

# HERMENÊUTICA E POSSIBILIDADES CRÍTICAS DO DIREITO: ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA POSITIVISTA

LENIO LUIZ STRECK\*

“Se puderes olhar, vê. Se podes ver, repara.”

Ensaio sobre a cegueira, de José Saramago.

## 1. Das origens de Hermes às *subtilitatae intelligendi, explicandi e applicandi*

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido.

---

\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISINOS e UNESA; Doutor pela UFSC; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa-PT.

Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim, ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermenêuta no ato interpretativo, mediante a criação, *v.g.*, de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados; ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passa (ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica.

A viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação,

anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung* (giro ontológico), inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Com efeito, um exame da doutrina e da jurisprudência do direito aponta para a continuidade do domínio da idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma”, o “espírito de legislador”, a “melhor resposta”, etc. No mais das vezes, continua-se a acreditar que o ato interpretativo é um ato cognitivo (daí a prevalência do sujeito solipsista) e que “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém” (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento. Na verdade, é possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discrecionabilidade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei terminada independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos. De todo modo, mesmo hoje, em plena era do tão festejado *linguistic turn*, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência” da lei devem ser buscadas

com todo o vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbsüchtiger*.

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar).

A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer “ponderações em etapas”, circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

## 2 Filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica: a revolução copernicana na interpretação do direito

Algumas posturas críticas sobre a hermenêutica jurídica – em especial a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer – receberam uma nítida influência da ontologia fundamental de matriz heideggeriana, a partir de seus dois principais teoremas: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Como tenho registrado em outros textos (Hermenêutica Jurídica em Crise e Verdade e Consenso), o conjunto da obra de Heidegger constitui-se em base fundante de um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, embora – registre-se – o filósofo não tenha dedicado espaço para o direito. A importância de Heidegger é facilmente perceptível pela viragem ontológica (*ontologische Wendung*) no campo da hermenêutica jurídica proporcionada por seu discípulo Hans-Georg Gadamer, cujas idéias deitam profundas raízes nos teoremas fundamentais elaboradas pelo filósofo da Floresta Negra.

A fenomenologia hermenêutica permite superar o esquema sujeito-objeto que tem tornado, historicamente, o pensamento jurídico refém dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade. 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 (*Verstehen*) ocorre no interior desse virtuoso círculo hermenêutico. Qualquer interpretação que contribua para a compreensão deve já haver compreendido o que se deve interpretar, dirá Heidegger. Não se pode esquecer que o já-sempre-ter-estado e a historicidade do *Dasein* são as características de nossa faticidade. Essa pré-estrutura projeta nosso compreender e antecipa os sentidos que temos do mundo. Isto não significa, entretanto, que sejamos prisioneiros dessa pré-estrutura. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser.

Por isto – e essa circunstância ficará bem explicitada na hermenêutica gadameriana desenvolvida em *Wahrheit und Methode* – compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método, saltando-se, assim, da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão. Quando Heidegger identifica um duplo nível na fenomenologia (o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental), abre as possibilidades para a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de cariz procedimental. Na verdade, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento, questão que se torna absolutamente relevante para aquilo que tem dominado o pensamento dos juristas: o problema do método, considerado como supremo momento da subjetividade e garantia da “correção dos processos interpretativos”.

Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade “colada” sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de “reino intermediário”. Enfim, a diferença ontológica heideggeriana funciona como contraponto aos dualismos metafísicos que ainda povoam o imaginário dos juristas, como essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma, casos fáceis e casos difíceis, regra e princípio, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável na aplicação do direito (porque interpretar é aplicar), mediante as quais doutrina e jurisprudência passam a idéia de que o texto

“carrega” o seu próprio sentido, assim como se na vigência do texto jurídico já estivesse contida a sua validade.

Nesse sentido, cabe aqui uma advertência: a matriz heideggeriana-gadameriana não deve ser entendida como uma “adaptação” de teorias filosóficas *ao* direito, como se a filosofia fosse uma “capa de sentido” de um conhecimento jurídico desprovido de capacidade crítica. Do mesmo modo, não se trata de “heideggerizar” o direito, a partir de um ingênuo acoplamento de uma sofisticada teoria de um sofisticado autor. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia. Mais do que um *linguistic turn*, o que ocorreu foi um giro linguístico-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista. Essa autêntica “revolução copernicana” não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum*, e sim no compreender e nas suas condições de possibilidade; enfim, salta-se da epistemologia para a ontologia (ontologia fundamental). A pergunta que se faz aos críticos da “utilização” de Heidegger e Gadamer no direito – que vêm principalmente do campo filosófico – é: por que o direito estaria “blindado” às influências dessa revolução paradigmática? Aliás, talvez por assim se pensar é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna). Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da filosofia e da sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas na área do direito, assim como cada vez mais os juristas fazem pesquisas na área da filosofia (não para transformar a filosofia em

um discurso otimizador do direito, mas como condição de possibilidade; por isso, a expressão que cunhei “filosofia *no* direito” e não “*do* direito”). Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa; o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos.

