesquisa em deslinde a questão da possibilidade de abertura para o “outro histórico”, logo, para a Alteridade.

#### **4 A necessidade de reconstrução das Narrativas Sufocadas a partir do reconhecimento do “outro histórico” (Alteridade):**

*All of this is a reasonable prognosis which can be argued upon an empirical basis, and which traces the outline of a future horizon which will at least attempt to overcome the substantial dominations which can be detected throughout our historical moment, because without this attempt, it is impossible to imagine today how we are going to overcome the inevitable dominations of the future, which will surely emerge because of the nature of our human condition (DUSSEL, 2013, p. 18).*

As linhas finais de “O Problema da Consciência Histórica” de Gadamer (2004) acusam, possivelmente, uma *pedra de toque* entre a Filosofia Hermenêutica deste e a proposta de um pensamento emancipatório decolonial. Considero que, muito embora, não tenha sido a posição ou intenção de Gadamer (2004) falar em nome da filosofia ou da ética da libertação, é bem perceptível como sua argumentação a respeito da tomada de Consciência Histórica se aproxima em ideal, objetivo e conclusões da proposta (por exemplo) dusseliana de uma filosofia da libertação para América-Latina. O que Gadamer (2004) está atacando a proposta de um historicismo objetivista que toma como pressuposto, dentre outras coisas, a relação entre sentido original e contexto do intérprete, tomando como pressuposto que a escola historicista é ingênua por limitar sua investigação (o ato que perguntar) confiando cegamente no seu método como proposta de análise (p. 69-70).

Nesse sentido a resposta gadameriana para essa ingenuidade objetivista é, relativamente, simples: a interrogação; “a essência da interrogação é pôr a nu as possibilidades e mantê-las de sobreaviso” (GADAMER, 2004, p. 69). Tanto a ideia constituída pelo senso comum histórico, quanto a nova ideia que tomou seu lugar, não podem ser tomadas como verdades absolutas e desatreladas do pertencimento à Tradição, elas fazem parte de um fluxo contínuo e ininterrupto de acontecimentos (GADAMER, 2004, p. 69). Ainda, “vê-se que há relações dialéticas entre o ‘antigo’ e o ‘novo’, entre o preconceito que é parte orgânica do meu sistema particular de convicções ou opiniões, ou seja, o preconceito implícito, e o elemento novo que o denuncia” (GADAMER, 2004, p. 69), esse elemento estranho que não é propriamente “meu”, “minha opinião”, acaba por se revelar como “verdadeiramente outro”. Essa relação é mediada, portanto, pela hermenêutica e pela interrogação. Apesar de extenso, vale muito a pena a transcrição do penúltimo parágrafo da obra

Não somente o conceito, mas também a expressão mesma ‘objeto histórico’ me parecem inúteis. O que pretendemos designar com essa expressão não é um ‘objeto’ mas uma ‘unidade’ do ‘meu’ e do ‘outro’. Torno a insistir mais uma vez: toda compreensão hermenêutica começa e termina com a ‘coisa mesma’. Mas, de um lado, cumpre aqui evitar confundir o papel da ‘distância temporal’ que existe

entre o começo e o fim, e, de outro lado, evitar uma objetivação idealizante da ‘coisa mesma’, como fez o histórico objetivista. A desespacialização da ‘distância temporal’ e a desidealização da ‘coisa mesma’ nos leva, então, a compreender como é possível reconhecer no ‘objeto histórico’ o *verdadeiramente ‘outro’ em face das convicções e opiniões que são ‘minhas’*, quer dizer, como é possível conhecer *a ambos*. É bem verdade que o objeto histórico, no sentido autêntico do termo, não é um ‘objeto’ mas a ‘unidade’ de um e de outro. Ele é a relação, isto é, o ‘pertencimento’ pelo qual ambos se manifestam: a realidade histórica, de um lado, e a realidade da compreensão histórica, de outro. É essa ‘unidade’ que constitui a historicidade originária em que se manifestam obedecendo ao seu mútuo pertencimento, o conhecimento e o objeto históricos. Um objeto que nos chega através da história não é simplesmente um objeto que se possa discernir de longe, mas sim o ‘centro’ no qual *o ser efetivo da história e o ser efetivo da consciência histórica* aparecem (GADAMER, 2004, p. 71).

