

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

José Bruno Aparecido da Silva

**A FUSÃO DE HORIZONTES TEORIZADA POR HANS-GEORG GADAMER COMO
FUNDAMENTO FILOSÓFICO PARA O FENÔMENO DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Belo Horizonte

2024

José Bruno Aparecido da Silva

**A FUSÃO DE HORIZONTES TEORIZADA POR HANS-GEORG GADAMER COMO
FUNDAMENTO FILOSÓFICO PARA O FENÔMENO DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

S586f Silva, José Bruno Aparecido da
A fusão de horizontes teorizada por Hans-Georg Gadamer como fundamento filosófico para o fenômeno de mutação constitucional [manuscrito] / José Bruno Aparecido da Silva. - 2024.

Orientador: Ricardo Henrique de Carvalho Salgado.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Hermenêutica - Teses. 3. Direito constitucional - Filosofia - Teses. I. Salgado, Ricardo Henrique de Carvalho. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.12



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO **JOSÉ BRUNO APARECIDO DA SILVA**


Realizou-se, no dia 16 de dezembro de 2024, às 14:00 horas, em Plataforma Virtual, pela Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A FUSÃO DE HORIZONTES TEORIZADA POR HANS-GEORG GADAMER COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO PARA O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL*, apresentada por JOSÉ BRUNO APARECIDO DA SILVA, número de registro 2023652370, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Raoni Macedo Bielschowsky - Orientador (UFU), Prof(a). Levindo Ramos Vieira Neto (UFMG), Prof(a). Daniela Rodrigues Machado Vilela (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:


(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100.

() Reprovada


Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2024.

Documento assinado digitalmente
 RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY
Data: 16/12/2024 18:09:08-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Raoni Macedo Bielschowsky (Doutor) Nota: 100

Documento assinado digitalmente
 LEVINDO RAMOS VIEIRA NETO
Data: 16/12/2024 19:18:26-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Levindo Ramos Vieira Neto (Doutor) Nota:

Documento assinado digitalmente
 DANIELA RODRIGUES MACHADO VILELA
Data: 16/12/2024 18:27:20-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Daniela Rodrigues Machado Vilela (Doutora) Nota:

Para Maura, Laura, Lis Bella, Amélie e Cecília,
pelo tempo em família que esta pesquisa lhes furtou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir realizar façanhas, que durante muito tempo pareceram um sonho distante: a conclusão do mestrado e a realização deste trabalho. Agradeço a Ele também por me manter ciente da minha pequenez e insignificância; afinal, é a consciência delas que tem me permitido dar um pequeno passo de cada vez e que eu me alegre com a certeza de que o caminho é mais importante que a chegada. Agradeço a Deus, por fim, por ter me dado ânimo e esperança, por ter me mantido firme em um propósito e por ter aberto portas em situações que pareciam já não apresentar saída alguma.

A realização do mestrado e a conclusão deste trabalho só foram possíveis porque existiu uma rede de apoio que me permitiu fixar uma segunda residência em Belo Horizonte e dedicar muitas noites e finais de semana exclusivamente à pesquisa. Por isso, não tenho dúvidas, não há aqui mérito individual, mas um esforço coletivo, que exigiu, não apenas de mim, inúmeras e custosas renúncias. Com esta ciência, começo agradecendo à minha amada esposa, Laura Soares da Silva Bruno, minha grande incentivadora e primeira e rigorosa leitora da maior parte de meus textos; foi ela quem primeiro se alegrou em minhas vitórias e se compadeceu em minhas angústias.

Agradeço à minha mãe, Maura Martins da Silva, que nem sempre compreendeu a necessidade de eu estar longe, mas que sempre se preocupou e desejou o melhor. Às minhas filhas, Lis Bella, Amélie e Cecília, por serem fonte de inspiração e de todo o significado para cada dia de luta e de resistência. Agradeço aos meus demais familiares, Neide Soares, Luiz Bezerra, Ana Soares, Willian Magno, Vinicius Soares, Dayana Fernanda, Júlia Soares, Tia Doca, Tia Munda, pela presença e pelo tanto enorme que têm ajudado.

Agradeço aos amigos Daniel Waquim, Joselia Nolasco e Keila Lima pelas diversas oportunidades de interlocução. Ao Daniel, em especial, pelas leituras atentas de muitos de meus artigos. Aos amigos Pablo Gabriel e Rafaela Ozava, por terem feito Belo Horizonte uma cidade mais colorida e acolhedora para mim, as conversas com eles foram sempre inspiradoras. Aos amigos Paula Cândido e Yuri Mendonça, por terem aberto a primeira porta para que eu pudesse chegar e me estabelecer em Belo Horizonte.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (*in momorian*), pela confiança em mim depositada e pela liberdade que me concedeu durante o processo de escrita. À professora Daniela Rodrigues Machado Vilela, pelas inúmeras palavras de incentivo e inesgotável disposição de ajudar. Aos professores doutores Joaquim Carlos Salgado, Karine Salgado, José Luiz Borges Horta, Marcelo Campos Galuppo, Bernardo Gonçalves Fernandes, Thomas Bustamante, Misabel Machado Derzi, Valter Lobato e Onofre Alves Batista Júnior, cujas aulas proporcionaram uma inestimável contribuição para minha pesquisa e para a escrita deste trabalho.

Aos professores doutores Raoni Bielschowsky, Daniela Vilela, Levindo Ramos Vieira Neto e Alan Pereira, por terem aceitado o convite para participarem da banca de defesa desta dissertação e pelas importantes considerações, recomendações e correções propostas durante a sessão.

Aos membros do grupo de pesquisa *Filosofia do Direito e Pensamento Político*, do qual participo, em especial ao coordenador Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima (UFPB). Aos membros do grupo de estudos *Dasein* (Unisinos) que organizaram e demais colegas que participaram junto comigo dos valiosos encontros sobre as obras de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, pelo conhecimento compartilhado, pelas oportunidades de interlocução e importantíssimas indicações bibliográficas.

Aos amigos e colegas que fiz na UFMG, em especial à Renata Pimenta e ao Ítalo Marqueti, que se mantiveram próximos desde o primeiro dia de aula; e aos membros da linha de pesquisa 4, que se tornaram amigos: Isaac Maynard, Lucio de Medeiros, Raquel Bispo, Valesca Santana, Gilberto Netto, Patrícia Andrade, Santhiago Lopes, Rafael Peron, Anne de Freitas, Lucas de Souza Lima, Pedro Moreira e Alan Pereira.

Agradeço às instituições que me formaram e me capacitaram, à Univiçosa (onde concluí em 2020 a graduação em Direito), em especial à minha eterna mestra e orientadora Dra. Renata Gomes de Freitas, que ajudou a despertar em mim a paixão pela Filosofia e Teoria do Direito, e ao coordenador Me. Rafael Pacheco Lanes Ribeiro, de quem ouvi um dos mais belos incentivos à vida acadêmica; e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, onde realizei a pós-graduação em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica, e tive os primeiros contatos com a hermenêutica filosófica de Gadamer e com diversos outros autores que aqui figuram.

Agradeço ao Banco do Brasil S.A. pela bolsa que me foi concedida na forma de dispensa de horas de trabalho, sem a qual a dedicação ao mestrado poderia ter sido drasticamente prejudicada. Agradeço aos colegas de trabalho, pares, superiores e subordinados por compreenderem minhas ausências, em especial por entenderem que um mestrando, com uma jornada de trabalho atípica, recém-chegado do interior, seria capaz de gerenciar uma equipe de oito pessoas. Nas pessoas de meus gestores imediatos, Cristian Ramos Margutti e Ana Cristina Ferreira de Faria, agradeço a todos os demais colegas da área ISSQN do Cenop/BH.

Agradeço, por fim, aos autores que vieram antes de mim, cujas obras ascenderam candeias pelos caminhos que trilhei; aos servidores da Faculdade de Direito da UFMG e a todos que lutam por uma educação pública gratuita e de qualidade!

São Pedro dos Ferros (MG), primavera de 2024.

