

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CAMPUS JUIZ DE FORA
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU
MESTRADO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO**



MARIANA COUTO GUERRA

**A APLICABILIDADE DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NAS
DECISÕES JUDICIAIS**

**JUIZ DE FORA
2013**

MARIANA COUTO GUERRA

**A APLICABILIDADE DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada como parte integrante das exigências de conclusão do Programa de Mestrado “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos na Linha de Pesquisa “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo” como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Juiz de Fora

2013

Mariana Couto Guerra

**A APLICABILIDADE DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada como parte integrante das exigências de conclusão do Programa de Mestrado “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos na Linha de Pesquisa “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo” como requisito para obtenção do título de mestre.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello (Orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos –UNIPAC

Prof. Dr. Maria Theresa Vaz Calvet de Magalhães
Universidade Presidente Antônio Carlos –UNIPAC

Prof. Dr. Thiago Rodrigues Pereira
Universidade Federal Fluminense - UFF

Dedico ao meu marido Rafael, por toda compreensão, apoio e amor em momentos tão difíceis; e à minha filha Valentina, amor incondicional.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Doutor Cleyson de Moraes Mello, meu orientador, pelos ensinamentos transmitidos, pelo apoio, mas principalmente por despertar em mim paixão pelo meu tema, decorrente de suas aulas brilhantes.

À Professora Doutora Elena, pelos ensinamentos jurídicos transmitidos em suas aulas durante o curso de mestrado, além da fraternal acolhida e amizade em todas as nossas conversas informais.

Em especial, à Professora Doutora Theresa Calvet de Magalhães, profissional brilhante no meio filosófico-acadêmico, que além de ser um ser humano ímpar que tive oportunidade de conviver e criar laços de afinidade, extra-oficialmente atuou na co-orientação deste trabalho, me ajudando, apoiando, com carinho e paciência, servindo principalmente de exemplo e modelo a ser seguido.

Àqueles que estão sempre ao meu lado, meus pais, David e Cristina, meu irmão David e meu marido Rafael, por me incentivarem, acreditarem em meus sonhos e viverem comigo cada conquista realizada.

“As decisões devem ter coerência, assegurando-se, assim, a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição, de onde surge a necessidade de respostas corretas no direito.”

Lenio Streck

Resumo

O presente trabalho visa acentuar a importância da hermenêutica filosófica nas decisões judiciais, e, portanto, não se limita à hermenêutica metodológica que busca conhecer o seu objeto de estudo através de uma análise distanciada para atingir a neutralidade frente a esse objeto. Com a hermenêutica filosófica é possível compreender o mundo e interpretá-lo, de forma a observar como o mundo afeta o homem e como o homem reage em relação ao mundo em cada situação, o que é fundamental para uma decisão judicial. Não apenas na filosofia, mas no mundo jurídico é possível aplicar as teorias de Heidegger e Gadamer, com intuito de evitar decisões sem o conhecimento adequado do objeto frente a cada situação específica, através de uma hermenêutica metodológica, ou o oposto, mas também prejudicial, evitando decisões arbitrárias e subjetivas por parte dos magistrados, visto que é necessário superar a discricionariedade judicial para manter a integridade do ordenamento legal e com isso a segurança jurídica.

Palavras-Chave: Hermenêutica metodológica, decisões judiciais, discricionariedade, hermenêutica filosófica.

Abstract

This thesis aims to accentuate the philosophical hermeneutics importance on judicial decisions, and, therefore, it does not limit itself to methodological hermeneutics which seeks to know its subject of study through a distanced analysis in order to achieve neutrality as far as it is subject matter is concerned. With philosophical hermeneutics, it is possible to understand and to interpretate the world, so as to observe how the world affects man and how man reacts in relation to the world in each situation, and this is fundamental for a judicial decision. Not only in philosophy, but in the legal world it is possible to apply the thought of Heidegger and Gadamer, with the purpose of avoiding decisions without the adequate knowledge of the subject in every specific situation through a methodological hermeneutics, or the opposite, but also to avoid arbitrary and subjective decisions by magistrates, since it is necessary to surpass judicial arbitrariness if one wants to maintain the integrity of the legal system and with it legal security.

Keywords: Methodological hermeneutics, judicial decisions, arbitrariness, philosophical hermeneutics.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1 Contextualização e justificativa.....	10
2 Problematização e hipótese.....	11
3 Objetivos.....	12
4 Metodologia.....	13
5 Pertinência da dissertação à linha de pesquisa.....	14
 1 A CRISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	 16
1.1 Breve relato histórico.....	16
1.2 Entre subjetivismo e objetivismo	34
1.3 Visão solipsista de juízes e Tribunais	39
1.4 A Constituição Federal e a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais.....	45
1.5 Análise de casos.....	52
 2 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	 57
2.1 Hermenêutica e seus significados.....	57
2.2 Hermenêutica como compreensão	60
2.3 A hermenêutica e a virada linguística	68
2.4 A hermenêutica e o círculo hermenêutico	73
2.5 A hermenêutica metodológica e sua aplicação no direito	78
2.6 Hermenêutica jurídica.....	82
2.7 A aplicabilidade da hermenêutica filosófica no direito.....	85
2.8 Virada ontológico- linguística e sua recepção no mundo jurídico.....	88
2.9 Fusão de horizontes.....	90
 CONCLUSÃO.....	 94
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 98

INTRODUÇÃO

1 Contextualização e justificativa

Com o presente trabalho pretende-se analisar as decisões judiciais e a base de suas fundamentações, conferindo se estão de acordo com os preceitos constitucionais, mais especificamente no que tange ao art. 93, inc. IX da Carta Magna, e com isso efetuar uma crítica à discricionariedade e ao arbítrio, fruto de algumas decisões que são baseadas na consciência do julgador, defendendo a fundamentação das decisões judiciais como garantia de manutenção de um Estado Social e Democrático de Direito e a segurança jurídica.

Ao promulgar a Constituição Federal de 1988 pretendia-se transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito, e conforme o próprio preâmbulo, um Estado obrigado a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos como valores supremos de nossa sociedade. Porém a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passaram a ser supridas pelo Judiciário, levando a um ativismo judicial.

Outro fator, não menos importante, diz respeito ao modelo fechado de regras, que não abarcava todos os problemas que poderiam surgir no cotidiano dos cidadãos, deixando lacunas que deveriam ser preenchidas pelos juízes, e, com isso, grande margem para a arbitrariedade e a discricionariedade no momento decisório.

Além disso, as próprias normas incitam a discricionariedade, como no caso do art. 131, do Código de Processo Civil Brasileiro “o juiz apreciará livremente a prova”, e art.155 do Código de Processo Penal Brasileiro “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Com a discricionariedade e liberdade na apreciação é possível que juízes de uma mesma Comarca decidirem um mesmo caso de forma tão distinta, às vezes até mesmo contrária, um julgando procedente e o outro improcedente, e ambas as decisões consideradas válidas e aceitáveis. O universo da interpretação é muito vasto, já que partimos de diferentes pressupostos de compreensão de mundo, essa liberdade na apreciação e todo poder nas mãos dos julgadores gera insegurança jurídica, tendo em vista que quando se ingressa com uma ação no Judiciário o

resultado é imprevisível, mesmo quando o direito está devidamente amparado por todo um aparato jurídico:

“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade).”¹

É importante ressaltar que nem sempre o direito alcança todas as situações fáticas do mundo da vida, principalmente com o surgimento de novos direitos, demandas e situações que ainda não estão inseridas nos ordenamentos jurídicos, surgindo com isso uma consequente preocupação com a concretização da justiça.

Daí a necessidade de aplicação da Hermenêutica Filosófica, tendo em vista ser uma das soluções para uma decisão menos arbitrária e mais adequada aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Para o presente trabalho é de suma importância as obras de Heidegger e Gadamer, especificamente, *Ser e Tempo* e *Verdade e Método*, que trouxeram a superação do esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão através do giro-linguístico.

2 Problematização e hipótese

Para que seja viável responder às indagações e colocações que serão tratadas nesta dissertação, é necessário delimitar uma hipótese como ponto de partida da análise, qual seja: a busca pela segurança jurídica faz com que filósofos, juristas e operadores do direito busquem soluções através das novas teorias hermenêuticas, para que respostas adequadas à coerência do direito sejam alcançadas no judiciário, a fim de reduzir as incertezas e imprevisibilidade nas decisões judiciais. É necessário superar a exagerada discricionariedade judicial, mantendo a integridade do sistema jurídico. A partir da hermenêutica filosófica, que constitui uma reflexão acerca da historicidade do próprio ato de compreender e suas

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 2006b, p. 113.

implicações nos nossos modos de compreensão, é possível compreender o mundo e interpretá-lo.

Ao longo dos séculos a hermenêutica passou por diversas modificações, sendo de grande relevância a questão da relação do sentido das coisas.

No século XX a percepção dos múltiplos sentidos das coisas passou a ser no discurso, na linguagem, e é com eles que constituímos a realidade: “A hermenêutica é justamente um discurso acerca do modo humano de lidar com essas significações que atribuímos às coisas.”²

Muitas são as perguntas que giram em torno do sentido, seja de um texto, de uma imagem, de uma palavra dentro de um contexto, e a hermenêutica tem a função de dar sentido, desvelar o que está velado, trazer compreensão ao incompreendido.

Assim, o ato de interpretar é sempre um aplicar, possibilitando, através da hermenêutica filosófica, atribuir sentido sem arbitrariedade. Com a viragem linguística, que será abordada no capítulo segundo, o intérprete deixa de ser o fundamento do conhecimento, estando livre do sujeito que o condiciona, o que possibilita dizer que está “fora” de si mesmo, se relacionando com as coisas e com o mundo.

A hermenêutica filosófica é um dos meios, entre vários outros necessários à realização normativa do direito, para a superação do protagonismo judicial e a construção de parâmetros para uma justiça mais igualitária com decisões adequadas à Constituição Federal.

3 Objetivos

A relevância do presente estudo é destacar a importância da hermenêutica filosófica nas decisões judiciais, evitando o retorno ao positivismo exegético³ e decisões baseadas na consciência individual do julgador, para que seja possível se obter decisões adequadas e garantir a segurança jurídica do ordenamento.

² Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). 2008, p. 32. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf> Acesso em: 20 ago. 2013.

³ Assunto que será abordado no primeiro capítulo da presente dissertação, especificamente no tópico 1.1. Breve relato histórico.

Diante do exposto, os objetivos da presente dissertação são os seguintes:

I- Apresentar as diferenças das teorias objetiva e subjetiva e analisar cada uma, demonstrando que nenhum dos dois extremos alcança o objetivo de garantir o respeito à integridade e a coerência do direito com decisões devidamente fundamentadas e adequadas.

II- Investigar a questão do solipsismo⁴, as situações em que ocorre, acentuando o problema da discricionariedade judicial, apresentando casos e julgados que muitas vezes impossibilitam a interposição de recursos, tendo em vista a subjetividade e a falta de fundamentação fulcrada na lei ou em princípios legais.

III- Tratar sobre a necessidade de se exigir a aplicabilidade do art. 93, IX da Constituição Federal nas decisões judiciais, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

IV- Estudar as várias concepções de hermenêutica e suas aplicações na filosofia e no direito, avaliando quais são as principais insuficiências do modelo jurídico no momento decisório e trazendo como uma das soluções a hermenêutica filosófica.

4 Metodologia

Quanto à metodologia, sabemos que para cada área de conhecimento existe uma metodologia específica, que atenda a determinadas exigências, visando a alcançar os objetivos traçados.

O método que se ressaltou como estrutura metodológica básica para conquista dos resultados neste trabalho foi o método da revisão bibliográfica, em especial as obras *Ser e Tempo* de Heidegger, *Verdade e Método* de Gadamer e diversas obras de Lenio Streck, analisando acórdãos, jurisprudências e casos específicos, tecendo críticas e observações.

Deste modo, em um primeiro momento, especificamente no primeiro capítulo, pretendeu-se analisar as principais Teorias do Direito, quais sejam,

⁴ Solipsismo, palavra utilizada por Lenio Streck em suas diversas obras, significando consciência individual; concepção de que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais. Ver, mais adiante p. 38.

jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, apresentando conceitos, diferenças, mas focando principalmente no momento histórico e analisando as modificações no processo decisório. Em seguida, enfrentou-se a questão da objetividade e subjetividade, tanto na filosofia quanto no direito, sendo que na seara jurídica tem-se o intuito de demonstrar os problemas no processo interpretativo, visto que a decisão judicial não pode estar exclusivamente na lei (objetiva), e nem exclusivamente no intérprete (subjetiva). Posteriormente, estudou-se as formas de solipsismo, trazendo exemplos de julgados eivados de vícios de consciência, situações em que ocorre o protagonismo judicial. Ainda no primeiro capítulo apresentou-se a necessidade de aplicabilidade do art. 93, IX da Carta Magna por juízes e Tribunais no momento decisório, tendo em vista a importância do dispositivo para a segurança do ordenamento.

No segundo capítulo, adentrou-se na questão da hermenêutica, analisando os seus significados, sua aplicação no mundo jurídico e finalmente, apresentando a hermenêutica filosófica como uma solução para tentar se obter respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição Federal, funcionando como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionárias por parte dos julgadores.

5 Pertinência da dissertação à linha de pesquisa “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”

Vislumbra-se que o presente trabalho trata exatamente dos principais pontos da linha de pesquisa, quais sejam, análise das necessidades e direitos do cidadão em se obter respostas coerentes e adequadas quando em busca de soluções aos seus problemas no judiciário; discutindo as modificações no Direito e nas teorias utilizadas em sua aplicação ao longo dos séculos; trazendo questões sociais e políticas da atualidade à discussão.

No contexto social atual, com diversos juristas e doutrinadores adeptos às correntes pós-positivistas, se inicia uma *era principiológica* que ultrapassa as bases de teorias positivistas normativistas e moderadas, tendo em vista que é defensora do reconhecimento de princípios, dando margem à ponderação e à discricionariedade.

Não há como defender um retorno ao positivismo exegético, onde o dever dos juízes era seguir fielmente a lei, reproduzindo o direito de forma neutra e mecânica, independente de seu conteúdo, trazendo prejuízos à sociedade que em cada situação onde a lei deveria ser aplicada, às vezes com mais ou menos moderação, tinha uma única resposta, idêntica. Ou, quando a lei estava em desuso, devido aos costumes morais e sociais, era aplicada com o mesmo rigor de outrora.

Porém, como veremos no decorrer do trabalho, a saída atual, utilizada por muitos juristas, doutrinadores, e seguida por juízes e Tribunais, também trouxe preocupações e vem trazendo muitos debates no mundo jurídico, pois onde há uma abertura para interpretação, ou onde há uma lacuna, muitas vezes é preenchida de forma subjetiva, de acordo com a consciência do julgador, trazendo instabilidade e insegurança jurídica.

I A CRISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

1.1 Breve relato histórico

Na seara jurídica, um dos grandes problemas – que remonta desde a Antiguidade – é a questão da justiça. O direito é o instrumento para se obter a justiça e restaurar a paz social, porém, decisões, formas de agir e analisar o direito pelos julgadores variam em cada época, e para o enfrentamento da questão, é necessário inicialmente tratar das principais “Teorias do Direito”, quais sejam, jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, visto que essas teorias são fundamentais para a delimitação do próprio objeto de estudo dos juristas.

A origem do direito natural está inserida na essência do próprio homem, Paulo Nader, enfatiza que: “É a ideia de Direito perfeito e por isso deve servir de modelo para o legislador. É o Direito ideal, mas ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável.” E assim conclui, “o pensamento predominantemente na atualidade é o de que o Direito Natural se fundamenta na natureza humana”.⁵

A corrente jusnaturalista sustentava a existência de um direito natural que seria a base e o fundamento do poder coercitivo do Estado, tendo como pressuposto os valores do ser humano e a busca pelo ideal de justiça. Dessa maneira, “o direito natural tornou-se não só uma mera coleção de algumas ideias importantes ou dogmas, mas um sistema jurídico detalhado semelhante àquele do direito positivo.”⁶

Tomás de Aquino (1225-1274), um dos precursores da doutrina jusnaturalista⁷, dividiu a teoria em três tipos de leis – lei eterna, lei natural e lei humana: a) lei eterna seria expressão da razão divina, que rege o mundo de um modo que não se concebe no tempo, por ser eterno; b) a lei natural consistiria na

⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 366.

⁶ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 288.

⁷ Desde a Grécia antiga, anterior ao século VI a.C., já se admitia uma justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando uma relação necessária entre natureza, justiça e direito. Com isso, diversos pensadores começaram a formular os princípios mais remotos de justiça, com base em diversos fundamentos, tais como: a necessidade humana (Homero); o valor supremo da comunidade e protetora do trabalho humano (Hesíodo); a igualdade (Sólon); a segurança (Píndaro); a ideia de retribuição (Ésquilo); o valor perene da lei natural (Sófocles); a eficácia da norma (Heródoto); e a identificação com a legalidade (Eurípedes). Os primeiros filósofos, conhecidos como pré-socráticos, priorizavam a busca da origem do universo e o exame das causas das transformações da natureza. Ver MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 26-35. Ver também BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. *Revista do Ministério Público* (Rio Grande do Sul), v. 46, 2002, p. 29-64.

“participação da lei eterna na criatura racional”, o ser humano, por ser racional, conheceria a lei natural; c) a lei humana teria o direito positivo como o produto da razão humana, que deve proceder a partir da lei natural.⁸

Tomás de Aquino aduz: “algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão.”⁹ Assim, a visão do direito natural era de correção moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo, seria o direito justo, ou o direito racional.

Thomas Hobbes (1588-1679), ao contrário, no intuito de garantir os direitos individuais do cidadão, em sua obra *Leviatã* afirma:

“O direito da natureza, a que os autores normalmente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados para esse fim.”¹⁰

De acordo com Norberto Bobbio (1909-2004), a expressão “positivismo jurídico” surgiu no final do século XVIII e início do século XIX e deriva da distinção entre *direito positivo* e *direito natural* (jusnaturalismo).¹¹ Para o autor, o termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações, sendo o primeiro totalmente absorvido pelo segundo, começando assim a história do positivismo jurídico.¹²

Ainda nas definições de Bobbio temos que “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.”¹³ Torna-se assim, o direito positivo a única forma de direito, o único a ser aplicado nos Tribunais¹⁴.

Para Bobbio, “se quisermos encontrar uma teoria completa e conseqüente do positivismo jurídico, devemos nos remeter à doutrina política de Thomas Hobbes,

⁸ Cf. AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005, p. 529 -533.

⁹ AQUINO, op. cit., p. 576.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. Coleção os pensadores, cap. XIII. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 113.

¹¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006a, p. 15.

¹² Ibid., p. 32.

¹³ BOBBIO, op. cit., 2006a, p. 26.

¹⁴ Cf. BOBBIO, op. cit., 2006a, p. 29.

[...] que consiste em lhe ter dado um golpe fatal no jusnaturalismo clássico.”¹⁵

Assim, explicita Hespanha:

“[...] o próprio direito natural desaparece com a instituição da sociedade política, justamente porque, uma vez instituído o soberano como único legislador, não há lugar para qualquer direito que não tenha origem nele. Leis naturais e costumes valem apenas enquanto não forem contrariados pelas suas leis positivas; e, neste sentido, se não provêm da vontade positiva do soberano, provêm, pelo menos de sua paciência...”¹⁶

Com a Revolução Francesa (1789) e a influência de políticos e pensadores como Hobbes, passa-se a “identificar o direito como conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes.”¹⁷

Desta forma, portanto, com a caracterização do Estado de Direito oriunda do modelo montesquiano da divisão dos três poderes (século XVIII) e da atuação do Estado dentro dos limites da legalidade, a função do julgador, ainda referindo-se ao modelo francês, era de fazer cumprir a vontade da lei:

“Um bom magistrado humilha sua razão perante a razão da lei; pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei e é prevaricar eludir-lhe as disposições a pretexto de que a equidade natural lhe resiste. Em jurisprudência, não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa, do que a razão ou a equidade da lei.”¹⁸

O movimento pela codificação na Europa, principalmente na França pós-Revolução Francesa, foi motivado pela necessidade de segurança jurídica, representando uma espécie de positivação da razão, como diz Bobbio:

“As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de positivação da razão.”¹⁹

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1999, p. 31.

¹⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005, p. 218.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

¹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 447.

¹⁹ BOBBIO, op. cit., 2006a, p. 54.

De acordo com Hespanha, as primeiras codificações que ocorreram na modernidade foram: “o Código Criminal da Toscana (1786), o Código da Prússia (1794), o Código da Áustria (1811) e o Código Civil Francês (1804)”²⁰.

Com o sucesso das codificações surgiu uma nova manifestação teórica no mundo jurídico no início do século XIX, a escola da Exegese²¹ que direcionou o saber jurídico para uma abordagem positivista, ocorrendo uma profunda modificação na maneira de aplicar o direito. Como destaca Hespanha:

“O movimento da codificação do Direito representava uma espécie de positivação da razão e, ao mesmo tempo, continha um forte ingrediente voluntarista, consistente na identificação que passava a existir entre a vontade do legislador e a vontade geral da nação.”²²

Com o Código de Napoleão em 1804, a escola da Exegese adotou uma postura: “o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir”²³ e assim, no caso de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, o juiz deve “buscar tal regra no *interior* do próprio sistema legislativo”²⁴.

O positivismo exegético era marcado pela obediência absoluta à lei, que deveria ser respeitada incondicionalmente, independente de ser justa ou não. Com isso, o dever dos juízes era seguir fielmente a lei, reproduzindo o direito de forma neutra e mecânica, independente de seu conteúdo.

Os juristas da escola da Exegese, que limitavam os seus estudos ao direito positivo francês, utilizavam critérios metafísicos como a busca da *vontade do*

²⁰ HESPANHA, op. cit., p. 332-333.

²¹ A Escola da Exegese (*École de l'Exégèse*), também conhecida como a “escola dos intérpretes do Código Civil”, dizia Bobbio, “deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.” BOBBIO, op. cit., 2006a, p. 83. Para Miguel Reale, “o nome ‘Escola da Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que a lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o direito.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 280.

²² HESPANHA, op. cit., p. 377.

²³ BOBBIO, op. cit., 2006a, p. 74.

²⁴ Ibid.

legislador, que não é um fenômeno empiricamente observável.²⁵ A lei era tida como a própria razão escrita, sendo a fonte única e exclusiva do direito.

Logo começaram a surgir tensões entre a lei escrita e a realidade vivida pela população, assim, vários juristas e doutrinadores passaram a questionar os aspectos do positivismo exegético, criticando as bases nas quais se sustentava:

“[...] as pretensões de ‘plenitude legal’ da Escola da Exegese pareceram pretensiosas. A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado. Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.”²⁶

Vários pontos do positivismo da escola da exegese eram inconsistentes, como a crença na inexistência de lacunas no direito e na contradição de normas, já que, na verdade, havia lacunas nas leis, e as normas conflitavam entre si. Não era possível continuar aplicando o direito sem analisar a sociedade e o caso concreto.

Assim, algumas incoerências dos discursos positivistas, como a dificuldade de solucionar questões que não estão devidamente amparadas na lei, antinomia de normas e a falta de justificativa para a complexidade do fenômeno jurídico, são questões levantadas pelos estudiosos do direito.

