

Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como *background* para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim)

From the Epistemology of Interpretation to the Ontology of Comprehension: Gadamer and the Tradition as Background to the Engagement in the World (or: Criticism on the Solipsist Brazilian Judge)

Lenio Luiz Streck

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aposentado. Advogado. Email: lenio@unisinios.br.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professor do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. Email: madwermuth@gmail.com.

Artigo recebido em 9/05/2014 e aceito em 11/11/2014.

Resumo

O presente artigo tem por objeto a filosofia hermenêutica proposta na obra de Hans-Georg Gadamer. Sua posição parte dos preconceitos gerados pelo homem acerca do objeto a ser interpretado, e aí se introduz em um círculo que vai do texto ao intérprete e regressa novamente ao texto para encontrar em cada movimento circular um elemento que enriquece a interpretação, até alcançar uma fusão de horizontes, na qual o intérprete assimila o conteúdo do texto, fazendo-o parte de si mesmo, mas sem fazer com que o texto perca sua própria autonomia; é dizer, o homem interpreta o texto a partir de sua própria história, tempo, cultura, circunstância, a partir de seu horizonte, para trazer até ele o essencial do horizonte do texto. Nesse sentido, o presente texto busca também aproximar a tese gadameriana com as práticas cotidianas dos juristas, examinando, para esse fim, alguns casos julgados.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Círculo hermenêutico. Interpretação jurídica.

Abstract

The present paper has as the object the hermeneutic philosophy proposed in the works of Hans-Georg Gadamer. His position has the prejudice generated by men about the object to be interpreted as basis, and then it is introduced in a circle which goes from the text to the interpret and back to the text to find one element that enriches the interpretation, in each circular movement, until it reaches a fusion of horizons, in which, the interpret assimilates the content of the text, making it part of himself, however, without causing the text to lose its own autonomy; it is the same to say that the man interprets the text from his own history, time, culture, circumstance, from his own horizon, to bring to himself the essence of the horizon of the text. In this sense, the present text aims at approaching the gadamerian thesis according to daily practice of the jurists, by examining some already judged cases.

Keywords: Hermeneutics. Interpretation. Hermeneutic Circle. Juridical Interpretation.

1. A Verdade *Contra* O Método: a importância da tradição na hermenêutica filosófica gadameriana

1.1 Gadamer e o problema do método: críticas à hermenêutica de Schleiermacher e Dilthey e a retomada do círculo hermenêutico heideggeriano

Desde Descartes, a Filosofia Moderna era orientada pela questão do método, ou seja, pelo estabelecimento de regras para a direção do pensamento. O método era considerado enquanto uma rota certa para alcançar a “certeza absoluta”. Nesse contexto, a abolição da especificidade do sujeito e da generalidade da cultura do investigador se impunha: acreditava-se em uma suposta universalidade, comum a todos os sujeitos, que somente poderia ser encontrada na “razão”.

Em virtude disso, o método científico então gestado considerava as questões relativas ao passado, à tradição, como sinônimos de ignorância. Focava-se, com otimismo, o futuro. O entendimento, aqui, pressupunha o afastamento da tradição. Ou seja, o racionalismo científico, em sua busca pelo método, se distancia do mundo que o precede. Como observa Côrtes (2006, p. 282), “sua assertividade repousa sobre um insulamento da consciência que, ao encapsular a subjetividade num suposto reino de pureza e controle procedimental, também promoveu um divórcio da realidade.”

Nesse aspecto, Gadamer (1983) sustenta que o essencial nas “ciências do espírito” não é a objetividade, mas sim a relação habitual com o objeto, por meio do ideal da participação (*Teilhabe*) nos enunciados básicos da experiência humana. Isso, nas ciências do espírito, é o verdadeiro critério para aferição do conteúdo ou da ausência de conteúdo de suas doutrinas. E o modelo do diálogo possui um significado estrutural para essa forma de participação, dado que o diálogo está caracterizado pelo fato de que nele ninguém, por si só, contempla o que acontece nem afirma que domina, sozinho, o assunto. Pelo contrário, cada pessoa toma parte conjuntamente na verdade que se obtém em comum. Quer dizer: Gadamer vai questionar a autoridade do método, ao mostrar que a verdade, ao invés de ser revelada pelo método, é por ele obscurecida. Na contramão dessa perspectiva, o filósofo vai voltar-se

justamente à tradição que, para ele, tem uma justificativa que está além do fundamento racional e, em grande parte, determina nossas instituições e atitudes.

Em Gadamer, não é possível a cisão entre a tradição e a razão. Tudo aquilo que é definido como racional, é sempre definido dentro dos padrões da tradição. Como escreve o autor,

“vivemos dentro de tradições, e essas não são um campo parcial de nossa experiência do mundo nem uma tradição cultural que consta apenas de textos e monumentos, transmitindo um sentido constituído pela linguagem e historicamente documentado. Ao contrário, é o próprio mundo experimentado na comunicação que se nos oferece (*traditur*) constantemente como uma tarefa infinitamente aberta. Não é nunca o mundo do primeiro dia, mas algo que herdamos. Toda vez que experienciamos algo, sempre que suplantamos a falta de familiaridade, sempre que se produzem iluminações, conhecimento, assimilação, realiza-se o processo hermenêutico de inserção na palavra e na consciência comum. A própria linguagem formulada em monólogo, própria da ciência moderna, só conquista a realidade social por essa via” (GADAMER, 2012, p. 55).

Isso significa dizer que a tradição é, na perspectiva gadameriana, uma força vital inserida na cultura. Não é possível furta-se à tradição ao realizar uma investigação científica: estamos sempre inseridos nela. O *modus operandi* filosófico gadameriano perpassa, portanto, pela recuperação e pelo resgate de ideias reprimidas e esquecidas. E aqui um alerta mostra-se imprescindível para a compreensão da postura do autor: Gadamer esclarece que sua hermenêutica pouco diz a respeito de suas aplicações e orientações práticas. A sua preocupação real é filosófica. Logo no prefácio à segunda edição de Verdade e Método o filósofo adverte: “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer.” (GADAMER, 2012a, p. 14).

No percurso desenvolvido em Verdade e Método, Gadamer dialoga com outros autores que também se debruçaram sobre o tema da hermenêutica filosófica, como Schleiermacher e Dilthey. Claro que, para Gadamer (2012a), Dilthey é mais avançado que Schleiermacher porque se distancia da

interpretação psicológica, ou seja, seu foco está longe dos significados subjetivos e parte em direção a uma categoria mais ampla, a vida. Em Dilthey, o entendimento humano está inextricavelmente ligado ao passado. E a categoria da vida é utilizada pelo autor justamente para mostrar que as interpretações no presente estão sempre conectadas à sua história, ao seu passado.