Não me iludo
Tudo permanecerá do jeito que tem sido
Transcorrendo, transformando
Tempo e espaço navegando todos os sentidos

Pães de Açúcar, Corcovados
Fustigados pela chuva e pelo eterno vento
Água mole, pedra dura
Tanto bate que não restará nem pensamento

Tempo rei, ó, tempo rei, ó, tempo rei
Transformai as velhas formas do viver
Ensinai-me, ó, pai, o que eu ainda não sei
Mãe Senhora do Perpétuo, socorrei

Pensamento
Mesmo o fundamento singular do ser humano
De um momento para o outro
Poderá não mais fundar nem gregos, nem baianos

Mães zelosas, pais corujas
Vejam como as águas de repente, ficam sujas
Não se iludam, não me iludo
Tudo agora mesmo pode estar por um segundo
(Tempo Rei – Gilberto Gil)

RESUMO

Esta pesquisa trata de um tema já bastante discutido na Teoria e Filosofia do Direito, a variação de sentido das normas no tempo. O que há de novo nela não é o assunto, mas a abordagem. Aqui, se espera apontar quais seriam os fundamentos filosóficos para se afirmar que variações de sentido podem ou não ocorrer no curso da vigência de uma dada norma. Há ainda um recorte: a pesquisa busca compreender um tipo específico de mudança de sentido de normas, a mutação constitucional. Este fenômeno, a mutação constitucional, historicamente vem sendo discutido no âmbito da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição, e este trabalho atravessa essas áreas, mas a proposta aqui levada a cabo é a de ir um pouco além e buscar na filosofia respostas para algumas questões: É possível congelar os sentidos de uma norma no tempo? Pode a mutação constitucional ser decorrente de um ato de vontade do(s) intérprete(s), ou ela deve ser sempre decorrente de um ato de interpretação? É possível apontar critérios para que mutação ocorra sem ferir os princípios da segurança e da certeza jurídica? Foram estas as questões que nortearam a pesquisa. Com aportes da Filosofia e da Teoria do Direito, foi percorrido um caminho compreensivo, que se iniciou com uma justificativa da relevância do tema em um contexto de crise do constitucionalismo e da própria democracia. Passou pela busca do entendimento sobre o que é a mutação constitucional e sobre como a doutrina e a prática judiciária tem lidado com ela. E seguiu para a construção de um arcabouço teórico capaz de permitir uma rigorosa verificação das hipóteses inicialmente levantadas, quais sejam: a de que variações de sentido no tempo são inevitáveis, a de que a mutação constitucional é um problema hermenêutico, e a de que é possível criar parâmetros para reconhecer quando uma dada variação é ou não legítima em face do ordenamento como um todo. Os fundamentos teóricos foram buscados na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a relação entre ela e o Direito foi estabelecida tendo a obra de Ronald Dworkin como ponte. A pesquisa foi realizada tendo como marco teórico a hermenêutica filosófica, motivo pelo qual se rejeitou o recurso a métodos de pesquisa ainda calcados nos paradigmas da filosofia clássica e da filosofia da consciência que separavam o processo de cognição entre um sujeito e um objeto metodologicamente apartado do sujeito. A partir da leitura de Gadamer e Dworkin, pode-se percorrer um caminho compreensivo para então sustentar a tese de que a mutação constitucional é um problema hermenêutico, que não deve ocorrer como decorrência de um ato de vontade solipsista. Ao final deste percurso foi possível confirmar a hipótese de que sentidos não podem ser congelados no tempo, de que a mutação constitucional é um problema interpretativo, não um ato de vontade e, ainda, apontar quatro critérios de plausibilidade para o reconhecimento da mudança de sentidos de normas da Constituição.

Palavras-chave: Hermenêutica filosófica; Integridade; Interpretação; Mutações constitucionais.

ABSTRACT

This research deals with a topic that has been widely discussed in the Theory and Philosophy of Law, the variation in the meaning of norms over time. What is new in it is not the subject, but the approach. Here we hope to point out what the philosophical foundations would be for affirming that variations in meaning may or may not occur during the validity of a given norm. There is also a focus: the research seeks to understand a specific type of change in the meaning of norms, constitutional mutation. This phenomenon, the constitutional mutation has historically been discussed within the scope of State Theory and Constitutional Theory, and this work crosses these areas, but the proposal here is to go a little further and seek answers to some questions in philosophy: Is it possible to freeze the meaning of a norm over time? Can constitutional mutation be the result of an act of will by the interpreter(s), or must it always be the result of an act of interpretation? Is it possible to identify criteria for mutation to occur without violating the principles of legal certainty and security? These were the questions that guided the research. With contributions from Philosophy and Legal Theory, a comprehensive path was followed, which began with a justification of the relevance of the topic in a context of crisis in constitutionalism and democracy itself. It continued with the search for an understanding of what constitutional mutation is and how doctrine and judicial practice have dealt with it. And it continued with the construction of a theoretical framework capable of allowing a rigorous verification of the hypotheses initially raised, namely: that variations in meaning over time are inevitable, that constitutional mutation is a hermeneutical problem, and that it is possible to create parameters to recognize when a given variation is or is not legitimate in view of the legal system as a whole. The theoretical foundations were sought in the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and the relationship between it and Law was established using the work of Ronald Dworkin as a bridge. The research was conducted using philosophical hermeneutics as a theoretical framework, which is why the use of research methods still based on the paradigms of classical philosophy and the philosophy of consciousness that separated the process of cognition between a subject and a object methodologically separated from the subject was rejected. From the reading of Gadamer and Dworkin, one can follow a comprehensive path to then support the thesis that constitutional mutation is a hermeneutic problem, which should not occur because of a solipsistic act of will. At the end of this journey, it was possible to confirm the hypothesis that meanings cannot be frozen in time, that constitutional mutation is an interpretative problem not an act of will, and also to point out four plausibility criteria for recognizing the change in meanings of norms of the Constitution.

Keywords: Constitutional mutation; Integrity; Interpretation; Philosophical hermeneutics;

LISTA DE SIGLAS

HC- Habeas Corpus

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Introdução	12
1. Jurisdição constitucional, justiça e democracia	20
1.1 Constitucionalismo abusivo	22
1.2 Erosão constitucional	23
1.3 Resiliência constitucional	25
1.4 O risco da injustiça e a transformação como ameaça.....	27
2. A mutação constitucional	30
2.1 As origens do conceito na doutrina constitucional da Alemanha.....	30
2.2 Para além dos manuais. O estado da arte do debate no Brasil	36
2.3 Mutação constitucional, interpretação construtiva e <i>constitutional moment</i> : clarificando conceitos	44
3. A possibilidade de variações de sentido no tempo	47
3.1 O autor não é o proprietário dos sentidos de sua própria obra	47
3.2 Os sentidos não são o que o intérprete quer que eles sejam	50
4. A possibilidade de verdade na hermenêutica pr�-gadameriana	53
4.1 As teses reconstrutivistas presentes nas obras de Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey	53
4.2 A ontologia hermenêutica no primeiro Heidegger	60
5. A Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer	65
5.1 A verdade a partir da experiência da arte	67
5.2 A fusão de horizonte como modo de compreensão	74
5.3 A natureza e a função da tradição na hermenêutica filosófica gadameriana.....	78
5.4 A leitura de Gadamer a partir de seu diálogo com Kant e Hegel.....	86
6. Emilio Betti e a proposta de uma hermenêutica procedimental	94
7. A “responsabilidade política” do juiz e a busca pela resposta correta	100
7.1 A tese dworkiana do direito como integridade	101
7.2 A historicidade do Direito na obra de Ronald Dworkin	103
8. A muta�o constitucional como problema hermenêutico	109
9. A possibilidade de se falar em critérios de plausibilidade	112
Conclusões	118
Referências	121

Introdução

Na teoria da comunicação há um modelo básico que pressupõe que em todo processo comunicativo há um emissor (comunicador), um receptor (destinatário), uma mensagem e um canal por meio do qual esta mensagem é veiculada (Rüdiger, 2011, p.20). Este é um modelo simples, mas que pode servir a este trabalho como um ponto de partida. Uma comunicação bem-sucedida é aquela em que o receptor compreende perfeitamente o que o emissor quis comunicar com a mensagem. Às distorções que ocorrem na prática entre o que foi veiculado e o que foi compreendido dá-se o nome de ruído. Ruídos podem acontecer mesmo em uma conversa simples entre duas pessoas, mas neste caso eles podem ser facilmente detectados e solucionados; uma compreensão equivocada nesta situação pode ser corrigida com um simples “espere, não foi bem isso que eu quis dizer”.

O esforço para reduzir ruídos se torna maior à medida em que cresce o distanciamento entre emissor e receptor. Existem diversos tipos de distanciamento, por exemplo, o geográfico, linguístico, tecnológico, e há um tipo específico que sempre despertou o interesse de teóricos dos mais diversos campos que se ocuparam da tarefa complexa de interpretar textos: o *distanciamento temporal*. O distanciamento temporal funciona como uma espécie de atenuante dos demais e não é por acaso que a hermenêutica moderna surge com Schleiermacher (1768-1834), ainda como mera técnica, para dar ao intérprete meios para decifrar o sentido de textos para os quais o deslocamento temporal se apresentava como uma variável relevante, o que é o caso dos textos clássicos, dos textos bíblicos e das normas jurídicas (Schmidt, 2014, p.25).

A relação entre tempo e interpretação já estava na obra de hermeneutas como Schleiermacher e Wilhelm Dilthey (1833-1911) e seguiu presente na contemporaneidade; o modo de compreendê-la, no entanto, sofreu profundas transformações no século XX, em especial após a publicação da obra *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), que constitui o principal marco teórico desta pesquisa. Grosso modo, pode-se afirmar que em *Verdade e Método* deixa de existir uma centralidade na figura do emissor e passam a ser relevantes os estudos da condição do receptor como intérprete e da própria mensagem.