Sustenta-se aqui que, apesar de a tarefa de Gadamer (2004) estar voltada para uma ontologia da compreensão (mais especificamente da compreensão histórica), a abertura dialética entre o “meu” e o “verdadeiramente outro” abrem margem para a especulação sobre se pode subsistir uma consequência decolonial no pensamento gadameriano. Podemos especular sobre essa questão tomando como pressuposto alguns pontos de partida: a) afinidade teórica; b) aproximação referencial; c) consequências pragmáticas ou; d) pelo método compartilhado de investigação. Sobre o argumento da afinidade teórica é importante delimitar que entre 1960 e 1970 o movimento da filosofia da libertação latino-americano é inaugurado, quase que concomitantemente, com a teologia da libertação. A simples alocação espaço-temporal, já tem muito a contribuir, pois já temos Gadamer publicando a primeira versão de Verdade e Método e já se abrindo para a questão da linguagem. Ou seja, a abertura para um Gadamer mais preocupado com o caráter normativo de sua hermenêutica ainda estaria por vir.

Ainda sobre o argumento da afinidade teórica não é segredo para nenhum leitor e pesquisador de Gadamer (2004) que apesar de ter sido criado em um lar de pais protestantes a religião não desempenhou um papel grandioso em sua obra (GRONDIN, 2002, p. 3). Seu pai, um farmacêutico de renome, apegado a tradição cientificista de seu tempo, reservou à razão da fé um lugar secundário na formação do jovem Gadamer e, sua mãe, bem mais religiosa, faleceu quando ele tinha apenas quatro anos de idade (GRONDIN, 2002, p. 3). Grondin (2002), porém, rememora *“by the way, Gadamer also often said, and wrote somewhere, that if you haven’t been taught about the <<good lord>> (dem lieben Gott) in the first three years of your existance, you will never <<get it>>”* (p. 4).

Todavia é sabida, também, a quantidade de leituras e estudos que são produzidos tratando dos efeitos das proposições hermenêuticas de Gadamer na leitura dos textos sagrados<sup>12</sup>. Considerando, ainda, que Gadamer sempre olhou com respeito os reflexos teológicos e a fundação teológica da empresa hermenêutica é de se perceber a pouca afinidade teórica, por exemplo, com a teologia da libertação (apesar da possibilidade de alguns de seus argumentos fazerem certo sentido dentro das proposições da teologia da libertação). Por afinidade teórica podemos dizer que dificilmente conseguiremos incluir Gadamer (2015) diretamente como um filósofo interessado no movimento de Libertação, ou, emancipação seja tomando como ponto de partida a análise da teologia da libertação, seja tomando como ponto de partida a questão política da filosofia da libertação<sup>13</sup>.

Sobre o argumento da aproximação referencial é possível perceber que, tanto Gadamer (2004) quanto Dussel (1990) compartilham duas referências que se tornam pontos de partida para ambos: Husserl e Heidegger. Há de se notar, do mesmo modo, que não é só a fenomenologia que os une, mas, também, o pertencimento a uma orientação hermenêutica que é compartilhada pelos dois. A diferença entre eles está no objeto de investigação e nas conclusões.

Para Dussel (1990, p. 06-19), a quem eu considera-se um hermeneuta metafísico (na sua fase de “sono hermenêutico”), a compreensão adequada do mundo foi aprisionada pelos projetos de totalidade da filosofia do centro e constituiu toda a expressão de um mundo da vida cotidiana imposto para periferia. O que Dussel (1990, p. 58) pretende é constituir um *ethos* do libertador para que seja possível desvencilhar-se dessas amarras impostas pelo centro. Já Gadamer (2004), diferentemente, está preocupado com a ontologia da compreensão (por isso um olhar para si). Ambos, por motivos diferentes, acabam se voltando para a investigação da Ética, mas, um com o

---

<sup>12</sup> Nesse sentido ver o texto de Eduardo Gross (2012) intitulado Tillich em Diálogo com Gadamer: a história da Teologia e o Caráter escatológico do cristianismo; o texto de Philippe Eberhard (2007) intitulado Gadamer and Theology; o texto de Jean Grondi (2002) intitulado Gadamer and Bultmann; todos eles tentado aproximar os efeitos da Hermenêutica Filosófica para o estudo da Teologia.