Nesse rumo, convém salientar que, na hermenêutica filosófica gadameriana, “o todo da cultura humana deve ser compreendido como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude.” Diante disso, torna-se possível asseverar que “Gadamer acertou com esse seu projeto a mais coerente interpretação de como devemos compreender a condição humana na história e na natureza.” (STEIN, 2011, p. 23).

É justamente aqui o ponto no qual reside a ruptura: a fenomenologia hermenêutica heideggeriana e a análise da historicidade do Dasein buscavam uma renovação geral da questão do ser, ou seja, estavam além da busca por uma mera teoria das ciências do espírito ou uma superação das aporias do historicismo. Heidegger é responsável pelo redespertar da questão do ser, com o que ultrapassa toda a metafísica tradicional.

Gadamer e seu mestre, Heidegger, fazem uma ruptura com o esquema sujeito-objeto típico da filosofia da consciência e seu “cogito”, dado que o compreender não é mais uma mera homogeneização entre o conhecedor e o conhecido sobre a qual se assentava o “método” das ciências do espírito¹. A partir de então, passa-se a compreender que

“a adequação de todo conhecedor ao conhecido não se baseia no fato de que ambos possuam o mesmo modo de ser, mas que recebam seu sentido da

¹ Nesse sentido, Côrtes (2006, p. 281) menciona que “a hermenêutica gadameriana rejeita a pretensão de verdade contida no método científico porque entende que *a consciência subjetiva não é o fiat inaugural da empresa cognoscente. Quer dizer, não existe um cogito absoluto ou uma razão transcendental que, instalados como princípios primeiros da inteligibilidade do mundo, ou declara “penso, logo existo”;* ou estabelece a crítica aos limites da razão para, *a priori* da experiência, definir todas as condições de possibilidade do conhecer, do juízo estético ou do agir moralmente orientado. Para Gadamer, essas atitudes teóricas são insuficientes como fundamentos da inteligência compreensiva, pois, na medida em que desconhecem a historicidade da consciência e (pior ainda) ignoram o caráter histórico das suas próprias incursões epistêmicas, acabam promovendo uma fuga metafísica que imagina ser capaz de se despojar dos apelos da realidade e da tradição, desenraizando a consciência do mundo.”

especificidade do modo de ser que é comum a ambos. E esta característica consiste em que nem o conhecedor e nem o conhecido estão simplesmente dados 'onticamente'. Eles se dão 'historicamente', isto é, possuem o modo de ser da historicidade." (GADAMER, 2012a, p. 350).

Em linhas gerais, portanto, pode-se dizer que a contribuição de Heidegger foi demonstrar que as condições que tornam o pensamento possível não são autogerados, mas são estabelecidos bem antes de nos engajarmos em atos de introspecção, ou seja, que nós já estamos envolvidos no mundo bem antes de nos separarmos do mundo teoricamente para procurar entendê-lo filosoficamente. Quer dizer: "em nuestra relación com la tradición pertenecemos a una comunidad interpretativa que está continuamente en un proceso de formación y de cambio." (ROLDÁN, 2012, p. 26). Não há, portanto, terminantemente, qualquer possibilidade de cisão entre sujeito e objeto.

Logo, o pertencimento do intérprete ao seu objeto de investigação agora obtém um sentido que pode ser demonstrado concretamente por meio da hermenêutica:

"O Dasein, que se projeta para seu poder-ser, já é sempre 'sido'. Este é o sentido do existencial do estar-lançado. O fato de que todo comportar-se livremente com relação ao seu ser não possa remontar para além da facticidade desse ser constitui o núcleo central da hermenêutica da facticidade e sua oposição à investigação transcendental constitutiva da fenomenologia de Husserl." (GADAMER, 2012a, p. 353.)

Gadamer passa então a analisar a significância do círculo hermenêutico para Heidegger, como um prelúdio à sua própria tomada de posição. Com efeito, sempre existe uma versão parcial do círculo hermenêutico em operação nos entendimentos cotidianos do mundo, e isso não passa despercebido pelo filósofo, que dá importância a essa "especie de dialéctica continua en el movimiento de comprensión que va de la parte al todo, y viceversa." (ROLDÁN, 2012, p. 25).

O autor adverte para o fato de que quem busca compreender sempre está sujeito a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Logo, "elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como

projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, é, então, a tarefa constante da compreensão”, que só vai alcançar sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia a tarefa não forem arbitrarias. Em virtude disso, “faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.” (GADAMER, 2012a, p. 356).

Portanto, é imprescindível compreender que diante de qualquer texto, não é tarefa do intérprete a inserção direta e acrítica de seus próprios hábitos extraídos da linguagem. Pelo contrário, deve-se reconhecer que a tarefa do intérprete é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor. Alerta Gadamer (2012a, p. 357) que

“de modo algum podemos pressupor como dado geral que o que nos é dito em um texto se encaixe sem quebras nas próprias opiniões e expectativas. Ao contrário, o que me é dito por alguém, numa conversa, por carta, num livro ou de outro modo, encontra-se por princípio sob a pressuposição de que o que é exposto é a sua opinião e não a minha, da qual eu devo tomar conhecimento sem precisar partilhá-la. Todavia, essa pressuposição não representa uma condição que facilite a compreensão; antes, representa uma nova dificuldade, na medida em que as opiniões prévias que determinam minha compreensão podem continuar completamente desapercibidas.”

Nesse rumo, salienta Gadamer (2012a, p. 358) que “a tarefa da hermenêutica se converte por si mesma em um questionamento pautado na coisa em questão.” Em outras palavras, afirma o autor que “compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e *com uma tradição* de onde a ‘coisa’ possa me falar.” (GADAMER, 2006, p. 67).

1.2 A reabilitação da noção de preconceito: a tradição como *background* para o engajamento no mundo

Nesse ponto, é importante observar como o autor reabilita a noção positiva de preconceito. Gadamer destaca que o Iluminismo enfatizou apenas a aceção negativa de preconceito, negligenciando a positiva. O preconceito

fundamental do Iluminismo, para o filósofo, é justamente o preconceito contra o próprio preconceito, que acaba por despotenciar a tradição. Segundo ele, é somente a partir do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que permite que o problema hermenêutico seja levado à sua real agudeza. (GADAMER, 2012a).

Portanto, na hermenêutica gadameriana, todos os julgamentos estão inextricavelmente condicionados pelos pré-julgamentos, ou seja, os julgamentos são possíveis, não por uma razão neutra e abstrata, mas sim por um conjunto de envolvimento pré-refletidos com o mundo que está por trás dos julgamentos e, de fato, o tornam possível. Uma condição para fazer julgamentos refletidos e estimativos sobre o mundo é justamente a posse de preconceitos. Sem pré-julgamentos, portanto, não é possível falar em julgamentos.

Do exposto, pode-se asseverar que os preconceitos estão presentes em todos os entendimentos, uma vez que estamos irremediavelmente incrustados na linguagem e na cultura. Em razão disso, Gadamer (2012a, p. 368) vai sustentar que *“os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.”* Logo, o autor entende que *“se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos.”*

A questão que se coloca, nesse ponto, é sobre como saber se um dado preconceito é legítimo. Para Gadamer (2012a) isso só é possível por meio da reabilitação da autoridade e da tradição.