Diante da tarefa de descrever em poucas linhas o tema de que trata a pesquisa que ora se apresenta, é possível afirmar que este é um estudo sobre a relação entre

o tempo, aqui entendido como um fator de distanciamento capaz de provocar ruídos, e a interpretação. Poder-se dizer ainda que é uma pesquisa que trata da possibilidade de variação de sentido das normas jurídicas no tempo, e aqui se percebe que há um elemento novo, a variação de sentido, cuja natureza será apresentada não como mero ruído, mas como fato inevitável decorrente da condição do intérprete e da mudança do contexto em que se dá a comunicação em razão do deslocamento temporal.

Um ato interpretativo deve sempre remontar à vontade do legislador originário, ou o intérprete é livre para atribuir novos sentidos? Esta é uma questão que permeia o problema que dá ensejo à pesquisa, que partiu da hipótese de que a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer é capaz de oferecer respostas para tal questionamento, supondo que ela pode afastar as teses originalistas, que associam o sentido correto de uma norma à vontade de seu(s) autor(es), e, ao mesmo tempo, proteger o Direito das interpretações arbitrárias que desconsideram os sentidos que a mensagem, no caso as normas jurídicas e demais fontes do Direito, já trazem consigo.

A pesquisa realizada, deve-se frisar, não se propôs apenas a discutir o tema em abstrato, mas buscou ainda, através dos fundamentos filosóficos, explicar um problema de natureza prática, um tipo específico de variação do sentido de normas no tempo, a mutação constitucional, que é o fenômeno por meio do qual uma norma constitucional adquire significado distinto do original, sem a alteração de seu texto, a partir da ocorrência de dadas circunstâncias.

A mutação constitucional, conforme o pontuado por Pansieri e Souza (2018, p.12), é uma mudança de disposições constitucionais realizada à margem dos mecanismos formais de reforma. Enquanto tais mecanismos englobam procedimentos previstos na própria constituição com a observância de ritos mais rigorosos do que os previstos para a aprovação/alteração da legislação infraconstitucional, a mutação ocorre sem observância de rito específico ou de mecanismo capaz de atestar sua pertinência.

No Brasil, os casos de alteração de sentido de normas constitucionais decididos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não se deram sem controvérsia teórica, conforme demonstram Flávio Quinaud Pedron e João Paulo Soares e Silva (2021, p. 7-69), motivo que reforça a necessidade do apontamento ou desenvolvimento de uma

epistemologia¹ que melhor indique as condições de plausibilidade, bem como possíveis limitadores para a mutação constitucional.

A possibilidade de alteração no sentido de normas constitucionais insurge como um desafio, que levanta questionamentos de inegável relevância, pois afeta a segurança jurídica (previsibilidade dos efeitos de direito), a certeza jurídica (inalterabilidade dos efeitos de direito) (Salgado, 2017, p. 115) e concepções de justiça, por isso é necessário que existam limites para a interpretação e nestes limites se encontra a salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos. O apontamento de tais limites talvez seja um dos maiores desafios da Teoria do Direito nos últimos cem anos, motivo pelo qual não se espera esgotar a reflexão, mas apenas apontar caminhos de racionalidade para um tipo específico de interpretação.

Apesar de Gadamer (2015, p. 426-447) não deixar de considerar em sua obra máxima que sua hermenêutica filosófica também dizia respeito à interpretação das normas jurídicas, ele não adentrou em questões específicas do debate jurídico contemporâneo, motivo pelo qual o uso de sua obra como referência em trabalhos de Direito ainda encontra certo grau de resistência. As objeções à aplicação da hermenêutica filosófica ao Direito podem ser afastadas através da demonstração da compatibilidade entre os seus pressupostos filosóficos e argumentos presentes nas obras de importantes teóricos do Direito, e dentre os quais se encontra Ronald Dworkin.

A aproximação entre as obras de Gadamer e Dworkin, já trabalhada por autores como Lenio Streck (2007, 2014), Luã Jung (2024), Ziel Ferreira Lopes (2020, p. 35) e Francisco José Borges Motta (2011), será apresentada aqui não como algo dado, supondo a existência de um Dworkin gadameriano, mas como algo possível de ser demonstrado a partir de aspectos comuns a ambas as teorias, que são (I) o caráter interpretativo do direito; (II) a possibilidade de se falar em uma verdade que se desvela a partir da própria prática e (III) a historicidade dos sentidos atribuíveis em cada situação hermenêutica.

Estes três aspectos são fundamentais para a hermenêutica filosófica e estão presentes também na obra de Dworkin, motivo pelo qual se entende que, sendo os

¹ Considerando a proposta da pesquisa, o uso do termo epistemologia pode suscitar controvérsias, em razão disso é necessário esclarecer que o termo será usado aqui em referência às condições para se afirmar que algo é ou que algo não é, independentemente do método ou procedimento que se use para tal

três de interesse para os temas aqui discutidos, é pertinente que a aproximação de Gadamer com questões específicas do Direito, como é o caso da Mutação Constitucional, possa se dar tendo a obra de Dworkin como ponte. Como objeção a este diálogo, pode ser apresentado o seguinte questionamento: se a obra dworkiniana já traz uma abordagem de tais temas, por que recorrer a Gadamer? A resposta está nos fundamentos filosóficos, que Gadamer apresenta com mais profundidade e clareza. Já a justificativa para o uso das teses de Dworkin serão apresentados nos parágrafos seguintes.

Historicamente, com a superação do positivismo primitivo, aquele de cunho exegético, veio a noção de que a norma não está contida tão somente nos limites semânticos do texto (2017, p. 167-182). Para chegar ao sentido real da norma é preciso interpretar. Surge então o grande problema, que percorre o positivismo e chega às correntes ditas p s-positivistas: a discricionariedade judicial (Streck, 2017, 204; 219). Se a norma não está restrita às interpretações literais, pode o juiz atribuir qualquer significado a uma lei?

Em sua obra *Levando os direitos a sério*, Ronald Dworkin (2010, p. 35-63) propôs uma solução para aquilo que até então era frequentemente visto como fatalidade: através do modelo de regras que considerava em um primeiro momento a existência dos princípios e sua normatividade (2010, p. 35-36), ele buscou combater a discricionariedade judicial, o que o levaria, mais tarde, a apresentar a chamada tese da resposta correta (Streck, 2017, p. 255-257).

A teoria do direito como integridade de Dworkin argumenta em favor de uma coerência entre as normas e a constituição e entre as normas e o restante do ordenamento (Dworkin, p. 271-273). A coerência se mostra, portanto, como uma condição racional para a ocorrência de mutação, mas   necessário ir além e perguntar sob que circunstâncias uma dada interpretação se torna incoerente a ponto de justificar uma mudanç a de sentido.

Foi possível demonstrar com a pesquisa que, ao contrário do que Pedron e Silva (2021) concluíram na obra *Mutação Constitucional: história e crítica de um conceito*, as contribuições de Dworkin não eliminam a possibilidade de que a mutação constitucional seja reconhecida como uma categoria aut noma, pelo contrário, ela não se confunde com a chamada interpretação construtiva, apesar de poder acontecer em decorrência dela.

Dworkin (2014, p. 416) reconhece o caráter histórico indissociável da interpretação e que cada novo ato interpretativo constitui um capítulo novo de um único romance escrito a várias mãos; um capítulo que deve respeitar os anteriormente produzidos, ao mesmo tempo em que deve dar andamento à história contada, dando abertura, deste modo, à possibilidade de novos sentidos, ou, em outras palavras, à possibilidade de mutação da norma.

Com a pesquisa proposta, foi possível concluir que as considerações do jurfilósofo americano, se aliadas à hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, possibilitam uma melhor compreensão do caráter histórico da interpretação e de sua natureza dialética. A partir de tal compreensão é que foi possível estabelecer condições de plausibilidade de ocorrência da mutação constitucional. Não se tratou, por óbvio, de criar um método fechado que considere a constatação da mudança de interpretação de uma norma como um ato mecânico - a própria obra de Gadamer é uma oposição a isso -, mas sim de pensar quais tipos de situação justificam, à luz do próprio ordenamento e dos princípios que dão sustentação a ele, uma rejeição legítima dos sentidos já assentados na tradição.

Na obra de Gadamer foram encontrados os fundamentos para sustentar a defesa de que a mutação constitucional é um problema hermenêutico, não de imposição autoritária de uma vontade solipsista, e que como tal deve ser compreendido tendo a hermenêutica filosófica como paradigma adequado; por isso, interessou à pesquisa realizada, em especial, as considerações de Gadamer sobre o círculo hermenêutico e sobre o que ele chamou de *fusão de horizontes*. O círculo hermenêutico explica como se dá a compreensão tendo a linguagem não mais como mero instrumento, mas como condição de possibilidade. A fusão de horizontes explica o porquê de a experiência de compreensão não ser um ato solitário do indivíduo, pois, dada a condição intersubjetiva da linguagem, o horizonte particular do indivíduo é limitado pelo horizonte de sentido do texto (Gadamer, 2015, p. 576-577). A fusão de horizontes não explica apenas a limitação do sentido atribuível ao texto, mas também como o horizonte de sentido pode variar no tempo, dado que cada experiência de compreensão estará, de acordo com Heidegger (2012), sujeita tanto à historicidade quanto à faticidade.