De acordo com Costa, “a Escola da Exegese equivocou-se ao apresentar o direito como um comando dirigido pelo legislador aos cidadãos”²⁷; é o povo e a necessidade que este tem de ter acesso a novos direitos que impulsiona o legislador a adaptar o direito à sociedade. Assim, dizia Costa, “a modernidade criou a ilusão de que os atos do legislador é que criam o direito, como se o legislador pudesse criar um direito que não fosse o exigido pela própria consciência social de sua época.”²⁸ E ele concluía:

“Embora o legislador seja teoricamente o representante do povo, as leis somente são legítimas quando essa representação não for meramente teórica e a legislação refletir efetivamente os valores dominantes em uma cultura. Seguir a teoria imperativista nos levaria ao absurdo de fazer

²⁵ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. “O positivismo segundo Karl Olivecrona”. 2011b. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona/>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

²⁶ REALE, op. cit., p. 283.

²⁷ COSTA, Alexandre Araújo. “Hermenêutica jurídica”. 2011a, p. 50. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/#topo>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

²⁸ Ibid., p. 51.

prevalecer a vontade do legislador sobre o próprio espírito do povo que é fundamento da sua autoridade.”²⁹

A Escola Histórica de Savigny, no início do século XIX, inspirou o novo caminho de interpretação das leis com intuito de manter o direito atualizado, como reflexo da evolução social para evitar aplicar leis inócuas e que possam prejudicar a sociedade. Paulo Nader preleciona “ao elaborar determinada lei, o legislador contemplou a realidade existente em 1850, quando foi feita; se o legislador, elegendo iguais valores e princípios, fosse legislar para a realidade atual, teria legislado na forma “X”.”³⁰ Para o autor esse trabalho seria apenas de atualização.

Desta forma, no entendimento da *Escola Histórico Evolutiva*, no ato da decisão o juiz deveria combinar os dois quereres do legislador, o do momento da elaboração da lei atualizado para ser aplicado na atualidade e, assim, optar por aquele que melhor atende ao momento.

O problema maior da teoria é que nem sempre um texto permite a projeção do passado no presente, principalmente quando há fatos novos que não encontram equivalente legal, situação comum, tendo em vista o constante surgimento de novos direitos e a necessidade de garanti-los.

De acordo com Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, a metodologia de Savigny teve reduzida eficácia na prática, visto que “não consegue mostrar-nos como se efectua o trânsito da *intuição* do instituto para a *forma abstracta da regra* jurídica, e desta, finalmente, para a *intuição originária*.”³¹

Surgiu no século XIX, como resultado das profundas alterações sociais, políticas e ideológicas da época, a ideia de um sistema lógico, conhecido como *Jurisprudência dos Conceitos*:

“Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma *pirâmide de conceitos*, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma *Jurisprudência dos conceitos formal*.”³²

Para Ferraz Júnior, o sistema jurídico, apresentado por Puchta, parte do geral para o singular dentro de um sistema fechado, no qual se desdobram

²⁹ Ibid., p. 52.

³⁰ NADER, op. cit., p. 275.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 14.

³² Ibid., p. 23.

conceitos, estando presente a preocupação com o aspecto formal, em detrimento do conteúdo.³³

Desta forma, a metodologia, segundo Karl Larenz, funciona da seguinte forma: “cada conceito superior autoriza certas afirmações [...]; por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão pra ele, forçosamente, todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior.”³⁴

O grande problema da teoria consiste em situações onde simples proposições jurídicas são avaliadas de acordo com sua posição na pirâmide de conceitos da qual integram, ao invés de serem avaliadas segundo sua função no contexto significativo do instituto jurídico correspondente.³⁵

Também no século XIX, e principalmente com a doutrina de Erlich e Duguit, passou a se pensar o direito como fim social, dando ao julgador uma maior participação e liberdade, o que culminou com o nascimento da *Escola do Direito Livre*. De acordo com Duguit, “uma regra econômica ou moral torna-se norma jurídica quando na consciência da massa dos indivíduos, [...] penetra a idéia de que o grupo ou os detentores da maior força podem intervir para reprimir as violações dessa regra.”³⁶

De acordo com Maynez, as ideias principais da teoria são o repúdio à doutrina da Escola da Exegese, principalmente no que diz respeito à obediência à letra fria da lei; aumento da participação do julgador, dando margem para interpretação e subjetivismo; e a ideia de que a função do juiz deve ser o mais próxima possível da atividade legislativa.³⁷ “Ao reconhecer as lacunas do Direito”, dizia Radbruch,

“o movimento do Direito livre reconhece também a competência do juiz para preenchê-las. Ao contrário do que seus opositores costumam afirmar, não autoriza o juiz a sobrepor-se à lei; exige a conformidade da sentença à lei, negando apenas que a decisão seja mera dedução da lei. Não pretende criar novo Direito para o juiz, mas apenas conscientizá-lo da necessidade de algo que ele sempre fez inconfessadamente, talvez sem dar-se conta: colocar suas forças a serviço da complementação da lei.”³⁸

³³ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 33.

³⁴ LARENZ, op. cit., p. 25.

³⁵ Ibid., p. 26.

³⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs/E. de Boccard, 3. ed., v.1, 1927-1928, p. 36.

³⁷ MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 52 ed. México, DF: Porrúa, 2001, p. 347.

³⁸ RADBRUCH, Gustav. “Introdução à filosofia do direito”. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <<http://casadointelecto.yolasite.com/resources/filosofia%20do%20direito%20gustav%20radbruch.pdf>>. Acesso em 10 set. 2013.

Na Escola do Direito Livre, os poderes do julgador são amplos e o critério de justiça prevalece sobre a própria lei, com isso não se trata apenas de interpretar a lei e o que o legislador quis dizer ao promulgá-la, o operador do direito ultrapassa a intenção do legislador. Assim, de acordo com a teoria, o intérprete não se limita a preencher as lacunas, ele julga a própria lei e se for contra os ideais de justiça do julgador, será ignorada.

Algumas críticas à Escola do Direito Livre foram feitas, no sentido de que a mesma compromete a segurança jurídica, tendo em vista a possibilidade de subjetividade nos julgados e, conforme Raó, “incerteza das consequências futuras dos atos e fatos incidentes na esfera do direito.”³⁹ E ele complementa:

“Adotar semelhante doutrina, diz muito bem Enneccerus, equivale a entronizar a vontade do juiz, sobrepondo-a à vontade coletiva; importa menoscar em extremo a consideração devida à lei e, o que é mais grave, à segurança do direito e à avaliação prévia, a que todos temos direito, das consequências de nossos atos.”⁴⁰

Para os críticos dessa corrente, a justiça para ser alcançada dependeria da concepção de justiça do próprio julgador, retroagiria ao início dos tempos, tendo em vista que substituiria a lei, criada de acordo com a vontade do povo, pela vontade do julgador, que seria o soberano do direito.

Nada seria mais danoso do que a concentração de todos os poderes nas mãos de um só, como diz Perelman: “[...] pois haveria o risco de ele impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse, o que lhe reforça o próprio poder.”⁴¹

O movimento que institui o positivismo jurídico tem razões históricas anteriores a Hans Kelsen, mas não há dúvida que a sua obra *Teoria Pura do Direito* trouxe uma grande reflexão para o mundo jurídico e um refinamento teórico. Kelsen superou o positivismo exegético, porém, de acordo com Streck, “abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da “aplicação.””⁴² Segundo Perelman:

³⁹ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 520.

⁴⁰ Ibid., p. 519.

⁴¹ PERELMAN, op. cit., 1998, p. 21.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. “O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários.” *Revista de direitos e garantias fundamentais (FDV)*, v. 7,

“A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, a idéia da justiça, ao direito natural, e a tudo que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validades dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autoriza. Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é um mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre estas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.”⁴³

Kelsen, com sua *Teoria Pura do Direito* e demais obras, reforçou o aspecto interpretativo do juiz; no caso de lacunas na lei no momento da decisão, “compete ao juiz, pela sua vontade hermenêutica, preencher a moldura abstrata da lei”⁴⁴, o que marcou o positivismo do século XX.

Outra questão crucial de sua teoria refere-se à separação do direito e moral, ou seja, o estudo do direito deve ser dissociado da política, moral, e áreas afins; para Kelsen, “o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito Positivo como sendo a realidade jurídica.”⁴⁵

Foram contrapostas diversas críticas ao positivismo jurídico, o que culminou no surgimento das mais variadas teorias jurídicas na tentativa de buscar a justiça através do direito. Entre elas encontra-se o “positivismo brando”⁴⁶ de Hart, onde há uma separatividade da relação direito-moral, diferentemente de outras correntes positivistas, em razão de que o conceito de direito de Hart não exclui completamente o conteúdo moral do direito, além de aceitar uma inevitável sobreposição entre o direito e a moral.⁴⁷

2011b, p. 20 Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

⁴³ PERELMAN, op. cit., 1998, p. 92-93.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XVIII.

⁴⁶ O próprio Hart denomina sua proposta como “positivismo *brando*”, *soft*, no posfácio de 1994, que foi acrescentado à sua obra *The Concept of Law* (1961). Isso ocorre para contra argumentar Dworkin, demonstrando, ao final, que admite a existência de princípios morais: “a norma [regra] de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos.” (HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009, p. 323).

⁴⁷ Cf. HART, op. cit., p. 239-250.

Portanto, Hart acaba reconhecendo que o direito possa ser influenciado pela moral, mas deixa claro que isso não ocorre necessariamente. Assim, apesar de não negar uma possível ligação entre direito e moral, ele afirma que a validade das regras jurídicas não depende dessa relação. Para Hart, tanto a moral quanto o direito compartilham de um conteúdo mínimo de direito natural⁴⁸, ou seja, existe um mínimo necessário para que haja estabilidade social.⁴⁹

Outra questão que demonstra que o positivismo de Hart é moderado, refere-se à possibilidade, que é dada aos julgadores, de uma certa discricionariedade, pois admite que as regras que constituem o direito possuem uma textura aberta, e em casos de incertezas entre os possíveis significados que podem ser atribuídos à lei há a possibilidade de escolha: “o juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que ‘significa’ um precedente.”⁵⁰

O jurista deixa claro em sua obra *O Conceito de Direito* que, para ele, a escolha feita pelo juiz não significa arbitrariedade, sendo necessário que a decisão seja imparcial, não podendo ser arbitrária e nem mecânica, pois entende que “não é possível demonstrar que uma decisão é a única correta.”⁵¹

Para Hart, o sistema jurídico é um sistema composto por regras primárias e secundárias. As primárias são aquelas que impõem deveres e obrigações, sendo que a autoridade destas pode vir de uma simples aceitação, como pode ser uma obrigação, seguida pelo caráter de sua importância. As secundárias são as que concedem poderes (são regras procedimentais, de competência), são o fundamento e complemento das regras primárias. Hart para garantir a validade desse sistema de regras cria a regra de reconhecimento, ou seja, uma regra secundária que cria critérios para que as outras sejam válidas.⁵²

⁴⁸ Hart aponta a existência de um conteúdo mínimo de Direito Natural, composto por princípios de conduta reconhecidos universalmente, baseado em verdades sobre os seres humanos com foco na necessidade de sobrevivência destes, apontando alguns truismos necessários para a sua convivência: vulnerabilidade humana; igualdade aproximada; altruísmo limitado; recursos limitados; compreensão e força de vontade limitadas. Hart parte do pressuposto que para a sobrevivência da própria sociedade faz-se necessária a busca de preceitos mínimos que a possibilitem. Tais preceitos formariam um núcleo entre moralidade e legalidade. HART, op. cit., p. 242-251.

⁴⁹ Ibid., p. 250, ver também Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory”, *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, 1999, p. 167-199.

⁵⁰ HART, op. cit., p. 15-16.

⁵¹ Ibid., p. 265.

⁵² Cf. HART, op. cit., p. 90-95.

Dworkin critica esse modelo de sistema jurídico de Hart, por não se encaixar propriamente na realidade forense, tendo em vista que, apesar de reconhecer uma série de regras que pertencem ao direito, falha ao não reconhecer padrões que pertencem ao direito, mas que não foram criadas no legislativo.⁵³

A crítica de Dworkin à regra de reconhecimento de Hart fundamenta-se, portanto, em que padrões, que pertencem ao direito, devem ser levados em consideração nas decisões judiciais. Como exemplo, traz o caso “Riggs contra Palmer”⁵⁴, onde os juízes consideraram esses padrões como situação determinante para impedir que o assassino recebesse a herança.

Quanto à outra questão, levantada por Hart, da discricionariedade dos juízes quando em casos difíceis, devido à textura aberta da lei, Dworkin também discorda, alegando que nem todos os casos difíceis tem sua origem na abertura da lei, e, portanto, os juízes não gozam de discricionariedade nem de poderes especiais de criação de normas jurídicas.⁵⁵

Para ele, o magistrado deve decidir o *hard case* não por discricionariedade e sim pela análise dos princípios da sociedade atual e pela diferenciação dos princípios das regras. As partes, quando procuram o judiciário, tem direito a obter respostas de acordo com o ordenamento jurídico preexistente, e isso independe de serem os casos fáceis ou difíceis.

Para o jurista, o princípio “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁵⁶

⁵³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Borba. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27-30.

⁵⁴ Elmer E. Palmer, com 16 anos, figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como o principal beneficiário da herança do mesmo, porém, o Sr. Riggs havia há pouco tempo iniciado relacionamento com uma mulher, o que muito preocupava Palmer, que imaginava que devido à influência da atual companheira, o velho Riggs poderia alterar seu testamento, retirando a figura de Palmer do mesmo. Desta forma, Palmer, no ano de 1882 assassinou o avô por envenenamento. A controvérsia criou-se, no que toca ao fato de Palmer ter direito ou não ao recebimento da herança deixada via testamento pelo seu avô. Os juízes da alta corte de Nova York concordaram que Palmer deveria receber a herança vez que em total sincronia com o direito vigente. Inconformados, os demais herdeiros de Riggs impetraram recurso junto a Corte de Apelações de Nova York, que decidiu o caso na data de 08 de outubro de 1889, dando parecer favorável aos herdeiros de Riggs, excluindo assim Palmer do recebimento da herança. Ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20-25.

⁵⁵ Cf. DWORKIN, op. cit., 2007, p. 127.

⁵⁶ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 36.

Desta forma, Dworkin afirma que é necessário refutar a discricionariedade e evidenciar que padrões de direito não são padrões semelhantes à vontade, opiniões, que podem ou não ser acolhidos como fundamentos em uma decisão.⁵⁷ E complementa:

“A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.”⁵⁸

Na visão de Hart, o estudo do direito deve ser descritivo, ou seja, o jurista deve analisar as situações e se colocar de fora das práticas jurídicas, de uma forma neutra. Dworkin, em seu ensaio “Pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política” rejeita essa tese, afirmando que não é possível teorizar o direito, interpretá-lo e descrevê-lo de forma neutra; para ele, a compreensão do direito envolveria uma dimensão de justificação ou avaliação moral.⁵⁹

Dworkin pode ser considerado como um representante do pós-positivismo⁶⁰, sendo crítico de teses sustentadas pelo positivismo jurídico, como a separação entre direito e moral. A sua teoria tem como base especialmente a solução dos casos difíceis no âmbito jurídico, utilizando questões de ordem moral e princípios, sem abandonar os parâmetros do mesmo sistema.

⁵⁷ Cf. DWORKIN, op. cit., 2007, p. 76-78.

⁵⁸ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 132.

⁵⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política”. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. In: LEME, M. (Ed.). *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 199-264.

⁶⁰ “O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer as categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.” (BARROSO, op. cit. 2002, p. 64). Ver também ANDRADE NETO, João. “Jurisdição e Princípios: Aspectos do Pós-Positivismo de Dworkin”, *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, 10-E (Edição Especial Eletrônica), 2012, p. 89-104. Disponível em: <<http://periodicos.bce.unb.br/index.php/redunb/article/view/7122>>. Acesso em: 24 out. 2013. Ver ainda CRUZ, Alvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do Positivismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 171-248.

Para Cleyson Mello, a concepção de Dworkin a respeito de Estado de Direito, assinalando que os direitos morais e políticos devem ser reconhecidos pelo direito positivo, enfrenta uma vulnerabilidade filosófica, visto que, segundo essa concepção, não há distinção entre Estado de Direito e justiça substantiva. E assim ressalta:

“Tal encaminhamento enfrenta uma vulnerabilidade filosófica, a partir do entendimento de que os cidadãos possuem direitos morais, que nem sempre estarão positivados no ordenamento jurídico e, certamente, não serão aceitos por toda sociedade.”⁶¹

Os estudos após a discussão Hart/Dworkin produziram profundas alterações no contexto do direito constitucional; com isso, para muitos juristas o positivismo jurídico tornou-se insuficiente para atender as necessidades de uma sociedade complexa como a nossa. Assim, após a Constituição Federal de 1988, a teoria pós-positivista, denominada por alguns juristas como neoconstitucionalista, ganhou um grande espaço no Brasil, modificando o pensamento acerca do próprio ordenamento jurídico e das normas que o compõem, bem como trazendo uma nova maneira de se ver o direito.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o direito constitucional já vinha apresentando significativas modificações na Europa Ocidental, comprovado pelas Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), como preleciona Sarmento:

“Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. [...] Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.”⁶²

O termo “neoconstitucionalismo”, conforme mencionado por Sarmento, é oriundo da Espanha e Itália no pós Guerra onde as Constituições passam a ter, em

⁶¹ MELLO, Cleyson de Moraes. *O que é o direito?* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006b, p. 35.

⁶² SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 31-68.

seus textos, princípios que determinam e limitam a atuação do Estado com a obrigação de garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nela estabelecidos.

Já para Luís Roberto Barroso, o ponto inicial da constitucionalização do direito deu-se na Alemanha, quando da interpretação do caso *Lüth*.⁶³ O Tribunal Constitucional Alemão, afirma ele, “assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores.”⁶⁴

Alguns autores, como Barroso, em relação ao termo “neoconstitucionalismo”, alegam tratar-se do *constitucionalismo contemporâneo*, que assume uma nova roupagem, acarretando mudanças estruturais na esfera normativa:

“O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.”⁶⁵

⁶³ Decisão do Tribunal Constitucional alemão no conhecido caso *Lüth* (*Lüth-Urteil*, BVerfGE 7, 198, de 15 de janeiro de 1958) diz respeito a um pedido de boicote público a um filme (*Amada imortal*) dirigido por um cineasta que havia produzido um outro filme anteriormente anti-semita, em plena época do nazismo. Entretanto, o filme em si nada falava acerca do nazismo, consistindo em uma comédia romântica. Ao diretor (Veit Harlan), o Tribunal de Justiça de Hamburgo sentenciou no sentido de que o Sr. Erich Lüth se abstinhasse de pedir e conchamar as pessoas, através de seu Clube de Imprensa, a boicotar o filme, com fulcro em disposição do Código Civil alemão. Lüth recorreu ao Tribunal Federal Constitucional alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão, que envolveria a possibilidade de influir sobre as pessoas por meio do uso da palavra. O Tribunal Constitucional deu provimento ao recurso interposto, entendendo que o juízo “a quo” havia desconsiderado o significado do direito à liberdade de expressão e de informação de Erich Lüth no âmbito das relações privadas, nas quais se contrapunham interesses de outros particulares. Mesmo sendo um conflito eminentemente privado, o Tribunal decidiu que ao Judiciário cabe sempre examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais. Ao final, prevaleceu a visão de que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, há um efeito irradiante desses direitos sobre o direito privado e são eles a medida de todos os atos oriundos do poder público. Ver SARLET, Ingo W.. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a, p. 354.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

O neoconstitucionalismo e correntes afins, trazem a abertura das Constituições aos valores por meio dos princípios constitucionais, transformando os valores e opções políticas em normas, incorporando os direitos fundamentais e protegendo-os. Assim, os princípios foram elevados à categoria dos direitos fundamentais, aproximando o direito da moral e da ética⁶⁶, diferentemente do positivismo jurídico, as normas somente serão consideradas válidas se tiverem um fundamento ético, em acordo com a moral.

Diversos autores, que são adeptos do chamado “neoconstitucionalismo”, abordam assuntos diferentes e muitas vezes com posicionamentos conflitantes, especificidades teóricas. Porém, algo é comum nessa seara, a preocupação com a moral, princípios e discricionariedade.

Virgílio Afonso da Silva, quanto ao processo de constitucionalização do direito, aduz:

“No âmbito da doutrina jurídica há um embate que tende a não existir para os outros atores da constitucionalização do direito, que é a luta pela preservação da autonomia de cada disciplina. Nesse sentido, mesmo que a tradição civilista não fosse uma tradição consolidada há tanto tempo, ainda assim poderia haver a tendência refratária mencionada [ao processo de constitucionalização do direito], já que uma constitucionalização do direito civil pode não somente implicar uma mudança de paradigma, uma mudança de racionalidade, mas também uma submissão metodológica do direito civil ao direito constitucional. Este é o centro do embate, não um mero problema de tradição *versus* não tradição.”⁶⁷

Silva, em sua obra *A Constitucionalização do Direito*, concorda com a constitucionalização do direito segundo Louis Favoreu, que apresenta três tipos de constitucionalização: 1) *constitucionalização-juridicização*, que seria a juridicização da Constituição; 2) *elevação da Constituição*, ou seja, passou a ser tratado no âmbito da Lei Maior, havendo “um movimento ascendente de repartição material”; 3) *constitucionalização-transformação*, que consiste na previsão constitucional de direitos e liberdades nos diversos campos do direito, fazendo operar, tendo em vista a supremacia da constituição, a transformação dos ramos do direito.⁶⁸

⁶⁶ Para a distinção, proposta por Paul Ricoeur, entre ética e moral, ver CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. “A Reflexão de Ricoeur sobre o Justo”, *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Valença*, Ano IX, Nº 09 (Outubro de 2012), p. 33-45.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

⁶⁸ Ibid., p. 47-49.

De acordo com Fernando Vieira Luiz, “o neoconstitucionalismo preocupa-se com a retomada da Constituição como ponto central do ordenamento jurídico. Portanto, desloca a primazia da lei – componente do Estado Liberal – para a primazia da Constituição.”⁶⁹

Com relação aos valores constitucionais, ressalta Maria Celina Bodin de Moraes:

“Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.”⁷⁰

Com o pós-positivismo e a constitucionalização do direito, passou-se a dar importância à interpretação de cada caso concreto conforme a Constituição, de modo a obter harmonia do direito à Lei Maior. Os juízes adeptos de novas correntes passaram a julgar mais abertamente, utilizando-se de técnicas próprias dos princípios constitucionais como a ponderação a razoabilidade e a proporcionalidade. O que, por outro lado, gera grandes críticas, tendo em vista a subjetividade nas decisões e a insegurança jurídica trazida com a nova teoria.

Nos dizeres de Sarmiento, “o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. [...] O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais.”⁷¹

Luis Prieto Sanchís, em “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, define o neoconstitucionalismo como uma teoria do direito que se orienta pelas máximas de:

“[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica”⁷²

⁶⁹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 134.

⁷⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-151.

⁷¹ SARMENTO, op. cit., 2009, p. 31-68.

⁷² SANCHIS, Luis Prieto. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 117.

Sarmento discorda das máximas de Sanchís com exceção do pluralismo de valores, e afirma: “eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional”, e que, “sem descartar a importância das regras e da subsunção, [o neoconstitucionalismo] abra também espaço para os princípios e para a ponderação⁷³, tentando racionalizar o seu uso.”⁷⁴

Ocorre que o neoconstitucionalismo, enquanto fenômeno do direito Constitucional contemporâneo, é um instituto muito discutido nas últimas décadas sem, no entanto, estudiosos do direito chegarem a um acordo quanto as suas reais características.