Em Gadamer (2012a, p. 371), a autoridade não tem nada a ver com obediência: ela está relacionada a conhecimento e reconhecimento. Assim, a autoridade genuína do professor, ou qualquer outra pessoa em posse da autoridade real, não acontece por mérito do investimento do poder social, mas sim da habilidade de levantar questões e fazer com que certos tópicos pareçam cruciais, importantes e merecedores de consideração. Logo, *“se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada.”* Isso porque *“ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-*

se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada.” Quer dizer: “autoridade não tem nada a ver com obediência, mas com *conhecimento*.”

Gadamer (2012a, p. 372), então, constrói o seu conceito de tradição: aquilo que tem validade sem precisar de fundamentação. Disso se extrai que a tradição não é simplesmente um processo que a experiência nos ensina saber e governar; é a linguagem! Portanto, ignorar a tradição como um oposto da razão é ignorar que a razão pode, em si, ser uma característica justamente da tradição. Aquilo que definimos como racional é sempre definido dentro dos padrões da tradição. Em outras palavras, a razão é justamente aquilo que é transmitido na tradição. Segue-se disso que “o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual participamos e queremos participar.”

Nessa perspectiva, o tempo deixa de ser considerado enquanto “um abismo a ser transposto porque separa e distancia” e passa a ser “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes.” Reconhece-se, então, “a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender.” Antes de um abismo devorador, portanto, o tempo “está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.” (GADAMER, 2012a, p. 393).

Em Gadamer, portanto, o compreender não é meramente um comportamento reprodutivo, mas também e sempre *produtivo*: “quando se logra compreender, compreende-se de um modo *diferente*.” (GADAMER, 2012a, p. 392). Ou seja, a compreensão não é apenas um “método” por meio do qual a consciência histórica se aproxima do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo. A compreensão, antes, é um processo que tem como pressuposição estar dentro de um acontecer da tradição: a compreensão se mostra como um acontecer, razão pela qual, “do ponto de vista filosófico a tarefa da hermenêutica consiste em perguntar pelo tipo de compreensão e de ciência é esta que é movida em si mesma pela própria mudança histórica.” (GADAMER, 2012a, p. 408). Aqui convém salientar que o título originário da obra mestra de Gadamer, segundo Stein (2002), era “Compreender e

Acontecer”, o que justificaria melhor o subtítulo da obra, “Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”.

Com efeito, na perspectiva gadameriana, a tradição é considerada enquanto parte de um *background* para o nosso engajamento no mundo. Ao lado dos preconceitos, a tradição nunca pode se transformar em um objeto de investigação: estamos inseridos na tradição e jamais seremos capazes de encontrar um ponto fora dela para testar sua validade.

Mas atenção: não se deve confundir pré-juízos (ou preconceitos) no sentido de que fala Gadamer com preconceitos no sentido vulgar. Pré-juízos estão ligados à *Vorverständnis* (pré-compreensão). Opiniões, subjetividades, ideologias são preconceitos em sentido vulgar. Gadamer não trata desses preconceitos.²

Outro ponto central no desenvolvimento da teoria gadameriana é a *WirkungsgeschichteBewusstsein* (consciência da história efetual):

“A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica. No entanto, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso se reveste de uma dificuldade própria. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. Nós estamos nela, já nos

²Não são raros os autores que cometem o equívoco de tachar a hermenêutica filosófica, nos termos propostos nesse texto, de relativista. Um desses críticos é Daniel Sarmiento (2009), para quem a hermenêutica é irracionalista por apostar na pré-compreensão como limite para o decisionismo judicial, uma vez que, segundo ele, em uma sociedade plural e fragmentada – como a brasileira, por exemplo – coexistem múltiplas visões de mundo disputando um mesmo espaço. Propõe então o autor não o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional, mas a sua “filtragem” por meio de uma racionalidade crítica que tome como premissa a ideia de todos os indivíduos merecem ser tratados como livres e iguais. Sarmiento olvida-se do fato de que a hermenêutica filosófica não comporta “regionalismos” (como, por exemplo, “hermenêutica constitucional”) justamente por ser *filosofia*, razão pela qual não admite modos diferentes de interpretar (seja o direito civil, o direito penal, constitucional, etc), sendo justamente neste ponto que reside o caráter de universalização da hermenêutica e não de “regionalização”. Ademais, a crítica de Sarmiento parece não compreender um dos pontos nodais da proposta da hermenêutica filosófica: a existência de dois vetores de racionalidade, um apofântico e outro hermenêutico, que radica na distinção entre compreender e entender, sendo o primeiro de nível hermenêutico-estruturante e o segundo de nível lógico-argumentativo. Por fim, Sarmiento não compreende que o rechaço do método pela hermenêutica filosófica não traduz ausência de racionalidade. Pelo contrário, como evidencia Streck (2012, p. 487-488), “*exatamente porque o método* (no sentido objetivista da palavra) *morreu é que, agora, exige-se maior cuidado no controle de interpretação* [...]. Frise-se: o método morreu porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (*locus* do sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger*). Ora, o método soçobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso! E nem é necessário lembrar que a obra *Verdade e método* pode (ou deve) ser lida como verdade *contra* o método, o que significa admitir a possibilidade de verdadescontendísticas (não apodícticas, é claro).”

encontramos sempre numa situação cuja elucidação é tarefa nossa. Essa elucidação jamais poderá ser cumprida por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos frente à tradição que queremos compreender. Também a elucidação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser realizada plenamente. Essa impossibilidade porém não é defeito da reflexão, mas faz parte da própria essência do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.*" (GADAMER, 2012a, p. 399).

Desse modo, o compreender, em Gadamer (2006, p. 71), significa "operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós." Em síntese, então, pode-se asseverar que a distância temporal é um importante elemento hermenêutico para uma melhor – e diferente – compreensão das coisas, que resulta justamente do contato do texto com novos horizontes históricos que são posteriores ao de sua produção.

O ponto de inflexão, portanto, não é teórico-abstrato, mas prático-concreto, ligado à realidade de onde se busca a inspiração e para onde convergem as possibilidades abertas pelo ingresso da razão prática, onde está em jogo não o exato, mas o contingente, o mutável e o variável, próprio do acontecer humano na sociedade. A isso Gadamer (2012a) vai denominar "fusão de horizontes", termo chave na sua léxica³.

Segundo o autor (2012a, p. 399-400), "horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto", de modo que "ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso." A pessoa que possui horizontes, portanto, "sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne a proximidade e distância, grandeza e pequenez." Disso resulta que "a elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam à frente da tradição."