Tendo adotado a hermenêutica filosófica como seu principal marco teórico, a pesquisa dispensou o uso de metodologias ainda calcadas no paradigma da filosofia clássica, que separava o processo de cognição entre um sujeito afastado da realidade

do mundo e um objeto a ser compreendido. O caminho hermenêutico percorrido passou pela busca da interpretação e conseqüentemente da compreensão do que de fato significam os conceitos a serem analisados (tais como mutação constitucional, fusão de horizontes e direito como integridade), tendo a linguagem como condição de possibilidade para o desenvolvimento epistemológico. A partir do desvelamento de tais conceitos é que se pôde comprovar as hipóteses previamente levantadas.

A pesquisa buscou, ainda, fundamentos para a análise em obras que tratam especificamente do tema a ser abordado, a mutação constitucional no ordenamento pátrio. Para tal recorreu aos seguintes títulos: *Mutação constitucional: história e crítica de um conceito*, de Flávio Quinaud Pedron e João Paulo Soares e Silva (2021); *Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea*, de Flávio Pansieri e Henrique Soares Souza (2018); *Mutação constitucional no Brasil: contornos doutrinários e jurisprudenciais*, de Júlia Cristina de Souza Soares (2023), *Mutações constitucionais e direitos fundamentais* de Susana Sbrogio`Galia (2007), *STF e mutação constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões*, de Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015) e *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional* de Adriano Sant'Ana Pedra (2023).

A pesquisa realizada teve como objetivo geral o apontamento de uma epistemologia acerca da mutação constitucional, que leve em consideração o caráter histórico da interpretação e a natureza dialética do embate entre a tradição e o novo.

Como objetivo específico, teve-se:

- a) a demonstração de que a mutação constitucional é um fenômeno hermenêutico e que, portanto, pode ser compreendido à luz da hermenêutica filosófica gadameriana.
- b) a identificação de critérios que permitam identificar quando o fenômeno da mutação constitucional é plausível perante a ordem constitucional vigente e o ordenamento como um todo, e quando ele não o é.

A relevância da pesquisa realizada está relacionada ao seu objetivo de definir quais são as condições de plausibilidade e quais os limites da mutação constitucional, o que representa uma salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, contra decisões judiciais arbitrárias e contra maiorias ocasionais. A permissão de que haja atribuição de sentido que divirja do significado originalmente atribuído a um texto, sem

que sejam definidas as condições de possibilidade ou de plausibilidade, constitui uma abertura para o arbítrio, o que é incompatível com um estado democrático de direito.

A pesquisa se justificou ainda pela relativa escassez de bibliografia que trata especificamente das condições de possibilidade (ou melhor, de plausibilidade) da mutação constitucional. A precompreensão é a de que a doutrina generalista tem, em grande parte das vezes, se restringido a reproduzir entendimentos fixados pelos tribunais, ao invés de tentar definir o que é o fenômeno da mutação constitucional.

Em um período em que tanto se tem abordado, dentro e fora da academia a problemática do ativismo judicial, é facilmente reconhecível a necessidade de que a teoria do direito, juntamente com a filosofia, busque definir conceitos com maior precisão, estabelecer limites de sentido e criar um espaço gnosiológico no qual seja possível tratar o fenômeno da mutação constitucional por aquilo que ele é, reconhecendo deste modo quando ele é e quando ele não é plausível de acontecer.

A pertinência da pesquisa com a área de concentração (Direito e Justiça), a linha de pesquisa (Estado, Razão e História) e área de estudo (Teorias da Justiça) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, nas quais ela está inserida, pode ser demonstrada da seguinte forma: A problemática em torno da mutação constitucional está diretamente vinculada à ideia de estado democrático de direito, pois o fenômeno só se apresenta como um problema por acarretar a mudança de sentido de uma norma constitucional sem a interveniência dos agentes investidos de poder político para legislar e sem a observância do rito rigoroso prescrito para a reforma constitucional.

A mutação constitucional é também um tema indissociável das teorias da justiça, uma vez que a salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, pressuposto da materialização de uma justiça substancial, é ameaçada quando não há critérios objetivos que possam atestar a pertinência da mudança de sentido de uma dada disposição constitucional. Trata-se, portanto, do uso dos fundamentos filosóficos da hermenêutica para a solução de um problema da prática jurídica, que se encontra relacionado a questões concernentes à teoria da justiça.

O trabalho foi dividido em duas partes, na primeira, que teve um caráter estruturante, foram abordados (I) os fundamentos da pesquisa; (II) as contribuições da doutrina acerca da mutação constitucional; (III) a hermenêutica filosófica gadameriana e os avanços que ela representou em relação às hermenêuticas antecedentes; e (IV) a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Na segunda parte, a mutação constitucional foi apresentada como fenômeno hermenêutico, ou seja, como devendo ser decorrente de atos de interpretação e não de atos de vontade, sendo relacionada com o conceito de fusão de horizontes. Em seguida, partindo dos fundamentos já apresentados, foram listadas aquelas que são as condições e possíveis limitadores da mutação constitucional, o que foi feito a partir da identificação de critérios de plausibilidade de sua ocorrência.

Não foi objetivo do trabalho catalogar e/ou analisar os casos concretos de alteração de sentido de normas constitucionais já apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, casos específicos foram trazidos à pesquisa com caráter meramente exemplificativo. Tal decisão é motivada pelo entendimento de que a ancoragem em uma abordagem empírica não é capaz de proporcionar uma compreensão ampla do fenômeno da mutação. Um recorte amostral não é capaz de fornecer critérios imunes à historicidade e à possibilidade de insurgência do novo. Ademais, optou-se por evitar tomar decisões judiciais como paradigma, dado o risco de aceitar como válida a proposta realista de que o direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é.

1. Jurisdição constitucional, justiça e democracia

Antes de abordar o tema central desta pesquisa, que é a possibilidade de ocorrência da mutação constitucional, é relevante que se abram os horizontes de compreensão sobre o contexto em que o debate proposto está acontecendo. Para tal, o que se pretende neste capítulo é abordar, ainda que de forma não tão aprofundada, três conceitos que têm sido usados no Brasil e no exterior para tratar de fenômenos que indicam a existência de uma crise da jurisdição constitucional e, por extensão, do próprio Constitucionalismo, são eles (I) constitucionalismo abusivo; (II) erosão constitucional; e (III) resiliência constitucional.

Os últimos anos no Brasil foram marcados por um aumento da exposição midiática do Supremo Tribunal Federal e de seus ministros (Arguelhes, 2023, p. 201-210), por um acirramento do debate sobre temas que constituem tabus ou desacordos jurídicos², pela intensificação de lutas por reconhecimento (Gomes, 2023; Silva; Bahia, 2023. p. 231-254) e também por contundentes e reiterados ataques à democracia, aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais e por um intenso desgaste da imagem do Tribunal e de seus ministros³.

Questões controversas como descriminalização do porte de drogas, descriminalização do aborto, possibilidade de prisão em segunda instância, marco temporal para demarcação de terras indígenas, dentre outros, estão ou estiveram na pauta do Supremo Tribunal Federal; e isso sem mencionar a atuação da corte no período em que perdurou a pandemia de Covid 19 (Fernandes, 2022, p. 48-60), que foi reconhecida como exitosa por uma parcela da população, ao mesmo tempo em foi duramente criticada por alguns grupos ideológicos.

Em meio a uma profunda crise institucional agravada pela crescente radicalização de setores políticos (Nunes; Trauman, 2023), o STF acabou ficando no centro dos holofotes, suas decisões passaram a ser acompanhadas com o mesmo ímpeto que se acompanha uma partida de futebol e os ministros passaram a ser

² Sobre o aspecto dos desacordos, é recomendável a obra de Jeremy Waldron, para quem o judiciário não é a instância mais adequada para a discussão de tais discordâncias, sua tese foi apresentada na obra *Law and Disagreement* (Waldron, 1999).

³ Desde dezembro de 2019, o Instituto Datafolha realiza pesquisa sobre a aprovação da atuação do Supremo Tribunal Federal pela população, na última pesquisa publicada, o índice de reprovação chegou a 38%, enquanto a aprovação caiu para 27%. (Padin, 2023).

duramente criticados não só por decisões equivocadas, mas também por decisões que estavam em conformidade com a constituição.

Esta situação culminou com os ataques às sedes dos três poderes em 8 de janeiro de 2023, data em que um grupo de pessoas alinhadas à extrema direita invadiu as sedes com o objetivo de alçar de volta ao poder o ex-presidente derrotado nas eleições de 2022. Um dos principais alvos no dia da intentona golpista foi o Supremo Tribunal Federal, o que só materializou ataques que já estavam presentes nos discursos da mesma ala política nos anos que antecederam a tentativa (Mendes, 2023, p. 242-244).