De acordo com Padilha, os traços mais marcantes do neoconstitucionalismo, são: a) força normativa dos princípios jurídicos; b) mais ponderação que subsunção; c) inclusão da filosofia nos debates jurídicos; d) judicialismo ético-jurídico com a comunhão de técnicas subsuntivo-jurídica e ética; e) estatismo garantista, fazendo com que a democracia se dê no direito e a partir do direito; f) onipresença da Constituição Federal; g) o pós-positivismo; h) judicialização.⁷⁵

Com relação ao pós-positivismo como traço do neoconstitucionalismo, Streck preleciona:

“Acrescento que, mais do que isso, o pós-positivismo se constitui na principal característica do neoconstitucionalismo. Ou seja, o neoconstitucionalismo somente tem sentido enquanto “paradigma do direito” se for compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos. Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não pode ser uma continuidade do constitucionalismo liberal. Há uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático nessa fenomenologia no interior da qual os elementos caracterizadores do positivismo são ultrapassados por uma nova concepção de direito.(omissis) Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja,

⁷³ Sarmento coaduna com Robert Alexy quanto à questão de não haver uma hierarquia entre os princípios, “a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídico dependerá das circunstâncias específicas do caso analisado. Ao contrário das regras, que incidem sob a forma do ‘tudo ou nada’, os princípios podem ser afastados em razão da sua ponderação com outros princípios.” SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 46-47.

⁷⁴ SARMENTO, op. cit., 2009, p. 31-68

⁷⁵ Cf. PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2011, p. 5.

no pós-positivismo os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito nem como cláusulas de abertura.”⁷⁶

A teoria neoconstitucionalista é voltada para o que ocorre no mundo, possui uma relação entre o direito, a moral e a política, possuindo o Poder Judiciário um papel de destaque, que pode acabar levando a um “ativismo judicial”⁷⁷ que é objeto de críticas por Streck.

De acordo com Sarmento, “no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”⁷⁸, entendimento este que na verdade nos leva ao “decisionismo” e à arbitrariedade:

“Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.”⁷⁹

Por isso, Vieira Luiz conclui que “o controle epistemológico sobre a interpretação judicial se faz importante, para que o cidadão possa contar com a aplicação da Constituição na resolução de seu caso.”⁸⁰ Para Sarmento, o “neoconstitucionalismo deve ter por objetivo justamente a superação da discricionariedade judicial.”⁸¹ Mas Streck afirma:

“[...] é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Pós-fácio à obra *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. 2. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2010c, p. 212.

⁷⁷ Ativismo judicial é um problema de interpretação constitucional, é quando substituímos os juízos políticos do legislador pelos juízos pessoais, um problema de apreciação subjetiva, de protagonismo. No entendimento de Barroso é como uma postura, uma posição, uma maneira de o Judiciário interpretar e aplicar o Direito, expandindo ao máximo a incidência de preceitos constitucionais, ainda que não expressos claramente. BARROSO, Luis Roberto. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPodvm, 2009b, p. 141-181.

⁷⁸ SARMENTO, op. cit., 2009, p. 31-68

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ LUIZ, op. cit., p. 135.

⁸¹ SARMENTO, op. cit., 2009, p. 37.

Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial*.⁸²

De acordo com Streck, apostar no neoconstitucionalismo da forma como vem sendo utilizado, é concordar com o protagonismo judicial, em decisões baseadas na filosofia da consciência⁸³, tema que será abordado a seguir, inicialmente fazendo um aporte na filosofia para posteriormente adentrar nas questões de âmbito jurídico.

1.2 Entre subjetivismo e objetivismo

No século XX iniciou-se uma discussão sobre a crise do conhecimento e do problema da fundamentação, o que desencadeou na tentativa de se estabelecer regras para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou subjetividade.⁸⁴ Inicialmente abordaremos a alteração paradigmática ocorrida no campo da filosofia (da consciência para a linguagem).

Sobre o paradigma da consciência, disserta Celso Luiz Ludwig:

“a partir da filosofia moderna, o pensar assume perspectiva antropocêntrica. Inicialmente, com Descartes, a Razão pura passa a ser o fundamento de explicação e compreensão da realidade. Esta passa a ser investigada, tendo o homem como centro de tudo. Não se trata, porém, inicialmente, do homem em suas diversas dimensões constitutivas. Ao contrário, o antropocentrismo moderno inicial funda a subjetividade caracterizada como consciência: ‘Penso, logo existo’. A subjetividade é fundante e fundamental. Ocorre uma transformação na forma de pensar. Trata-se de uma nova maneira de pensar a realidade. Uma nova perspectiva na abordagem do fundamento que repercute sobre os diversos componentes e aspectos da realidade.”⁸⁵

O autor esclarece a repercussão desse paradigma para o direito: “Diante da nova postura metodológica, fundada na e pela filosofia da consciência, o método da

⁸² STRECK, Lenio Luiz. “Contra o Neoconstitucionalismo.” *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4. Curitiba, 2011c, p. 9-27.

⁸³ Expressão utilizada por Lenio Streck em suas obras: *Verdade e Consenso; O que é isto- decido conforme minha consciência?*; *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, dentre outras. Filosofia da consciência é um termo empregado para denominar intérpretes do Direito que atuam de forma arbitrária, sem embasamento legal, decidem de acordo com seu entendimento e consciência. Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discrecionalidade judicial” são faces da mesma moeda.

⁸⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: Ensaio sobre a cegueira positiva.” *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, v. 52, 2008a, p.127-162. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097033070.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2012.

⁸⁵ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 21.

ciência do direito passará a ser a demonstração, substituindo a interpretação e a complementação dos textos.”⁸⁶ Acrescenta ainda que, “em consequência da nova atitude tomada, os jusnaturalistas definem a nova função dos juristas, não mais interpretar as regras já dadas, mas descobrir as regras universais da conduta.”⁸⁷

O paradigma da consciência, para o professor Libâneo, “sustenta-se na idéia de que o sujeito, na busca do conhecimento e na orientação da ação humana, baseia suas decisões numa intencionalidade subjetiva soberana.” Para o filósofo, “é essa intencionalidade consciente que dá sentido às nossas ações e que nos torna autônomos e livres para tomar decisões, já que somos sujeitos cognitivos e éticos.”⁸⁸

No âmbito jurídico, tais regras – para o processo interpretativo – não resistiram às teses de Heidegger e Gadamer, superadoras do esquema sujeito-objeto.⁸⁹

Porém, a mudança de paradigma – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem – denominada de viragem linguística, não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras.⁹⁰ Isso porque a maioria dos juristas é a favor da discricionariedade interpretativa, não observando que a interpretação feita pelos juízes não é um ato de vontade.

De acordo com Streck ocorreu uma grande modificação na sociedade jurídica brasileira, saindo do objetivismo (escravo da lei⁹¹) para o subjetivismo (dono da lei⁹²), sendo que nenhum dos dois extremos alcança o objetivo de garantir o

⁸⁶ Ibid., p. 86.

⁸⁷ Para Ludwig a nova tarefa, qual seja, descobrir as regras universais de conduta, se efetiva pelo estudo da natureza do homem, idêntico ao proceder do cientista da natureza. O novo método, desta forma, contrapõe-se à atitude tópico-dialética concernente à lógica do provável, abrindo espaço para as regras da demonstração. Ibid., p. 86-87.

⁸⁸ LIBÂNEO, José Carlos. “Do paradigma da consciência ao paradigma da linguagem.” Texto didático de uso exclusivo em sala de aula, escrito para a disciplina *Teorias da educação e processos pedagógicos*, no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2003. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Fprofessor.ucg.br%2FSiteDocente%2Fadmin%2FarquivosUpload%2F5146%2Fmaterial%2FParadigma%2520da%2520consciencia\(3\).doc&ei=Pks3UpvDIYig9QTsl4CADg&usq=AFQjCNGVMZky6tOuzqo4AnFyemBoXbdYWQ](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Fprofessor.ucg.br%2FSiteDocente%2Fadmin%2FarquivosUpload%2F5146%2Fmaterial%2FParadigma%2520da%2520consciencia(3).doc&ei=Pks3UpvDIYig9QTsl4CADg&usq=AFQjCNGVMZky6tOuzqo4AnFyemBoXbdYWQ)>. Acesso em: 15 set. 2013

⁸⁹ Cf. STRECK, op. cit., 2008a, p. 127-162.

⁹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 73-74.

⁹¹ Streck utiliza a palavra escravo para denominar o intérprete que fica preso exclusivamente à letra fria da lei, o positivista exegetico.

⁹² Dono da lei para Streck seria o intérprete subjetivista, arbitrário, que julga de acordo com a própria vontade.

respeito à integridade e a coerência do direito com decisões devidamente fundamentadas e adequadas à Constituição Federal. Assim vejamos:

“Da condição de refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista (metafísica clássica presente na ideia exegética e pandectista), passou-se a fase do “assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista”⁹³. Enfim, do “aprisionamento” do intérprete a um sistema racional-conceitual, passamos ao império da vontade (do poder), último princípio epocal da modernidade.”⁹⁴

Desta forma, ora a decisão judicial encontra-se eivada de objetivismo, considerando que a lei traz em si a norma, como se a verdade estivesse “nas coisas”, ora de subjetivismo, baseada nos valores do intérprete, no sentimento de justiça e em sua consciência.

A decisão judicial não pode estar exclusivamente na lei (teoria objetiva), e nem exclusivamente no intérprete (teoria subjetiva), porque a objetiva retira a responsabilidade do legislador e favorece o anarquismo, e a subjetiva favorece o autoritarismo por preponderância da vontade do legislador.⁹⁵

A teoria objetiva considera que a lei traz em si a norma, sendo a interpretação judicial controlada pelas regras.⁹⁶ Desta forma, a resposta de um caso não pode ser buscada exclusivamente na lei, como se a lei pudesse conter uma verdade em si, pois o texto legal, em si, nada representa.⁹⁷ Já o caso concreto, analisado pelo intérprete, passa a efetivamente existir, através da norma. Assim, a norma é o resultado da interpretação do texto legal.

A tese objetivista prega a separação entre o direito positivo (texto de lei) e situações mundanas (política, moral, ciência, ideologia), para que no momento da interpretação não haja qualquer influência valorativa do julgador. De encontro, o problema das brechas normativas (lacunas) e dos “hard cases”, onde o método não é suficientemente aplicável, deixando à discricionariedade do intérprete a resolução do caso.

De acordo com Fernando Vieira Luiz, “o subjetivismo nasce da tentativa de superação do interpretativismo objetivista, o qual não respondeu aos anseios de

⁹³ Sujeito solipsista é aquele que acredita que o conhecimento deve estar fundado em experiências pessoais. Visão solipsista = consciência individual.

⁹⁴ STRECK, op. cit., 2011b, p. 18.

⁹⁵ Cf. STRECK, op. cit., 2011a, p. 108.

⁹⁶ Cf. LUIZ, op. cit., p. 35.

⁹⁷ Ibid., p. 102.

assegurar a previsibilidade das decisões judiciais”⁹⁸, tendo em vista que abre espaço para decisionismos.

A corrente subjetivista acredita que o texto da lei possui vários significados, e por isso, respostas diferentes, devendo o julgador optar por aquela que lhe pareça mais justa, de acordo com sua consciência.

Importante ressaltar que a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá ao fim social a que ela se destina, ou seja, analisado o caso concreto, não estará adstrito à interpretação literal da lei, e sim deve buscar o verdadeiro sentido desta, para atender os fins sociais. Essa liberdade de interpretação permite que o intérprete, sob o manto do “fim social”, de acordo com sua consciência, atenda o seu próprio ideal de justiça, de forma subjetiva.

À mercê da objetividade ou subjetividade, a legitimidade da decisão permanece, em cada caso concreto, submetida à “vontade da lei”, ou à “vontade do intérprete”. Com frequência vemos julgados que reproduzem a lei, como se os textos por si só carregassem o próprio sentido da decisão ou, no sentido diametralmente oposto, vemos decisões sem qualquer embasamento legal, justificadas por exemplo, pelo “Princípio da Dignidade Humana”:

“É acertado dizer que as duas *correntes estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos operadores jurídicos*, podendo ambas – muito embora suas diferenças – ser encontradas em quantidade considerável de manuais e textos jurídicos. Para identificá-los, basta que se encontrem alusões “*ao espírito do legislador*”, “*à vontade do legislador*”, “*ao processo de formação da lei*”, “*o espírito da lei*”, para que esteja diante de um adepto da corrente subjetivista; por outro lado, a invocação da “*vontade da norma*”, “*da intenção da lei*”, é indício da presença de um “objetivista”. ”⁹⁹

Em situações como estas (entre a objetividade e subjetividade), as partes se vêem muitas vezes desamparadas, privadas do direito de poder compreender os pré-juízos legítimos do julgador, motivadores da decisão proferida naquele sentido específico.

Em um Estado Democrático de Direito, que se baseia na proteção dos Direitos Fundamentais do cidadão, é de suma importância que as decisões sejam devidamente fundamentadas, bem como possua a explicitação “do caminho trilhado pelo juiz” para chegar àquela decisão:

⁹⁸ Ibid., p. 39.

⁹⁹ STRECK, op. cit., 2011a, p. 128.

“A luta das diversas posturas que apostam no pragmatismo, nos subjetivismos e na discricionariedade redundam inexoravelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito: a autonomia do direito. Por isso, a evidente incompatibilidade entre os diversos positivismos e o constitucionalismo. Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.”¹⁰⁰

Como bem conclui Cleyson Mello em sua obra *Hermenêutica e Direito*: “O que se procura com a superação [...] do subjetivismo, é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito.”¹⁰¹

O intérprete não pode ficar preso ao direito positivo, à letra fria da lei, e muito menos à discricionariedade, subjetividade, deve ver além disso, através de novos horizontes, valorizando as modificações sociais, culturais e históricas, e assim refletir juridicamente, repensando o direito.

Vieira Luiz assertivamente preleciona: “nem o intérprete, nem o texto, independentemente, determinam o significado textual (norma); ambos contribuem, intersubjetivamente, para a determinação do significado, o qual somente pode acontecer na historicidade e facticidade (temporalidade).”¹⁰²

Portanto, conclui-se que a resposta adequada não está na consciência do julgador e muito menos no texto puro da lei, deve haver uma interação de natureza linguística entre intérprete e norma, para, na aplicação, se alcançar o verdadeiro significado textual.

No próximo tópico trataremos sobre o conceito de solipsismo judicial, as situações em que ocorre, os problemas que a subjetividade e a discricionariedade no momento decisório podem trazer à segurança jurídica e a toda sociedade.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio. “Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?” *Revista NEJ (UNIVALI)*, v. 15, n.1, 2010a, p. 164. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>> Acesso em: 17 jul. 2012.

¹⁰¹ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006a, p. 169.

¹⁰² LUIZ, op. cit., p. 35.

1.3 Visão solipsista de juízes e Tribunais

Até os dias de hoje, a questão do protagonismo judicial ainda não foi superada pelos juristas que ainda acreditam que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais¹⁰³ (visão solipsista).

Muitos doutrinadores e intérpretes do direito não aceitam desfazer-se da discricionariedade judicial, e limitam-se apenas a superar as velhas formas de exegetismo, entregando todo poder aos juízes, a partir de uma série de fórmulas do tipo “menos regras, mais princípios, menos subsunção, mais ponderação”, etc.¹⁰⁴ Mello também questiona:

“Qual a importância de saber qual a “vontade” do juiz (matriz subjetivista), “vontade” do legislador (matriz subjetivista) ou à “vontade” da lei (matriz objetivista)? A relação sujeito-objeto é fruto da história do esquecimento do ser na metafísica ocidental e da filosofia da consciência.”¹⁰⁵

Conforme aduz Streck, o solipsismo pode ser reconhecido nas seguintes situações: a) interpretação como ato de vontade do juiz; b) interpretação como produto da subjetividade do julgador; c) interpretação como fruto da consciência do julgador; d) crença na ponderação de valores a partir dos valores do juiz; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença na discricionariedade para solucionar os “casos difíceis”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.¹⁰⁶

De acordo com as situações acima citadas, bem como observando as jurisprudências¹⁰⁷, artigos e entrevistas de magistrados, podemos concluir que na maioria dos casos, a solução do caso concreto depende da subjetividade do julgador.

Assim, no *item a*, “sentença como *sentire*”, é possível encontrar diversos julgados onde o próprio magistrado declara que: “a sentença é um ato de vontade do juiz”, reforçando o protagonismo judicial. Vejamos um exemplo:

¹⁰³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b, p. 20.

¹⁰⁴ Cf. STRECK, op. cit., 2011b, p. 18

¹⁰⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. “Fundamento do direito em Heidegger”. In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 2008b, p. 174.

¹⁰⁶ Cf. STRECK, op. cit., 2010b, p. 33.

¹⁰⁷ Cf. jurisprudências no capítulo 1.5 Análises de casos.

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONCEITO. A omissão que justifica opor embargos de declaração diz respeito apenas à matéria que necessita de decisão por parte do órgão jurisdicional (arts. 897-A/CLT e 535-II/CPC). Não é omissão o Juízo não retrucar todos os fundamentos expendidos pelas partes ou deixar de analisar individualmente todos os elementos probatórios dos autos. A sentença é um ato de vontade do Juiz, como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o Juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio "causa de pedir/pedido" inexistente omissão.”¹⁰⁸

No julgamento dos Embargos acima, o Relator, contrariamente ao que determina a lei, aduz que não é omissão não retrucar todos os fundamentos expostos pelas partes ou deixar de analisar individualmente todos os elementos probatórios, posto que a sentença é um ato de vontade do juiz. Como recorrer da presente decisão? Os alunos das faculdades de direito provavelmente não foram preparados para este tipo de resposta, subjetiva, sem base legal, sem qualquer fundamento válido.

É assim, de forma explícita, através de artigos, sentenças ou acórdãos que alguns magistrados, sem qualquer constrangimento, anunciam que estão julgando de acordo com sua consciência, conforme seu próprio entendimento, assumindo que o ato de julgar é um ato de vontade.¹⁰⁹

Com relação ao *item b*, a subjetividade do julgador, em casos em que isto ocorre não é possível ter qualquer controle sobre as decisões proferidas, visto que muitas vezes não possuem critério de racionalidade e nem parâmetros legais.

Desta forma, situações do dia-a-dia, experiências anteriores, questões religiosas, políticas ou morais, hábitos, preferências e diversas variáveis podem influenciar no julgamento do magistrado de forma subjetiva. O cidadão não pode ser refém das convicções pessoais do julgador, ou do seu estado de humor, preferências religiosas ou políticas, e sim, deve ter sua causa julgada de acordo com a Constituição Federal e a legislação vigente no Brasil.

¹⁰⁸ TRT - Processo: AP 180200001710005 DF 00180-2000-017-10-00-5, Relator: Des. André R. P. V. Damasceno. Julgamento: 14/03/2007. Órgão Julgador: 1ª Turma. No mesmo sentido: TJPR - Embargos nº 932808102 PR 932808-1/02; TRT – Recurso Ordinário Trabalhista - RO 343200001210008 DF 00343-2000-012-10-00-8.

¹⁰⁹ Cf. STRECK, op. cit., 2010b, p. 24.

Vejamos um caso onde se exalta o livre convencimento, dispensando inclusive, de explicitar qualquer dispositivo legal, voto do Desembargador Paulo Furtado:

“Sra. Presidente, não tenho a experiência de magistratura de V. Exa. tenho apenas 28 anos de judicatura , mas pedi os autos, há pouco, em face dessa afirmação da sentença (...). No entanto, o nobre e brilhante Advogado se referiu ao princípio do livre convencimento motivado, que é o mesmo princípio da persuasão racional. Se eu fosse esse juiz, não precisaria do exame de DNA, bastaria cotejar essas fotografias; são idênticos, é impressionante a semelhança física. É claro que as minhas razões de decidir são as mesmas de V. Exa., mas não poderia deixar de dizer que, em face desse dado, formei a minha própria convicção. E não tenho nenhuma dúvida estou de consciência tranquila em acompanhar, integralmente, o entendimento de V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrigli.”¹¹⁰

Este voto demonstra a força que a consciência individual tem em nossos Tribunais. Como discutir ou rebater uma decisão que se baseia na “própria convicção do juiz”? O julgador chega a afirmar que não precisaria realizar o exame de DNA para decidir favoravelmente a questão da paternidade, visto que no seu entendimento as partes são idênticas. Enxergar traços do pai no filho, ou dizer que um é a cara do outro é uma opinião muito subjetiva e não possui respaldo jurídico.

É comum encontrar decisões baseadas no “princípio do livre convencimento” como única justificativa para ter chegado àquela determinada decisão, mesmo em situações onde o juiz determina a realização de uma prova pericial e decide contrariamente ao resultado da perícia, como podemos observar no julgado abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. LAUDO PERICIAL. DESCONSIDERAÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. SÚMULA 83/STJ.1. O julgador não está adstrito à conclusão do laudo pericial, em atenção ao princípio do livre convencimento do juiz. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”¹¹¹

No acórdão do Agravo Regimental apresentado acima, o agravante aduz: “o magistrado não pode, em um primeiro momento considerar imprescindível a realização de prova técnica, ante a complexidade do caso, e, posteriormente, ignorar o laudo pericial produzido nos autos”, e ainda: “requerida a análise por perito judicial

¹¹⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.105 - SE (2008/0066627-7).

¹¹¹ AgRg no AREsp 8590 PR 2011/0073747-9 . Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.

das contas apresentadas, há que prevalecer o parecer do expert.”¹¹² Das alegações do agravante, a única resposta do Magistrado, acompanhada de diversos outros julgados no mesmo sentido, foi de que “o julgador não está adstrito à perícia, dado o seu livre convencimento”. Sem qualquer outra explicação, não há como rebater a “consciência do julgador”.

Da mesma forma, muitos são os exemplos nos quais questões importantes são destinadas à discricionariedade e arbítrio do julgador. Vejamos uma decisão do TJDF:

“PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE. POSSIBILIDADE. I – Vigê em nosso sistema processual o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Assim, não configura violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa o fato de o magistrado ter decidido contrariamente à tese esposada pela recorrente, desde que tenha formado seu convencimento mediante análise da prova produzida nos autos. II – sendo a prova testemunhal produzida suficiente e idônea para o deslinde da controvérsia, não há que se argumentar que o juiz decidiu a lide contra a lei e a orientação jurisprudencial, uma vez que o magistrado tem a sagrada liberdade do livre convencimento, não estando, por isso, vinculado a precedentes de qualquer natureza, senão a sua própria consciência e ao ordenamento jurídico vigente. III – Negou-se provimento ao recurso.”¹¹³

Este voto demonstra o poder que é conferido ao magistrado: “a sagrada liberdade do livre convencimento”, frisando que o julgador não está vinculado a qualquer precedente, mas somente à sua consciência.

No *item c*, com relação à consciência do julgador, fala-se novamente no sujeito solipsista, remontando ao juiz da metáfora de Hermes e com isso, de volta ao positivismo.¹¹⁴

Nessa situação, para se chegar a boas decisões, necessita-se de bons juízes, íntegros, honestos e corretos, posto que a decisão é fruto de sua própria consciência, e sendo assim, não há como controlar o processo decisório.

Do teor do Acórdão de Apelação podemos extrair a seguinte afirmação da Relatora Desembargadora Márcia de Paoli Balbino:

¹¹² AgRg no AREsp 8590 PR 2011/0073747-9 . Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21106732/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-8590-pr-2011-0073747-9-stj>> Acesso em: 06 jun. 2013.