³ Como assevera Roldán (2012, p. 25), "lahermenéutica no es un método, como lo es el recurso de la ciencia como tal. Se trata de la búsqueda de verdad en el que el pasado y el presente se encuentran en continua mediación. Dicho de otro modo, y en figura creada por el mismo Gadamer: consiste en la fusión del horizonte del texto y el horizonte del lector."

É importante ressaltar que essa visão global é oferecida ao falante pela linguagem. A capacidade de usar a linguagem, decorrente do processo de aculturação, faz com que a pessoa adquira ao mesmo tempo um “horizonte”, ou seja, uma visão panorâmica a partir de uma determinada perspectiva de análise do universo. O conceito de horizonte, então, serve para expressar a amplitude superior da visão que uma pessoa que está tentando entender algo precisa ter.

Nessa linha de raciocínio, assume relevância o fato de que o horizonte nunca é fixo, mas mutável com o passar do tempo. Essa mutação não é tributária do peso da experiência acumulada, mas de um processo paulatino de expansão.

Em razão disso, o entendimento é sempre uma “fusão de horizontes”, ou seja, um horizonte pode sempre ser colocado em contato com outro, sem obliterá-lo, mas fundindo-se com ele. Nessa lógica, o entendimento não é o ato de um sujeito ativo que projeta um significado sobre um objeto inerte, morto. Pelo contrário, presente e passado tem horizontes que podem ser juntados produtivamente, ou seja, a visão global do passado faz uma declaração, por meio do texto, no presente. Desse modo, o evento do entendimento representa uma negação do presente e do passado.

Portanto, com o termo fusão de horizontes, Gadamer pretende demonstrar que o ponto não é o obscurecimento do horizonte do passado, mas mostrar como esse horizonte foi adotado e pode ser expandido no presente. Isso, na sua ótica, é uma questão de não expor as fraquezas do passado a fim de justificar a necessidade de que sejam substituídas pelo presente, mas trazer à tona o sentido segundo o qual o presente nada mais é senão o passado em um novo formato (GADAMER, 2012a).

Feitas essas considerações acerca do resgate da tradição como condição de possibilidade para que a fusão de horizontes e, conseqüentemente, o entendimento ocorra, torna-se necessário, para atingir os objetivos do presente trabalho, investigar como Gadamer trabalha com o problema hermenêutico da aplicação. Isso porque, como salientado no introito, o objetivo da presente investigação é justamente questionar o solipsismo jurídico a partir da hermenêutica filosófica gadameriana. Logo, a

applicatio assume curial relevância para o enfrentamento da questão, razão pela qual é o tema com o qual se ocupa o capítulo que segue.

2. GADAMER E O PROBLEMA HERMENÊUTICO DA *APPLICATIO*: um aporte para a crítica ao solipsismo judicial tupiniquim

2.1 A *applicatio* gadameriana: interpretar é compreender; compreender é aplicar

Na velha tradição hermenêutica, o problema hermenêutico da aplicação era dividido em três etapas. Trata-se da *compreensão* (*subtilitasintelligendi*), da *interpretação* (*subtilitasexplicandi*) e da *aplicação* (*subtilitasapplicandi*). Nessa tradição, “esses três momentos é que deviam perfazer o modo de realização da compreensão.” (GADAMER, 2012a, p. 406). Ou seja, partia-se do pressuposto de que em primeiro lugar é preciso *conhecer*, para depois *interpretar* e somente então estar em condições de *aplicar*.

O romantismo já havia reconhecido a unidade interna entre a interpretação e a compreensão, ou seja, de que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão”, dado que “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.” (GADAMER, 2012a, p. 406). No entanto, essa fusão de compreensão e interpretação acabou por expulsar totalmente do contexto da hermenêutica a questão da aplicação.

Aqui se apresenta, portanto, a inovação gadameriana: reinserir a questão da aplicação no problema hermenêutico, dada a compreensão de que “sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete.” Isso representou um passo além da hermenêutica romântica, “considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação.” E isso não é visto como um mero retrocesso à hermenêutica tradicional que distinguia as três *subtilitatae* e sim como um movimento de guinada rumo à constatação de que “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.” (GADAMER, 2012a, p.

406-407). Segundo Streck (2012, p. 285) “isso significa que não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Desse modo, interpretar é explicitar – argumentativamente – o (já sempre) compreendido.”

Isso significa que, em Gadamer (2012a, p. 408), a compreensão não é um método por meio do qual a consciência histórica poderia se aproximar do objeto eleito para alcançar seu conhecimento. Pelo contrário, é um “processo que tem como pressuposição estar dentro de um acontecer da tradição.” Por isso o “engate” realizado pelo autor entre o significado da tradição na consciência histórica e a análise heideggeriana da hermenêutica da facticidade. O objetivo era demonstrar, aqui, que “*a própria compreensão se mostrou como um acontecer*, e do ponto de vista filosófico a tarefa da hermenêutica consiste em perguntar pelo tipo de compreensão e de ciência é esta que é movida em si mesma pela própria mudança histórica.”

Aqui é que se verifica o ponto nodal, consistente na passagem de uma epistemologia da interpretação para uma ontologia da compreensão, como bem observado por Streck (2012, p. 283-284) quando refere que “compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer.” Isso significa “romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo conhecimento e ação, buscando garantir uma ‘objetividade’ dos resultados da interpretação.”⁴

Na esteira de Streck (2012, p. 284), a inexistência de um “método fundamental” – “metamétodo” ou “metacritério” – do processo hermenêutico faz com que toda opção metodológica apresente-se como arbitrária, o que viabiliza interpretações discricionárias (*ad hoc*). De encontro a esta perspectiva, a hermenêutica filosófica gadameriana (e, por óbvio, a heideggeriana) servem para elucidar o fato de que compreender é um existencial, ou seja: “não é um método. Não pode ser um método e não pode

⁴ De acordo com Streck (2012, p. 294), “interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.”

ser dividido em partes. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser.” (STRECK, 2012, p. 291)⁵.

A partir do giro hermenêutico gadameriano, portanto, a hermenêutica jurídica não mais pode ser compreendida como um mero conjunto de métodos ou critérios que objetivam o estabelecimento da verdade, das certezas. Nesse rumo, convém salientar que “não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, *o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto.*” A linguagem, nessa perspectiva, perde o caráter de ferramenta e passa a ser concebida como “condição de possibilidade e constituidora do mundo”, como “experiência do mundo”.(STRECK, 2009, p. 222).

A linguagem, então, não é mero instrumento, já que o entendimento, na perspectiva gadameriana, não configura um mero fazer, ou seja, uma atividade que persegue objetivos como, por exemplo, a produção de signos por meio dos quais uma pessoa comunica sua vontade às outras. O entendimento prescinde de ferramentas justamente porque “é um processo da vida, onde se representa uma comunidade de vida.” (GADAMER, 2012a, p. 575).