Em síntese, vale sempre a advertência: na medida em que filosofia não é lógica, a hermenêutica de cariz filosófico, construída a partir da ontologia fundamental (e dos demais aportes da fenomenologia hermenêutica), não pode ser entendida como um discurso ornamental-acoplativo do e/ou para o direito. A revolução copernicana provocada pelo giro lingüístico-ontológico de Heidegger e Gadamer deve ser entendida como uma ruptura com a(s) epistemologia(s). A hermenêutica jurídica foi atingida inapelavelmente por esse giro lingüístico-ontológico que não foi “construída” no ou (especialmente) para o direito, mas, sim, esse giro copernicano transforma toda a estrutura do pensamento filosófico. Por isso, a hermenêutica é filosófica e a filosofia é hermenêutica. Por ser filosófica, a hermenêutica deixa de ser método e passa a ser modo de ser no mundo. A introdução do mundo prático na filosofia feita por Heidegger e reafirmada mais tarde por Gadamer é que possibilita esse olhar ruptural em direção aos – agora ultrapassados – paradigmas metafísico clássico e moderno.

Assim, no plano de uma hermenêutica superadora do esquema sujeito-objeto, é necessário ter presente que, para interpretar, necessitamos compreender. E para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes do “sistema”.



Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Por isso, podemos dizer que “estamos condenados a interpretar”. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgerà a “norma” (sentido do texto) produto da “síntese hermenêutica”, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete.

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

Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica (*ontologische Differenz*), isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica de cariz filosófico – o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes. Por isso há uma diferença ontológica (*não ontológico-essencialista*, é óbvio) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação/imanência entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo, que descamba, inexoravelmente, em arbitrariedades, grau de zero de sentido, etc. Positivismo, assim, é entendido, nos limites destas

reflexões, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não “abarcados” pela regra). A holding da discussão está no debate Ronald Dworkin-Herbert Hart.

Dito de outro modo, na medida em que o ser é sempre o ser de um ente, isto é, o ser não flutua no ar (não pode ser visto), portanto, só ocorre nas coisas (entes), este não pode ser entificado. Portanto, não esqueçamos que sentido é aquilo dentro do qual o significado pode se dar, isto é, o significado é o conteúdo predicado de um enunciado. Na fenomenologia hermenêutica, opera-se com os conceitos de abertura (*Erschlossenheit*) e encobrimento (*Verborgenheit*), em que o sentido é possibilitado pela abertura e desaparece pelo encobrimento, mas sempre num horizonte de sentido que depende do modo de ser do *Dasein*. O sentido depende do horizonte no qual ele se pode dar, graças a abertura ou o encobrimento próprio da existência. A fenomenologia hermenêutica será justamente o modo de descrever as coisas como elas acontecem.

Por isso, a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e sentido do texto estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que Gadamer dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). Isto não quer dizer, de modo algum, diz o mestre de Tübingen, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.

Portanto, ficam afastadas todas as formas de decisionismo e discricionariedade. O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que

mais lhe convém, o que seria dar azo à discricionariedade típica do convencionalismo exegético-positivista (na verdade, é isso o que acontece na dogmática jurídica dominante). Sem textos, não há normas. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal, e a lição está expressa em *Wahrheit und Methode*, se queres dizer algo sobre um texto, deixa que o texto te diga algo (*Wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas zu sagen lassen.*).

A hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou de “realismo” (subjetivismos de cariz pragmatista). Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica jurídica. Isso porque, paradoxalmente, falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. Essa questão também fica clara em um dos melhores intérpretes de Gadamer, Jean Grondin. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade.

Por isso é possível dizer que uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, fundamentada nesse giro lingüístico-ontológico, deve procurar corrigir o equívoco das diversas teorias da interpretação, que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), permanecem reféns da metafísica, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em “significantes-primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”. Isso ocorre de vários modos no interior da doutrina e da jurisprudência dominantes, como o estabelecimento de topoi ou de meta-critérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para “regrar” a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.

Não basta dizer que o direito é concretude, e que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. Qual é a novidade disso? Qualquer estudante de direito parece entender minimamente essa questão. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, entendida no sentido da busca da coisa mesma (*Sache selbst*), isto é, do não esquecimento da diferença ontológica. Igualmente não é evidente que o direito seja parte integrante do próprio caso e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Também não é evidente que a hermenêutica não é filologia, e que é impossível cindir a compreensão da aplicação. Uma coisa é “deduzir” de um *topos* ou de uma lei o caso concreto; já outra bem diferente é entender o direito como aplicação: na primeira hipótese, estar-se-á entificando o ser; na segunda, estar-se-á realizando a aplicação de índole hermenêutica, a partir da idéia de que o ser é sempre ser-em (*in Sein*).

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”,<sup>1</sup> ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, os

---

1 A “indústria” que mais cresce é a dos “manuais”, recheados de “conceitos sem coisas”. O problema alcançou níveis alarmantes no “mercado jurídico” com o surgimento dos “estudos esquemáticos” e “quadros sinópticos” dos Códigos e (até) da Constituição. A pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam “contundentes obviedades”), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, “os quais emitem *suas opiniões pessoais* (sic) sobre a lei” e que interpretação judicial é aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (sic)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto proferir uma “opinião pessoal”? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, constante em um importante manual de direito penal, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e

juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?