<sup>13</sup> De acordo com Flávio Hernan Teruel (2010) a produção acadêmica de Dussel pode ser vista a partir de quatro etapas distintas de preocupação e de produção: a) a primeira chamada de “simbólica latino-americana” na qual Dussel estava profundamente preocupado com a Hermenêutica em Ricoeur, pelo Humanismo helênico e semita, tal qual pelo dualismo entre antropologia e cristianismo; b) a segunda, marcada pela suas obras “Totalidade e Infinito” e Filosofia e Ética Latino-Americana”, Dussel experimenta um despertar do sono ontológico por ele vivido já influenciado por Emanuel Levinás e pelo caráter político da ontologia heideggeriana atribuído por Marcuse na Escola de Frankfurt; o terceiro período pode ser chamado de período marxista pois ele pretendeu realizar uma revisão sistemática da obra de Marx considerando que não se pode fazer filosofia na América-Latina sem pensar no seu caráter prático e, por fim; d) a quarta, dominada pela necessidade de constituição de uma Ética da Libertação fortemente influenciada por seus debates com Otto Appel e marcada pela publicação de “Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão” (p. 78).

olhar eminentemente mais político (e centrado na reconstituição de uma ética da *práxis* de teor marxista) e outro numa perspectiva mais filosófica (voltado para restituição de *Phronesis* com o revigoramento de Aristóteles).

Sobre o terceiro argumento, o das consequências práticas, terá que ser considerado o que Gadamer efetivamente disse, do que o que ele não disse e: a) o que pode ser aduzido logicamente de sua narrativa e, b) o que pode ser aduzido subjetivamente de sua narrativa sem levar em conta pré-conceitos ilegítimos sobre sua obra. Como viemos dizendo ao longo deste tópico: Gadamer não possui um interesse direto na libertação dos povos latino-americanos. Mas, disto decorre que sua abertura dialogal em *Verdade e Método* não é aplicável para a Filosofia da Libertação? Sabe-se que Gadamer (2004) está fazendo uma reflexão mais interna sobre o processo de compreensão e que o “verdadeiramente outro” está dentro do sujeito e não lançado para fora de si. Neste diapasão, seria realmente possível argumentar que Gadamer é inconsciente da questão do “outro metafísico”<sup>14</sup>?

Por fim, sobre o argumento do método compartilhado, tanto Emmanuel Levinás, Enrique Dussel e Hans-Georg Gadamer compartilham um método de investigação, que como disse acima, foi herdado pela tradição hermenêutica a partir da pesquisa Husserl-Heidegger: a investigação fenomenológica. Desta feita, existe, pelo menos numa questão de método, uma vinculação necessária entre a hermenêutica filosófica e a filosofia da libertação de Dussel. Em conclusão, *a priori*, parece mais que possível falar de uma relação entre os “Problemas da Consciência Histórica” com os argumentos da Filosofia da Libertação e atribuir uma relação entre os conceitos de “verdadeiramente outro” e “outro histórico” com as perspectivas e narrativas que não fazem parte de história geral como história do centro (e não da periferia). Estes discursos sufocados poderiam vir à tona a partir de uma reflexão baseada na tomada de consciência proposta por Gadamer (2004).

## 5 Conclusão

---

<sup>14</sup> Em sua obra “Filosofia da Libertação”, Dussel (1990) apresenta o conceito de “outro” como exterioridade metafísica partindo da conceituação de categorias básicas (para sua filosofia) como Proximidade, Totalidade, Mediações e chegando na Exterioridade ele passa a descrever o que considera o Ethos do Libertador assumindo, dentre outras coisas, que somente além do horizonte do ser do sistema podemos enxergar a Exterioridade como Transcendentalidade interior na medida em que a) o Outro é mediado como instrumento; b) para poder transcender o ser do sistema é preciso nos auto interpretar como partes desse todo e obtemperar sobre as exterioridades a partir da liberdade constitutiva da própria natureza humana (p. 22-58).