Do até aqui exposto, Stein (1996, p. 74) extrai três teses que considera fundamentais para a compreensão datomada de posturagadameriana. A primeira tese reza que “o objeto hermenêutico é determinado linguisticamente, ou ainda, o objeto hermenêutico é constituído pela lingualidade”; a segunda, defende que “o processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação é também determinado pela linguagem”; a terceira, por fim, sintetiza que “a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica.” Logo, na hermenêutica filosófica de Gadamer “*não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples presença.” Isso porque “*a linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age.*” (STRECK, 2009, p. 210).

⁵ Na mesma linha, Streck (2009, p. 201) refere que “*porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação.* Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre interpretamos. *O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui.*”

A linguagem, aqui, passa a ser compreendida como totalidade, como abertura para o mundo, e, mais do que isso,

“constituente e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, o que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.” (STRECK, 2009, p. 202).⁶

No caso específico do texto jurídico, portanto, o conhecimento do sentido do texto e a sua aplicação a uma determinada situação concreta específica não representam dois momentos distintos, mas um processo unitário. Segundo Gadamer (2012a, p. 429), o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma, mas o seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. Logo, “para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário” e é somente em virtude disso que “o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador”. Ocorre, porém, que o intérprete “não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei”: é imprescindível que ele admita que “as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei”.

Isso significa que, em Gadamer (2012a, p. 432-433), a tarefa da interpretação sempre consistirá na concretização da lei, ou seja, em sua aplicação em cada caso concreto. O juiz, aqui, é responsável pela “complementação produtiva do direito” que se dá na aplicação. No entanto, o juiz também se encontra sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Daqui resulta que “a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” Nesse passo, somente a pessoa que tenha se

⁶ No mesmo sentido: “a centralidade da linguagem, isto é, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo. Não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais). Apagar (um)a linguagem, ou seja, esquecer as condições de sua surgência, de sua nome-ação, não faz as coisas (como tais) desaparecerem.” (STRECK, 2009, p. 203-204).

aprofundado na plena concreção da situação é que estará em condições de realizar essa ponderação de um modo justo. Para o autor, é exatamente isso que faz com que exista segurança jurídica em um estado de direito, dado que, assim, “podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.” Diante disso,

“a princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertinência à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. *A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como simples ato de subsunção, não tem sustentação*” (GADAMER, 2012a, p. 433) [grifou-se].

Feitas essas considerações, abordar-se-á, na sequência, o papel crítico que a teoria gadameriana assume quando cotejada com a realidade das práticas jurídicas brasileiras, ainda eivadas de solipsismo, tanto no que se refere à quimera da subsunção, quanto no que diz respeito à discricionariedade/arbitrariedade judicial tupiniquim.

2.2 Com Gadamer, contra o solipsismo jurídico tupiniquim

Como se procurou demonstrar no tópico precedente, a *applicatio* hermenêutica gadameriana trata justamente da impossibilidade da subsunção do particular no geral, uma vez que, para o autor, como se evidencia do excerto acima, a existência de uma dogmática jurídica perfeita que viabilizaria a resolução de todos os casos por meio da mera subsunção não passa de uma *quimera*. Além disso, a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso concreto é insuperável, ou seja, as

circunstâncias mudaram desde a promulgação da lei, de modo que isso deve ser levado em consideração pelo intérprete quando da sua aplicação ao caso concreto.

Na prática, no entanto, isso não é (ainda) evidência no cotidiano jurídico brasileiro. Como ressalta Streck (2012, p. 278-279), no país, mesmo que os juristas das mais diferentes filiações teóricas afirmem peremptoriamente que a interpretação deve ocorrer sempre em “cada caso”, a realidade das práticas jurídicas demonstra justamente o oposto. Com efeito, impera um certo ceticismo hermenêutico no qual, além da discricionariedade – que será abordada na sequência – há uma completa ausência de fundamentação das decisões, em um quadro no qual “o ‘caso concreto’ passou a servir de álibi para qualquer decisão, proferida segundo a subjetividade (vontade) do juiz ou tribunal.”

Há, evidentemente, no país um processo de construção, pelos juristas, de “pautas gerais”, assim como “verbetes doutrinários e jurisprudenciais” que objetivam a resolução de “casos futuros” de modo que se deixe de considerar suas singularidades/especificidades – e as súmulas vinculantes se afiguram, aqui, talvez como o melhor exemplo disso. Esses enunciados pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação, olvidando-se do fato de que é absolutamente impossível definir “aplicações da lei em abstrato, porque isso seria retornar ao mito do dado (metafísica clássica).” (STRECK, 2013, p. 68).

Outro bom exemplo da “estandardização” do direito brasileiro na seara jurisprudencial pode ser buscado no tratamento dispensado pelos Tribunais pátrios à questão da “insignificância” nos crimes contra o patrimônio. No caso do Supremo Tribunal Federal, um acórdão paradigmático no que se refere à formação da jurisprudência da Corte acerca do tema é de relatoria do Ministro Celso de Mello (Habeas Corpus nº 84.412, DJ. 19.11.2004): na discussão acerca de furto no valor de R\$25,00, o Ministro estabeleceu critérios norteadores para o reconhecimento da “bagatela”, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o baixo grau de reprobabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ocorre que com o advento da Lei 11.033/04, que alterou o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, passou-se a discutir a possibilidade de aplicação do que se convencionou chamar de “princípio da insignificância” no âmbito dos crimes fiscais, bem como de alguns crimes contra a administração pública, considerando-se que a norma fiscal determinou o arquivamento dos autos da execução fiscal de débitos inscritos na dívida ativa da União de valor consolidado igual ou inferior a R\$10 mil. Diante disso, o STF passou a considerar que o desinteresse da União em executar tais débitos fiscais demonstra a irrelevância penal dos comportamentos fiscais, razão pela qual essa faixa de valor passou a ser adotada como parâmetro para a aplicação da insignificância nos crimes fiscais.

Estudo empreendido sob a coordenação do Prof. Pierpaolo Cruz Bottini, da Universidade de São Paulo, analisou os julgados envolvendo o tema que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, dentro do período compreendido entre os anos de 2005 a 2009, mapeando os critérios e os principais argumentos utilizados pela Corte para justificar a reconhecimento ou não da insignificância. A referida pesquisa demonstrou que “nos crimes *patrimoniais*, em 60% dos casos em que os bens estiveram na faixa entre 0 a 100 reais a insignificância foi reconhecida”. Quando, porém, a faixa desse valor aumenta (101 a 700 reais), essa proporção praticamente se inverte: “o instituto da insignificância para crimes patrimoniais não é reconhecido a partir desse último patamar nos casos estudados.” Já nos crimes *fiscais*, o estudo apontou que “a insignificância é reconhecida na totalidade dos casos de valores na faixa de 3001 a 5000 reais [...] provavelmente em decorrência da incidência do art.20 da Lei de Execução Fiscal.” (BOTTINI, 2012).