A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se, antes de tudo, de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento(método) e não é um modo de conhecer. Compreender

---

o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E o que o autor quereria dizer com o enunciado “o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social”? Ou com a seguinte “proposição”: a torpeza é uma “qualidade” (sic) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do “conceito” de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como “o prenúncio de um acontecimento desagradável...” Por que alguém compra um livro jurídico para lhe dizer, por exemplo, que “coisa alheia” no crime de furto “é aquela que não pertence à pessoa” e que “coisa móvel” é aquela que se desloca de um lugar para outro? Ou que enuncia: “chave falsa é um instrumento para abrir fechaduras...”. E o que dizer do enunciado “paralisação de atividade econômica é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade lucrativa”? Por que alguém adquire um livro para dizer que “adquirir” significa “obter ou comprar”? Ou que a “agressão atual”, na caracterização da legítima defesa, é “aquela que está acontecendo” e a iminente é a “que está por acontecer”? Ou que “noite é a ausência de luz”? Ou, ademais, que “quadrilha necessita de quatro pessoas”? Ou, ainda, que “aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência”? A lista é interminável... São as obras mais vendidas no “mercado editorial” do direito brasileiro. É o triunfo do senso comum teórico dos juristas, que Warat já denunciava há mais de trinta anos. Mas, sempre resta a pergunta (cuja resposta já temos de antemão): afinal, por que alguém adquire um livro no qual o autor apenas apresenta uma compilação de *prêt-à-porters*, em que é incapaz de delinear, por sua conta, noções mínimas de teoria do direito e da Constituição? Em muitos casos, o autor alinhava citações sobre citações, do tipo, “sobre o assunto leciona fulano...”; “acerca da matéria assim de manifesta beltrano”; “o ilustre professor fulano assim se posiciona”; e não podem faltar citações como “o eminente ministro esgotou a matéria”,

é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (aqui deve ser referida a importância do estudo da ruptura que Heidegger e Wittgenstein provocaram na filosofia nos anos 20-30 do século XX). Isto significa romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo conhecimento e ação, buscando garantir uma “objetividade” dos resultados da interpretação. A mesma crítica pode ser feita à tópica retórica, cuja dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. Aliás, o fato de ligar-se “ao problema” não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional, o que decorre fundamentalmente de seu caráter não filosófico.

---

sempre, é, claro, dando ênfase às decisões tribunalícias, colocando a “doutrina” a reboque da jurisprudência (muitas vezes, com citação de decisões isoladas, transformando raciocínios de varejo em enunciados por atacado). Vale a pena igualmente conferir as citações que Bolzan de Moraes tão bem denomina de “prenhes de vazio”, como, *v.g.*: a) “a Constituição autoritária de 1969, no dizer de fulano...” (se o escritor não sabe que a Constituição de 1969 era autoritária, por que, então, deseja ensinar aos outros?); b) para falar do Estado Democrático de Direito, faz-se uma nota de rodapé citando autor que apenas reproduz o artigo 1º da Constituição (se o escritor se esforçasse, encontraria isso na própria Constituição, pois não?); c) ou, ainda, livros, teses e dissertações, contendo pérolas como “as prisões são depósitos de pessoas, no dizer do eminente jurista sicrano...” ou “novos conceitos” como “sentença vem de *sentire*...” (o que, além de tudo, é demonstração de adesão ao paradigma a que todos os “críticos” querem tanto combater: a filosofia da consciência), fazendo-se alusão a vários juristas, via de regra a partir de citações de segunda ou terceira mãos...! Talvez a mais “genial” das citações seja a de que “prova para condenar tem de ser robusta, como bem diz o festejado Malatesta” (*sic*), encontrada em petições, sentenças e acórdãos em todo o território nacional... (veja-se o alto teor de convencimento do “enunciado”). Por tais razões é que parcela expressiva desses manuais (refiro-me aos compêndios e similares que apenas reproduzem *standards* jurídicos à serviço dos cursinhos de preparação para concursos e outros que, com pretensões críticas, acabam reproduzindo aquilo que pretendem combater) deveria trazer, na quarta capa, uma advertência ao “consumidor”, dando conta dos propósitos do autor...! Ou, se se preferir uma solução mais radical, colocar uma advertência como a que se vê nos maços de cigarro: “o uso constante deste manual acarretará sérios prejuízos ao usuário”.

### 3. A(s) resistência(s) do *modus* interpretativo dominante na doutrina e na jurisprudência: o entrechoque entre o novo e o velho

Apesar da revolução copernicana produzida pela viravolta lingüístico-hermenêutica, é possível detectar nitidamente a sua não recepção pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas de direito e nos tribunais, onde ainda predomina o método, mesmo que geneticamente modificado pelas teorias discursivas. Tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à “disposição” dos juristas faz com que ocorra a objetificação da interpretação, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do direito.

Por isso é razoável afirmar que, em face da inexistência de um “método fundamental, meta-método ou meta-critério” que sirva como “fundamento último” (espécie de reprimendação do *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad-hoc*, discricionárias. A impossibilidade de um *Grundmethode* constitui, assim, o calcanhar de Aquiles da hermenêutica jurídica exegético-positivista.

Neste ponto, aliás, reside o forte vínculo entre a hermenêutica metodológica e o positivismo jurídico, que assim se coloca refratário ao paradigma estabelecido pelo (neo)constitucionalismo. Resistente ao giro hermenêutico-ontológico, a hermenêutica jurídica vem possibilitando a sobrevivência das velhas teses positivistas-normativistas acerca da interpretação, como a subsunção, o silogismo, a individualização do direito na “norma geral” a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade do poder executivo, assim como o papel da Constituição como estatuto meramente regulamentador do exercício do poder.

Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma “questão de método” e passa a ser filosofia. Conseqüentemente, na medida em que a filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento. A hermenêutica possui uma temática específica, dirá Gadamer. Apesar de sua generalidade, não pode ser integrada legitimamente na lógica. Em certo sentido, partilha com a lógica a universalidade. Entretanto, em outro, supera-a. Portanto, na hermenêutica filosófica, a ferramenta não é decisiva, isto porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que viria a ser “desacoplado” pelo intérprete. Na interpretação sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível. É assim que “ser que pode ser compreendido é linguagem”, dirá Gadamer.

Também não se pode confundir a hermenêutica jurídica com as teorias da argumentação jurídica ou qualquer teoria lógico-analítica, que possuem nítido caráter procedimental, tratando, pois, de outra racionalidade, que é apenas discursiva. A teoria da argumentação jurídica – embora procure se colocar em oposição ao positivismo-normativista - não superou o esquema representacional sujeito-objeto, porque continua na busca de regras prévias (procedimentos) que possam conformar, de forma dedutiva, as decisões judiciais. E nisto não difere da metodologia positivista. Mais do que isso, na Teoria da Argumentação Jurídica mais conhecida, como a de Robert Alexy, é possível perceber fortes traços discricionaristas, como é o caso da ponderação de interesses. Sendo mais explícito: não há evidência na Teoria da Argumentação de que o intérprete ponderador tenha superado o solipsismo que caracteriza o sujeito da filosofia da consciência.

Portanto, o compreender não depende da instituição de uma “supervisão epistemológica” a ser realizada pelas teorias do (e sobre



o) discurso jurídico de cariz procedimental (nos seus diversos matizes). Na verdade, tais teorias se colocam como guardiães de uma pretensa racionalidade instrumental, com o que se torna razoável afirmar que uma teoria da argumentação jurídica pode ser válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/explicação do nível da racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o “como” hermenêutico) que desde sempre já operou no processo interpretativo.

Enquanto a hermenêutica filosófica trabalha no nível de um como hermenêutico-estruturante da compreensão, que antecipa o sentido a partir do círculo hermenêutico, as teorias discursivas – nas suas variadas formas – permanecem no nível de um como apofântico, axiomático-dedutivo, de caráter lógico. Afinal, compreensão e aplicação não acontecem em “etapas”. Elas simplesmente coincidem. Aqui se insere a importância dos argumentos baseados em juízos de coerência e integridade (Dworkin), que são condição de possibilidade para qualquer interpretação. Aliás, Gadamer é taxativo ao reconhecer o fato de que esse é o terreno que a hermenêutica jurídica partilha com a retórica: o terreno dos argumentos persuasivos, e não dos argumentos logicamente concludentes.

Nesta quadra do tempo, na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos.

No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Conseqüentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. *A compreensão antecede, pois, qualquer argumentação.* Ela é condição de possibilidade.

Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz, primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação). E somente é possível compreender isto a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou “terceira coisa” que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O “abismo gnosiológico” que “separa” o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são, não depende – no plano da hermenêutica jus-filosófica – de pontes que venham ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita.

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos que conformam a nossa pré-compreensão não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isto não depende da discricionariedade (ou, se se quiser, um ato de vontade) do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”. O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema representacional sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*), desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só depois eu aplico, problemática nitidamente perceptível na ponderação em etapas defendida por vários juristas em *terrae brasilis*. De todo modo, é interessante notar os adeptos da teoria da argumentação que sustentam a ponderação em etapas não “abrem mão” do círculo hermenêutico, ao referirem que as (três) etapas propostas não seriam “estanques ou incomunicáveis”. O círculo hermenêutico – e isso também é visível em Klaus Günther – é transformado em alibi teórico para superar as inexoráveis armadilhas da metafísica. Com efeito, não é difícil perceber a maneira pela qual as teorias que

colocam na ponderação (nos seus diversos modelos) o *modus* de resolver as incertezas lingüísticas (enfim, os casos difíceis), têm, ao longo do tempo, sustentado *que o resultado do processo interpretativo aparece em uma “circularidade hermenêutica”*, utilizando-se desse teorema hermenêutico (a expressão é de Ernildo Stein) para superar o dualismo “interpretar-aplicar” ou entre “questão fática-questão normativa”. Penso que isso necessita ser melhor esclarecido, ou seja, é preciso compreender que o círculo hermenêutico caracteriza *uma determinada* concepção hermenêutica, que tem origem em Heidegger (aliás, esse autor acaba sendo – no mais das vezes - esquecido ao se fazer referência ao *hermeneutische Zirkel*, como se “o círculo” fosse uma criação de Gadamer). Assumir o círculo hermenêutico implica um caminho que vai da filosofia hermenêutica à hermenêutica filosófica, portanto, para além de qualquer postura epistemo-analítica. Isto porque Heidegger, corifeo da tese hermenêutico-filosófica de Gadamer, deve ter sua teoria analisada no contexto de uma ruptura paradigmática e não apenas como um adorno para justificar posturas que, com ele, são completamente incompatíveis. Observe-se: Heidegger constrói uma teoria fundada na ontologia fundamental que não se compatibiliza com teses/posturas epistemo-dualísticas (aliás, no mais das vezes, quando é feita referência a Heidegger, é olvidada a – devida - referência à ontologia fundamental). Na medida em que se constrói sobre a interpretação e a hermenêutica, a diferença ontológica só é possível dentro do contexto do círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), no qual eu me compreendo em meu ser e cuidado de mim e me preocupo, e nesse preocupar-me eu tenho o conceito de ser, e, assim, compreendo a mim mesmo. Portanto, diferentemente do que se tem visto no campo das diversas tentativas de recepcionar as teses de Heidegger e Gadamer no direito, *a diferença ontológica e o círculo hermenêutico articulam-se em um mesmo movimento*, que se tornarão a chave do pensamento filosófico de Heidegger e de todos os que o seguiram, mormente para compreender a viragem hermenêutica produzida por Gadamer no campo da hermenêutica