O diálogo intercultural deveria estar ocupando uma posição de protagonismo como uma prioridade cultural e política, especificamente, no que diz respeito à fundação epistemológica e metodológica do conhecimento humano (DUSSEL, 2013, p. 03). Porém, permanecendo o monopólio cultural, econômico, político e militar no Norte Global o mundo moderno, já sofrendo os efeitos dos Tratados Internacionais de autoafirmação dos povos da década de setenta e, cada vez mais, deixando de lado os regimes coloniais, continua a exigir uma emancipação dos povos do chamado Sul Global (América-Latina, Bantu África, o mundo Árabe e Islâmico, Sudeste Asiático e da Índia, incluindo a China) (DUSSEL, 2013, p. 04). Para Dussel (2013, p. 04) essa emancipação deve começar por um processo de diálogo inter-filosófico entre as comunidades globais pós-coloniais, daí a necessidade de construção de uma agenda para o diálogo sul-sul (*south-south dialogue*) como o primeiro passo para se pensar num dialogo norte-sul, “*it is thus imperative that the philosophers of the South meet in recognition of their existence as such (...) in order to clarify our positions, develop working hypothesis, and then, initiate a fertile North-South inter-philosophical dialogue*” (DUSSEL, 2013, p. 04).

Seria necessário construir um projeto para viabilização desse diálogo, essa é a perspectiva que Dussel (2013) adota e tenta desenhar no seu artigo “*Agenda for a South-South Philosophical Dialogue*”. O primeiro ponto a ser considerado para viabilização do diálogo sul-sul seria a reunião de filósofos críticos provenientes do Sul global a fim de estabelecer com clareza quais são os problemas, temas e hipóteses centrais que devem permear o debate (DUSSEL, 2013, p. 04). O objetivo seria a possibilidade de mútua compreensão (primeiro entre os filósofos do sul e depois com o mundo todo) acerca dos pontos de partida e de chegada para filosofia moderna pós-colonial, neste momento a própria história das filosofias regionais poderia ser reinterpretada e reconduzida a uma luz que nunca poderia ter sido levada anteriormente por conta dos processos de opressão intelectual utilizados pelo Norte<sup>15</sup> (DUSSEL, 2013, p. 05).

Em seguida a posição da investigação etnocêntrica da filosofia é criticada por Dussel (2013, p. 05) “*my point of departure is that all philosophies (...) have inevitably been ethnocentric in character since their origin lies in certain ontological ingenuousness which considers their own world (...) as the center around which the rest of humanity revolved*”. Claro que isto também possui implicações no conhecimento histórico e Dussel (2013, p. 06) não é ingênuo quanto a isso,

---

<sup>15</sup> Como por exemplo, o método de ensino, as referências, os autores, o modelo de ensino e aprendizagem, todas essas ferramentas impossibilitaram a ascensão de uma filosofia crítica Latino Americana (DUSSEL, 2013, p. 05).

pois ele assume que esse tipo de pensamento gera um julgamento histórico específico que caiu nas graças dos filósofos da periferia. Como pensadores locais da periferia poderiam se equiparar a um Kant, um Hegel, um Marx ou um Heidegger? Isto seria um indicativo de que é impossível existir uma filosofia da periferia? De fato, houve diversos filósofos e orientações filosóficas na América-Latina que auxiliaram no desenvolvimento da filosofia euro-americana na modernidade, porém, o que a história deve considerar são as raízes de por quê o eclipse da filosofia Latino-Americana continua a acontecer (DUSSEL, 2013, p. 06) e colocá-los a luz da suspeita (como pretendeu Gadamer com a Consciência Histórica).

O texto continua abordando questões como a tecnicização do conhecimento pelas ciências na modernidade, a dimensão da expansão política e militar na questão colonial, a justificação ontológico-filosófica do colonialismo, a libertação econômica e política do sul, a afirmação das culturas ancestrais do sul, a filosofia do sul como crítica ao colonialismo e, o desvelamento de uma filosofia do sul (DUSSEL, 2013, p. 07-16). Dois pontos são considerados essenciais para a construção do argumento do presente tópico: a) a justificação ontológico-filosófica do colonialismo e; b) o desvelamento de uma filosofia do sul. A justificação filosófica é exposta em três níveis, um antropológico, um histórico e um ético. A práxis colonial sempre tomou como ponto de partida um projeto totalitário e, portanto, universal de filosofia e isto, infelizmente, foi aceito pelos membros das academias do sul (DUSSEL, 2013, p. 09). Dizer que existia uma superioridade intelectual dos autores europeus sobre o resto do mundo (questão antropológica), dizer que a Europa era o centro da história universal (questão histórica), ou, dizer que só existe um modelo universal de ética que pressupõe critérios puramente racionais (questão ética); foram os três argumentos chave para a legitimação do colonialismo (DUSSEL, 2013, p. 09-10).