As ementas a seguir transcritas, oriundas de dois recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, demonstram a diferença de tratamento do tema (o que revela também a tradicional seletividade que orienta a intervenção punitiva no Brasil):

“Habeas Corpus. Descaminho. Tributos não pagos na importação de mercadorias. Habitualidade delitiva não caracterizada. Irrelevância administrativa da conduta. Parâmetro: art. 20 da Lei nº 10.522/02. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ordem

concedida. A eventual importação de mercadoria sem o pagamento de tributo em valor inferior ao definido no art. 20 da Lei nº 10.522/02 consubstancia conduta atípica, dada a incidência do princípio da insignificância. O montante de tributos supostamente devido pelo paciente (R\$ 1.645,26) é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos congêneres em nome do paciente. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Precedentes. Habitualidade delitiva não caracterizada nos autos. Ordem concedida para o trancamento da ação penal de origem.” (HC 96852 / PR – PARANÁ, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 01/02/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma).

“Penal. Habeas corpus. Furto (CP, art. 155, caput). Bem avaliado em R\$ 150,00 (celular). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, não obstante o ínfimo valor da res furtiva: Réu reincidente e com extensa ficha criminal constando delitos contra o patrimônio. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada; 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. In casu, consta da sentença que “...o acusado possui antecedentes criminais, sendo bi-reincidente”, valendo salientar ainda que o promotor, na data de oferecimento da denúncia, requereu ao juiz a juntada da ficha de antecedentes criminais do paciente e informou que ele “estava cumprindo pena em regime semiaberto e, durante o cumprimento, praticou novo delito”, comportamento que evidencia indiferença em relação aos valores sociais e de justiça. 4. Deveras, ostentando o paciente a condição de reincidente e possuindo extensa ficha criminal reveladora de crimes contra o patrimônio, não cabe a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes: HC 107067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 23/11/2010; e HC 108.056, 1ª Turma, Rel. o Ministro Luiz Fux, j. em 14/02/2012. 5. Ordem denegada.” (HC 111611 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 08/05/2012, Órgão Julgador: Primeira Turma).

Vê-se que no primeiro caso, o réu acusado de descaminho foi absolvido em razão da “irrelevância administrativa da conduta” à luz do art. 20 da Lei. 10.522/02, o que deu azo à aplicação do “princípio” da insignificância, ainda que o valor dos tributos por ele sonegados alcançassem o patamar de R\$ 1.645,26. Não se questionou, no acórdão, os efeitos sociais deletérios decorrentes da sonegação tributária. Já no segundo caso, o “princípio” não foi aplicado ao réu acusado do furto de um celular no valor de R\$ 150,00, sob o argumento de que era reincidente na prática de crimes contra o patrimônio. Ademais, estava cumprindo pena em regime semi-aberto quando da prática do delito, o que demonstra, segundo o acórdão, a sua “indiferença em relação aos valores sociais e de justiça.” Afinal, como refere Streck (2009a, p. 305), “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos.”

Do mesmo modo, algumas reformas legislativas parecem consubstanciar – e legitimar – a inserção de “pautas gerais” no ordenamento jurídico brasileiro: por exemplo, o art. 285-A, inserido no Código de Processo Civil por meio da Lei nº 11.277/2006, prevê que *“quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”* A questão é: existem, na prática, os tais “casos idênticos”? Parece que a pauta geral estabelecida pelo artigo em questão serve justamente para esconder as singularidades de cada caso concreto em nome de uma suposta “eficiência” jurisdicional. (E isso sem questionar a aberração jurídica estabelecida pelo parágrafo segundo do dispositivo em questão, que prevê o estabelecimento do contraditório apenas em sede recursal (!), em clara afronta ao Texto Constitucional).

O estabelecimento dessas pautas gerais,

“sob pretexto do ‘esclarecimento’ dos significados de cláusulas abertas, princípios e/ou conceitos indeterminados (ou, ainda, textos vagos e ambíguos), podem, sob o jugo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, servir a esse desiderato, não se diferenciando de qualquer raciocínio dedutivo. Corre-se o risco, por exemplo, de transformar princípios em regras. E pautas gerais – e as súmulas vinculantes são exatamente

isso – podem vir a substituir a própria obra do legislador.” (STRECK, 2012, p. 283).

As pautas gerais, conceitos-chave, súmulas vinculantes, etc, apenas demonstram que há uma profunda vinculação dos juristas ao paradigma da filosofia da consciência. Acredita-se, ainda, na possibilidade de uma interpretação que se dá *in abstracto*, como se a lei fosse um mero objeto. Olvida-se, aqui, que, no caminho desbravado pela hermenêutica filosófica, “há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos.” É impossível, pois, falar em uma “interpretação sem relação social”, pois “é no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível.” (STRECK, 2012, p. 288). Isso significa que, sem compreensão, não há interpretação, e tudo isso ocorre em círculo, ou seja, do todo para a parte e vice-versa, sem a mediação de “categorias abstratas-universalizantes das quais se possam fazer deduções ou subsunções.” Em outras palavras: não há cisão entre interpretar e aplicar, “porque não há conceitos (ou atribuições de sentido) ‘sem coisas’.” (STRECK, 2012, p. 478).

Da mesma forma que a hermenêutica gadameriana não tolera a mera subsunção, o processo hermenêutico também não autoriza atribuições discricionárias de sentido pelo intérprete. Em sua obra mestra, Gadamer (2012a) nega a subjetividade humana como controladora do significado linguístico, em um movimento claramente anticartesiano. Nessa ótica, nega-se que é o poder do pensamento que garante o significado linguístico, o que é sempre um produto da interação dialógica humana.

Afinal, ninguém sabe porque a linguagem muda. Isso porque ela está além da compreensão da obstinada subjetividade humana. Com efeito, a linguagem muda de acordo com as infinitas trocas dialógicas que ocorrem no contexto da tradição e da história, e essas mudanças estão além do controle dos indivíduos. É como se a linguagem “nos falasse”, e não o oposto, dado que as regras gramaticais e o ônus da tradição linguística chegam sempre antes, ou seja, estão sempre nos seus devidos lugares bem antes de nós, indivíduos, ingressarmos na arena linguística.

Com efeito, na perspectiva gadameriana o interpretar não significa *reproduzir* sentido, mas sim *dar* sentido, ou seja, não é possível captar a “essência” dos textos jurídicos como se eles contivessem “conceitos em si mesmos”: o processo interpretativo sempre encontra limites, visto que a hermenêutica filosófica não comporta e/ou autoriza atribuições discricionárias de sentido segundo a vontade/ conhecimento do intérprete (STRECK, 2012, 2013).

E aqui uma outra crítica pode ser estabelecida ao *establishment* jurídico brasileiro, dado que nosso ordenamento jurídico apresenta inúmeras “portas” para que a discricionariedade/arbitrariedade (e até mesmo truculência) do julgador encontrem guarida. Com efeito, alguns dispositivos legais dispersos pelos nossos Códigos abertamente consolidam o paradigma da filosofia da consciência como orientador da tomada de decisões pelo juiz.