jurídica. Portanto, é inapropriado colocar uma ênfase no círculo hermenêutico sem vinculá-lo à diferença ontológica. Ora, isso significa também que compreender em Heidegger e em Gadamer é um existencial. Logo, não é um método. Não pode ser um método e não pode ser dividido em partes. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser.

#### **4. Da possibilidade à necessidade de encontrar respostas corretas: uma resposta à crise hermenêutica do direito.**

Nesta quadra do tempo em que o direito assume um caráter cada vez mais hermenêutico, em face do viés transformador que é lhe destinado pelo constitucionalismo exurgido a partir do segundo pós-guerra e em face do deslocamento da esfera de tensão dos poderes legislativo e do executivo em direção da jurisdição constitucional, o dilema da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos passa a estar centrada na seguinte questão metodológica: “como se interpreta”, “como se aplica” e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas, conforme tenho deixado explicitado, mormente em meu *Verdade e Consenso*. Para tanto, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não (apenas) um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.

É, pois, a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o(s) paradigma(s) sustentados na relação sujeito-objeto. E é o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, *nele introduzindo o mundo prático* (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão.

Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto,

uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas.

É possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta e a outra é incorreta*. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo”, nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Uma interpretação é correta quando desaparece, ou seja, quando fica “objetivada” através do que venho denominando de “existenciais positivos”, em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de “nossos acertos cotidianos”, conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo. Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão *diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação*, tarefa máxima de qualquer ser

humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um “caso fácil”. É aqui que, por ser correta (sequer nos perguntaremos sobre ela), a interpretação “desaparece”. Ou seja, reiterado a partir da existencialidade compreensiva, o caso (que não é simples e nem complexo, mas, sim, *um caso*) passará ao nível da objetivação e sobre o qual não haverá perquirição acerca dos motivos da compreensão. Por tais razões, torna-se inviável – como querem, v.g., os teóricos da teoria da argumentação – sustentar “raciocínios dedutivos” (causais-explicativos) para os “casos fáceis”.

A distinção entre casos fáceis e casos difíceis é conseqüência da cisão entre regra e princípio. Por isso, torna-se necessário desmi(s)tificar esse sentido comum que se formou em torno dessa distinção estrutural (entre regra e princípio) e que é repetida de forma tão acrítica que já se tornou banal. Com efeito, pensar que o “embate” entre regras e princípios se “resolve” (sic) na base do “tudo ou nada” (não no sentido de que fala Dworkin, mas no sentido da apropriação equivocada desse conceito feito por Alexy) é entender que o caráter ôntico da regra (texto normativo) “segura” a interpretação, confinando-a nos marcos causais-explicativos desse “como apofântico”. O “esgotamento” do sentido nos limites ônticos da regra (ou, se se quiser, dos conceitos lexicográficos que dominam cada vez mais a doutrina e a jurisprudência brasileiras, com especial espaço, nesse campo, para as súmulas) somente é possível se se pensar que o sentido de um texto – que, repita-se, só existe na sua faticidade, porque é sempre um evento (é, pois, fato) – pode se dar sem transcendência (no sentido hermenêutico da palavra).

É desse modo que os princípios constitucionais, que (re) introduzem o mundo prático no direito (não esqueçamos, aqui, a co-originariade entre direito e moral, tão bem apanhada por Habermas), preenchem esse “vazio hermenêutico de sentido”, provocado pela plenipotenciariade ôntica da regra. Essa regra

necessita ser transcendida pela antecipação de sentido ínsita a todo processo de aplicação (não esqueçamos que interpretar já é aplicar!) A pré-compreensão antecipadora está eivada desse mundo prático, fazendo com que qualquer pretensão de atribuição de sentido tendo por base a “plenitude ôntica” da regra (por isso, alguns juristas sustentam, equivocadamente, que a regra pode “valer” mais do que um princípio), em si e por si, apenas confirma que é impossível que um texto carregue um sentido previamente (de)limitado, como se uma regra jurídica pudesse conter previamente todas as hipóteses (futuras) de aplicação. É preciso entender que as diferentes hipóteses de aplicação se dão na *applicatio*, tornada possível quando se transcende “o como” apofântico. Mas a *applicatio* redundará em apenas uma resposta e não em várias. Conseqüentemente, em nenhuma hipótese uma regra “(cor)responderá” às demandas de sentido, que inexoravelmente estarão carregadas de faticidade decorrente do mundo prático em que (desde sempre) habita o intérprete. Se uma regra (no sentido pensado pelas teorias de cariz analítico-procedural, como é o caso da teoria da argumentação jurídica) estabelece que é proibido o tráfego de veículos no parque, parece evidente que o seu caráter apofântico não esgota as possibilidades de sentido. E mesmo que se diga que se está diante de um caso fácil quando se tratar da proibição de um automóvel e que assim se aplica a regra por subsunção (sic), isso somente é possível porque o sentido ontológico permitiu uma resposta que não demandou qualquer estranhamento do intérprete. Não esqueçamos que uma interpretação será correta quando “desaparece”. *É quando não nos perguntamos acerca da compreensão que acabamos de fazer. Ou seja, neste momento, estaremos em face dessa “desaparição hermenêutica”* (da qual, aliás, nem nos damos conta).