¹¹³ TJDF- Apelação Cível: APL 4677120098070008 DF 0000467-71.2009.807.0008. Relator: José Divino de Oliveira. Julgamento: 16/02/2011.

¹¹⁴ Cf. LUIZ, op. cit., p. 56.

“O julgador deve ter o espírito imbuído da certeza de que o ordenamento jurídico é mais complexo do que o simples conjunto hierarquizado de regras, defendido pelos positivistas. O sentimento de justiça, que deve revestir o espírito do juiz, é o único capaz de assegurar a solidez da ordem do Estado Democrático de Direito.”¹¹⁵

Depositar as esperanças de uma boa decisão no “sentimento de justiça do julgador” seria apostar em uma loteria judicial. A subjetividade contida no sentimento do juiz poderá levar à respostas afastadas da própria história institucional do direito.

No *item d*, relacionado à ponderação de valores, o que ocorre muitas vezes é a elevação dos valores do juiz, ou seja, a avaliação do caso concreto de acordo com seus próprios valores, de acordo com o seu senso pessoal de justiça.

Nesse sentido, o Ministro Menezes Direito aduz:

“[...] a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.”¹¹⁶

Para o Ministro do STF, o juiz deve ter em si o sentimento de justiça para vencer as limitações das leis¹¹⁷, porém essa visão leva ao subjetivismo das decisões como ato de vontade do juiz.

No *item e*, nos deparamos com a ponderação ou razoabilidade do julgador, ou seja, mais uma vez está presente a discricionariedade no momento da decisão. Vejamos:

“ACIDENTE DE VEICULO - AÇÃO DE COBRANÇA – PERÍCIA - Valor arbitrado dos honorários periciais em três salários mínimos, com base na razoabilidade e ponderação - Agravo não provido.”¹¹⁸

Na decisão acima, o Magistrado não expõe os motivos pelo qual manteve o valor dos honorários periciais no importe de três salários mínimos, utilizando-se da ponderação e razoabilidade como justificativa. E no acórdão aduz: “Na situação

¹¹⁵ TJMG – Apelação n. 1.0596.03.013587-2/001. Data do julgamento: 21/05/2009.

¹¹⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro. v. 3, n. 11, 2000, p. 24-42.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ TJSP – Agravo de instrumento AG 1190486003 SP, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto, 25 Câmara, Julgamento: 19/08/2008.

vertente, pois o r. Magistrado singular determinou que os honorários periciais devam ser suportados, ao final, pela parte vencida, no valor de três salários mínimos. Nada vejo de exorbitante no valor fixado, visto que foram observados os critérios de forma ponderada, segundo o princípio da razoabilidade.”¹¹⁹

Pode-se observar, que a utilização da ponderação e razoabilidade são como ato voluntarista do julgador, porque três salários mínimos são razoáveis? Com base em alguma tabela de prestação de serviços ou de acordo com o entendimento do julgador? Não houve qualquer explicação plausível para basear a decisão, utilizando os princípios em questão como álibis teóricos.

Com relação aos *itens f e g*, crença na discricionariedade para solucionar os casos difíceis e cisão estrutural entre regras e princípios, eles nos remetem ao item anterior, da ponderação.

A simples distinção entre casos fáceis e casos difíceis (*easy e hard cases*) seria que os casos fáceis são compreendidos como aqueles que não são discutidos, que possuem respostas equitativas em todo judiciário, e os casos difíceis são aqueles que possuem mais de uma resposta correta dentro dos limites do direito, trazendo soluções divergentes.

A situação dos *hard cases* possibilita um julgamento de acordo com a filosofia da consciência do julgador, podendo optar pela resposta correta que melhor lhe convier, juntamente com a análise de suas experiências anteriores, trazendo uma grande insegurança jurídica para as partes.

Lenio Streck, em diversas obras, aprofunda-se no tema da discricionariedade judicial e visão solipsista, tentando combater a filosofia da consciência para que seja “cumprida a letra da lei”, não através de um positivismo exegético, mas de forma a evitar a fragilização da autonomia do direito e a perda da divisão entre as funções e poderes do Estado:

“[...] o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”.¹²⁰

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ STRECK, op. cit., 2010b, p. 30.

Do que adiantam as leis, doutrinas, jurisprudências, cursos de pós-graduação, se os intérpretes do direito (e não apenas os julgadores, mas todo o judiciário, advogados, doutrinadores, etc) entendem que os magistrados podem decidir conforme sua consciência? Onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um “grau zero de sentido”?¹²¹

1.4 A Constituição Federal e a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais

Na atual situação em que se encontra a sociedade brasileira, com a crise do Judiciário¹²², tem relevância estar previsto na Constituição Federal o princípio da fundamentação das decisões, obrigando juízes e Tribunais a fundamentar suas decisões para impedir o arbítrio e subjetividade do julgador. Embora ainda nos depararmos com alguns julgados eivados de subjetivismo, decisionismo e até mesmo arbitrariedades.

Nas palavras de Eros Grau: “É inegável a existência dessa crise. [...] essa peculiar “crise do Direito” não é, originariamente, dele, senão de que o produz, o Estado.”¹²³

Para Streck, a crise do Judiciário deriva do descompasso de sua atuação e as necessidades sociais, “de um lado, temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível.”¹²⁴

De acordo com Leonardo Greco, o maior problema do judiciário consiste no excesso de demandas:

¹²¹ Ibid., p. 27.

¹²² “Um mapeamento mais frutífero do que se convencionou chamar de crise do Judiciário no Brasil deve, entretanto, discernir diferentes tipos de problemas que aparecem com frequência misturados. Os pontos críticos comumente apontados como sinais do deficiente funcionamento da Justiça não têm todas as mesmas causas nem provocam os mesmos tipos de consequência. Assim, parece-nos mais apropriado distinguir três áreas de questões, já que possuem origens diversas e implicam em soluções distintas. São elas a institucional, a estrutural e a relativa aos procedimentos.” SADEK, Maria Tereza. “A crise do judiciário e a visão dos juizes”. *Revistausp* 21, 1994, p. 37.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. Apresentação à obra *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. STRECK, op. cit., 2011a, p. 15.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 41-42.

“Os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não tem mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de discuti-las colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e votos dos seus próprios membros. O próprio STF naufraga nessa avalanche.”¹²⁵

A crise do judiciário é complexa, não pode ser baseada em um fator, quando é visível que o problema é generalizado, trata-se de uma crise estrutural, funcional e acima de tudo individual (consciência individual). Porém, no presente trabalho vamos nos ater apenas à questão da crise da consciência individual .

Vejamos o art. 93, IX da Constituição Federal:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).”

Com a Constituição Federal de 1988, e a inserção na mesma de princípios e direitos sociais e fundamentais do cidadão, permitiu-se ao indivíduo um maior acesso a justiça, com a proteção de seus direitos por meio do Estado assegurados pelos princípios do devido processo legal (art. 5, inciso LIV da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5 inciso LV da CF/88).

Tais princípios protegem os cidadãos contra arbitrariedades do Estado e de outros indivíduos, mas não terão total eficácia contra a arbitrariedade se as decisões judiciais violarem o princípio da fundamentação das decisões do art. 93, inc. IX da CF/88.

Sem a devida explicação de como o julgador atingiu a conclusão necessária para aplicar o direito correto ao caso concreto, sem o embasamento legal para fundamentar o ato decisório, além do cidadão não poder aferir se a resposta para o seu caso está devidamente adequada à Constituição Federal, estará sujeito à subjetividade do magistrado.

“A fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir

¹²⁵ GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 298-299.

facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo”¹²⁶.

Antes mesmo da Constituição de 1988, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal já determinavam a fundamentação das decisões. No CPC/1973, no art. 131: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Já no CPP, no art. 381, III: “a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

O artigo 458 do Código de Processo Civil, de 2002, determina que a sentença deve ser composta por “requisitos essenciais”, quais sejam: relatório, fundamentação e o dispositivo legal, caso contrário, é nula de pleno direito. Ou seja, assim como no CPC e CPP, está devidamente consagrado na Constituição Federal que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas, expondo os motivos e o embasamento legal que levaram o magistrado a proferi-la de determinada maneira, sob pena de nulidade.

Não sendo observados os requisitos do art. 93, inciso IX da Constituição, e sem a devida fundamentação do ato decisório, se estará diante de uma nulidade absoluta que macula indelevelmente o devido processo legal.

Para Thiago Rodrigues Pereira, não apenas deveria ser respeitada a Constituição Federal, como as decisões deveriam ser embasadas na própria Carta Magna:

“[...] vivemos hoje um período de baixa constitucionalidade, onde muitos aplicadores do Direito, muitos juizes vêem a constituição apenas como uma norma que dá orientação de forma quase transcendental, metafísica, mas que a lei seria a concretização desses valores descritos na constituição. Grande equívoco. A constituição deveria sempre embasar toda e qualquer decisão judicial, seja em qual grau for, seja de juiz singular ou colegiado. As demais normas estão em segundo plano de fundamentação.”¹²⁷

No mesmo sentido dispõe Nelson Nery: “As decisões do Poder Judiciário [...] têm de ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, cominada no

¹²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011, p. 175.

¹²⁷ PEREIRA, Thiago Rodrigues. “A superação do positivismo jurídico na pós-modernidade”. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thiago_rodrigues_pereirs.pdf>. Acesso em: 01 out. 2013, p. 3852.

próprio texto constitucional. A exigência de fundamentação das decisões judiciais é manifestação do princípio do devido processo legal.”¹²⁸

Deparamo-nos com o Brasil hoje, em uma situação onde uma parte dos juízes decide de acordo com a sua própria consciência, cada Tribunal possui um entendimento contrário, muitas vezes sem base legal para fundamentar tal entendimento, deixando em algumas situações a posição de julgadores para se tornarem legisladores. Como bem destaca o Deputado Federal Nazareno Fonteles:

“O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.”
129

A crise do judiciário – especificamente a crise da consciência individual de cada julgador – culminou com uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33/2011) pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles para tentar reduzir o poder do Judiciário em algumas situações, submetendo-o ao Congresso Nacional, sendo admitida a proposta no dia 24 de abril de 2013 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.¹³⁰

Independente dos embates que estão surgindo a respeito da inconstitucionalidade da PEC, como o aduzido pelo Deputado Paes Landim “a PEC em exame pretende introduzir inovações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que ferem o princípio constitucional da separação dos Poderes (...)”¹³¹, é importante mencionar as razões da PEC 33/2011 ao analisarmos o art.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 2. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 455-456.

¹²⁹ Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2011 do Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DEA313D7C785E65352BE3BA6085FAB63.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011> Acesso em: 13 maio 2013.

¹³⁰ Retirado do site da Câmara dos Deputados: “Ordem do Dia nas Comissões- PAUTA DE REUNIÃO ORDINÁRIA EM 24/4/2013 às 10h - PEC 33/2011 - do Sr. Nazareno Fonteles - que “altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”. RELATOR: Deputado JOÃO CAMPOS. PARECER: pela admissibilidade.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em 13 maio 2013.

¹³¹ Razões apresentadas pelo Deputado Paes Landim, no voto pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011 no dia 04 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DEA313D7C785E65352BE3BA6085FAB63.node2?codteor=1072783&filename=Tramitacao-PEC+33/2011> Acesso em: 14 maio 2013.

93, inc. IX da CF e o problema da fundamentação das decisões pelos juízes e Tribunais.

A Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011 pretende modificar três artigos da Constituição Federal, são eles os arts. 97, 102 e 103-A com a seguinte proposta:

"[...] altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição." ¹³²

Independente da discussão sobre a constitucionalidade da PEC 33, e até mesmo do mérito das alterações que ocorreriam na Constituição Federal, o que deve ser observado é que estamos em um momento reflexivo quanto à questão da fundamentação das decisões judiciais, ao poder elevado dos intérpretes da lei, a questão da subjetividade e arbitrariedade dos julgadores.

O autor da Proposta à Emenda Constitucional traz em sua justificação para aprovação da Emenda, questões que são debatidas pelo jurista Lenio Streck em suas obras *Verdade e Consenso*, *Hermenêutica Jurídica em crise*, dentre outras. Vejamos um trecho da exposição do Deputado Nazareno Fonteles:

"O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial. (...) É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.(...) Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. (...) Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal." ¹³³

Teresa Alvim Wambier, em comentário aos artigos 93, IX e X da CF e o art. 5º, II, da CF aduz que "Estes três dispositivos da Constituição Federal consagram e viabilizam o princípio da legalidade no direito brasileiro vigente. O juiz está, portanto,

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

vinculado à lei. E há de fundamentar, portanto, todas as suas decisões, na lei, embora não exclusivamente.”¹³⁴

Os julgadores tem a obrigação de justificar suas decisões, e não simplesmente confirmar um ato decisório com base em algum princípio ou súmula, como se, por exemplo, o Princípio da Dignidade Humana, por si só, justificasse uma sentença ou acórdão proferido. É direito fundamental de todo cidadão ter uma justificativa ao alcance de sua compreensão e, para isso, faz-se necessário uma interpretação sem arbitrariedade.

Ocorre que, mesmo sendo obrigatória, a fundamentação das decisões, estando devidamente determinada por lei e consagrada pela Constituição (art. 93, IX), alguns juízes e Tribunais, em pleno século XXI, ainda julgam de acordo com sua consciência, gerando insegurança jurídica.

Apenas como exemplo, vejamos a decisão do Superior Tribunal de Justiça (AgReg em ERESP nº 279.889-AL), na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros se pronuncia:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. 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 amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.”¹³⁵

A decisão acima é eivada de arbitrariedade. Para o Ministro, ao que parece, não importa doutrina, jurisprudência, e sim a sua própria consciência, o resto serve apenas como orientação. Este voto demonstra a prevalência da consciência individual de um julgador e, de acordo com Streck, “o direito não é (e não pode ser)

¹³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2002, p. 20-22.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Crise de paradigmas devemos nos importar, sim, com que a doutrina diz”. *Revista Consultor Jurídico*, 2006. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.”

136

Decisões baseadas na consciência de cada julgador fazem com que cursos de pós-graduação, mestrado e especializações percam o sentido de ser se a doutrina serve apenas como orientação para os julgadores e se, no fim, o que importa é apenas a própria consciência de juízes e Tribunais, intérpretes do direito estão perdendo tempo.

Temos ainda, também do Superior Tribunal de Justiça, o Habeas Corpus – HC 94.826/SP julgado em 17/04/2008:

“Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.”¹³⁷

Mais uma vez está presente o solipsismo, deixando claro na decisão acima, que o compromisso do magistrado é exclusivamente com a sua consciência. Dizer que o julgador é soberano nos remete à peça de Shakespeare, *Medida por medida*, analisada por Streck em suas palestras e conferências pelo Brasil afora.¹³⁸

A peça de Shakespeare se mantém atual apesar de ter sido escrita há alguns séculos, retratando o juiz solipsista, motivado por sua consciência e vontade. Apesar dos exageros exaltados, a peça demonstra claramente a forma como o juiz altera do positivismo ao subjetivismo na análise de um único caso.

¹³⁶ STRECK, op. cit., 2010b, p. 25.

¹³⁷ Acórdão nº 2007/0272858-2 do Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma. HC 94.826/SP julgado em 17/04/2008.

¹³⁸ O Duque de Viena, Vicêncio, cansado do caos, não quer sofrer os desgastes de aplicar as leis, resolve se ausentar de Viena, deixando em seu lugar Ângelo, um poço de virtude, mas quando tem o poder nas mãos se torna um rigoroso juiz que faz cumprir à risca as leis, principalmente a lei contra a fornicção que estava adormecida há muito tempo, e ele resolve reativá-la na cidade. Para azar de Cláudio que era apaixonado por sua namorada, Julieta e fornicava com ela antes do casamento, e é pego porque ela engravida e Cláudio é preso e condenado à morte. Cláudio tem uma irmã, Isabella, noviça, e ele pede para que ela intervenha a seu favor, afinal até Jesus perdoou, e ela vai até Ângelo e pede fervorosamente, o qual mostra-se irredutível e diz: “não posso fazer nada porque não fui eu que o condenei, foi a lei. Ou seja, foi a estrutura jurídica, ele é apenas o escravo da lei. Mas Isabella não desiste e volta a falar com Ângelo, e durante as conversas ele vai se encantando com ela, pois realmente é uma linda mulher e olhando pra ela ele diz: “Se você dormir comigo eu liberto o seu irmão”. *Aula Magna: Hermenêutica e decisão jurídica*. Palestrante: Lenio Luiz Streck. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0sdyomqFjf4>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

De acordo com Vieira Luiz, “atualmente, a jurisdição está envolta no mesmo problema, pois se verifica que, no seu exercício, o juiz assim como Ângelo, faz do Direito aquilo que a sua vontade (consciência, enfim, subjetivismo) quiser.”¹³⁹

Para Eros Grau, a situação atual deve ser modificada, tendo em vista a desestruturação que o direito vivencia:

“O tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. [...] Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”¹⁴⁰

O próprio judiciário, que deveria ser o maior protetor e garantidor da Constituição Federal acaba desconsiderando-a quando assim entende, em prol do “tribunal de sua razão”.

1.5 Análise de casos

Inicialmente, analisar-se-á alguns julgados que retratam a discricionariedade judicial, e pior, que vão frontalmente contra a Constituição Federal e contra os direitos dos cidadãos:

a) Acórdão do TRT de Minas Gerais que entendeu que não ofende a dignidade da pessoa humana transportar trabalhadores em meio a fezes de suínos e bovinos:

“EMENTA: DANOS MORAIS. TRANSPORTE INADEQUADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto ao transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos).”¹⁴¹

¹³⁹ LUIZ, op. cit., p. 37.

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.107.

¹⁴¹ Processo: RO – 484/03 - Data de Publicação: 25/03/2003 - Órgão Julgador : Sétima Turma - Juiz Relator: Exmo Juiz Milton V. Thibau de Almeida - Juiz Revisor : Exma Juiza Maria Perpetua C.F.de Melo.

Uma única decisão conseguiu infringir, além da Constituição Federal, diversas Leis ordinárias, o magistrado sequer fundamentou o acórdão, que não se enquadrou em qualquer legislação vigente, simplesmente o julgador ignorou regras, leis, moral e dignidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, eleva como direito social a saúde, o trabalho e a segurança e, em seu artigo 7º, XXII, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho; ainda, o artigo 225 da Carta Magna estabelece o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e saudável, bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida; muito menos deve ser desprezada a observância das normas de segurança e medicina do trabalho, inserida na CLT, artigos 154 e seguintes, cabendo ao empregador cumpri-las e fazê-las cumprir.

É difícil compreender uma decisão que manifesta total desconsideração pelos direitos mínimos do trabalhador, quais sejam, o direito a um transporte digno e à higiene no ambiente de trabalho, bem como ignora a Carta Magna em vários artigos e, principalmente, fere o princípio da dignidade humana.

b) Decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela para portadores do vírus HIV (AIDS) que pretendiam obter a medicação gratuitamente:

“Decisão na íntegra: Indefiro a antecipação de tutela. Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minore as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido, pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado o exame de genotipagem e a aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS. A Lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estado evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal. Por outro lado, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia, menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano. Daí o indeferimento da antecipação de tutela. Cite-se a Fazenda do Estado. Defiro gratuidade judiciária em favor dos autores. Intimem-se.”¹⁴²

É possível notar, no presente julgado, que o juiz culpa implicitamente os autores da ação pelo destino que terão, qual seja, a morte, já que sem a medicação

¹⁴² Processo: SP- 968/01 – Data julgamento: 28/07/2001 – Órgão Julgador: Sétima Vara da Fazenda Pública – Juiz Relator: Antonio Carlos Ferraz Miller.

necessária não é possível sobreviver à doença. E ainda “sapateia” na Constituição Federal ao dizer: *“Todos somos mortais. Mais dia, menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus.”* O juiz ultrapassa os limites do judiciário, imbuído por um sentimento de justiça, para se vingar daqueles que ele entende responsáveis pela própria doença.

Não há qualquer fundamentação lógica na presente decisão, não há respaldo legal, é eivada de vícios de preconceito, sentimentos pessoais, provavelmente imbuídos por homofobia, tendo em vista serem as partes homens portadoras da doença. Enfim, é uma decisão criminosa, sentenciando à morte pessoas que tinham o direito respaldado pela justiça de receberem os medicamentos necessários à sua sobrevivência.

c) Arquivamento de ação criminal (queixa-crime) proposta pelo jogador Richarlyson contra dirigente do Palmeiras José Cyrillo Jr., que insinuou em rede nacional que o atleta era homossexual:

“A presente queixa-crime não reúne condições de prosseguir. Vou evitar um exame perfunctório, mesmo porque é vedado constitucionalmente, na esteira do artigo 93, inciso (IX), da carta Magna.¹ Não vejo nenhum ataque do querelado ao querelante. 2. Em nenhum momento o querelado apontou o querelante como homossexual. 3. Se o tivesse rotulado de homossexual, o querelante poderia optar pelos seguintes caminhos: 3.A — não sendo homossexual, a imputação não atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo programa televisivo e declarasse ser homossexual e ponto final; 3.B — se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados...Quem é, ou foi, BOLEIRO, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num “TÊTE-À-TÊTE”. Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro. Em Juízo haverá audiência de retratação, exceção da verdade, interrogatório, prova oral, para se saber se o querelado disse mesmo...e para se aquilatar se o querelante é, ou não...[...] 5. Já que foi colocado como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. [...]14. O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal...[...]16. Precisa, a propósito, estrofe popular que consagra: “CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO”.¹⁷ É assim que eu penso...e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo! 18. Rejeito a presente queixa-crime. Arquivam-se os

autos. Na hipótese de eventual recurso em sentido estrito, dê-se ciência ao Ministério Público e intime-se o querelado para contra-razões.”¹⁴³

A presente decisão trouxe grandes repercussões, diversas reportagens, vídeos, e inclusive gerou processos administrativos e judiciais ao julgador, que decidiu anular a sentença prolatada e tirar licença do cargo, sendo ainda condenado às penas de censura pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹⁴⁴

Importante observar que o magistrado deixou de lado a real questão, objeto da ação, isto é, a existência de injúria por parte do diretor do Palmeiras, e optou por falar de homossexualidade no futebol, afirmando que “futebol é jogo viril, varonil, não homossexual”, e sem qualquer fundamentação legal terminou a decisão “é assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de magistrado, digo!”, em um evidente descaso à objetividade como elemento central da decisão, substituindo-a pela sua opinião pessoal e preconceituosa.

Ou seja, o magistrado eximiu-se de qualquer análise sobre a existência ou não de crime por parte do réu, assim como não se ateve a qualquer estudo ou interpretação jurídica do caso, preferindo expor opiniões pessoais sobre o assunto de forma irônica, estereotipada, preconceituosa e homofóbica.

As três decisões colacionadas acima retratam bem a questão do juiz solipsista, que julga exclusivamente de acordo com a própria consciência, ignorando a existência de leis e princípios, externando sentimentos, preconceitos e opiniões puramente pessoais em decisões que deveriam ser devidamente fundamentadas e adequadas à Constituição Federal por ser direito de todo cidadão.

Também tratando de solipsismo, mas em outra vertente, é possível perceber o retorno ao objetivismo jurídico através das súmulas vinculantes, que possuem a pretensão de abarcar todas as hipóteses de aplicação, bem como através de ementas jurisprudenciais. Assim, é possível concluir que os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem linguístico-hermenêutica¹⁴⁵, no interior da qual a linguagem, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade:

¹⁴³ Processo: SP- 936/07 – Data julgamento: 05/07/2007 – Nona Vara Criminal da Comarca de São Paulo – Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho. Reportagem disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=uZYTtIAMQyQ>> Acesso em: 20 jul. 2013.