Foi neste contexto que a Constituição de 1988 completou 35 anos de vigência em 2023, marco que oportunizou novos debates sobre a eficácia dos direitos fundamentais por ela garantidos, sobre sua capacidade de se manter vigente mesmo em um contexto de tanta instabilidade e, principalmente, sobre sua capacidade de resistir aos ataques feitos a ela, seja pela via institucional ou por alguma forma de tentativa de ruptura (Fernandes, 2023).

Em razão dos sucessivos ataques à corte (*contempt of court*) (Streck, 2019), de um crescente movimento de *backlash* (Marmelstein, 2017, p. 149-162) e da constante presença do poder constituinte reformador, é necessário que todos estejam vigilantes, que a coerência das decisões seja diuturnamente buscada e, o mais importante, que haja uma preocupação com a fundamentação das decisões. É a partir da observação deste contexto que se pode extrair a justificação e constatar a relevância deste trabalho.

Tratar do modo como os sentidos das normas jurídicas são passíveis de variações no tempo é pertinente em qualquer momento histórico, uma vez que, como se pretende demonstrar adiante, mesmo em tempos de poucas ou lentas transformações sociais, a noção de que sentidos de hoje possam ser preservados ou a de que os sentidos de outrora possam ser resgatados não passa de uma ilusão. Essa abordagem passa a fazer ainda mais sentido quando ela trata de normas constitucionais em um tempo de intensas transformações e de perceptível instabilidade política e institucional.

Os três conceitos que serão abordados adiante estiveram durante este tempo (e ainda estão) presentes no debate acadêmico sobre a situação do constitucionalismo no Brasil atual, e foram importantes para a pesquisa realizada, uma vez que justificam o esforço dispendido na busca pela coerência e integridade do

Direito. Em breves linhas, se pretende demonstrar de que modo esses três temas se relacionam entre si, com o contexto sociopolítico mencionado nos parágrafos anteriores e o com tema deste trabalho, a mutação constitucional.

1.1 Constitucionalismo abusivo

No Brasil tem sido recorrente um discurso de que o país está caminhando para uma ditadura do judiciário, que se materializaria por meio do ativismo judicial e da extrapolação de competências. Para os que entoam este tipo de discurso, a jurisdição constitucional teria se convertido em um mecanismo de cercear liberdades individuais. Pertinentes ou não, tais acusações têm estado na pauta pública, e, se por um lado, parte delas advém de um descontentamento destas pessoas com decisões específicas da corte (inclusive com decisões corretas), por outro há um risco real a ser considerado.

Em várias partes do mundo tem acontecido um fenômeno que tem sido chamado de processo desconstituinte⁴, que ocorre quando o próprio direito é usado para flexibilização de garantias constitucionais. Para além do pânico disseminado nas redes e da hiperbolização de determinadas críticas, há de fato um processo desconstituinte, ou de crise constitucional, em curso que afeta principalmente os direitos sociais, conforme demonstraram Ernane Salles da Costa Junior e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira no texto *Tempo da Constituição e Ponte para o Futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social* (Costa Júnior; Oliveira, 2021, p. 197-236).

Este fenômeno por meio do qual a jurisdição constitucional é usada para impor retrocessos democráticos é o que tem sido chamado de *constitucionalismo abusivo*. David Landau (2020, p. 21) define este conceito como sendo o:

[...] uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) - emenda e substituição constitucionais. Ao me referir às manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia num espectro, reconhecendo que existem vários tipos de

⁴ Este conceito, no entanto, tem sido apontado como inadequado por Megali Neto *et al*, que preferem classificar o mesmo fenômeno como crise constitucional (Megali Neto *et al.*, 2023, p. 231-254).

regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o raio que vai do autoritarismo completo à democracia plena. Finalmente, ao me referir ao grau de democracia em um determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas, nos regimes discutidos aqui, o retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o recuo nas questões de direitos. (Landau, 2020, p. 17-71).

Neste conceito há pontos que precisam ser destacados, o primeiro está na referência à possibilidade de que a democracia seja “reduzida” a partir de mecanismos formais de reforma da constituição; o segundo está no reconhecimento de que existe uma ameaça antidemocrática relevante que atua no interior do próprio estado democrático de direito, e neste sentido Landau (2020, p.18) reforça a tese defendida por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 13-17) na obra *Como as democracias morrem*, a de que os golpes militares e outras rupturas flagrantes caíram em desuso, uma vez que a redução da democracia passou a ocorrer, como no caso de países como Hungria, Egito e Venezuela, a partir do interior de suas próprias instituições.

O objetivo deste trabalho não é investigar a ocorrência do constitucionalismo abusivo no Brasil; autores como Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho (2018, p. 79-97) já se ocuparam disso e apresentaram exemplos convincentes e preocupantes. Basta, por hora, que se considere a importância deste conceito em uma discussão sobre a possibilidade de mutação constitucional (entendida aqui como meio de alteração de disposições constitucionais à margem dos mecanismos formais de reforma), precisamente em um momento em que mesmo tais mecanismos, com todo o rigor que pressupõem, não têm sido suficientes para conter retrocessos democráticos.

1.2 Erosão constitucional

O constitucionalismo abusivo guarda uma relação muito próxima com o segundo conceito, a *erosão constitucional*. Se em uma ruptura política tradicional a Constituição era normalmente substituída por uma nova, como ocorreu em países como Brasil e Chile após golpes civis-militares, no contexto atual é provável que isso não fosse mais necessário. Uma constituição pode perder sua força normativa ou seus

sentidos podem ser substituídos a partir de pequenas transformações, realizadas de forma lenta e gradual, mas cujos efeitos podem ter grande relevância.

Ao tratar deste conceito, Emílio Peluso Neder Meyer explica:

Erosão constitucional significa uma situação prolongada no tempo, em que diferentes desafios à estrutura constitucional de um país ocorrem repetidamente, sem, por si mesmos, desestabilizar todo o sistema constitucional. Contudo, em uma análise individual, todos esses desafios enfraquecem um aspecto do projeto principal definido por uma constituição. A erosão constitucional não pode ser simplesmente comparada a uma única ruptura, pois isso seria equivalente a derrubar uma constituição – por exemplo, na situação de um golpe de estado militar. A erosão constitucional descreve circunstâncias nas quais um sistema é continuamente desafiado, prejudicando a possibilidade de a identidade constitucional permanecer a mesma⁵. (Meyer, 2021, p.8-9, tradução nossa)

Como se pode observar, o constitucionalismo abusivo e a erosão constitucional são fenômenos que se relacionam entre si, um tipo de relação que pode ser o de causa e efeito, a erosão pode ocorrer como consequência do constitucionalismo abusivo, mas, diferente deste, que decorre dos mecanismos formais de reforma da constituição, a erosão pode ocorrer por outros meios, como, por exemplo, a partir de decisões judiciais, em especial da suprema corte (Meyer, 2021, p. 126-128). A mutação constitucional pode, portanto, ser um elemento de erosão se for usada de forma arbitrária para substituir o sentido de uma norma ou fragilizar a sua eficácia.

A compreensão destes dois conceitos e dos fenômenos que buscam descrever o constitucionalismo abusivo e a erosão constitucional, torna delicada a tarefa de falar sobre a mutação constitucional a partir de um horizonte que não seja o da crítica da existência deste instituto. Todavia, o tema é mais complexo do que aparenta ser em uma primeira análise, pois trata-se do modo como os sentidos de uma determinada norma atravessa o tempo, de onde advém o questionamento levantado: podem as normas jurídica sofrerem variações de sentido no tempo? O terceiro conceito a ser

⁵ “Constitutional erosion means a prolonged situation in time where different challenges to the constitutional structure of a country repeatedly take place, without, by themselves, disrupting the whole constitutional system. Nonetheless, in individual analysis, all those challenges undermine one aspect of the Leading project defined by a constitution. Constitutional erosion cannot be simply compared to one single rupture, as that would be equivalent to bringing one constitution down – for instance, in the situation of a military coup d’état. Constitutional erosion describes circumstances in which a system is continuously defied, harming the possibility of constitutional identity remaining the same”.

tratado neste capítulo induz a crer que há momentos em que tal variação pode ser benéfica e coerente com o todo da constituição.

1.3 Resiliência constitucional

O terceiro conceito, a resiliência constitucional, ao contrário dos outros dois, não diz respeito à deterioração ou deturpação da constituição, mas à capacidade que algumas constituições têm de sobreviver a este tipo de ataque e se manterem vivas apesar de possíveis necessidades de adaptação. A questão que aqui se levanta é se é possível falar em resiliência sem prejuízo do conteúdo normativo e axiológico da constituição. Em outras palavras: pode a constituição se adaptar sem perder sua essência?

Esta discussão também não é tão simples quanto parece ser e por isso os fundamentos filosóficos que ainda serão apresentados são tão importantes. Antes de perguntar sobre o risco de perda de uma essência, é preciso indagar de que tipo de essência se está falando. Existiria de fato uma essência constitucional rígida o suficiente, capaz de ser mantida incólume no tempo? A hipótese é a de que não, a mudança é inevitável e o que se pode fazer é assumir o compromisso de que tais mudanças devam ser coerentes e, neste sentido, pode-se entender que a resiliência não necessariamente representa perda de sentido.