Em outras palavras, não é a subsunção que permitiu (esgotou) a resposta ao problema, mas, sim, foram as possibilidades advindas da pré-compreensão antecipadora que proporcionaram esse tipo de resposta. Ou seja, o caso concreto não é fácil em si, mas, sim,

manifestou –se “como” (esse como é o *als* hermenêutico) pela dimensão da pré-compreensão. Isto é, não é a “facilidade” ou a “dificuldade” do caso que decorre da transcendência, mas é a dimensão da pré-compreensão antecipadora que permite alcançar a resposta correta, porque o sentido da regra em questão tem como condição de possibilidade o conjunto principiológico que conforma a Constituição. Por tudo isso é que a cisão regra-princípio pressupõe, para as teorias analítico-procedurais, a subsunção para casos fáceis; por isso um caso fácil decorre de uma “regra não transcendida”. Ora, um caso será “difícil” quando se tem a dimensão das possibilidades de transcendência, problemática que se define a partir do horizonte de compreensão do intérprete. Subsunção significa a admissão da existência de suficiências ônticas do texto jurídico (seja ele regra ou princípio). É neste ponto que o giro linguístico-ontológico se coloca como fiador de um novo olhar sobre o direito, superando-se o positivismo a partir da (re)introdução do modo prático de ser no mundo no direito.

Veja-se que a resposta correta está umbilicalmente ligada à noção de *applicatio*. A contrario sensu, a possibilidade (positivista) de múltiplas respostas está relacionada com o conceitualismo da regra, que tem a pretensão de “abarcá-la” (todas) as possíveis “situações de aplicação” de forma antecipada, independente do mundo prático. Trata-se da construção de um repertório prévio de conceito fundamentadores das hipóteses de aplicação da norma (embora isso venha a ser negado, mormente pelas teorias da argumentação jurídica). Entretanto, é nesse território ôntico que se instrumentaliza a possibilidade das várias acepções semântico-enunciativas, que são produzidas a partir da cisão “fato-norma”, “interpretação-aplicação”, para falar apenas nesses dualismos. Forja-se, assim, um “modo solipsista de negar a antecipação de sentido”, e, assim, manter o controle (discricionário) dos “diversos” sentidos (em abstrato) da “lei”. Nesse “mundo”, o que conta é o enunciado, isto é, todas as outras formas de linguagem e todos os outros modos de



dizer do objeto de análise se resumem ao enunciado.

Para melhor explicar esse fenômeno, é possível dizer – fundado em Gadamer –, que a possibilidade de múltiplas respostas está calcada no *logos apofântico*, cuja função é significar o discurso, isto é, a proposição cujo único sentido é a de realizar o *apofainesthai*, o mostrar-se do que foi dito. *É uma proposição teórica no sentido de que ela abstrai de tudo que não diz expressamente*. O que constitui o objeto da análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer. Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em consequência, transforma-se a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. E também não se pode, a pretexto de superar o problema da arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, “desonerá-lo” da “tarefa” de elaboração de discursos de fundamentação, que, na teoria do discurso de Habermas e Günther, dão-se *prima facie*.

De tudo o que foi dito, tem-se que a resposta correta à luz da hermenêutica (filosófica) será a “resposta hermeneuticamente correta” para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Desde logo, uma advertência se impõe: a resposta correta que venho propondo – principalmente em Verdade e Consenso, a partir de uma simbiose entre a teoria interpretativista de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica) – deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, Hobbes contrapôs a soberania “do um” para superar a soberania fragmentada/dilacerada “de todos”. Contra a barbárie representada

pelo Estado de Natureza, contrapôs a civilização. E isso somente seria possível através de um contrato. Não um contrato *stricto sensu*, mas um contrato metafórico. De algum modo, penso que é necessário enfrentarmos o “estado de natureza hermenêutico” no qual está inserido o sistema jurídico. A “liberdade” na interpretação proporcionada pelo império da consciência de si do pensamento pensante (filosofia da consciência) gera a “guerra de todos contra todos”. Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”. Os sentidos “lhe pertencem”. E nessa “guerra” entre os intérpretes reside a morte do próprio sistema jurídico. Por tais razões é que a tese da resposta correta em um sistema “não avançado” não é uma possibilidade, e, sim, uma necessidade. Isso implica a superação do esquema sujeito-objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, superando qualquer possibilidade da existência de grau zero de sentido (“ideologia do caso concreto”), resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) e reconstruindo, a partir dessas “premissas”, em cada caso, a integridade a coerência interpretativa do direito. A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto, a ruptura com o “estado de natureza” não se dará através de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, como parece ser o caso da institucionalização das súmulas vinculantes ou de outros mecanismos vinculatorios (v.g., Leis 8.038, 9.756 e 11.276, para falar apenas destas). Dito de outro modo, se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribu-

nal)) o poder discricionário de atribuir sentidos – não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma super-norma que possa “prever todas as hipóteses de aplicação”, que, *mutatis mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes. Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* propõe um “neo-absolutismo hermenêutico”. Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ideologia do caso concreto, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado; em seguida, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação. Isso permite afirmar que, na verdade, o combate ao estado de natureza hermenêutico originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista não é um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer, reforçará o positivismo, com a continuidade do caos decisionista. Ou seja, como súmulas são textos e como o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação darwiniana do senso comum teórico dos juristas. E tudo começa de novo...!