A questão ontológica é o último grau de legitimação do colonialismo. Dussel (2013) expõe isto com base na relação entre o “Eu Europeu”, a partir da fundação do “penso logo existo” no racionalismo descartiano, como o “penso logo conquisto”: se penso como e partir do “Eu Europeu” me torno responsável por levar o meu mundo (*welt* no sentido heideggeriano) como a única possibilidade de significação da existência para qualquer “outro” (p. 10). De fato, uma justificativa de peso ontológico para o colonialismo e “*the need to overcome this Eurocentric vision must precisely be the primary objective of a dialogue among the philosophers of the South*” (DUSSEL, 2013, p. 10). Apesar do último argumento, o do desvelamento de uma filosofia do sul, veja-se

*A key priority which should be included in the initial stages of development of a network of philosophies of the South is to begin with the study, debate, exposition, and publication of histories of philosophy in each of our countries, continents, and regions. It is notable that the first histories of the national philosophies of the South are beginning to appear. At the same time we must also prioritize the publication of the classical work of the philosophers of the South, at least since the end of 15th century. It would be even better if all of the classic works since the origins of these regional histories were included (DUSSEL, 2013, p. 15).*

Tomando como uma guia essa visão de Dussel (2013) é possível começar a perceber as inúmeras possibilidades práticas de se restituir a atualidade do Problema da Consciência Histórica dentro da investigação jurídica brasileira. Há uma escassez de obras sobre história da filosofia do Brasil a partir de autores brasileiros, ou obras de teoria do direito com as teorias dos autores brasileiros. Toda história dos Direitos Humanos no Brasil é contada a partir das Revoluções Europeias, a partir da Segunda Guerra Mundial. Os processos de construção jurídico-filosófica são completamente reféns da justificativa ontológico-filosófica do colonialismo. Falar em nome da Alteridade não é só um sentimento de pertença à tradição sob a qual encontramos-nos vinculados enquanto brasileiros ou latino-americanos. É também o reconhecimento da tensão entre o processo de des-identificação da nossa cultura e a sua necessidade de afirmação.

Hoje, talvez mais do que nunca, seja necessário e urgente pensar na nossa própria pesquisa enquanto continuação dos trabalhos anteriormente produzidos pelos nossos antepassados, sejam eles mais remotos ou mais próximos a nós. O Culturalismo Jurídico de Tobias Barreto de Menezes, o Construtivismo Lógico de Pontes de Miranda, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, a Crítica Hermenêutica de Lênio Streck devem ser o nosso ponto de partida.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

\_\_\_\_\_. **O Conceito e Validade do Direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kleimt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Revisão da tradução por Karina Jannini. Editora Martins Fontes. São Paulo – SP. 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.
- AUBENQUE, Pierre. **La Prudencia en Aristóteles**. Traducción castellana de Maria José Torres Gómez-Pallete. Ed. Crítica. Grijalbo Monadori, S. A., Aragón, Barcelona. 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro**. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <[www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853)>. Acesso em: 01.04.2014.
- AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**, 2 vols., 5 ed., Londres. 1861.
- BARROS, José D'Assunção. **Teoria da História – Os Primeiros Paradigmas: Positivismo e Historicismo**. Volume II. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.
- COING, Helmut. **Las Tareas del Historiador del Derecho (Reflexiones Metodológicas)**. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977 In GONZALEZ, Maria del Refúgio. Historia del Derecho (Historiografía y Metodología). Universidad Autónoma Metropolitana. 1977.
- DIB TAXI, Ricardo Araújo. **A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno**. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018.
- DILTHEY, Wilhelm. **Introdução ao Estudo das Ciências Humanas – Tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história**. 2ª Ed. Tradução e prefácio Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Hermeneutics and the Study of History**. Selected Works. Volume IV. Edited with an introduction by Rudolf A. Makkreel and Frithjof Rodi. Princeton University Press. Princeton – New Jersey. 1996.
- DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento Del otro: Hacia el origen Del mito de la modernidad. Madrid, Nueva Utopía, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Filosofía de la Liberación**. Ediciones la Aurora, Buenos Aires-Argentina, 1990
- \_\_\_\_\_. **Hacia una filosofía política crítica**. Palimpsesto. Derechos Humanos y Desarrollo. Ed. Desclée. 2001.
- \_\_\_\_\_. Derechos Vigentes, Nuevos Derechos y Derechos Humanos. **Revista Crítica Jurídica**. N. 29. Ene/Jun 2010. p. 229-235.