Um claro exemplo disso é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que preconiza, em seu art. 4º, que *“quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”* No mesmo sentido, o art. 126 do Código de Processo Civil reza que *“o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”* No art. 335 do mesmo Código lê-se que *“em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”* O art. 3º do Código de Processo Penal também apresenta redação similar: *“a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”*

Esses dispositivos representam claramente uma compreensão equivocada do papel desempenhado pelos princípios. Enquanto os princípios constitucionais se apresentam na contemporaneidade enquanto obstáculos à discricionariedade, na salvaguarda da Constituição, os vetustos “princípios gerais do direito” acabam assumindo um papel diametralmente oposto, pois funcionam como mecanismos autorizadores/legitimadores da arbitrariedade

judicial, em um quadro no qual não há espaço para a tradição, e no qual cada decisão acaba por estabelecer uma espécie de “grau zero” de sentido. Sobre o tema, Streck (2013, p. 48) refere que

“não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas). São coisas absolutamente distintas. Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, ‘princípios’ (*sic*) que autorizassem o juiz a buscar, em outros ‘espaços’ ou fora dele, as fontes para complementar a lei.”⁷

Em que pese isso, há no imaginário das práticas jurídicas brasileiras uma forte tendência a considerar que, com base nos dispositivos acima mencionados, o juiz pode decidir de modo solipsista, ou seja, “conforme os ditames da sua consciência.” Streck (2013, p. 24-25) recorda que ilustrativo disso é o voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889/AL (julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001), quando menciona que:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.”

Nesse rumo, consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário acabam por representar variações de um mesmo tema. Um

⁷ O autor (2013, p. 48-49) segue: “é como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse ‘complementada’ por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). Isso seria uma ‘autorização’ para ativismos, que, ao fim e ao cabo, deságuam em decisionismos. Ou seja, qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam ‘construir’ princípios que substituíssem ou derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que, convenhamos, é um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito.”

perfeito retrato dessa realidade encontra-se no documentário *Justiça* (2004), da diretora Maria Augusta Ramos. Na primeira cena do filme, a câmera posicionada em uma sala de audiências do Foro Central do Rio de Janeiro presencia um interrogatório cujo “roteiro” parece ter sido concebido por Kafka. O réu, em uma cadeira de rodas, uma perna amputada e a outra seriamente comprometida “por um problema nas artérias”, responde às perguntas do juiz, atônito diante da acusação pela prática de furto mediante escalada (!). O fato de ter sido preso em “flagrante” pela polícia torna despidendo afirmar tratar-se o acusado de um homem jovem, pobre e negro, que estava passando pelo local onde três “elementos” – essa é a expressão utilizada pelo próprio réu – haviam acabado de furtar uma residência. Ou seja, era muito provável para os agentes policiais que um homem jovem, pobre e negro, ainda que preso a uma cadeira de rodas, fosse o autor do crime de furto qualificado pela escalada do muro da residência (e aqui revela-se um excelente exemplo do que, para Gadamer, traduz um preconceito inautêntico).

O juiz, na referida cena, do alto da sua torre de marfim – na expressão de Batista (2002) –, após interromper arbitrariamente a narrativa do réu com um sinal de “pare” com a mão esquerda e um lacônico “tá bom”, dita para o escrevente a “versão oficial dos fatos” que integrará os autos do processo. Após perguntar ao acusado “o que você faz da vida”, o magistrado traduz a trágica história do acusado, permeada por arbitrariedades e violência policial, da seguinte forma: “que não é verdadeira a acusação (ponto e vírgula) que não praticou o fato narrado na denúncia (ponto e vírgula) que não conhecia os três elementos que passaram correndo.”

E o encerramento apoteótico da cena, antes de aparecer com letras garrafais no centro da tela a palavra que dá nome ao documentário, ocorre quando o juiz finalmente se dá conta da situação do acusado: ao pedir ao magistrado “autorização” para transferência para um hospital, visto que estava em uma cela superlotada (79 presos) do “xadrez”, onde sequer conseguia evacuar sem ser humilhado pelos companheiros de cela – porque precisava se arrastar pelo chão –, o réu é inquirido pelo juiz: “o que você tem, tá doente?”. Após tomar ciência do estado de saúde do réu – e mais: saber que ele já se encontrava naquele estado quando da sua prisão em “flagrante” – o juiz

salienta a necessidade de recomendação médica para que ele possa deferir a requerida remoção para um hospital, premiando os espectadores com a frase: “isso é assunto médico, não é assunto de juiz”.

Aqui reside o ponto fundamental: o juiz não tem, à luz da hermenêutica filosófica, qualquer possibilidade de decidir com base no seu “livre convencimento”. Isso porque ele só pode decidir com base no sentido do direito que é projetado pela comunidade política, ou seja, “toda decisão deve se fundar em um compromisso” que é sempre pré-compreendido e que “passa pela reconstrução da história institucional do direito”, bem como pela “colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito.”(STRECK, 2013, p. 108). Logo, “o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.*” (STRECK, 2012, p. 264).

Nesse rumo, “*a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda*”. Pelo contrário, a decisão “se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.” (STRECK, 2013, p. 108).

Portanto, a grande tarefa da hermenêutica filosófica em *terraebrasilis*, em tempos de cada vez maior protagonismo judicial na busca pela concretização de direitos, é justamente “estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.”(STRECK, 2013, p. 21). Como se procurou demonstrar ao longo do presente trabalho, a hermenêutica surge – e a contribuição gadameriana nesse sentido é inestimável – exatamente para superar eventuais assujeitamentos do objeto. Não mais se admite, em um Estado que se diz Democrático de Direito, que a subjetividade do juiz prepondere em relação ao texto da Constituição. Não fosse assim, todas as lutas pela implantação desse modelo de Estado perderiam o seu sentido.

Considerações Finais

A obra de Hans-Georg Gadamer assume posição central em qualquer discussão acerca da hermenêutica filosófica, particularmente no que tange à hermenêutica jurídica. Isso porque todo o percurso filosófico transcorrido pelo autor – passando pelo resgate da noção positiva de preconceitos, pela discussão acerca da importância da tradição, da história efetual e da fusão de horizontes – deságua na questão da *applicatio*, onde se verifica um terreno fértil para a construção de uma crítica contundente à forma como as práticas jurídicas se estruturam/desenvolvem no Brasil.

Como se procurou demonstrar no presente trabalho, a tarefa da interpretação, segundo a perspectiva gadameriana sempre consistirá em concretização, ou seja, em aplicação. Se interpretar é compreender, compreender é aplicar. Não se torna possível, nesse marco teórico, considerar o sujeito afastado ou cindido do seu objeto. Pelo contrário: objeto e sujeito são constituídos pela palavra e, por meio dela, recebem a atribuição de sentido – aí o aspecto hermenêutico da filosofia.