Essa resposta propiciada pela hermenêutica – que será a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição – deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, *não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-afôntico)* Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de

explicitar o que foi compreendido é reservado às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica.

Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma fortíssima sustentação argumentativa e não um duelo retórico-persuasivo. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativa é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental. Isto é, na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento.

Quando explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E, insista-se: filosofia não é lógica. Esse “proceder epistemológico” é antecipado; não se confunde com o próprio conhecimento. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento.

A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

*Mutatis mutandis*, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma de-cisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe*, *Vorgriff*, *Vorsicht*), no interior

da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (insista-se, texto é evento, texto é fato, texto não é um mero enunciado lingüístico). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, e aqui reitero os dizeres de Gadamer, “se queres dizer algo sobre um texto, deixa primeiro que o texto te diga algo”. O sentido exurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Através do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos “como” pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*. A compreensão tem ínsita a permanente tensão entre coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (*Auslegung*), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (*Sinngebung*). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido. Interpretar é *iluminar as condições sobre as quais se compreende*, para usar as precisas palavras de Gadamer.

Na verdade, essa explicitação é o espaço “epistemológico” da hermenêutica. Explicita-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação: essa é a questão fundamental, até porque é um direito fundamental.

## 5. Aportes finais acerca da complexidade da “questão hermenêutica”

Uma reflexão crítica sobre a aplicação do direito não pode, pois, prescindir dos pressupostos hermenêuticos que apontam para a superação do esquema sujeito-objeto, assim como dos diversos dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e da filosofia da consciência). É preciso insistir nisso. Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: esses dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentados pelo esquema sujeito-objeto.

Não se quer dizer, entretanto, que as diversas teorias do direito não estejam preocupadas em buscar respostas ao problema da crise paradigmática que atravessa o direito. Mas, nessa busca de soluções para os problemas da metodologia do direito, o que não se pode fazer é “mixar” teorias, principalmente entre posturas procedimentais-argumentativas e perspectivas conteudísticas-ontológicas, para citar apenas estas. Permito-me, nesse sentido, lançar dez pontos que deixam nítida essa impossibilidade de mixagens metodológicas:

*Primeiro*, não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação jurídica, isto é, hermenêutica (filosófica) não é similar a nenhuma teoria da argumentação (portanto, não é possível com ela fundir – *por mais sofisticadas e importantes que sejam* – as teses de Alexy, Atienza, Günther, para falar apenas destes);

*segundo*, quando se diz que a Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas (textos “abertos”, palavras vagas e ambíguas, etc), tal afirmativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas, circunstância que, paradoxalmente, apenas denuncia – e aqui chamo à colação as

críticas de Dworkin à Hart – as posturas positivistas que estão por trás de tais afirmativas;

*terceiro*, quando, por exemplo, com o seu *Wahrheit und Methode*, Gadamer confronta o método, não significa, sob qualquer hipótese, que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias;

*quarto*, quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer que não há mais um sujeito que assujeita o objeto (subjetivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico) e tampouco objetivismos; em outras palavras, o giro lingüístico-ontológico decretou a morte do sujeito solipsista;

*quinto*, quando se popularizou a máxima de que “interpretar é aplicar” e que “interpretar é confrontar o texto com a realidade”, não significa poder afirmar que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam “apreensíveis” isoladamente (ou por etapas ou fases), sendo equivocado pensar, portanto, que interpretar é algo similar a “fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos” ou, como numa metáfora que circula nas salas de aula, “entre um parafuso e uma porca” (sic), em que o parafuso seria o texto e, a porca, a realidade, sendo a aplicação, *ipso facto*, o resultado dessa “junção”;

*sexto*, de igual maneira, quando se popularizou a assertiva de que “texto não é igual a norma” e que “a norma é o produto da interpretação do texto” – questão para a qual até mesmo alguns setores da dogmática jurídica tradicional já se atentaram - , nem de longe isso pode significar que “o texto não vale nada” ou que “norma e texto” sejam “coisas à disposição do intérprete”, ou, ainda, que depende do intérprete a “fixação da norma”;

*sétimo*, se texto e norma não são a mesma coisa, tal circunstância não implica – sob pena do absurdo – a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou que o texto contenha a própria norma, mas, sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre

os mesmos; é preciso compreender que *a norma é o texto em forma de enunciados*, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*;

*oitavo*, é um equívoco pregar que o texto jurídico é apenas “a ponta do iceberg”, e que a tarefa do intérprete é a de revelar o que está “submerso”, porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo, características do positivismo;

*nono*, a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc) a partir de ementas jurisprudenciais (ou súmulas) sem contexto e verbetes protolexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois escondem a singularidade dos “casos concretos”;

*décimo*, é preciso ter em mente que a reprodução de ementas e verbetes sem contexto apenas reatualiza e reforça a cultura manualesca e estandardizada do direito, enfraquecendo a reflexão crítica.