¹⁴⁴ Reportagem disponível em: <<http://www2.uol.com.br/debate/1446/cidade/cidade12.htm>> acesso em: 22 jul. 2013; mais sobre o assunto, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-16/mantida-censura-juiz-disse-futebol-coisa-macho>> acesso em: 22 jul. 2013.

¹⁴⁵ Cf. STRECK, op. cit., 2010a, p. 158-173.

“Assim, embora os juristas - nas suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve se dar sempre em “cada caso”, tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico.”¹⁴⁶

Para Heidegger, é necessário libertar-nos da interpretação técnica do pensamento, para que o pensar tenha uma relação com um acontecer, evitando a objetificação.

O processo interpretativo clássico, que realiza a interpretação em partes separadas – primeiro a compreensão, depois interpretação e por fim a aplicação – é também objeto de crítica por Gadamer. O tal processo implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido.¹⁴⁷ Segundo Mello:

“[...] o julgador e o intérprete jurídico não podem ver o mundo somente pelo viés normativo do dever-se, mas deve considerar as possibilidades do ser do homem, isto é, como poder ser. O homem não pode ser visto como um homem abstrato inserido nos padrões normativos de uma dada sociedade, mas devemos considerá-lo no processo hermenêutico através de seu modo de ser médio e cotidiano do próprio homem, isto é, como ser-no-mundo (*Dasein*, estar aí).”¹⁴⁸

É importante deixar claro que a crítica à discricionariedade judicial não é uma crítica à “interpretação”, que aliás é necessária ao processo decisório, mas ao poder que é dado aos julgadores, transformando-os em “legisladores”. Interpretar é dar sentido àquilo a que se interpreta, é fundir horizontes, respeitando os ditames da Constituição.

No próximo capítulo, iremos tratar da hermenêutica filosófica analisando os seus significados, sua aplicação no mundo jurídico, apresentando-a como uma solução para tentar se obter respostas hermenêuticamente adequadas à Constituição Federal, funcionando como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionárias por parte dos julgadores.

¹⁴⁶ STRECK, op. cit., 2008a, p. 137-138.

¹⁴⁷ Cf. STRECK, op.cit., 2010a, p. 158-173.

¹⁴⁸ MELLO, op. cit., 2006a, p. 59-60.

II HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

2.1 Hermenêutica e seus significados

O significado da palavra hermenêutica sempre foi objeto de discussões e análises, tendo em vista as transformações nos modos de pensar que marcaram épocas diferentes.

Alguns dos conceitos de hermenêutica derivam da palavra interpretar ou interpretação, estando relacionados diretamente com Hermes, mensageiro dos deuses, aquele que traz a mensagem do destino; de acordo com a mitologia grega, Hermes seria capaz de decifrar o incompreensível. Outras derivações conhecidas, como compreensão, pré-compreensão, círculo hermenêutico, antepredicativo, fizeram com que a hermenêutica abrisse um novo espaço na filosofia que tinha diversos lados que o aproximavam da questão do conhecimento.¹⁴⁹

O ato de interpretar é voltado para tentar atribuir sentido a algo, desnudar algo que se encontra velado, de acordo com a posição do intérprete. Um texto, por exemplo, devemos interpretá-lo para que ele venha a apresentar os seus diversos sentidos, para que possa ser compreendido e analisado em todos esses sentidos. A hermenêutica é justamente a forma de lidar com essas significações que atribuímos aos textos e a todas as coisas.

Schleiermacher define a hermenêutica como a arte de evitar o mal-entendido, para ele, a interpretação é arte por causa deste duplo compreender (compreender na linguagem e compreender no falante). Nenhum deles se completa por si.¹⁵⁰

Para Costa, “vivemos em um mundo repleto de discursos que lhe conferem sentido, e a hermenêutica é justamente um discurso acerca do modo humano de lidar com essas significações que atribuímos às coisas.”¹⁵¹

O significado da palavra hermenêutica foi se transformando ao longo dos séculos, sendo ainda obscura, devido aos usos distintos da palavra em diferentes contextos por diversos filósofos.

¹⁴⁹ Cf. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 10.

¹⁵⁰ Cf. SCHLEIERMARCHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 8. ed., 2010, p. 68.

¹⁵¹ COSTA, op. cit., 2008, p. 32.

Em Heidegger, podemos observar menção à hermenêutica em sua Conferência de 1924 em Marburgo, com o título de *O conceito do tempo*, onde afirma que “a possibilidade de acesso à história funda-se na possibilidade de como cada presente particularmente se compreende como ser futuro. Este é o primeiro princípio de toda hermenêutica.”¹⁵²

A expressão *hermenêutica*, para Heidegger, tem como propósito indicar o modo unitário de abordar, de questionar e explicar a facticidade¹⁵³, demonstrando que não é possível compreender as coisas do mundo através do esquema sujeito-objeto, substituindo o caráter normativo e metodológico por uma analítica filosófica.

Heidegger não pretendia seguir Husserl, e sim desenvolver a “hermenêutica da facticidade”, sendo a existência do homem a base de qualquer investigação fenomenológica.¹⁵⁴

Assim, Heidegger trouxe uma nova perspectiva sobre hermenêutica, quando elevou seu conceito à tarefa de tornar acessível o ser-aí próprio em cada ocasião em seu caráter ontológico do ser-aí mesmo, de comunicá-lo.¹⁵⁵ Esclarecendo ser o intuito da hermenêutica, justamente o de compreender *os modos como o homem compreende o mundo*.

Gadamer se interessa pela nova perspectiva de Heidegger, a chamada “hermenêutica da facticidade”, porém analisa a expressão, em sua obra *Os caminhos de Heidegger*, de forma a levantar um problema: “*Pois facticidade quer dizer o fato em seu ser-fato, ou seja, justamente aquilo do qual não se pode voltar atrás.*”¹⁵⁶ E continua:

“Portanto, hermenêutica da facticidade é um *genitivus subjectivus*. A facticidade se põe, ela mesma, na interpretação. A facticidade que se interpreta a si mesma não junta em si mesma conceitos que a

¹⁵² STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 41.

¹⁵³ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da facticidade*. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15.

¹⁵⁴ Como bem explica Theresa Calvet de Magalhães, para Heidegger, “a palavra *fenomenologia* significa primariamente uma *concepção metodológica*”, sendo que sua denominação expressa a máxima “às coisas mesmas”, não podendo ser interpretada como corrente ou ponto de vista. Deve-se trabalhar o pré-conceito da fenomenologia, o que conforme Heidegger é possível através da compreensão do significado da palavra fenomenologia em seus componentes: fenômeno e logos. Cf. CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. “Fenomenologia e hermenêutica: leitura e explicitação da introdução a *Sein und Zeit*”. In COELHO, Nuno M. M. S; MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito, filosofia, ética e linguagem: estudos em homenagem à professora, escritora e filósofa Theresa Calvet de Magalhães*. Juiz de Fora: Editar, 2013, p. 67-68.

¹⁵⁵ Cf. HEIDEGGER, op. cit., 2012, p. 21.

¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Tradução de Ángela Ackermann Pilári. Barcelona: Herder, 2002, p. 282.

interpretariam, mas sim é um modo do falar conceitual que quer agarrar sua origem, e com ela seu próprio alimento vital, quando se transforma à forma de uma proposição teórica.”¹⁵⁷

O conceito de facticidade possui um aspecto de “horizonte temporal”, partindo da vida presente envolta por um passado de histórias e experiências e a possibilidade de projeções futuras com base no passado e no presente. Esse aspecto do “horizonte temporal” do conceito de facticidade certamente tem seus reflexos na hermenêutica gadameriana.¹⁵⁸

Gadamer e Heidegger consideravam a interpretação hermenêutica como um processo anterior a toda investigação científica, porém apresentam caminhos diversos quanto ao estudo da hermenêutica, estando claro no seguinte trecho da obra *Verdade e Método I*:

“Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.”¹⁵⁹

Heidegger vê a hermenêutica como um adjetivo, com a função de qualificar a fenomenologia¹⁶⁰, ao contrário, Gadamer transcende Heidegger no conceito de hermenêutica para apresentar a “hermenêutica filosófica”, que traz em si uma pretensão de universalidade, modificando o seu conceito de compreensão, e distanciando-se da ideia central de Heidegger. Ernildo Stein interpreta esta universalidade “como sendo uma forma de criar uma disciplina que engloba toda e qualquer atividade do ser humano no campo da interpretação.”¹⁶¹

Assim, o pensamento de Gadamer não acompanhava Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser:

“Portanto, se o conceito de compreensão de Heidegger visava chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, a compreensão em Gadamer é desenvolvida no

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Cf. MISSAGIA, Juliana. “A Hermenêutica em Heidegger e Gadamer: algumas confluências e divergências”. *Griot – Revista de Filosofia PUCRS*, v. 6, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/1-AHERMENEUTICAEMHEIDEGGEREGADAMER-ALGUMASCONFLUENCIASEDIIVERGENCIAS-JulianaMissaggia.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 10. ed., 2008, p. 354.

¹⁶⁰ STEIN, op. cit., 2011, p. 14.

¹⁶¹ Ibid., p. 12.

contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido.”¹⁶²

De acordo com Ernildo Stein, “Gadamer nos instruiu que a hermenêutica se baseia no jogo da pergunta e resposta, e por isso, sempre está num acontecer, em que ela não pretende ter a última palavra.”¹⁶³ Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, preleciona, “o fato de um texto transmitido se converter em objeto de interpretação significa que coloca uma pergunta ao intérprete. Nesse sentido, a interpretação contém sempre uma referência essencial à pergunta que nos foi dirigida.”¹⁶⁴

Quando o intérprete consegue compreender o texto analisado significa que compreendeu a pergunta que lhe foi feita, e isso ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico.¹⁶⁵ Nas palavras de Gadamer, “só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode também ter outras respostas.”¹⁶⁶

Para Schleiermacher, o que importa é compreender um autor melhor do que ele próprio se compreendeu: “deve-se compreender tão bem e melhor que o escritor”¹⁶⁷. Esse postulado marcou a história da hermenêutica moderna, e para Gadamer, é com ele que encerramos o problema da hermenêutica, posto que *o ato da compreensão é a realização reconstrutiva de uma produção*.¹⁶⁸

2.2 Hermenêutica como compreensão

Conforme retrata Cleyson Mello, “o processo hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete jurídico é realizado a partir de uma pré-compreensão, isto é, em um primeiro momento, nossos pré-juízos devem se dar a partir de uma antecipação de sentido.”¹⁶⁹

¹⁶² Ibid., p. 14.

¹⁶³ Ibid., p. 24.

¹⁶⁴ GADAMER, op. cit., 2008, p. 482.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ SCHLEIERMARCHER, op. cit., p. 69.

¹⁶⁸ Cf. GADAMER, op. cit., 2008, p. 263.

¹⁶⁹ MELLO, op. cit., 2006a, p. 176.

Seja no âmbito jurídico, ou em qualquer circunstância, procuramos dar sentido às coisas, procuramos atribuir a elas beleza e finalidades de acordo com nossa própria concepção.

A compreensão é ligada diretamente ao ser humano, vivemos compreendendo cada ato ou situação do dia-a-dia. O ato de compreender é uma realidade existencial, não uma questão de método e sim uma questão relativa à existência do próprio homem:

“Habitualmente compreendemos todas as coisas que estão ao nosso redor. No entanto, raramente perguntamos como se dá o nosso fazer ou qual a natureza das coisas com as quais lidamos cotidianamente. Em nossa existência cotidiana transitamos livremente numa pré-compreensão acerca das coisas e dos outros que compartilham conosco o mesmo mundo – nessa existência nós “sabemos e entendemos tudo.” Por sua vez, tal compreensão não advém de uma reflexão ou tematização explícita acerca das coisas. Ela é anterior a toda reflexão. Compreender, para Heidegger, não é estar na “posse” de um determinado conhecimento ou “por cima” de alguma situação. Ao possibilitar esse modo de “saber e entender tudo”, a compreensão abre a pre-sença para o seu poder-ser-no-mundo.”¹⁷⁰

A compreensão humana é composta de pré-juízos e preconceitos, visto que nenhum intérprete tem a mente vazia e, principalmente, porque os sentidos não estão nas coisas e sim na linguagem, como veremos mais adiante.

Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa, constitui-se num conhecer originário, algo com algo funda-se, essencialmente numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹⁷¹ Assim, a interpretação se funda existencialmente na compreensão: “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar.”¹⁷²

Nos dizeres de Heidegger, “toda interpretação funda-se no compreender. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, no compreender, já se prelineou como possibilidade de articulação.”¹⁷³

Não é possível identificar o sentido de algo antes de entendê-lo como algo, mesmo que este algo seja sem sentido. Como exemplo, podemos compreender que uma atitude tem sentido quando ela é sensata, coerente com a situação, tem

¹⁷⁰ SANTOS, Leandro Assis. “O fenômeno da abertura como modo de manifestação do ser”. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/portaltrepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/3Edicao/FENOMENO%20DA%20ABERTURA%20COMO%20MODO %20DE% 20MANIFESTACAO%20Leandro.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portaltrepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/3Edicao/FENOMENO%20DA%20ABERTURA%20COMO%20MODO%20DE%20MANIFESTACAO%20Leandro.pdf)> Acesso em: 22 out. 2011.

¹⁷¹ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Edusf, Petrópolis: Vozes, 2011, p. 213.

¹⁷² HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 212.

¹⁷³ Ibid., p. 215.

significância. Quando esta atitude tem sentido é porque alcançou a possibilidade de ser. Não podemos dizer que o sentido é algo pronto, definido, é uma possibilidade de ser. Como diz Heidegger “sentido é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa.”¹⁷⁴

Heidegger diz que “o ‘como’ constitui a estrutura da explicação do compreender; ele constitui a interpretação”¹⁷⁵. O “como” não ocorre primeiramente no enunciado, sua articulação já está sempre presente na perspectiva de interpretação.

A compreensão é ligada ao contexto vital do ser humano e o ato de compreender é uma realidade existencial, e não simplesmente uma questão de método. É uma questão relativa à existência do intérprete:

“Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz”, etc. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sendo inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente.”¹⁷⁶

É a partir das relações que os homens e as coisas se definem e não o contrário, ou seja, não é a partir do homem e das coisas que as relações se determinam.¹⁷⁷

Heidegger propõe um novo espaço ontológico para a compreensão, colocando-a na abertura infinita de possibilidades. Assim, o mundo é o novo lugar temático que nos oferece as condições de compreensão e pré-compreensão.

É importante sempre confrontarmos-nos com nossas compreensões cotidianas, quantas vezes forem necessárias, até que possamos estar desnudos de pré-conceitos, pré-julgamentos. Aquilo que acreditamos ser “algo” deve ser objeto de nossa atenção e estudo, para que realmente seja visto como o “algo” que seja.

Gadamer aduz que: “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis” continua afirmando que é importante “voltar seu olhar para “às coisas elas mesmas” (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas).”¹⁷⁸

¹⁷⁴ Ibid., p. 212.

¹⁷⁵ Ibid., p. 210.

¹⁷⁶ Ibid., p. 39.

¹⁷⁷ Ibid., p.19.

¹⁷⁸ GADAMER, op. cit., 2008, p. 355.

Assim, é necessário atentar-se para intuições ou rompantes de pensamento que podem conter vícios, e voltar-se para a situação em si, examinando a legitimidade do pensamento:

“Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível - até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.”¹⁷⁹

Vemos, assim, que o processo da pré-compreensão acompanha a estrutura do ser-aí, sendo condição de possibilidade para acessar o ser do ente em todas as suas opções de ser. Sem a pré-compreensão, o ser continua velado em suas múltiplas possibilidades. Quanto à questão do ser e do ente, como bem explicita Pereira: “Heidegger demonstra que não se pode pensar o ente separado do ser pois todo o ente está presente no ser.”¹⁸⁰

Para Cleyson de Moraes Mello, a compreensão se dá através do mundo, devendo ser investigada através do ser-no-mundo:

“[...] a compreensão é ontologicamente fundamental e antecede qualquer ato de existência. A compreensão sustenta a interpretação; é contemporânea de nossa existência e está presente em todo ato de interpretar, cuja essência está unida por vínculos fortes às potencialidades concretas do ser, no horizonte da situação que cada um ocupa no mundo. Daí dizer-se que, em Heidegger, a compreensão se tornou ontológica.”¹⁸¹

De acordo com Stein, a busca da verdade e do sentido do ser começa pela analítica existencial, sendo que nas estruturas da finitude e da temporalidade do ser-aí, Heidegger procura desvelar o horizonte em que se manifeste o sentido do ser para realizar a verdadeira compreensão do ser na finitude em que se dá tal compreensão.¹⁸²

¹⁷⁹ Ibid., p. 358.

¹⁸⁰ PEREIRA, Thiago Rodrigues. “Kant e Nietzsche – uma discussão sobre a moralidade”. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 344. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2591.pdf>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁸¹ MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008a, p.105.

¹⁸² Ibid., p. 23.

A obra *Compreensão e Finitude*, de Ernildo Stein, traz um texto sobre a discussão central entre Heidegger e Ernst Cassirer e o problema da finitude¹⁸³, trazendo a máxima: “o homem não é, portanto, jamais infinito e absoluto na criação do próprio ente, mas, ele é infinito no sentido da compreensão do ser.”¹⁸⁴

Respondendo a Cassirer, Heidegger continua:

“[...] essa infinitude do ontológico está essencialmente ligada a experiência ôntica, de tal modo que se deve dizer inversamente: Essa infinitude, que irrompe na força da imaginação, é, precisamente o mais agudo argumento para a finitude. [...] A essência da filosofia, como tarefa finita do homem, reside no fato de ela estar limitada à finitude do homem. Pelo fato de a filosofia se dirigir à dimensão total e suprema do homem, deve mostrar-se, na filosofia, a finitude de uma maneira absolutamente radical.”¹⁸⁵

Na discussão Heidegger-Cassirer, podemos fazer as seguintes considerações: o conceito de ser é finito, o homem é infinito no sentido de compreensão do ser, e o homem se define pelo fato de ter de compreender o ser através de suas próprias experiências.

A compreensão é uma forma de estruturar a abertura do *Dasein*¹⁸⁶ para o mundo, de indagar o que realmente ocorre ao nosso redor, e qual a natureza das coisas que vivenciamos todos os dias. Para Heidegger, não basta saber que algo é algo, ou que uma coisa tem devida finalidade específica, mas sim abrir o *Dasein* através da compreensão para o seu poder-ser-no-mundo.

Para Theresa Calvet de Magalhães, “o uso que Heidegger faz do termo *Dasein* é extremamente original [...] designa assim, [...] esse *ente determinado* que nós somos cada vez nós mesmos, aquele que tem uma relação insigne com a questão-do-ser.”¹⁸⁷

¹⁸³ Essa discussão ocorreu em Davos, na Suíça, no curso ministrado por Heidegger em 1929, onde expunha sua interpretação de Kant e o *Problema da Metafísica*, retratado posteriormente por Edith Stein na obra *Welt und Person*. Louvain: Nauwelaerts, 1962. STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 39 e p. 388.

¹⁸⁴ Ibid., p. 39.

¹⁸⁵ Ibid., p. 39-40.

¹⁸⁶ *Dasein*, termo muito utilizado por Heidegger e decisivo na sua obra *Ser e Tempo*, nos leva à idéia de transcendência, por ser sempre em si, algo novo, de ser para além de si mesmo. *Dasein* não corresponde a um acontecimento no tempo, mas à temporalidade do acontecer, insurge-se através de um projetar-se, e uma pré-compreensão do horizonte humano. Ver HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 203. “*Dasein* é um verbo substantivado, o verbo que conjuga “o si mesmo” como “outro”, que conjuga “o em-si” como “sem em-si e para além de si”. Transcendência de *Dasein* significa uma redundância, pois *Da-sein* diz propriamente tra-dução, ou seja, conduzir-se para além de si, ser em si outro. Ver SCHUBACK, Márcia Sá Cavalcante. *A perplexidade da presença*. In HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 19.

¹⁸⁷ CALVET DE MAGALHÃES, op. cit., 2013, p. 59.

O *Dasein* é sem fundo (abissal), intocável, não objetificado, porque a fundamentação a que se refere é uma possibilidade, é um “poder-ser”. O *Dasein* permanece sempre em construção, é um ser que está sempre inacabado diante de inúmeras possibilidades. Para Heidegger o “ser” do *Dasein* é sua compreensão de seu próprio ser. Compreendendo seu próprio ser, *Dasein* compreende simultaneamente o ser de seres diversos de seu próprio ser.¹⁸⁸

Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, aduz:

“Pode até parecer duvidoso que exista uma tal disciplina técnica da compreensão; sobre isso voltaremos mais adiante. Em todo caso, precisamos compreender quais as conseqüências para a hermenêutica das ciências dos espíritos são provocadas pelo fato de Heidegger derivar fundamentalmente a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da pre-sença.”¹⁸⁹

O sentido do *Dasein* é dado pela temporalidade que constitui o sentido ontológico originário do ser-aí. A pré-compreensão, o juízo inicial e originário é essencial para “o acontecer”, para o desvelamento das possibilidades que o ser tem de existir.

Assim, o ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer através da *historicidade e temporalidade*¹⁹⁰, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.¹⁹¹

O pré da compreensão é a abertura primordial como condição de possibilidade do poder-ser do *Dasein*, e a partir desta abertura já ocorreu o sentido da compreensão. É a partir da abertura que o *Dasein* já ganhou ou perdeu sentido, ou seja, em tudo que é e faz, ou, mesmo não sendo e não fazendo, necessariamente dá uma interpretação a si mesmo:

“A presente investigação já se deparou com esse compreender originário sem, no entanto, permitir que aflorasse explicitamente como tema. Dizer que a presença existindo é o seu pre significa, por um lado, que o mundo é “presença”, a sua pre-sença é o ser-em. Este é igualmente “presença” como aquilo em virtude de que a presença é. Nesse em virtude de, o ser-no-

¹⁸⁸ STRATHERN, Paul. *Heidegger em 90 minutos*. Tradução, Maria Luiza X. de A. Borges; Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 36.

¹⁸⁹ GADAMER, op. cit., 2008, p. 354.

¹⁹⁰ Historicidade para Heidegger indica a constituição ontológica do “acontecer” próprio do *Dasein* como tal. A temporalidade é demonstrada por Heidegger como o sentido desse ente chamado de *Dasein*, devendo esclarecer o tempo como horizonte de toda compreensão e interpretação de ser. HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 55-56.

¹⁹¹ MELLO, op. cit., 2006a, p. 168-169.

mundo existente se abre como tal. Chamou-se essa abertura de compreender”¹⁹².