Tomando livremente emprestado um conceito da física, entenda-se por resiliência a propriedade que possuem alguns materiais de acumular energia, quando exigidos ou submetidos a estresse, sem que ocorra ruptura ou modificação permanente. Perduram no tempo, retornando ao ponto de equilíbrio. Não são rígidos no sentido da intolerância a certas pressões. Tampouco são flexíveis no sentido de sua modificação radical em razão de certas pressões. “Acomodam” estímulos e pressões, preservando sua função e sua identidade em diferentes ambientes (Vieira, 2013, p. 23).

Como se pode observar, trata-se de um conceito dúbio, se por um lado, ele pode dizer respeito à capacidade de o núcleo duro da Constituição, o dos direitos e garantias fundamentais, se manter preservado apesar das alterações sofridas em outras partes do texto, que é o que Oscar Vilhena Vieira explica nos seguintes termos:

Do ponto de vista da história política, a detalhista e ambiciosa Constituição brasileira se mostrou capaz de assimilar mudanças de

rumo determinadas por consensos políticos consistentes, sem perder sua identidade. Viabiliza a sua reforma para a adaptação a novas situações, mas impede que elementos básicos do pacto constitucional sejam abandonados. Essa resiliência textual contribuiu para garantir a estabilidade do pacto político conciliador e a paulatina realização das promessas constitucionais de longo prazo (Vieira, 2013, p. 23).

Por outro lado, a ideia de resiliência pode ser usada para justificar um processo de erosão que esteja em curso. Conforme o mencionado acima, a resiliência pode implicar em perda de sentido, e tendo uma constituição passado por um processo de erosão ela pode ainda ser vista como resiliente, adaptável, por quem de algum modo tenha gostado ou se beneficiado das mudanças daí advindas.

No entanto, é para o primeiro aspecto que Bernardo Gonçalves Fernandes e Misabel Derzi (2023, p. 231-254) chamam a atenção no texto *A Constituição como disputa*, no qual eles contestam a noção de que por ser resiliente a constituição teria se descaracterizado. Eles respondem a alguns dos argumentos recorrentes dos autores que sustentam esse ponto com a justificativa de que a Constituição já passou por um grande número de emendas e pela perda/flexibilização de seus sentidos. Contra isso, Guimarães e Derzi alertam:

Não temos dúvida de que o problema não reside na Constituição formal apenas, ou ainda na ausência de novas constituições a cada geração... pois a transformação da sociedade em comunidade leal ao direito é o caminho aberto pela Constituição. O caminho, então, seria o compromisso com a Constituição e seus sentidos em disputa, em luta contínua e persistente. As falhas e fissuras que existem indicam ao contrário da “morte” a necessidade de reforçar o compromisso e a fé na Constituição e com a Constituição. Portanto, os avanços e retrocessos, as idas e vindas, os momentos desconstituente (e possíveis erosões) devem ser enfrentados no âmbito da Constituição e não fora dela. Se dentro da Constituição temos os perigos do abuso (do Constitucionalismo do abuso), do medo (do Constitucionalismo do medo), do ataque (do Constitucionalismo do ataque), da austeridade (Constitucionalismo da austeridade), fora dela o que temos é escuridão [...]. (Fernandes; Derzi, 2023, p. 944)

Uma perspectiva que atravessa todos estes conceitos é a de que a temporalidade, ou historicidade, é um aspecto relevante para interpretação/aplicação do Direito, em especial para as normas da constituição. Por isso, faz muito sentido questionar qual tem sido e qual deve ser o papel da mutação constitucional em um contexto sociopolítico em que se tem debatido constitucionalismo abusivo, erosão constitucional e resiliência constitucional.

É este contexto que confere uma relevância ainda maior a esta pesquisa, uma vez que é de grande importância para a própria democracia que se discuta em quais condições se pode atribuir a uma norma um sentido diverso daquele que lhe foi historicamente atribuído. Trata-se ainda de uma questão de justiça, e este aspecto será abordado no próximo tópico, o último deste capítulo.

1.4 O risco da injustiça e a transformação como ameaça

Saindo de uma dimensão mais pragmática em direção ao campo da filosofia, é possível também pensar nos riscos que a mutação constitucional, como meio de alteração do sentido de uma norma à margem dos mecanismos formais de reforma, representa em face de uma teoria da justiça. E, para que possa pensar sobre este aspecto que é de grande relevância, propõe-se que se tome como referência a tese de Joaquim Carlos Salgado⁶, que reconhece que ideia de justiça predominante no mundo contemporâneo é a que assume o Direito como um *maximum* ético e que pressupõe a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Salgado (2017, p.8-9) busca na Roma antiga a gênese de um processo histórico que ajuda a explicar a ideia de justiça mencionada acima, a ideia de justiça predominante no mundo contemporâneo seria o ápice de tal processo. De acordo com ele, tal como no período do império romano, na contemporaneidade a noção de justo está associada à existência de direitos subjetivos dotados daquilo que ele chama de “categorias fundamentais do Direito”, que são a bilateralidade, a exigibilidade, a irresistibilidade e a universalidade (2017, p.79-85).

Para o autor, o ponto máximo a ser alcançado pelo Direito estaria na possibilidade de positivação/efetivação de direitos e garantias que estão em conformidade com a ética kantiana (2017, p.255-256), ou seja, que assumem o indivíduo como fim em si mesmo, nunca como meio, e como alguém que está

⁶ “A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o *maximum* ético, e a justiça como o desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas”. (Salgado, 2017, p.8).

submetido à mesma legislação e sujeito às mesmas formas de correção que qualquer um outro indivíduo.

Salgado (2012, p. 174) lembra ainda que para Kant a ética se diferencia do Direito na medida em que ela decorre de uma razão interna, que não leva em consideração o outro, tratando-se de um dever do indivíduo decorrente de uma máxima da ação que ele deu a si mesmo, enquanto o Direito sempre irá levar em consideração a existência do outro. O Direito, diferente da ética/moral, não exige uma conduta interna, ele apenas exige a conformidade com a lei em uma dimensão em que terceiros passam a ser afetados, e se dá se satisfeito pela simples conformidade com a conduta esperada, não exigindo um senso de dever como motivação (Salgado, 2012, p. 176).

Apesar da diferenciação entre os dois sistemas normativos, é possível afirmar que o Direito pode ser decorrente da ética em sentido amplo, ou que ele se encontra em conformidade com ela, afinal de contas, conforme argumenta Salgado, Direito e moral procedem de uma mesma raiz, a liberdade, que é o que lhes dá fundamento (Salgado, 2012, p.174).

Para Salgado (2017, p. 270) um dos pontos mais importantes dessa convergência entre Direito e moral se encontra na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, uma vez que ela traz de forma expressa o pressuposto que se encontra no epicentro da ética kantiana, o de que a dignidade é um atributo universal e inalienável. A dignidade deixa de ser um atributo restrito a algumas classes de pessoas (Sarmiento, 2019, p. 27-41), e passa a ser de todos, de qualquer pessoa, sem qualquer tipo de restrição.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* passa a ser uma base, um referencial, para tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e acaba influenciando também a elaboração de diversas constituições democráticas no pós-guerra, que traziam em si a declaração dos direitos fundamentais (Salgado, 2017, p. 17-18). Direitos humanos passam a ser positivados na forma de direitos fundamentais, adquirindo, deste modo, como já citamos, a bilateralidade, a exigibilidade, a irresistibilidade e a universalidade. É na busca pela efetivação de tais direitos que Salgado (2017, p. 17-18) irá reconhecer a expressão máxima da ideia de justiça no tempo atual, estando aí a noção do Direito como um *maximum* ético.

Não é necessário nenhum malabarismo intelectual para concluir que a mutação constitucional pode representar uma ameaça para esta ideia de justiça. Um caminho

alternativo para dissolver ou flexibilizar direitos e garantias (inclusive cláusulas pétreas) é, sem sombra de dúvidas, um potencial adversário do *maximum* ético, uma porta sempre aberta para injustiças.

Para além da mera formalidade de justificar a inclusão desta pesquisa em uma linha que trata precipuamente de teoria da justiça, mas não só dela (vide seu histórico), a compreensão que está posta neste tópico reforça a certeza de que não é possível pensar uma teoria de justiça, seja ela qual for, apartada de uma teoria da decisão judicial, e aqui se encontra não só a pertinência, mas pode se falar também em necessidade, dos estudos da hermenêutica associada aos demais temas em análise por esta comunidade de filósofos do Direito, tendo em vista o resguardo dos princípios da segurança jurídica (previsibilidade dos efeitos de direito), a certeza jurídica (inalterabilidade dos efeitos de Direito) (Salgado, 2017, p.115).