Em outras palavras, não é possível servir a vários senhores da ciência ao mesmo tempo. Trata-se de uma opção paradigmática, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. Não é possível lançar mão tão-somente das “partes nobres” de cada teoria (ou paradigma), descartando as insuficiências.

Mas, atenção: a hermenêutica não afasta a epistemologia. Entretanto, o que não é possível fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. *A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico*. Em muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende essa circun-



stância, porque é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão.

Ou seja, quando explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E, insista-se: filosofia não é lógica. Esse “proceder epistemológico” é antecipado; *não se confunde com o próprio conhecimento*. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento.

Na era das Constituições compromissórias e sociais (e dirigentes), enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão-somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Conseqüentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.

Entretanto, nada do que foi dito implica afirmar que as análises feitas por diversos jusfilósofos (Alexy, Aulis Arnio, MacCormick, para falar apenas destes) estejam desvinculadas das pretensões hermenêuticas de realização dos direitos fundamentais-sociais na Sociedade Contemporânea. Ao contrário: a realização das promessas incumpridas da modernidade – as diversas teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica filosófica, a metódica estruturante, etc), todas perfeitamente inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm, inequivocamente, um objetivo comum: *a superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência, responsáveis em grande medida pela inefetividade*

*da Constituição* (circunstância que assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como o Brasil). Cada uma das correntes filosóficas ou teorias, a seu modo, apontam as possíveis saídas para a superação da crise do direito brasileiro, cada vez mais refém do positivismo. Nessa intensa procura, há algo que é inacessível e isto parece incontornável. Ou algo que é incontornável e que, por isto, inacessível. Conteudística ou procedimentalmente, é essa incerteza que parece mover os juristas rumo a essa longa travessia.

Mas não se pode desconsiderar – embora todos os avanços já mencionados – que o problema filosófico-paradigmático que sustenta o protagonismo judicial continua presente nos diversos ramos do direito, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz no decorrer dos últimos dois séculos. Desde *Oskar von Büllow* – questão que também pode ser vista em *Anton Menger* e *Franz Klein*, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que viabiliza, mais tarde, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, atravessando dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnellutti*, onde a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em *Couture*, que, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei; já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de *Carlos Maximiliano* à *Paulo Dourado de Gusmão*), tais questões estão presentes nas teses relacionadas ao enfoque instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos meta-jurídicos, pelos quais é permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo

que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da boa escolha dos juízes e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo. Sob uma outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, pela defesa, por parte de setores da doutrina, do poder interpretativo dos juízes nas cláusulas gerais, que devem ser preenchidas com amplo “subjetivismo” e “ideologicamente”; no processo penal, não passa despercebida a continuidade da força do “princípio” da verdade real e do livre convencimento; também no direito constitucional está presente essa perspectiva, pela utilização descriteriosa dos princípios, como se estes fossem “álíbis persuasivos”, mormente em face da cisão entre o emprego da subsunção para a aplicação das regras (casos simples) e da ponderação nas hipóteses de conflito ou colisão de princípios (casos difíceis). Tal reincidência paradigmática acarreta o perigo de que, em pleno Estado Democrático de Direito, venhamos a deixar de lado a produção democrática do direito e apostar em discursos adjudicadores, “corretivos do direito”, fragilizando aquilo que é a grande conquista do direito nos últimos tempos: a sua autonomia.

Em síntese, de tudo o que foi dito e, fundamentalmente para evitar mal-entendidos – a hermenêutica aqui sustentada não exclui a subjetividade inerente à qualquer atividade compreensiva. Repita-se: a superação do esquema sujeito-objeto significou, sim, a derrocada da filosofia da consciência, mas não do sujeito da relação (afinal, ela agora se torna sujeito-sujeito). Ao contrário do que ocorre com outras teorias lingüísticas, na hermenêutica o sujeito do esquema sujeito-objeto não foi substituído por uma estrutura, uma rede de comunicação ou um sistema. Mas admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores, etc – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa - não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que tomar, isto é, nada disso quer significar que dependemos apenas dos aspectos

lingüísticos ou limites semânticos dos textos jurídicos para esse desiderato. Com feito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão-somente do “próprio texto”, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. O grau de exigência de fundamentação/justificação da interpretação alcançada aumentará na medida em que essa significação atribuída ao texto se afasta dos “aspectos lingüísticos”. Trata-se de convencimento e de estabelecer amplas possibilidades de controle da decisão (observe-se que não há mecanismos de controle das decisões últimas do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual aumenta a responsabilidade da doutrina e da comunidade jurídica em termos de controle político-democrático, exatamente pela ausência de possibilidades institucionais)

## BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres, Fontana Press, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Ergänzungen Register. Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993 (Verdade e Método I. 6ª. Ed. Petrópolis, Vozes, 2004)

\_\_\_\_\_. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990 (Verdade e Método II. Petrópolis, Vozes, 2002).

GRONDIN, Jean. *Einführung zu Gadamer*. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2000.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo, Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Siebzehnte Auflage. Tübingen, Max Niemayer, Verlag Tübingen, 1993 (Ser e Tempo. Vol. I e II. 5a. ed. Petrópolis, Vozes, 1995).

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 7ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