A abertura evidencia-se como o fenômeno a partir do qual o *Dasein* se põe, a partir do mundo do qual ele mesmo é partícipe, ou melhor, se descobre ele mesmo em suas relações de ser. O pre é a abertura primordial como condição de possibilidade do poder-ser do *Dasein*. Nos dizeres de Renato Kirchner:

“[...] a compreensão, enquanto estrutura fundamental, revela um dos modos do próprio pre enquanto abertura da presença. Ora, a expressão “pre enquanto abertura da presença” é uma expressão acentuadamente pleonástica. Trata-se, no entanto, de determinar melhor este pre enquanto abertura da presença.”¹⁹³

Heidegger, em *Ser e Tempo*, diz que, “toda disposição sempre possui a sua compreensão, mesmo quando a reprime”, e continua sua teoria, afirmando que o compreender está relacionado ao humor, enfatizando: “interpretando o compreender como um existencial fundamental, mostra-se que esse fenômeno é concebido como modo fundamental de ser da presença.”¹⁹⁴

Compreensão e interpretação não são algo detectável no *Dasein* posteriormente. Dão-se sempre já, ou melhor imediatamente, repentinamente, abruptamente em toda e qualquer situação vivenciada:

“O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, o compreender apropria-se do que compreende. Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender.”¹⁹⁵

Heidegger nos ensina que “sentido é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa.”¹⁹⁶

¹⁹² HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 203. Na tradução dessa edição, a autora utiliza a palavra “presença” onde, em nosso entendimento deveria ser *Dasein*, porém mantemos a tradução literal em todas as citações.

¹⁹³ KIRCHNER, Renato. *A temporalidade da presença*: A elaboração heideggeriana do conceito de tempo. Tese de doutorado apresentada ao corpo docente do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) no ano de 2007. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diadia/arquivos/File/conteudo/artigosteses/FILOSOFIA/Teses/RenatoKirchner.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

¹⁹⁴ HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 202.

¹⁹⁵ Ibid., p. 209.

¹⁹⁶ Ibid., p. 212.

Para uma compreensão correta, é necessário o velamento do ser, para que através da clareira¹⁹⁷, desvelamento, *Alétheia*¹⁹⁸ ocorra o despertar do esquecimento do ser, através do “passo de volta”. Assim, para Heidegger, ocorre primeiro um “afastar-se de...” e um “dirigir-se para...”, através de um movimento que se afasta da manifestação do ente e se dirige à manifestação que permanece velada.¹⁹⁹

“Somente o desvelamento do ser possibilita a revelabilidade do ente.”²⁰⁰ E é através da compreensão da palavra *Alétheia* que encontramos o sentido do ser.

Através da abertura, da clareira, da *Alétheia*, o compreender alcança toda a constituição fundamental do ser-no-mundo, abrindo-se para todas as suas possibilidades, assim, podemos dizer que o compreender é o ser do poder-ser:

“Compreender adequadamente é tomar consciência de que o mundo é o próprio, sendo o homem o ser-no-mundo. O compreender exige a compreensão do contexto de onde surge o ser, portanto, do seu modo prático de ser no mundo.”²⁰¹

Assim, no momento em que a coisa entra em contato com o mundo, o ser da coisa se revela, se torna desvelado.

Como exemplo, podemos analisar a relação que se verifica entre homem e mundo em uma situação cotidiana, como a de uma enfermeira com seus diversos pacientes em um hospital. Com amor, dedicação e desempenho de ser enfermeira, esta se dispõe a “compreender” as necessidades dos pacientes, dando a cada um, na medida exata, aquilo que realmente precisam para obter a cura, melhora, ou aliviar sua dor. De qualquer forma, a enfermeira está aberta para a compreensão de cada paciente, e conseqüentemente abre-se para o seu fazer mais próprio.

¹⁹⁷ O substantivo “clareira” vem do verbo “clarear”. Clarear algo quer dizer: tornar algo leve, livre, aberto, compreender. STEIN, Ernildo. *Os pensadores: Heidegger*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 102.

¹⁹⁸ *Alétheia* nos dizeres de Heidegger significa desvelamento, que garante através da clareira o caminho em direção à presença, que revela a essência das possibilidades. “A possibilidade é, então, aquilo que ao mesmo tempo vela e desvela. Vela-se na presença que faz emergir e desvela-se enquanto se esconde nessa presença. Isso é a própria *aletheia* como velamento e desvelamento.” STEIN, op. cit., 2001, p. 86. Para Mello, *Aletheia* é a esfera ontológica em que se enraízam sujeito e objeto, é o acontecer fenomenológico do ser que se retrai, é um ocultar-se originário, é o próprio desvelamento. MELLO, op. cit., 2006a, p. 66.

¹⁹⁹ Cf. STEIN, op. cit., 1996, p. 276.

²⁰⁰ MELLO, op. cit., 2008b, p. 169.

²⁰¹ CRUZ, Raimundo José Barros. “Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer: Os caminhos da compreensão”. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/35931550/MARTIN-HEIDEGGER-E-HANS-GEORG-GADAMER-OS-CAMINHOS-DA-COMPREENSAO-Rajobac-Raimundo-Jose-Barros-Cruz-Revista-Filosofia-Capital>>. Acesso em: 12 out. 2011.

É fato que estamos sempre lançados no mundo, mundo este que se mostra, de imediato, nessas relações que estabelecemos com os outros, com as coisas e com o nosso próprio ser, ou seja, estamos sempre nos relacionando com as nossas possibilidades de ser.²⁰²

Na compreensão, vislumbramos que o poder-ser do *Dasein* constitui sempre em algo que está para se realizar, através das suas diversas possibilidades de ser. Assim, o *Dasein* se realiza nas próprias possibilidades de ser-no-mundo:

“Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”.²⁰³

Conclui-se, assim, que necessário se insurge compreender, para interpretar, diante das especificidades do objeto. Para Heidegger, “[...] ‘uma compreensão de ser já está sempre incluída em tudo o que se apreende no ente’”²⁰⁴

2.3 A hermenêutica e a virada linguística

A viragem linguística, segundo Gamboa, se originou na crítica à teoria clássica do conhecimento conhecida como “mentalismo”, que afirmava que a representação dos objetos ou das coisas está na mente do sujeito, e na crítica à lógica formal que, como instrumento da razão, regula as relações entre pensamento e linguagem.²⁰⁵

De acordo com Costa, “a concepção hermenêutica do mundo é uma das herdeiras da virada linguística do começo do século XX, que colocou a linguagem como centro da reflexão filosófica.”²⁰⁶ Para Oliveira:

²⁰² SOUSA, Caroline Martins. “O fenômeno do mundo no pensamento de Martin Heidegger”. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/portalsepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/2Edicao/O%20FENOMENO%20DO%20MUNDO%20NO%20PENSAMENTO%20DE%20MARTIN%20HEIDEGGER%20%20Caroline%20Martins%20de%20Sousa.pdf>> Acesso em 11 nov. 2011.

²⁰³ GADAMER, op. cit., 2008, p. 347.

²⁰⁴ HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 38.

²⁰⁵ Cf. GAMBOA, Silvio Sánchez. “Reações ao giro linguístico: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem”. In: CHAVES-GAMBOA, M.; SANCHEZ GAMBOA, S.. (Org.). *Teorias e pesquisas em educação: os pós-modernismos*. 1. ed. Maceió: UFAL, 2011, p. 63-88.

²⁰⁶ COSTA, op. cit., 2008, p. 33.

“A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimento intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística.”²⁰⁷

A linguagem passa a ser entendida como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, pois através de uma relação de intersubjetividade (relação sujeito/sujeito) a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das relações existentes na sociedade.

Searle, seguidor de Austin e sua teoria da linguagem, envereda-se numa preocupação direcionada para a comunicação mais usual, com isso a teoria de Searle rumo pelo caminho da ação de se comunicar (atos de linguagem).

De acordo com Searle, toda comunicação linguística envolve atos linguísticos. A produção ou emissão de uma ocorrência de frase sobre certas condições é um ato de fala, e os atos de fala são a unidade básica ou mínima da comunicação linguística.²⁰⁸

Para Searle, a comunicação constitui-se basicamente frente aos atos de linguagem, mas para isso é necessário que haja intencionalidade, e que ocorra entre seres semelhantes a nós.²⁰⁹ Assim, um som ou ruído proferido sem intencionalidade não pode ser considerado como comunicação, como Searle bem o expressa:

“Um modo de compreender este ponto de vista é perguntar qual a diferença entre considerar um objecto como um exemplo de comunicação linguística e não considera-lo sobre este ângulo. Uma diferença crucial é a seguinte: quando consideramos que um ruído, ou uma inscrição numa folha de papel constituem, enquanto mensagem, um exemplo de comunicação linguística, uma das coisas que devemos supor é que o ruído ou a marca foram produzidos por um ser, ou seres mais ou menos semelhantes a nós e foram produzidos com certas intenções. Se nós considerarmos o ruído ou a marca como um fenómeno natural, tal qual o vento nas árvores ou uma mancha de papel, excluí-los-emos da classe da comunicação linguística, mesmo que o ruído ou a marca não possam ser distinguidos das palavras faladas ou escritas”²¹⁰

²⁰⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed., São Paulo: Loyola, 2001, p. 13.

²⁰⁸ Cf. SEARLE, John R. *Os actos de fala*. Tradução de Carlos Vogt (Coord.). Coimbra. Portugal: Livraria Almedina, 1981, p. 26.

²⁰⁹ Ibid., p. 27.

²¹⁰ Ibid.

É importante ressaltar que nem todos os seres tem êxito na tarefa de se comunicar, visto que não basta a intencionalidade, mas sim a compreensão do seu destinatário.

Para Gadamer, “a linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.”²¹¹ Através da conversa, do diálogo, é que as partes podem chegar a um acordo. Na verdadeira conversação, as partes deixam o outro expor os pontos de vista para tentar compreender aquilo que este diz.²¹²

Situações que complicam a realização de um acordo, ou tornam difícil interpretar textos, são a distância temporal, cultural ou linguística, que exigem uma superação do abismo que se interpõe. Em alguns casos, é imprescindível a presença de um intérprete, como aduz Gadamer:

“De certo modo, para que possa haver acordo numa conversação, esse domínio da língua é condição prévia. Toda conversação implica o pressuposto evidente de que seus membros falem a mesma língua. É só quando é possível pôr-se de acordo pela linguagem, a qual possibilita o intercâmbio da fala, que a compreensão e o acordo podem tornar-se problemáticos. Depender da tradução de um intérprete é um caso extremo que reduplica o processo hermenêutico, a conversação: é a conversa do intérprete com o outro e a nossa própria conversa com o intérprete.”²¹³

A tradução exige cuidados, tendo em vista que “toda tradução já é interpretação”²¹⁴, devendo o tradutor realizar uma reconstituição do texto guiada pela compreensão do que se diz nele.

O estudo de eventos ocorridos em outra época também gera dificuldades, uma vez que o intérprete pode querer interpretar o passado com os olhos do presente, impossibilitando compreender realmente os fatos em questão.

De acordo com Costa, deve-se buscar o verdadeiro sentido que o autor tentou transmitir ao redigir um texto:

“O verdadeiro sentido de um texto é aquele que seu autor desejou transmitir, ainda que escolhendo equivocadamente as palavras. Assim, se há um choque entre o que alguém disse e o que ele queria dizer (e isso ocorre repetidas vezes pelas limitações intrínsecas à linguagem) a interpretação deve esclarecer o sentido intencionado pelo seu autor em vez de prender-se a uma literalidade enganadora.”²¹⁵

²¹¹ GADAMER, op. cit., 2008, p. 497.

²¹² Ibid., p. 499.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid., p. 498.

²¹⁵ COSTA, op. cit., 2008, p. 128-129.

Para cientistas e filósofos, o importante não era elaborar textos bonitos em sua forma, e sim conseguir transmitir ideias verdadeiras sobre o mundo.²¹⁶ Assim, com a virada linguística, pretendia-se, em um primeiro momento, a construção de uma linguagem adequada aos parâmetros universais da lógica com a construção de enunciados verdadeiros.²¹⁷

A linguagem se converte em ponto de partida e centro da reflexão, é nela que o mundo se desvela e dá o sentido. A interpretação do mundo é sempre um fenômeno linguístico, na medida em que interpretar significa atribuir sentido.²¹⁸

Grondin nos adverte que compreender significa buscar o “sentido de um discurso, isto é, a expressão de um outro, ou de algo pensado. Assim, a compreensão não tem outro objeto além da linguagem.”²¹⁹ Costa também observa:

“Muitas são as perguntas que giram em torno do sentido de um texto, e a hermenêutica trabalha justamente no campo de reflexão constituído por perguntas deste tipo, que buscam dar sentido ao nosso modo de dar sentido ao mundo. E a resposta hermenêutica a todas elas radica o sentido do mundo na própria linguagem com que falamos do mundo. [...] Não há sentido fora da linguagem. Esse é um dos pressupostos constitutivos da hermenêutica.”²²⁰

A linguagem não pode ser compreendida apenas como instrumento de comunicação de conhecimentos, antes de mais nada, ela é condição de possibilidade para a existência desses conhecimentos.

O desenvolvimento do fenômeno da linguagem é o que revela e transmite a experiência humana no mundo, assim, é na linguagem que o homem representa o seu próprio *ser no mundo*; *ser* este que só pode ser compreendido na linguagem.

Segundo Rorty, “a viragem linguística pode ser entendida como o ponto de vista segundo o qual os problemas filosóficos podem ser resolvidos (ou dissolvidos) reformando, ou melhor, compreendendo a linguagem que usamos no presente.”²²¹

A viragem linguística do Século XX segue na esteira da superação do esquema sujeito-objeto, focando-se, todavia, na linguagem, como instância capaz de

²¹⁶ Ibid., p. 128.

²¹⁷ Ibid., p. 135.

²¹⁸ Cf. COSTA, op. cit., 2008, p. 33.

²¹⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 125.

²²⁰ COSTA, op. cit., 2008, p. 33.

²²¹ RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Tradução de Gabriel Bello. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990, p. 50.

promover tal unidade. Somente com ela o foco das investigações filosóficas deixou de ser o sentido presente nas próprias coisas.

A partir da viragem linguística, colocou-se a linguagem no centro de todos os questionamentos filosóficos, ou seja, tudo aquilo que pode ser compreendido é linguagem:

“A linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo de modo que essa mesma linguagem é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto instaura-se uma relação sujeito/sujeito. Além disso, a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade.”²²²

Gadamer e sua Hermenêutica Filosófica encontram-se inseridos na perspectiva de superação do esquema sujeito-objeto, principalmente pela função da *linguagem*, elemento que garante a intersubjetividade. De acordo com Salgado, “outro aspecto importante a ressaltar na teoria de Gadamer é que o autor procura (assim como Heidegger) a superação total da dicotomia sujeito-objeto.”²²³

A “virada linguística” desloca a centralidade do objeto ou das coisas representadas na mente (ponto de partida da lógica formal) para a linguagem e as palavras. Nesse caso, as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência (o centro ou ponto de partida) das coisas.²²⁴ Streck insiste:

“Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que, no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante).”²²⁵

O ponto central da teoria gadameriana consiste na necessidade de sair do círculo fechado das opiniões prévias. O filósofo aduz que “a compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado”²²⁶, isso para que se tenha avanço na penetração do sentido. O intuito é de manter um constante interpretar

²²² PEDRON, Flávio Quinaud. *O giro linguístico e a auto-compreensão da dimensão hermenêutica pragmática da linguagem jurídica*. Vox Forensis: Espírito Santo do Pinhal, n.1, v.1, 2008, p. 201.

²²³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A Fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008, p. 66-67.

²²⁴ Cf. GAMBOA, op. cit., p. 63-88.

²²⁵ STRECK, op. cit., 2010b, p. 14.

²²⁶ GADAMER, op. cit., 2008, p. 356.

para que os conceitos prévios, ao longo da interação entre texto e intérprete, sejam substituídos por outros conceitos novos mais adequados.

Para Gadamer, o importante para quem quer compreender, é fazer uma interpretação correta, adotar um comportamento reflexivo diante da tradição, e proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas.²²⁷ E ele esclarece:

“É verdade que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. Mas sem uma prévia compreensão de si, que é nesse sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos.”²²⁸

O paradigma linguístico é caracterizado pelo pensamento crítico-compreensivo, voltado para as estruturas semânticas e os enunciados da linguagem. A partir destes enunciados é possível afirmar que a virada linguística consiste na transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem.

2.4 A hermenêutica e o círculo hermenêutico

Através da hermenêutica o homem interage com um texto no intuito de interpretá-lo, porém inicia o processo sempre com suas pré-compreensões, por não ter a mente vazia, e é através do círculo hermenêutico que o intérprete entra no movimento do compreender e vem a conhecer suas pré-compreensões. É através do círculo hermenêutico que o intérprete revisa criticamente e distingue as pré-compreensões que devem ou não ser levadas em consideração.

Para Japiassú, a definição de círculo hermenêutico é a “dificuldade do método hermenêutico ou interpretativo segundo a qual, toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência, e reciprocamente [Heidegger].”²²⁹

Na visão de Coelho, círculo hermenêutico é a “relação essencial entre o todo e a parte que é retomada de um modo inteiramente novo nos quadrantes de uma

²²⁷ Ibid., p. 355.

²²⁸ GADAMER, Hans- Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 12.

²²⁹ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 50.

hermenêutica voltada para a recuperação da experiência individual do autor do discurso objeto de interpretação.”²³⁰

Para a compreensão de algo, como um texto, é necessário estar aberto à opinião do autor, sendo um processo que se caracteriza por sua circularidade, tendo o seu começo na pré-compreensão que se tem do texto, modificando durante a leitura, com a compreensão, isso pode ser denominado de círculo hermenêutico.

Explica Gadamer que: “[...] compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e é por isso que o constante retorno do todo às partes e vice-versa se torna essencial.”²³¹ O círculo está em constante movimento, se ampliando, afetando a compreensão do indivíduo, com isso, a descoberta do sentido do texto só ocorrerá “no vaivém do movimento circular entre o todo e as partes.”²³²

Essa ideia de circularidade da compreensão foi desenvolvida inicialmente por Schleiermacher quando expressava a relação recíproca entre o singular e o todo:

“Consideremos agora, a partir disso, a inteira operação da interpretação: então, nós deveríamos dizer que, progredindo pouco à pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então] temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados.”²³³

Schleiermacher reafirma sua proposta de hermenêutica circular quando aduz: “Faz-se necessário certamente, assim, uma compreensão do todo, mesmo quando ambos faltam, simplesmente através dos particulares”, continua seu pensamento, “e nós podemos, depois que o todo seja dado, retroceder aos elementos, para então compreendê-los mais precisa e completamente a partir do todo.”²³⁴

²³⁰ COELHO, Nuno M. M. dos Santos. “Constituição e norma infraconstitucional à luz do princípio do círculo hermenêutico”. In *Fundamentos e fronteiras do direito*. Barbacena: FUPAC, v.1, n.1, 2006, p. 81.

²³¹ GADAMER, op. cit., 2008, p. 261.

²³² Ibid., p. 263.

²³³ SCHLEIERMARCHER, op. cit., p. 49.

²³⁴ Ibid., p. 51.

Schleiermacher, em 22 de outubro de 1829, inicia seu discurso prelecionando sobre o princípio hermenêutico: “Assim como o todo seguramente é compreendido a partir do particular, também o particular apenas pode ser compreendido a partir do todo”²³⁵, sendo de tamanha importância esse princípio “que já as primeiras operações não podem ser estabelecidas sem o seu emprego, visto que uma grande quantidade de regras hermenêuticas repousam mais ou menos sobre ele.”²³⁶

Assim, nos dizeres de Coelho, quanto à circularidade constitutiva do processo de interpretação: “a frase não pode compreender-se senão em razão de cada uma das palavras que a compõem, assim como cada uma das palavras não pode ser compreendida senão em razão de sua inserção na frase.”²³⁷

Desta forma, as palavras são compreendidas, apresentam sentido, em razão da frase em que se inserem, da mesma maneira, a frase só alcança o seu sentido graças às palavras que a compõem. É através do contexto (do todo) que as palavras revelam o seu real sentido.

Heidegger acompanha a ideia do processo circular de Schleiermacher, dando-lhe uma maior importância na sua teoria da compreensão. E ainda, com a analítica existencial²³⁸, com a compreensão do ser e o *Dasein*, inaugura um novo modo de pensar o ser, a partir do círculo hermenêutico.

O *Dasein* é o ente privilegiado que compreende o ser e tem acesso aos entes, e com essa compreensão inaugura a circularidade hermenêutica, que se baseia na recíproca relação entre ser e ente.²³⁹ Portanto, é com o *Dasein* e seu papel fundamental na compreensão do ser, que Heidegger apresenta sua ideia de círculo hermenêutico.

O círculo hermenêutico de Heidegger se baseia, assim, no relacionamento do conhecimento prático e conhecimento teórico a partir de uma circularidade, em um contexto intersubjetivo de fundamentação, onde ambos se dão na abertura do pré-compreender estruturante.²⁴⁰

²³⁵ Ibid., p. 47.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ COELHO, op. cit., 2006, p. 82.

²³⁸ Compreende-se tal analítica como a análise dos momentos estruturais (estudo fenomenológico dos modos de ser fundamentais) em que o *Dasein* se projeta como ser no mundo.

²³⁹ Cf. MELLO, op. cit., 2006a, p. 29-30.

²⁴⁰ Cf. STEIN, op. cit., 2011, p. 155.

Em Heidegger, a ideia do círculo estabelece uma antecipação ou pré-compreensão, que estabelece previamente uma relação com o sentido. Como explica Heidegger, “sentido é a perspectiva na qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo.”²⁴¹ O círculo descreveria a natureza da compreensão humana.

Desta forma, sempre ocorreria uma antecipação de sentido do texto, e a compreensão buscaria aperfeiçoar a posição prévia, visão prévia e concepção prévia. O intérprete deve estar sempre aberto para encontrar no texto objeto de interpretação um algo novo, não percebido ou compreendido anteriormente. Como explicita Rohden:

“Com o modelo estrutural do círculo hermenêutico é possível superar a clássica dicotomia entre explicar e compreender ou interpretar e compreender, uma vez que ele mostra que há uma compreensão originária, anterior ao momento temático, que denominamos de ontológico – que o círculo hermenêutico permite explicitar, e que mostra a impossibilidade de retorno ao ponto inicial, à Ítaca, ileso das marcas do tempo e do espaço.”²⁴²

De acordo com Gadamer, o intérprete não sai do movimento hermenêutico da mesma maneira como entrou, visto que a interpretação de um texto por parte do intérprete (que não possui a mente vazia e utiliza na atividade interpretativa as suas impressões e pré-compreensões) obtém a cada momento um novo resultado interpretativo, uma vez que, com o passar do tempo, e a cada leitura, novos sentidos são dados ao texto.

Gadamer aduz: “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias.”²⁴³ Quem busca compreender deve se manter aberto à possibilidade de suas opiniões prévias não serem adequadas. E o filósofo continua, “uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas.”²⁴⁴

²⁴¹ HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 212-213.

²⁴² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 170.

²⁴³ GADAMER, op. cit., 2008, p. 356.

²⁴⁴ Ibid., p. 359.

É importante o questionamento e o reconhecimento dessas antecipações de sentido e preconceitos, pois somente com a colocação destes à prova é possível saber se são legítimos ou não:

“Está formado, a partir desta idéia, o círculo hermenêutico, pois, se conheço as coisas a partir de “pré-conceitos”, estes passam a se incorporar às coisas de modo que quando conheço coisas conheço também “pré-conceitos”; à ciência é dado o dever de desvendar estes “pré-conceitos” que se arraigam às coisas.”²⁴⁵

Para Gadamer, o círculo hermenêutico não é de natureza formal, não é objetivo nem subjetivo, descreve a compreensão como jogo, ou seja, como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete.²⁴⁶ Gadamer conclui: “O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.”²⁴⁷

A nossa relação com a tradição, como afirma Gadamer, é instaurada por nós mesmos enquanto compreendemos, no momento em que participamos do acontecer da tradição, que é determinada a partir de nós. Portanto, a comunhão da nossa relação com a tradição é concebida como um processo em contínua formação.²⁴⁸

De acordo com Mello, “o círculo hermenêutico e a diferença ontológica²⁴⁹ são os pilares que suportam a teoria heideggeriana.”²⁵⁰

Com a fenomenologia hermenêutica, foi possível também compreender a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser, unidade esta que nos permite descobrir a diferença ontológica:

“Diferença que não é apenas uma separação entre ser e ente, mas uma relação entre ser e ente se dá através de um determinado comportamento de um ente que é designado por Heidegger o ser-aí (*Dasein*). Assim, a diferença ontológica se constitui no contexto da compreensão de ser, mas, ao mesmo tempo, dá a essa o espaço de seu acontecer. Assim se estabelecem, na fenomenologia hermenêutica, como filosofia da finitude, os dois teoremas fundamentais, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.”²⁵¹

²⁴⁵ BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica”. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 184.