Na hermenêutica jurídica, as coisas não se passam de modo diferente. O juiz, responsável pela complementação produtiva do direito, não pode, ao compreender/aplicar a lei, amparar-se em arbitrariedades, solipsismos, concepções particulares de mundo – em uma palavra “decidir conforme a sua consciência”. Pelo contrário, o julgador, como qualquer outro membro de uma determinada ordem jurídica, encontra-se sujeito à lei e, em razão disso, sua decisão sempre deve ser o resultado de uma compreensão adequada ao sentido do direito projetado por aquela comunidade política. E não esqueçamos do fato de que o ato de decidir possui responsabilidade política. Mais do que isso, como fica claro em Verdade e Consenso (STRECK, 2012), decidir não é o mesmo que escolher. Juiz não escolhe. Decide. E o faz não segundo sua subjetividade. É aí que entre a hermenêutica filosófica.

Isso se apresenta, na perspectiva gadameriana, justamente como condição de possibilidade para que haja segurança jurídica em um Estado de Direito. Ou seja: a hermenêutica gadameriana não admite qualquer forma de decisionismo. Em razão disso, o jurista não pode jamais interpretar a lei de

acordo com a sua vontade, afinal, interpretar não significa reproduzir sentido, mas sim *dar* sentido.

A partir do giro ontológico-linguístico, o intérprete não é mais “senhor do texto”, como no paradigma da filosofia da consciência. O “cogito” e as manifestações da vontade do intérprete perdem seu espaço. Da epistemologia da interpretação, passa-se à ontologia da compreensão. Isso significa dizer que o compreender não é mais – e não pode ser – compreendido como um resultado de um procedimento, mas sim como um “modo de ser”.

E aqui a teoria gadameriana revela sua importância: em Gadamer, o interpretar será justamente o explicitar, de modo argumentativo, o (desde sempre) compreendido. Ou seja, a pré-compreensão assume a posição de condição de possibilidade para a tomada de decisões. De acordo com a perspectiva desenvolvida ao longo do trabalho, pode-se afirmar que é preciso ouvir a voz da tradição, adaptando-a aos valores atuais. Afinal, nas lições de Gadamer, a consciência histórica não se limita a escutar beatificamente a voz que lhe chega do passado; ela reflete sobre essa voz, a fim de recolocá-la no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios.

Nesse marco, uma decisão que esteja efetivamente comprometida com o sentido do direito projetado por uma determinada comunidade política precisa dar-se conta da sua inserção histórico-social, ou seja, do acontecer de determinado grupo emaranhado na sua tessitura social própria. É exatamente neste espaço que ingressa a fenomenologia hermenêutica, onde o compreender se revela como operar uma mediação entre o presente e o passado, é dizer, como o desenvolvimento, em si mesmo, de toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós.

Portanto, ao levar-se em consideração o fato de que, a partir da Constituição da República de 1988, estabeleceu-se na sociedade brasileira uma mudança significativa de concepções acerca do mundo circundante – sendo que um dos mais significativos está grafado logo no início do seu texto, ao assinalar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, oficialmente instalado no Brasil a partir da sua promulgação –, revela-se o núcleo do desafio trazido com a nova Carta:

instalar o aprendizado da memória no horizonte histórico onde se projetará a pré-compreensão para a movimentação do círculo hermenêutico, tendente à atribuição de sentido aos princípios, valores e regras insculpidas no texto constitucional. Não se trata de abandonar a memória da experiência aprendida até o momento, mas de utilizá-la para a definição de novos componentes, fundamentos, objetivos e diretrizes a serem instalados na sociedade (agora democrática), por meio do viés de sustentação assegurada pelo direito, que perde o *status* de mero “plus” para assumir a posição de espinha dorsal.

É nesse movimento tríplice do fenômeno de instalação de uma sociedade democrática, sustentada pelo direito, que se projetará o círculo hermenêutico de produção do sentido dos pilares projetados pelo legislador constituinte. Aqui, uma tarefa constante que se impõe é justamente aquela que impede uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido. Isso é condição de possibilidade para que se possa ouvir a tradição tal como ela pode fazer-se ouvir em seu sentido próprio e diferente, lembra Gadamer.

Aqui, ingressa no cenário a mensuração com o aprendizado construído a partir das experiências humanas do passado, que irradiam os seus efeitos no presente. Afinal, o horizonte do presente apresenta-se em um processo de constante formação: estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Este é um aspecto fundamental: a hermenêutica jurídica que se molda aos desafios e necessidades dos novos e atuais tempos deverá dar-se conta dessa imbricação com o passado, de onde busca a aprendizagem para demarcar as questões a ela relacionadas no presente, a fim de se desenhar os alicerces para o futuro.

Nessa perspectiva, o horizonte do presente não se forma à margem do passado, já que compreender– repise-se – é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, na qual o velho e o novo crescem sempre juntos.

Portanto, é por meio da mediação da linguagem e do círculo hermenêutico desenhado a partir de Gadamer, que se deverá preparar fenomenologicamente o caminho, com a (re)valorização da dimensão prática

da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade e não numa instância superior, de cunho ideal – como se reflete a partir da obra de Streck, naquilo que é denominado de Crítica Hermenêutica do Direito.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal:(des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002, p. 147-158.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica**: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contr-o-patrimonio-e-ordem-publica/>>. Acesso em: 19 de abr. de 2012.

CÔRTEZ, Norma. Descaminhos do método: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. **Revista Varia História**, Belo Horizonte, n. 36, v. 22, p. 274-290, jul./dez. 2006.

GADAMER, Hans-Georg. Vom Ideal der praktischen Philosophie. In. GADAMER, Hans-Georg. **Lob der Theorie**. Reden und Aufsätze. Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

_____. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. Autoapresentação de Hans-Georg Gadamer (*11.02.1900) (Concluído em 1975). In. GRONDIN, Jean (org.). **O pensamento de Gadamer**. São Paulo: Paulus, 2012, p. 23-72.

_____. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012a.

JUSTIÇA. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: Luís Vidal, NiekKoppen, Jan de Ruiter e Renée Van der Grinten. Edição: Virgínia Flores, Maria Augusta Ramos e Joana Collier. [São Paulo: Mais Filmes], 2004. 2 DVD (100 min).

ROLDAN, Alberto F.. La reivindicación del prejuicio como precomprensión en la teoría hermenéutica de Gadamer. **Enfoques** [online]. 2012, vol.24, n. 1, p. 19-29.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e caídas institucionais do intérprete. In. SOUZA NETO, Claudio P.; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJN, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. In. **Mais**, caderno especial de Domingo da Folha de São Paulo, 24 mar. 2002.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.) **hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9-24.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. “La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In. CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (orgs.). **Constituição e processo: a resposta do**

constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, p. 305-338, 2009a.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.