\_\_\_\_\_. Agenda for a South-South Philosophical Dialogue. **Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge**. XI, Issue 1, Fall. 2013. 3-18.

\_\_\_\_\_. Transmodernidade e Interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Revista Sociedade e Estado**. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts. London, England. 1986.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Ênio Paulo Gianchini. 15ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II – Complementos e Índice**. Tradução de Ênio Paulo Gianchini; revisão da tradução Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2002.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Consciência Histórica**. 2ª Ed. Tradução Paulo César Duque Estrada. Editora FGV. Rio de Janeiro – RJ. 2003.

\_\_\_\_\_. **A Razão na Época da Ciência**. Trad. De A. Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

\_\_\_\_\_. **Gadamer and Bultmann**. Published in J. POKORNY and J. ROSKOVEC (dir.), *Philosophical Hermeneutics and Biblical Exegesis*, Tübingen : Mohr Siebeck, Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament, 2002, 121-143. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12295132/Gadamer\\_and\\_Bultmann](https://www.academia.edu/12295132/Gadamer_and_Bultmann)> Acesso em 01 Mai 2014

HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Ed. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2012

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo – Parte II**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13ª Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

\_\_\_\_\_. **Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo-Finitude-Solidão**. 2ª Ed. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2015.

HIMMA, Kenneth. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford University Press. 2002.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª Edição, Segunda Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 3ª Edição. 3ª Reimpressão. São Paulo: Atlas. 2011.

MARMOR, Andrei. **Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral**. Forthcoming in the Oxford Journal of Legal Studies. USC Legal Studies Research Paper No. 05-16. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=763844>> Acesso em: 01 Abril 2014.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A Atualidade Hermenêutica da Ciência do Direito: Uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito**. Tese de Doutorado defendida em 28.03.2017. Disponível em: <<http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses/Tese%20Ricardo%20Evandro%2003%20a%20bril%202017%20Paulo%20Weyl%20ufpa%20ppgd.pdf>> Acesso em: 15. Jun.2018.

MATOS, Saulo Martinho Monteiro de e; PINHEIRO, Victor Sales. Por um conceito hermenêutico de direito: delimitação histórica do termo “hermenêutica” e sua pertinência ao Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 14, n. 20, p. 169-194, jul-dez. 2016.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Ensaio e Estudos de Philosophia e Crítica por Tobias Barreto de Menezes**. 2ª Edição correcta e augmentada. Editor José Nogueira de Souza. Pernambuco – PE. 1889. Disponível em: <[www.dominiopublico.com.br](http://www.dominiopublico.com.br)> Acesso em: 01 Abril 2014.

\_\_\_\_\_. **Obras Completas IV: Discursos**. Edição do Estado de Sergipe. Decreto n. 803 de 20 de Abril de 1923. Sergipe – SE. 1929. Disponível em: <[www.dominiopublico.com.br](http://www.dominiopublico.com.br)> Acesso em 01.Abril.2014.

MOURA, Solange (Org.). **Livro Didático de História do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro – Editora Universidade Estácio de Sá. 2014.

NUNES, Benedito. **Passagem para o poético – Filosofia e Poesia em Heidegger**. São Paulo. Edições Loyola. 2011.

\_\_\_\_\_. **O Crivo de Papel**. São Paulo. Edições Loyola. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ensaio Filosófico**. Organização e apresentação Victor Sales Pinheiro. São Paulo – SP. Editora WMF Martins Fontes. 2010.

PAIM, Antônio. **A Escola do Recife – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil**. Volume V. 3ª Ed. Editora UEL. Londrina. 1997.

\_\_\_\_\_. **Os Intérpretes da Filosofia Brasileira – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil**. Volume I. 3ª Ed. Editora UEL. Londrina. 1999.

PAULSON, Stanley. **The Very Idea of Legal Positivism**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 102. pp. 139-165. Jan/Jul. 2011.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2000.

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Calderon Press. Oxford. 1994.

WEYL A. COSTA, Paulo Sérgio. **Autonomia e norma jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. 3ª Ed. – 2ª Tiragem, Revista e Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.