²⁴⁶ Cf. GADAMER, op. cit., 2008, p. 388.

²⁴⁷ Ibid., p. 389.

²⁴⁸ Ibid., p. 388-389.

²⁴⁹ Diferença ontológica é a diferença entre ser e ente, uma vez que o ser é o elemento através do qual ocorre o acesso aos entes, isto é, sua condição de possibilidade.

²⁵⁰ MELLO, op. cit., 2006a, p. 30.

²⁵¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: UNIJUI, 2002, p. 17.

Como a interpretação se movimenta no compreendido, acaba por mover-se em um círculo, visto muitas vezes como um vício, mas para Heidegger o círculo não deve ser rebaixado a um *vitiosum*:

“Para se preencher as condições fundamentais de uma interpretação possível, não se deve desconhecer as suas condições essenciais de realização. O decisivo não é sair do círculo, mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo do compreender não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a estrutura-prévia existencial, própria da presença.”²⁵²

Heidegger tem como imperioso o círculo hermenêutico, um círculo virtuoso e não vicioso. O grande desafio seria entrar no círculo de modo adequado, tendo em vista que o círculo hermenêutico é a possibilidade positiva de uma compreensão adequada de um texto.

A realidade sempre mutável dos sujeitos e dos fatos é que possibilita o sentido ontológico positivo do círculo hermenêutico, ou seja, o próprio ciclo da vida. Se o círculo fosse vicioso, o intérprete seria rebaixado a mero espectador dos pré-juízos próprios e alheios, porém, a existência de uma consciência crítica permite questionar estes pré-juízos.

2.5 A hermenêutica metodológica e sua aplicação no direito

A hermenêutica, em sua origem, não era apenas um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências (teológico, filológico e jurídico), estando diretamente ligada ao fenômeno da compreensão e da maneira correta de interpretar o que se entendeu.

Friedrich Schleiermacher elaborou o primeiro esboço de uma teoria geral da interpretação, mas, para que a hermenêutica se converta realmente em um sistema abstrato de regras, foi necessário que a própria metodologia se tornasse objeto de reflexões específicas, o que veio a ocorrer no século XIX.²⁵³

Friedrich Ast e Friedrich Wolf são o ponto de partida para a hermenêutica como arte e técnica de interpretação de Schleiermacher, que utilizou, inclusive, a

²⁵² HEIDEGGER, op. cit., 2011, p. 214.

²⁵³ Cf. COSTA, op. cit., 2008, p. 98.

ideia de Ast de “que a hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, de um ponto de vista necessário, a partir de sua exposição”²⁵⁴ e a ideia de Wolf de que “algo estranho deve ser compreendido”²⁵⁵.

Sobre as ideias dos antecessores, Schleiermacher aduz que “meus dois guias me limitam de vários modos.”²⁵⁶ E, com isso, vai além das ideias apresentadas acrescentando à teoria de Ast, que não apenas escritores devem ser compreendidos, mas sim todos os textos, bem como conversação e discursos imediatamente ouvidos.²⁵⁷ Superando também Wolf, que “limita o estranho àquilo que está redigido em língua estrangeira, e, deste modo, às obras do espírito assim redigidas”²⁵⁸, com isso elabora uma metodologia adequada para uma boa interpretação.

Para Schleiermacher, “a tarefa da hermenêutica consiste em reconstruir do modo mais completo a inteira evolução interior da atividade compositora do escritor”²⁵⁹, ou seja, não apenas a análise do texto em si é importante, é necessário reconstruir a evolução do pensamento do escritor para conhecer todo o seu processo interno. Com isso, um texto para ser corretamente compreendido deve ser analisado com base na individualidade do seu autor.

A Hermenêutica Metodológica de Schleiermacher busca atingir o sentido verdadeiro do objeto em análise, livre de mal-entendido e arbitrariedade, mesmo consciente de que essa metodologia não poderia ser reduzida a um sistema de regras que pudessem ser definidas *a priori* e aplicadas de modo irrefletido.²⁶⁰

Ainda com relação à Schleiermacher, Costa aduz:

“Em seus escritos ele efetivamente elabora uma série de diretrizes para a interpretação, propõe a harmonização entre elementos comparativos e divinatórios, entre elementos gramaticais e psicológicos, e discute largamente o desenvolvimento circular e dinâmico do processo de compreensão. Nessa medida, ele oferece uma metodologia, entendida esta como um sistema de conceitos e de padrões hermenêuticos que sirvam para orientar a atividade prática dos intérpretes.”²⁶¹

²⁵⁴ SCHLEIERMARCHER, op. cit., p. 30-31.

²⁵⁵ Ibid., p. 31.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid., p. 32.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Ibid., p. 39.

²⁶⁰ Cf. COSTA, op. cit., 2008, p. 100.

²⁶¹ COSTA, op. cit., 2008, p. 100-101.

O método de Schleiermacher não garante uma compreensão verdadeira, mesmo se seguido fielmente, mas serve como uma orientação mínima para evitar interpretações arbitrárias e incompreensões. Com isso, “uma de suas maiores influências foi justamente a de abrir o espaço para um pensamento metodológico adaptado às disciplinas humanísticas.”²⁶²

No final do século XIX, Wilhelm Dilthey propôs a diferença entre as ciências da natureza e as ciências do espírito (voltadas à compreensão do homem)²⁶³, elevando a hermenêutica, “de uma metodologia de identificação dos sentidos imanentes dos textos, a uma metodologia de identificação dos sentidos imanentes dos processos históricos.”²⁶⁴

A hermenêutica de Dilthey é vista como hermenêutica da vida, pois trata da compreensão das formas de exteriorização da vida e das objetivações da vida. Sendo que, para ele, a vida se articula com consciência, autoconsciência, experiência e com vivência.²⁶⁵

Schleiermacher e Dilthey acreditaram que a metodologização do conhecimento hermenêutico e histórico poderia garantir sua cientificidade, porém não se pode exigir de um método que permita ultrapassar os limites da própria matéria trabalhada.²⁶⁶ No caso da linguagem, por exemplo, é necessário estabelecer limites, estrutura e características, para poder determinar um método a ser seguido.

Alguns pressupostos da hermenêutica metodológica ainda não foram superados, como as ideias de Carlos Maximiliano que entendia que o interpretar da hermenêutica jurídica consistia em “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”²⁶⁷, ou seja, buscar o esclarecimento do significado verdadeiro de uma expressão.

Outra questão, que merece ser levantada e criticada, é a utilização dos termos ‘norma’ e ‘disposição’ indistintamente como se a cada norma correspondesse uma única disposição e cada disposição uma única norma. De acordo com Riccardo Guastini:

²⁶² Ibid., p. 101.

²⁶³ Ibid., p. 107.

²⁶⁴ Ibid., p. 111.

²⁶⁵ Cf. NAPOLI, Ricardo Bins. “A hermenêutica de W. Dilthey”. *Síntese – Rev. De Filosofia*, v. 26, n. 85, 1999, p. 187-204. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/768/1200>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

²⁶⁶ Cf. COSTA, op. cit., 2008, p. 131.

²⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

“Não há a chamada correspondência bi-unívoca entre disposições e normas porque toda disposição é mais ou menos vaga e ambígua, porque toda disposição tolera diversas e conflitantes atribuições de significado, sendo que muitas – talvez todas – disposições têm um conteúdo de significado complexo e, também, porque duas disposições sejam perfeitamente sinônimas.”²⁶⁸

Essa crença na correspondência bi-unívoca entre disposição e norma pressupõe uma doutrina baseada na forma, o que é criticado por não levar em conta uma série de questões fundamentais do direito, indo contra a própria atividade hermenêutica.

Com Heidegger e Gadamer, entre outros filósofos, a hermenêutica deixa de ser um método para se tornar ontologia. Mais especificamente em Gadamer, a “hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais.”²⁶⁹ O próprio Gadamer afirma:

“O sentido de minhas investigações não é, em todo o caso, o de dar uma teoria geral da interpretação e uma doutrina diferencial dos seus métodos, como fez preferencialmente E. Betti, mas procurar o comum de todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um “objeto” dado, mas frente à história efetual, isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.”²⁷⁰

A ideia de um, ou vários métodos para a interpretação e aplicação do direito, deve ser superada por negar a tradição necessária à compreensão conforme aduz Gadamer: “o conceito moderno da ciência e o conceito de método a ela subordinado não são suficientes”, pois “o que faz das ciências do espírito ciências pode ser compreendido bem melhor a partir da tradição do conceito de formação do que da ideia de método da ciência moderna”. Daí que se vê um retorno “à tradição humanista, que ganha um novo significado a partir da resistência que oferece às pretensões da ciência moderna.”²⁷¹

Como bem explicita Streck, é necessário superar as antigas concepções que se formaram sobre a hermenêutica metodológica (tradicional), tendo em vista que “compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de

²⁶⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29.

²⁶⁹ LOPES, Ana Maria D’Ávila. “A hermenêutica jurídica de Gadamer”. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 37, n. 145, 2000, p. 105. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em 20 ago. 2013.

²⁷⁰ GADAMER, op. cit., 2008, p. 18.

²⁷¹ Ibid., p. 54.

conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão.”²⁷²

2.6 Hermenêutica jurídica

A hermenêutica jurídica, ainda vista por muitos juristas como metodológica, tem a finalidade de orientar o intérprete na interpretação e aplicação do direito, estabelece métodos a serem seguidos segundo os critérios da correção, coerência, do consenso e da justiça. Para Ferraz Junior, “a coerência ou a busca do sentido correto exige um sistema hierárquico de normas e conteúdos normativos.”²⁷³

Para Vicente Ráo, o que distingue hermenêutica, interpretação e aplicação, “é a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação.”²⁷⁴ E assim continua:

“A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nela contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.”²⁷⁵

A hermenêutica jurídica, para Ferraz Junior, tem a tarefa de determinar o sentido da normas, seu alcance e intenções, tornando viável a decisão judicial na solução de conflitos, assim, consiste em “determinar sob que condições o direito identificado será entendido”²⁷⁶, para que possa ser aplicado na decisão judicial.

Na Carta Magna, assim como na legislação vigente, estão devidamente estabelecidas as regras para serem seguidas por toda sociedade, explicitando o que é justo, coincida ou não com o que cada um deseja ou aspira. E este justo, constitui o pressuposto para que as hermenêuticas se concretizem na sociedade:

²⁷² STRECK, Lenio. “Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade, entre interpretar e aplicar – contributo a partir da hermenêutica filosófica”. *Revista FDUL*, v. XLVI, n. 2, Lisboa: Coimbra Editora, 2005, p. 921. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yv9pnpOdkK4%3D&tabid=266>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

²⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 286.

²⁷⁴ RÁO, op. cit., p. 456.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, op. cit., 2003, p. 256.

“[...] seria impensável que o direito admitisse oficialmente que se movesse em múltiplas e incoerentes direções. Seu êxito, como força depende, pois, de se dar um significado à idéia de um governo do direito, unificado e racional. Para isto trabalha a hermenêutica. Funcionalmente a finalidade da teoria dogmática (da interpretação) consiste em ser uma caixa de ressonância das esperanças prevalecentes e das preocupações dominantes dos que crêem no governo do direito acima do arbítrio dos homens.”²⁷⁷

A teoria da hermenêutica jurídica é estudada por Gadamer, ainda que não fosse sua real intenção, por apresentar um modelo de aplicação ideal para qualquer ciência do espírito. É possível identificar, em sua obra *Verdade e Método*, várias referências à hermenêutica jurídica e quanto ao papel fundamental do juiz na aplicação do direito:

“Do ponto de vista jurídico, as contribuições de Gadamer foram fundamentais para a criação de uma hermenêutica jurídica crítica. Constituiu-se numa tentativa de romper as formas mais arcaicas de interpretação baseada em um saber reprodutivo acerca do Direito.”²⁷⁸

Através da hermenêutica gadameriana, e a noção de horizonte da compreensão ligado diretamente à historicidade da tradição, surge um novo conceito na análise do caso concreto no mundo jurídico.

Cleyson Mello, em sua obra *O que é o direito?*, ensina que o ato de interpretar a lei (hermenêutica jurídica) pode ser realizado a partir de procedimentos fechados ou abertos. Para o jurista, nos procedimentos fechados “a interpretação desenvolve-se segundo perspectiva burocrática e literal do texto legal”²⁷⁹, já nos procedimentos abertos “requer capacidade reflexiva do judiciário ou do Direito, para que se torne viável a adaptação às novas situações e desafios postos pela sociedade.”²⁸⁰

Cleyson Mello critica a hermenêutica fechada, alegando que “restringe a capacidade do direito para adaptar-se às situações sociais inéditas e inovadoras”, e com isso afastando o direito da realidade social.²⁸¹

²⁷⁷ Ibid., p. 285.

²⁷⁸ ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. “Da hermenêutica à nova hermenêutica: o papel do operador jurídico.” In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.) *Hermenêutica e argumentação: em busca da realização do direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 173.

²⁷⁹ MELLO, op. cit., 2006b, p. 15.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid., p. 16.

De acordo com Streck, ainda é dominante a ideia de que “fazer hermenêutica jurídica é procurar a significação dos conceitos jurídicos; enfim, interpretar é explicar, esclarecer; dar o verdadeiro (sic) significado ao vocábulo; extrair, da norma, tudo que nela se contém” ²⁸², prevalecendo assim a dicotomia sujeito-objeto tão criticada. Ou seja, não foram superados os pressupostos da hermenêutica clássica:

“A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas subsuntivas, que pressupõem a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes. Em outras palavras, a hermenêutica tradicional (de cunho reprodutivo) calca-se ainda na subsunção do particular ao geral abstrato-universal.”²⁸³

No mundo jurídico, uma ferramenta importante do intérprete é o estudo e análise de jurisprudências, que geralmente são o ponto de partida para o jurista que busca uma solução para um caso específico, colocando-as novamente à prova, pois traz entendimentos anteriores de casos similares que ocorreram em outro contexto, servindo como forma de utilização da tradição no mundo jurídico.

Porém, as jurisprudências não devem ser utilizadas como fundamentação, base para uma decisão, mas como ponto de partida para o processo da compreensão no círculo hermenêutico que deverá ser formado, elas não devem ser um álibi teórico para uma decisão discricionária.

Como bem afirma Streck, “o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações ad-hoc, discricionárias.”²⁸⁴ Para o jurista:

“A superação da hermenêutica clássica – ou daquilo que tem sido denominado de hermenêutica jurídica como técnica no seio da doutrina e da jurisprudência praticadas cotidianamente – implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, isto é, que o texto não “carrega”, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). Trata-se de entender que entre texto e norma não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização (cisão). Na verdade, no interior da dogmática jurídica ocorre uma bricolagem de várias teorias e posturas, juntando teses absolutamente inconciliáveis, formando um “sincretismo hermenêutico”,

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. “Os métodos de interpretação, a metafísica e de como não há um *grundmethode* na hermenêutica: um contributo à luz do ontological turn”. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma (orgs.) *Novos direitos: paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004b, p. 35.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b, p. 164.

²⁸⁴ STRECK, op. cit. 2005, p. 922.

vulgata de uma construção teórica que nada mais faz do que reforçar a discricionariedade positivista.”²⁸⁵

Com a hermenêutica filosófica, a hermenêutica deixa de ser método e passa a ser modo de ser no mundo, algo possível desde a introdução do mundo prático na filosofia por Heidegger e mais tarde por Gadamer.²⁸⁶

2.7 A aplicabilidade da hermenêutica filosófica no direito

A busca pela segurança jurídica, a fim de reduzir as incertezas e imprevisibilidade nas decisões judiciais, faz com que filósofos, juristas e operadores do direito, busquem soluções através das novas teorias hermenêuticas, para que respostas adequadas à coerência do direito sejam alcançadas no judiciário. É necessário superar a discricionariedade judicial, mantendo a integridade do sistema jurídico.

Com a hermenêutica filosófica, é possível compreender o mundo e interpretá-lo, de forma a observar como o mundo afeta o homem e como o homem reage em relação ao mundo em cada situação.

É a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer, que as decisões judiciais deixam de ser um ato de vontade do julgador, para se tornar uma consequência racional da história na qual está inserida.

A hermenêutica filosófica – principalmente no âmbito do direito – representou a ruptura com o método, e a superação do esquema sujeito-objeto.

Para Heidegger, é necessário pensar o fundamento como o ser e o ser como fundamento, ou seja, “*não mais explicar o ser através de algo que é ente.*”²⁸⁷ Heidegger propõe-se encontrar e identificar o ente privilegiado pelo sentido do ser, e é através desta nova visão ontológica que rompe a subjetividade do pensamento ocidental visando a superação da relação sujeito-objeto.

²⁸⁵ STRECK, op. cit., 2008a, p. 134-135.

²⁸⁶ Ibid., p. 134.

²⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. *O princípio do fundamento*. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.103.

Da mesma forma, “Gadamer critica o cientificismo e o metodologismo modernos para reivindicar a busca da verdade além dos limites do método científico positivo, a começar pela verdade da experiência, como ato interpretativo.”²⁸⁸

Filósofos, e jusfilósofos, há tempos questionam situações relacionadas à subjetividade e à intersubjetividade presentes na construção do conhecimento, com foco principalmente na pragmática relação entre sujeito e objeto.

Através de Heidegger, foi possível ampliar a visão além do positivismo, através de uma hermenêutica filosófica, que representou a ruptura com o método e a possibilidade da relação sujeito-sujeito.

Lenio Streck, em seu artigo *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*, retrata bem essa situação:

“[...] é impossível negar as consequências da viragem proporcionada pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica para interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto.”²⁸⁹

Heidegger rejeita explicitamente qualquer explicação ôntica que seja posta como possibilidade da abertura do ser-*aí*²⁹⁰, rompendo com os fundamentos de toda metafísica clássica (ocidental), trazendo uma nova proposta de compreensão que passa da esfera metodológica para a esfera ontológica.

Para Heidegger, o homem não é meramente ôntico, apenas pelo fato de existir, e sim ontológico, por compreender o próprio ser e suas relações com o mundo.

Com base no que foi analisado, é possível concluir que o objeto não proporciona a possibilidade de compreensão por si só, um objeto deve ser visto e interpretado em seu acontecer, no momento de seu movimento enquanto objeto, e somente a partir da linguagem e interpretação, praticada pelo sujeito, que é possível uma compreensão, e isso só ocorre em outro sujeito e não em um objeto.

Heidegger supera as teses convencionalistas e positivistas para buscar o ser do ente, e essa busca ocorre a partir da compreensão do ser, de sua essência. Ele critica o pensamento objetificado, rompendo a relação sujeito-objeto, desconstruindo

²⁸⁸ CAMARGO, Margarida M. Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011e, p. 153.

²⁹⁰ Cf. STEIN, op. cit., 2001, p. 245.

a metafísica ocidental e trazendo a compreensão para a esfera ontológica (sujeito-sujeito).

Nesse propósito, necessário se impõe o estudo da nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, qual seja, a crítica hermenêutica do direito, visto que do ponto de vista desta, não é possível separar interpretação e aplicação, interpretar e aplicar são atividades que se dão no mesmo instante.

No âmbito jurídico, decisões baseadas na consciência individual, trazem um grande retrocesso na nossa história, demonstrando que o problema da verdade²⁹¹, das análises e interpretações judiciais, não podem ser reduzidas a um exercício da vontade do julgador, de forma puramente subjetiva.

De acordo com Streck, a resposta constitucionalmente adequada só é possível *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*:

“Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).”²⁹²

A hermenêutica filosófica é um dos meios, entre vários outros, necessários à realização normativa do direito para a superação do solipsismo judicial e a construção de parâmetros para uma justiça mais igualitária com decisões adequadas à Constituição Federal.

Uma das consequências da hermenêutica filosófica é a asserção de que a interpretação jurídica deve considerar o direito como um todo, com isso a interpretação é entendida como projeção da própria natureza humana, interpretar é compreender e aplicar mediante um movimento circular entre parte e todo, passado e presente.

²⁹¹ Sobre a questão da verdade, ver CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. “Benjamin Constant – Das reações políticas” Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Benjamin%20Constant%20Das%20reacoes%20politicas.pdf>>. Acesso em 28 out. 2013 e CALVET DE MAGALHÃES, Theresa “Kant – Sobre um pretensão de direito de mentir por amor aos homens.” Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Kant%20Sobre%20um%20pretensao%20direito%20de%20mentir.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. “Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas”. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, 2011d, p. 626-660.

2.8 Virada ontológico- linguística e sua recepção no mundo jurídico

A virada ontológico-linguística de Streck é baseado em Heidegger e sua ontologia fundamental e Gadamer e a sua viragem linguística. Daí a nomenclatura viragem hermenêutico-ontológica ou virada ontológico-linguística de Streck, que trouxe para a seara jurídica a análise das obras dos filósofos alemães, *Sein und Zeit* (*Ser e Tempo*) por Martin Heidegger, em 1927, e *Wahrheit und Methode* (*Verdade e Método*), por Hans-Georg Gadamer, em 1960, obras estas que foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica.²⁹³

Heidegger nos apresenta a ideia de uma dimensão transcendental, que é de suma importância para superação da análise do direito como um objeto, propõe um caminhar ontológico voltado para a essência do direito.

Através da virada ontológica de Heidegger, pode-se perceber uma reconciliação entre prática e teoria, e ao mesmo tempo, um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação.²⁹⁴

Conforme retrata Cleyson de Moraes Mello:

“O processo hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete jurídico é realizado a partir de uma pré-compreensão, isto é, em um primeiro momento, nossos pré-juízos devem se dar a partir de uma antecipação de sentido. Vê-se, por conseguinte, a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato hermenêutico-aplicativo efetuada pelo intérprete jurídico, isto é, a compreensão do Direito foi vista como um acontecer, um dar-se ôntico-ontológico original da própria vida humana. Esta é a essência do *ontological turn*.”²⁹⁵

Assim, a compreensão se dá como um aplicar, um acontecer²⁹⁶, sendo necessário ao julgador pensar o direito através de seu fundamento, como um *poder-ser*, utilizando-se da hermenêutica filosófica para decidir sem arbitrariedade.

A virada ontológico-linguística é representada pela introdução do mundo prático na filosofia produzindo resultados fecundos na hermenêutica jurídica.²⁹⁷ Através dela, o sujeito deixa de ser o fundamento do conhecimento e é libertado

²⁹³ Cf. STRECK, op. cit., 2008a, p. 127-162.

²⁹⁴ Cf. STRECK, op. cit., 2011e, p. 154.

²⁹⁵ MELLO, op. cit., 2006a, p. 176.

²⁹⁶ Ibid., p.177.