2. A mutação constitucional

2.1 As origens do conceito na doutrina constitucional da Alemanha

A ideia da mutação constitucional como um instituto por meio do qual o poder judiciário, por meio de um ato de vontade, decide sobre a alteração da forma com que uma determinada disposição constitucional deva ser interpretada, remonta à Alemanha do século XIX, em especial às obras de Paul Laband (1900) e Georg Jellinek (1991); tendo sido aprimorada já no século XX, durante a República de Weimar, por autores como Herman Heller (1998), Rudolf Smend (1985), Hsü Dau-Lin (1998) e Karl Loewenstein (1976).

No primeiro destes períodos, o do império alemão, toda a construção doutrinária leva em consideração a fase peculiar pelo qual a Alemanha passava, dada sua recente unificação que a colocava ainda às voltas com a diversidade dos ordenamentos que passavam a estar vigentes em um mesmo território e a existência de uma dicotomia entre a pretensão de regular a vontade do monarca através do Direito e a vontade de manter intactos os seus poderes administrativos, necessários em um momento que exigia um poder centralizador (Pedron; Silva, 2021, p.97-101).

Foi neste contexto que Paul Laband (1900, p.303-305) defendeu que a interpretação das normas realizada pelo poder judiciário deveria ser isenta de qualquer aspecto histórico, político ou filosófico, estando, portanto, livre de qualquer elemento axiológico; para ele a interpretação precisaria ter um caráter meramente lógico-gramatical, devendo, no entanto, ser balizada pela vontade do Estado, que era a expressão da vontade da sociedade. A vontade do Estado deveria, segundo a sua visão, ser entendida como sendo superior à própria ordem constitucional. É possível compreender, portanto, que, para ele, a interpretação teria que ser isenta dos valores do judiciário, mas não dos valores consubstanciados na vontade do Estado (Pedro; Silva, 2021, p.102).

Pedron e Silva (2021, p.104) listam aquelas que, para Laband (1900, p.314), são as hipóteses de alteração informal dos sentidos de uma norma constitucional:

- (1) regulação das leis do Império sobre os elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de modo colateral pela Constituição;
- (2) modificação dos elementos centrais do Estado por meio de leis do Império que contradizem o conteúdo da Constituição; e
- (3) pela

alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos Poderes Públicos.

Jellinek, como Pedron e Silva (2021, 107) observam, partirá de uma posição mais democrática que a de Laband, ele irá distinguir a mutação da reforma constitucional pelo aspecto da intenção. A reforma é feita com a intenção de mudar o sentido da norma, já a mutação ocorre em razão de uma mudança externa ao ordenamento. Além disso, a reforma resulta em mudança do texto, enquanto na mutação o texto permanecia intocado (Jellinek, 1991, p.7-11).

Jellinek não tratou de forma aprofundada das condições de possibilidade da mutação, para ele tal mudança pode ocorrer através do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais (Jellinek, 1991, p.23). Apesar de reconhecer que a mutação não decorre de um ato de vontade, ele, ao não estabelecer limites para ela, acaba a entregando ao juízo do tribunal que realiza o controle de constitucionalidade, o que permite concluir que o viés voluntarista permanece presente.

Já no segundo período, o da República de Weimar, a ideia de mutação constitucional ganha novas conotações. O comprometimento democrático não estava mais adstrito à noção de que a vontade da sociedade estava representada na figura de um único monarca, que se colocava acima da Constituição. Contudo, os desacordos relativos ao conceito de mutação constitucional permanecem sem uma solução e as respostas dadas para a questão relativa aos limites se mostram insatisfatórias.

Crítico das teses de Laband e Jellinek, Herman Heller, sob inspiração hegeliana, irá enxergar os sentidos da Constituição como um resultado da dialética existente entre a norma e a realidade. Para ele, as contradições que surgem do interior da própria Constituição não são produtos de alguma falha do constituinte, mas uma espécie de reflexo do momento histórico, que dialeticamente, acaba por fazer com que a Constituição e seus sentidos estejam direcionados para uma transição para o estado socialista (Pedro; Silva, 2021, p.120-125).

Com efeito, a mutação constitucional seria o resultado da dialética que surge a partir destas contradições, e seus limites seriam impostos por princípios, que “serviriam tanto como parâmetros interpretativos para os magistrados como pautas para os legisladores” (Pedro; Silva, 2021, p.123). Para Heller, o Direito não teria

lacunas, pois, diante dos casos concretos, a norma deveria ser ajustada pelos magistrados, de modo a refletir os argumentos éticos e políticos dos cidadãos. Pedron e Silva observam que, para Heller,

a mutação constitucional, portanto, irá servir para encobrir, como remédio mágico, as dificuldades surgidas justamente em razão do esgotamento do paradigma liberal do Estado e de Direito, diante do desenvolvimento de um novo paradigma, o estado social (Pedro; Silva, 2021, p.125).

Em Heller se percebe, portanto, que a mutação constitucional é o modo pelo qual o sentido da norma se conforma dialeticamente à realidade fática, sendo o meio através do qual o avanço social seria incorporado pelo Direito. Hoje, esse dispositivo já não parece tão democrático. Os argumentos éticos e políticos dos cidadãos (ou da maioria deles) podem não ser um indutor de avanços sociais, mas de retrocessos democráticos, como o que ocorreria na Alemanha com a chegada de Hitler ao poder.

Rudolf Smend (1985, p.191-203) defenderá uma teoria da Constituição fundamentada na ideia de *integração nacional*; para ele, a Constituição deveria ser capaz de manifestar em si os valores do espírito do povo, o que a permitiria ser um fator de integração e não de desestabilização da unidade nacional. Mas, para que isso fosse possível, ele defendeu que os sentidos constitucionais não podem ser estáticos, eles deveriam estar sempre abertos ao novo, à possibilidade de desenvolvimento futuro e à captura de valores que estivessem presentes no espírito coletivo.

Como Pedron e Silva observam, Smend enxergou a normatização dos direitos fundamentais como o elemento capaz de “converter o elemento humano do Estado em um verdadeiro ‘povo’, definindo o vínculo relacional deste com o Poder Público” (Pedron; Silva, 2021, p.128). Os autores consideram, por fim, que a interpretação constitucional proposta por Smend (Pedron; Silva, 2021, p.128) possuía um caráter mais político que jurídico. Sua ideia de mutação constitucional, como se pode notar, está sempre subordinada à uma proposta de integração dos valores percebido no espírito do povo e, tal como acontece com as teses de Heller, a ascensão do nazismo mostrou que essa proposta de deixar que o Direito mude conforme valores socialmente compartilhados pode não ser uma boa ideia, uma situação em que os direitos fundamentais, antes vistos, como elementos de integração, podem ser os primeiros a serem suprimidos com a aquiescência de grande parte da população.

O chinês Hsu Dau-Lin foi outro autor de grande expressão e que se dedicou ao tema enquanto esteve na Alemanha durante a República de Weimar; discípulo de Smend, ele buscou sistematizar tudo o que havia sido produzido de conhecimento sobre a mutação constitucional até então, e conclui que toda a discussão se dava em torno da contraposição entre a norma escrita e a situação real que ela busca regular, o que para ele era um problema dos estados modernos que tinham uma constituição formal e rígida (Dau-Lin, 1998, p.30).

Dau-Lin lista quatro motivos para a ocorrência da mutação constitucional: (I) mutação mediante política estatal que não viola formalmente a Constituição - tais políticas ignorariam algum artigo específico da Constituição ou contrariariam alguma prescrição, contudo, sem uma violação formal do texto ; (II) mutação mediante impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente – neste caso um direito constitucionalmente previsto pode deixar de ser válido em razão de seu desuso; (III) mutação mediante prática estatal contraditória com a Constituição – situação que pode ocorrer em razão de uma reforma na Constituição ou de uma alteração na legislação infraconstitucional; e (IV) mutação mediante interpretação da Constituição – que ocorreria quando, por meio da interpretação, o sentido original da norma, aquele pensado pelo legislador, fosse alterado (Dau-Lin, 1998, 32-40).

Para Dau-Lin, as mutações constitucionais não devem ser vistas como um problema, mas como figuras inerentes ao conceito de Constituição, dado que a própria Constituição, para ele, teria uma natureza dinâmica, que, conforme Pedron e Silva (2021, p.132), pode ser identificada em três aspectos: “sua permanente incompletude e a elasticidade de suas normas; a peculiaridade do Estado ser objeto de regulamentação jurídica; e a ausência de uma instância garantidora de sua existência”. As mutações seriam, deste modo, algo inevitável e não passíveis de serem questionadas dada a inexistência de uma instituição hierarquicamente superior capaz de controlar tais alterações.

Karl Loewenstein, outro jurista alemão que se debruçou sobre o tema das mutações constitucionais, também acreditava que a Constituição escrita, que para ele representava o ápice dos movimentos revolucionários norte-americano e francês (Loewenstein, 1952, p. 5-23), possuía um caráter dinâmico decorrente da constante reorganização das forças políticas na sociedade. A mutação era um processo natural de acomodação do direito constitucional à realidade, contudo, ele se deu conta do

perigo que tais mutações representavam, uma vez que elas podem levar à descaracterização da Constituição (Loewenstein, 1976, p. 165).