²⁹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica, constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas)”. *Revista FDSM*, ano XXIII, n. 25, 2007a, p. 133-154. Disponível em: <http://www.fdsmdf.edu.br/Revista/Volume25/Vol25_6.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

daquele sujeito que o condiciona. O que implica dizer que, originariamente, já está “fora” de si mesmo, se relacionando com as coisas e com o mundo.

É fato que, quando atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, resultando na arbitrariedade interpretativa. Na virada ontológico - linguística o conhecimento deixa de ser fruto da relação sujeito-objeto, abrindo espaço para a justificação de enunciados:

“[...] a invasão da filosofia pela linguagem aponta para a superação do esquema sujeito-objeto, que sustenta(va) o paradigma representacional. Mais do que uma guinada lingüística, o que acontece é um giro ontológico, que ocorre pela introdução do ser-no-mundo no processo de compreensão. Se a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia. Do fundamental passamos para o compreender. E a interpretação não se faz mais em etapas. Interpretar é compreender. Compreender é aplicar.”²⁹⁸

A viragem lingüística, nas suas duas vertentes, foi recepcionada pelo direito e conseguiu grandes avanços no campo da teoria do direito.²⁹⁹ Mas o que Streck chamou de virada ontológico-linguística, ou seja, toda reflexão sobre a linguagem na ontologia fundamental de Heidegger, e que foi desdobrada por Gadamer, não foi suficientemente recepcionada pelo mundo jurídico a ponto de superar a antiga contraposição “objetivismo-subjetivismo”.³⁰⁰

Na metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas, hoje, com a ontologia e a superação do objetivismo, os sentidos estão na linguagem, é na linguagem que se dá a ação e o sentido.³⁰¹

A linguagem não será utilizada apenas como elemento lógico-argumentativo, e sim, como modo de explicitação, operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade.³⁰²

E é através da pré-compreensão, *elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano mesmo na linguagem*³⁰³, que o intérprete jurídico deve iniciar o processo hermenêutico decisório.

²⁹⁸ STRECK, op. cit., 2005, p. 925.

²⁹⁹ Ver JABLONER, Clemens. “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), p. 368-385; CONSTABLE, Marianne. “Law as Claim to Justice: Legal History and Legal Speech Acts”, *UC Irvine Law Review*, vol. 1, n. 3 (2011), p. 631-640. Disponível em: <<http://www.law.uci.edu/lawreview/Vol1No3Articles/Constable.pdf>>. Acesso em : 27 out. 2013.

³⁰⁰ STRECK, op. cit., 2011e, p. 159.

³⁰¹ Cf. STRECK, op. cit., 2010b, p. 14.

³⁰² Ibid., p.16.

³⁰³ Ibid.

Apenas no século XX é possível vislumbrar a ruptura com a filosofia da consciência através da virada ontológica de Martin Heidegger e a virada linguística de Gadamer. Porém, predominantemente, ainda vigora na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto.³⁰⁴

Na visão de Streck, a teoria positivista das fontes:

“Vem a ser superada pela Constituição: a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio, e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objecto – vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjectividade.”³⁰⁵

Para o jusfilósofo o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático do Direito é incompatível com a velha teoria das fontes.³⁰⁶

2.9 Fusão de horizontes

Segundo Gadamer, toda interpretação pressupõe a inserção no processo de transmissão da tradição. Assim, se faz necessário abordar a noção de tradição, exposta por Gadamer. No mesmo sentido, aduz Oliveira:

“Compreendemos e buscamos a verdade a partir das nossas expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível.”³⁰⁷

Conforme se depreende da obra *Verdade e Método* de Gadamer, é fundamental utilizar a tradição para alcançar a compreensão, pois o intérprete não se apropria do texto, na verdade o que existe é um diálogo, produzido através de perguntas e respostas. Com isso, a essência da hermenêutica está na pergunta, é necessário interpretar a pergunta que o texto apresenta, pois esta é a referência para a compreensão, e com ela conquista-se o horizonte hermenêutico.³⁰⁸

³⁰⁴ Cf. STRECK, op. cit., 2007a, p.133-154.

³⁰⁵ STRECK, op. cit., 2005, p. 912.

³⁰⁶ Cf. STRECK, op. cit., 2005, p. 912.

³⁰⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 228.

³⁰⁸ GADAMER, op. cit., 2008, p. 486-487.

Para Gadamer, a compreensão de um texto consiste em perguntar o que ele está nos perguntando, interpretar sem fechar as hipóteses interpretativas. Mas para que ocorra essa interpretação é necessária uma reconstrução da pergunta, e para o filósofo “compreender uma palavra da tradição que nos atinge requer sempre pôr a pergunta reconstruída no aberto de sua questionabilidade.”³⁰⁹

Portanto, para que se tenha a verdadeira compreensão “implica na reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber.” Gadamer denomina esse procedimento de fusão de horizontes.³¹⁰ E ele elucida:

“A dialética da pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente o que caracteriza esse tipo de consciência chamado consciência da história efetual. Isso porque a dialética de pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca semelhante à relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria tu. Somos só nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta, à resposta latente no texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.”³¹¹

Para Gadamer, a fusão de horizontes ocorre sempre que o exercício de pergunta e resposta descrito acima acontece de maneira inerente, assim, a pergunta toma a frente nesse processo, deixando em aberto a busca por informações, pelo conhecimento.

Gadamer afirma ainda que “cada época deve compreender a seu modo o texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma.”³¹²

Portanto, com relação à tradição e ao papel do horizonte histórico, Gadamer deixa claro que o horizonte do presente não se forma à margem do passado, e que o ato de compreender deve ser sempre entendido como o processo de fusão desses

³⁰⁹ Ibid., p. 488.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid., p. 492.

³¹² Ibid., p. 392.

horizontes — passado e presente — presumivelmente dados por si mesmos.³¹³ Ou seja, segundo Oliveira:

“É no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido. A hermenêutica de Gadamer é conscientemente uma ‘hermenêutica da finitude’, o que significa para ela a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história.”³¹⁴

Para Gadamer, “*compreender, interpretar e aplicar* constituem um processo hermenêutico unitário”³¹⁵, uma vez que a atividade interpretativa se dá por meio de uma *fusão de horizontes*, portanto a interpretação não pode ser considerada como “um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.”³¹⁶

O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.³¹⁷ O intérprete necessita sempre ir além da objetivação (sujeito-objeto).

Como bem salienta Streck, a interpretação deixa de ser reprodutiva para se tornar criativa (produtiva), cujo “aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. É impossível ao intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes.”³¹⁸

Gadamer caracteriza “a realização controlada dessa fusão como vigília da consciência histórico efetual”, aduz ainda que “na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão”, e conclui, afirmando que o problema central da hermenêutica “se estriba precisamente nisso. É o problema da *aplicação*, presente em toda compreensão.”³¹⁹

Conforme explica Gadamer, é importante ter em mente que o ato de compreender deve ser sempre entendido como o processo de fusão desses horizontes — passado e presente — presumivelmente dados por si mesmos.

³¹³ Ibid., p. 404.

³¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., 1996, p. 227.

³¹⁵ GADAMER, op. cit., 2008, p. 407.

³¹⁶ Ibid., p. 406.

³¹⁷ Cf. STRECK, op. cit., 2008a, p. 127-162.

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004a, p.197.

³¹⁹ GADAMER, op. cit., 2008, p. 405.

No âmbito do direito, é imprescindível que aquele que interpreta um caso concreto, dê as razões de sua interpretação, de acordo com o art. 93, IX da Constituição Federal, para demonstrar que sua interpretação é correta e está de acordo com as normas legais.

A fusão de horizontes ocorre no círculo hermenêutico, quando intérprete e texto fundem seus horizontes de possibilidades no movimento circular da compreensão, fazendo surgir o sentido do texto.³²⁰ A aplicação é o momento da formação do sentido do texto, assim, texto e norma surgem no mesmo momento, na aplicação.

³²⁰ Cf. LUIZ, op. cit., p. 104.

CONCLUSÃO

Os resultados obtidos neste trabalho de dissertação possibilitam concluir que, almejando cada vez mais a proteção dos direitos dos cidadãos, e principalmente a busca pela segurança jurídica, intérpretes do direito procuram soluções através de novas teorias hermenêuticas.

A crítica à discricionariedade judicial é uma questão de democracia, como bem saliente Streck, “uma vez que as decisões devem ter coerência, assegurando-se, assim, a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição, de onde surge a necessidade de respostas corretas no direito.”³²¹

A hermenêutica filosófica é uma das formas possíveis para tentar se obter respostas corretas no judiciário, ou melhor, respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição Federal, visto que funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte de juízes e tribunais.³²²

Como bem aduz Pereira: “a constituição não é mero aglomerado de valores sem aplicabilidade, pelo contrário, uma nova interpretação constitucional é aquele que vê, nas normas constitucionais, normas que tem que ser concretas [...]”.³²³

A resposta constitucionalmente adequada é o ponto crucial que faz surgir o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Assim, preleciona Streck: “na coisa mesma nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermenêuticamente (mais) adequada que é dada sempre e somente na situação concreta.”³²⁴

Desta forma, a hermenêutica filosófica pode ser um importante contributo para a construção de um discurso apto a superar as insuficiências teóricas do senso comum dos juristas.³²⁵

No processo de interpretação não pode haver uma subjetividade assujeitadora³²⁶ (esquema sujeito-objeto já superado por Heidegger e Gadamer) e muito menos que as decisões sejam fruto da vontade dos julgadores:

³²¹ Cf. STRECK, op. cit., 2008a, p. 127.

³²² Cf. STRECK, op. cit., 2007a, p. 133-154.

³²³ Cf. PEREIRA, doc. cit., p. 3863.

³²⁴ STRECK, op. cit. 2010 a., p. 165.

³²⁵ Cf. STRECK Lenio Luiz. “Hermenêutica e ensino jurídico em terrae brasilis”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 46, nº 0, 2007b, ISSN:0104-3315. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/13495>> Acesso em 24 ago. 2012.

“Numa palavra, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofo em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermeneuticamente adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo.”³²⁷

Com a hermenêutica moderna, a teoria argumentativa, por exemplo, – que analisa os *easy cases* – perde totalmente sua solidez, visto que essa distinção entre *easy* e *hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica.³²⁸

O círculo hermenêutico atravessa a relação sujeito-objeto, a partir da antecipação de sentido, impedindo o objetivismo e o subjetivismo, próprios do pensamento metafísico. A compreensão ocorre no interior desse virtuoso círculo hermenêutico. Qualquer interpretação que contribua para a compreensão deve já haver compreendido o que se deve interpretar.³²⁹ Assim, afirma Streck:

“No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Consequentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.”³³⁰

O sentido ontologicamente positivo do círculo hermenêutico de Heidegger apenas surge quando a compreensão não deixa que qualquer tipo de intuição ou de noções populares se imponham às suas antecipações.³³¹

³²⁶ Não se pode confundir a subjetividade com o sujeito. “O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos.” STRECK, op. cit., 2010b, p. 14-15.

³²⁷ STRECK, op. cit., 2010a, p. 165-166.

³²⁸ Cf. STRECK, op. cit., 2007a, p. 133-154.

³²⁹ Cf. STRECK, op. cit., 2008a, p. 127-162.

³³⁰ STRECK, op. cit., 2011b, p. 38.

³³¹ Cf. SILVA, Luísa Portocarrero F. “Da “fusão de horizontes” ao “conflito de interpretações”: a hermenêutica entre H. –G. Gadamer e P. Ricoeur”. Disponível em: <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/Coimbra/01/Coimbra01-06.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

A hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”, ela afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e sequestra a temporalidade.³³²

Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*, afirma que, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”.³³³

Quem quer compreender um texto, dizia Gadamer, “deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.”³³⁴ O sentido surgirá de acordo com as possibilidades – horizonte de sentidos – assim, após a compreensão é que ocorre a interpretação, sendo esta a explicitação do compreendido.

O ato de interpretar é sempre um aplicar, capaz de evitar a arbitrariedade na atribuição de sentido por ser decorrente da antecipação, que é própria da hermenêutica filosófica.³³⁵

Como defende Streck, “a explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente.”³³⁶ Complementa ainda, “a justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão.”³³⁷ E insiste:

“Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y.”³³⁸

³³² Cf. STRECK, op. cit., 2007a, p. 133-154.

³³³ GADAMER, op. cit., 2008, p. 355.

³³⁴ Ibid., p. 358.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ STRECK, op. cit., 2007a, p. 144.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Ibid., p. 143.

É extremamente necessário que seja protegido o Estado Democrático de Direito, para evitar que perca sua autonomia para fatores como a política, moral e economia, bem como para a subjetividade e arbitrariedade, advinda de decisões judiciais discricionárias.

Portanto, os julgadores têm a obrigação de justificar suas decisões, e não simplesmente confirmar um ato decisório com base em algum princípio ou súmula, como se, por exemplo, o Princípio da Dignidade Humana por si só, justificasse uma sentença ou acórdão proferido. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais é tentar camuflar uma decisão eivada de subjetivismo e arbitrariedade.

Assim, para Streck: “[...] a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: *um contexto intersubjetivo de fundamentação* (a noção de pré-compreensão, contexto antepredicativo de significância, etc.)”, e ele afirma que é justamente desse comportamento moral, que se dá na pré-compreensão, “que podemos extrair – no campo da aplicação do direito – a ideia de *resposta correta* (ou, se quiser, adequada à Constituição).”³³⁹

Concluimos assim, que é direito fundamental de todo cidadão ter uma justificativa ao alcance de sua compreensão, garantido pelo art. 93, IX da Carta Magna e, para isso, faz-se necessário uma interpretação sem arbitrariedade, o que é possível com a hermenêutica filosófica.

³³⁹ STRECK, op. cit. 2010b, p. 62.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005.

ANDRADE NETO, João. “Jurisdição e Princípios: Aspectos do Pós-Positivismo de Dworkin”, *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, 10-E (Edição Especial Eletrônica), 2012, p. 89-104. Disponível em: <<http://periodicos.bce.unb.br/index.php/redunb/article/view/7122>>. Acesso em: 24 out. 2013

BARROSO, Luis Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. *Revista do Ministério Público* (Rio Grande do Sul), v. 46, 2002, p. 29-64.

_____. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206-246.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____; NOVELINO, Marcelo. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPodvm, 2009b, p. 141-181.

BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica”. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181 – 201.

BIX, Brian. “H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory”, *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, 1999, p. 167-199.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2. ed.. Tradução de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1999.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006a.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 2006b.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-151.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. “Fenomenologia e hermenêutica: leitura e explicitação da introdução a *sein und zeit*”. In COELHO, Nuno M. M. S; MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito, filosofia, ética e linguagem: estudos em homenagem à professora, escritora e filósofa Theresa Calvet de Magalhães*. Juiz de Fora: Editar, 2013, p. 57-77.

_____. “A Reflexão de Ricoeur sobre o Justo”, *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Valença*, Ano IX, Nº 09 (Outubro de 2012), p. 33-45.

_____. “Benjamin Constant – Das reações políticas”. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Benjamin%20Constant%20Das%20reacoes%20politicas.pdf>>. Acesso em 28 out. 2013.

_____. “Kant – Sobre um pretensão direito de mentir por amor aos homens.” Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/Kant%20Sobre%20um%20pretensao%20direito%20de%20mentir.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2013.

CAMARGO, Margarida M. Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos. “Constituição e norma infraconstitucional à luz do princípio do círculo hermenêutico”. In *Fundamentos e Fronteiras do Direito*. Barbacena: FUPAC, v.1, n.1, 2006, p. 111- 128.

CONSTABLE, Marianne. “Law as Claim to Justice: Legal History and Legal Speech Acts”, *UC Irvine Law Review*, vol. 1, n. 3 (2011), p. 631-640. Disponível em: <<http://www.law.uci.edu/lawreview/Vol1No3Articles/Constable.pdf>>. Acesso em : 27 out. 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. “Hermenêutica jurídica”. 2011a. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/#topo>> Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. “O positivismo segundo Karl Olivecrona”. 2011b. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona/>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do Positivismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 171-248.

CRUZ, Raimundo José Barros. “Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer: os caminhos da compreensão.” Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/35931550/MARTIN-HEIDEGGER-E-HANS-GEORG-GADAMER-OS-CAMINHOS-DA-COMPREENSÃO>>

ENSAO-Rajobac-Raimundo-Jose-Barros-Cruz-Revista-Filosofia-Capital>Acesso em: 12 out. 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “A decisão judicial”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 24-42.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs/E. de Boccard, 3. ed., v.1, 1927-1928.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Borba. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política”. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. In: LEME, M. *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 199-264.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Tradução de Ángela Ackermann Pilári. Barcelona: Herder, 2002.

_____; FRUNCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 10. ed., 2008.

GAMBOA, Silvio Sánchez. “Reações ao giro linguístico: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem”. In: CHAVES-GAMBOA, M.; SÁNCHEZ GAMBOA, S. (Org.). *Teorias e pesquisas em educação: os pós-modernismos*. 1. ed. Maceió: edUFAL, 2011, p. 63-88.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Apresentação à obra *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. STRECK, Lenio Luiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 15-16.

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *O princípio do fundamento*. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Edusf, Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *Ontologia: hermenêutica da faticidade*. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. Coleção Os Pensadores, cap. XIII. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

JABLONER, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Viennese Years", *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), p. 368-385.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHNER, Renato. *A temporalidade da presença: A elaboração heideggeriana do conceito de tempo*. Tese de doutorado apresentada ao corpo docente do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) no ano de 2007. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diadia/arquivos/File/conteudo/artigos_teses/FILOSOFIA/Teses/RenatoKirchner.pdf> Acesso em: 22 out. 2011

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIBÂNEO, José Carlos. "Do paradigma da consciência ao paradigma da linguagem." Texto didático de uso exclusivo em sala de aula, escrito para a disciplina *Teorias da educação e processos pedagógicos*, no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2003. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Fprofessor.ucg.br%2FSiteDocente%2Fadmin%2Farqui>

[vosUpload%2F5146%2Fmaterial%2FParadigma%2520da%2520consciencia\(3\).doc&ei=Pks3UpvDIYig9QTsl4CADg&usq=AFQjCNGVMZky6tOuzqo4AnFyemBoXbdYWQ](#)
Acesso em: 15 set. 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. "A hermenêutica jurídica de Gadamer". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 145, 2000, p. 101-112. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>. Acesso em 20 ago. 2013.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 52. ed. México, DF: Porrúa, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006a.

_____. *O que é o direito?* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006b.

_____. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008a.

_____. "Fundamento do direito em Heidegger". In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2008b, p. 164-175.

MISSAGIA, Juliana. "A hermenêutica em Heidegger e Gadamer: algumas confluências e divergências". *Griot – Revista de Filosofia PUCRS*, v. 6, n. 2, 2012, p. 1-13. Disponível em: http://www.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/1-A_HERMENEUTICA_EM_HEIDEGGER_E_GADAMER-ALGUMAS_CONFLUENCIAS_E_DIVERGENCIAS-Juliana_Missaggia.pdf. Acesso em: 25 jun. 2013.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NAPOLI, Ricardo Bins. "A hermenêutica de W. Dilthey". *Síntese – Rev. de Filosofia*, v. 26, n. 85, 1999, p. 187-204. Disponível em: <http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/768/1200>. Acesso em: 25 jun. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. *O giro linguístico e a auto-compreensão da dimensão hermenêutico pragmática da linguagem jurídica*. Espírito Santo do Pinhal: Vox Forensis, v.1, n.1, 2008.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. “Kant e Nietzsche – uma discussão sobre a moralidade”. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 327-352. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2591.pdf>. Acesso em: 01 out. 2013.

_____. “A superação do positivismo jurídico na pós-modernidade”. p. 3844-3865. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/thiago_rodrigues_pereirs.pdf>. Acesso em: 01 out. 2013.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RADBRUCH, Gustav. “Introdução à filosofia do direito”. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <<http://casadointelecto.yolasite.com/resources/filosofia%20do%20direito%20gustav%20radbruch.pdf>> Acesso em 10 set. 2013.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RORTY, Richard. *El giro linguistico*. Tradução de Gabriel Bello. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SADEK, Maria Tereza. "A crise do judiciário e a visão dos juizes". *Revista USP*, v. 21, 1994, p. 35-45.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

SANCHIS, Luis Prieto. "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones". In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Leandro Assis. "O fenômeno da abertura como modo de manifestação do ser". Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portalrepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/3_Edicao/FENOMENO%20DA%20ABERTURA%20COMO%20MODO%20DE%20MANIFESTACAO%20Leandro.pdf> Acesso em: 22 out. 2011.

SARLET, Ingo W. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

_____. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 31-68.

SCHLEIERMARCHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braida. 8. ed., Petrópolis: Vozes, 2010.

SEARLE, John R. *Os actos de fala*. Tradução de Carlos Vogt (Coord.). Coimbra. Portugal: Livraria Almedina, 1981.

SILVA, Luísa Portocarrero F. "Da "fusão de horizontes" ao "conflito de interpretações": a hermenêutica entre H. –G. Gadamer e P. Ricoeur". Disponível em: <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/Coimbra/01/Coimbra01-06.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Caroline Martins. "O fenômeno do mundo no pensamento de Martin Heidegger." Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portalrepositorio/File/existenciaearte/Edicoes/2_Edicao/O%20FENOMENO%20DO%20MUNDO%20NO%20PENSAMENTO%20DE%20MARTIN%20HEIDEGGER%20%20Caroline%20Martins%20de%20Sousa.pdf> Acesso em 11 nov. 2011.

STEIN, Ernildo. *Os pensadores: Heidegger*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

_____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: UNIJUI, 2002.

_____. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRATHERN, Paul. *Heidegger em 90 minutos*. Tradução, Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. “Os métodos de interpretação, a metafísica e de como não há um grundmethode na hermenêutica: um contributo à luz do ontological turn”. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma (orgs.) *Novos direitos: paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004b, p. 31-89.

_____. “Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade, entre interpretar e aplicar – contributo a partir da hermenêutica filosófica”. *Revista FDUL*, v. XLVI, n. 2, Lisboa: Coimbra Editora, 2005, p. 911-954. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yv9pnpOdkK4%3D&tabid=266>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

_____. “Crise de paradigmas devemos nos importar, sim, com que a doutrina diz”. *Revista Consultor Jurídico*, 2006. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

_____. “Hermenêutica, constituição, autonomia do direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas (corretas)”. *Revista FDSM*, ano XXIII, n. 25, 2007a, p. 133-154. Disponível em: <<http://www.fdsmdm.edu.br/site/posgraduacao/volume25/06.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

_____. “Hermenêutica e ensino jurídico em terrae brasiliis”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 46, n. 0, ISSN:0104-3315, 2007b, p. 27-50. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/13495>> Acesso em 24 ago. 2012.

_____. “Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: Ensaio sobre a cegueira positivista”. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, v. 52, 2008a, p.127-162. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097033070.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

_____. “Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?” *Revista NEJ (UNIVALI)*, v. 15, n.1, 2010a, p. 158-173 Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

_____. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

_____. Pósfácio à obra *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010c.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. “O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 7, 2011b, p. 15-45. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2012.

_____. “Contra o neoconstitucionalismo”. *Constituição, Economia e Desenvolvimento Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4 Curitiba, 2011c, p. 9-27. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2013.

_____. “Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas”. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, 2011d, p. 626-660.

_____. “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”. In STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011e, p. 153-175.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2002.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. “Da hermenêutica à nova hermenêutica: o papel do operador jurídico”. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.) *Hermenêutica e argumentação: em busca da realização do direito*. Ijuí: Ed. Unijuí., 2003, p. 170-189.