O limite para as mudanças de sentido, para Loewenstein, estava no propósito de manter preservado o sentimento constitucional, que ele concebia como um fenômeno psicológico-social ligado ao existencialismo político, uma consciência de comunidade socialmente compartilhada, capaz de integrar a todos, independentemente de suas diferenças, a uma mesma ordem comunitária obrigatória. O autor entendia, no entanto, que este sentimento de comunidade se encontrava ameaçado, o sentimento constitucional não era compartilhado por todos, e isso, para ele, conduziria a uma perda democrática (Loewenstein, 1976, p. 230-231).

Conforme já mencionado, a ascensão do nazismo ao poder na Alemanha oferecia um contraponto a grande parte das teses sobre a mutação constitucional produzidas até então. A experiência pela qual a Alemanha passou mostrou que era necessário que a Constituição não fosse um mero reflexo da vontade das majorias e ou do poder político dominante na ocasião. Com o fim da segunda grande guerra e com a queda do Terceiro Reich surge a preocupação em não deixar que as constituições estivessem tão vulneráveis a elementos estranhos ao Direito.

Já é neste contexto que Konrad Hesse irá defender a existência de uma *força normativa da Constituição*, que deveria se desenvolver a partir de uma ordem concreta de valores. Por isso, para ele o mais importante será preservar os valores contidos no texto constitucional e não o texto por si só em seu caráter meramente exegético. Diferentemente de Loewenstein, para quem o objetivo da Constituição era de propiciar uma unidade axiológica capaz de sustentar a unidade da comunidade, Hesse reconhece que o pluralismo de valores deve existir e que a primeira função da Constituição seria a de regulamentar e solucionar os conflitos decorrentes de tal pluralidade (Hesse, p. 4-5; 78-79).

A segunda função da Constituição seria a de definir a arquitetura do Estado, definindo seus órgãos, competências e procedimentos institucionais. Ainda neste sentido, a Constituição deveria representar um limitador ao poder político do Estado, sendo tais limites necessários para impedir que competências fossem extrapoladas e para manter uma harmonia entre órgãos que compõem o Estado (Hesse, 2019, p. 5).

Hesse dá um passo importante ao reconhecer que os valores constitucionais não são os valores fundamentados por um direito natural, mas por uma história interna do próprio Direito. As experiências históricas definem o que é o justo e a partir disso é

que se define a terceira função da constituição, que é a de materializar tais concepções de justiça na forma de direitos fundamentais (Hesse, 2019, p. 5).

Para Hesse, a própria Constituição deveria definir os procedimentos para o correto policiamento da aplicação de suas normas, em outras palavras, a Constituição deveria regulamentar uma forma especial de jurisdição, a jurisdição Constitucional. Para o autor, a jurisdição constitucional deveria ficar responsável por impedir que a Constituição ficasse cega às mudanças históricas, pressupondo que um congelamento de seus sentidos pode torná-la inócua com o passar do tempo. Por isso, tanto a reforma quanto a mutação constitucional seriam, para Hesse, formas legítimas de manter a constituição adaptável ao tempo histórico (Hesse, 2019, p. 8-9).

Mas, diferentemente de Jellinek e Laband, Hesse se preocupará com os limites da mutação constitucional (Pedro; Silva, 2021, p. 145). Para ele, tais limites estão no próprio texto da Constituição, ou melhor, nos valores que podem ser extraídos de tais textos. A mutação só seria legítima se estivesse em conformidade com tais valores. Aqui não é a força dos fatos que se impõe sobre a Constituição, mas a força normativa da própria Constituição que se mantém e que dá fundamento para mudanças que se fazem necessárias (Hesse, 2019, p.15).

Como se pode observar, na jurisprudência alemã, onde a mutação constitucional nasceu como categoria autônoma, predominou a princípio uma noção de que era um instituto (algo criado) ora para resguardar o poder de um monarca, ora para acompanhar as variações da opinião pública (vontade da comunidade), ora para proteger valores externos ou internos à própria Constituição.

Há, no entanto, um outro modo de compreensão da ideia de mutação constitucional, que passa a vê-la não como um instituto, mas como uma decorrência do fato de que os sentidos das normas, ao contrário do que teóricos como Schleiermacher e Dilthey⁷ supuseram, não podem ser congelados, estando sujeitos, portanto, à historicidade. Não se trata de uma escolha entre preservar um sentido originário ou adotar um novo, mas de entender que sentidos podem variar independentemente de um ato de vontade que imponha tal variação. Neste outro modo de se entender a mutação constitucional, ela deixa de ser vista como o resultado

⁷ A problemática acerca da possibilidade de sentidos fixos nas obras destes autores será tratada no Tópico 4.1 deste trabalho.

de um ato voluntarista e passa a ser reconhecida como o resultado de um ato de interpretação (o que será abordado no oitavo capítulo deste trabalho).

A pesquisa realizada não se ocupou da análise da mutação constitucional como instituto que se consubstancia por meio de um ato de vontade, o que deve ser repudiado como um ato arbitrário incompatível com as noções de separação dos poderes e de democracia representativa, afinal de contas, a vontade ou a moral particular de um juiz ou mesmo de um órgão colegiado de um tribunal não podem “corrigir” o direito. O que se buscou compreender foi a mutação constitucional como ato interpretativo, como um problema hermenêutico, portanto.

A possibilidade de que o sentido de uma determinada norma possa mudar no tempo, seja esta uma norma constitucional ou não, sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos, uma vez que, como se demonstrará adiante, os sentidos não estão dados, eles são atribuídos a cada nova interpretação e a noção de verdade, a que se pode recorrer, não diz respeito à uma preservação ou resgate do sentido originário, mas ao modo como aquele dado objeto da interpretação se apresenta ao seu intérprete a cada novo acontecer, tendo, por um lado, os seus sentidos limitados pela tradição, e, por outro, estando sujeito ao modo dialético como esses mesmos sentidos interagem com os sentidos próprios do intérprete.

Compreendida como algo inerente ao modo como se dá o entendimento, e, portanto, inerente à interpretação jurídica, a mudança de sentidos no tempo não é algo novo, uma criação do constitucionalismo alemão, ou uma tendência a ser evitada no constitucionalismo brasileiro. É um fenômeno que esteve desde sempre presente em qualquer prática interpretativa, e que exige que seja reconhecido como aquilo que é, que seja diferenciado daquilo que não é, para que a partir daí se possa pensar em critérios de plausibilidade, que permitam afastar as ameaças solipsistas e arbitrárias.

A abordagem do fenômeno da mutação constitucional tem se dado na doutrina brasileira na maior parte das vezes pela perspectiva chamada aqui de *institucional*, que assume a mutação constitucional como ato de vontade. Mas, para além do tipo de abordagem dominante na doutrina, há um rico debate sobre o tema de onde se pode extrair importantes contribuições para o que se pretende demonstrar neste estudo, e o estado da arte deste debate será abordado no tópico seguinte.

2.2 Para além dos manuais. O estado da arte do debate no Brasil

Não se espera esgotar neste tópico toda a riqueza e profundidade do debate acerca da mutação constitucional, mas analisá-lo a partir de três angulações distintas: (I) da conceituação do fenômeno; (II) do modo como se dá a alteração de sentido; e (III) da existência ou não de limitadores. O que se pretende fazer também não se confunde com um resgate histórico, uma vez que a abordagem estará centrada prioritariamente em autores contemporâneos, e o que se busca é saber quais são as respostas que estão sendo dadas para as questões inerentes a cada um dos três temas no Brasil atual pela doutrina e de que modo isso vem se chocando com os entendimentos do STF sobre a questão. A abordagem neste tópico será realizada exclusivamente pela revisão de literatura.

Já na primeira das três angulações, aquela que trata do conceito de mutação constitucional, é possível reconhecer que não existe um consenso doutrinário firmado sobre bases sólidas em relação ao tema, o que faz com que também não haja muita precisão sobre o que é e o que não é a mutação constitucional. O que frequentemente ocorre é que o conceito acaba sendo delimitado pelo que se aceita como motivação para a alteração de sentido ou pela existência ou não de limitadores.

Susana Sbrogio'Galia (2007, p. 13) define a mutação constitucional, na introdução de sua obra, como sendo um fenômeno “que consiste na alteração do alcance, sentido e significado das expressões insertas na Lei Maior, sem que o texto seja modificado”. Aqui se pode chamar a atenção para dois pontos: a autora inclui não apenas a mudança de sentido como o resultado da mutação, mas também a mudança de alcance (que determinados autores classificarão não como mutação, mas como interpretação extensiva) e a mudança de significado (semântico), sendo que o que provocaria tais mudanças é a existência de “expressões insertas”.

Já Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015, p.32) defende que a “a ideia de mutação constitucional é a de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permaneça intacto”. Nesta definição aparecem novamente as hipóteses de alteração de sentido e de alcance, porém, o autor pontua algo relevante, que se trata de uma alteração informal, reiterando ao final que o texto da norma permanece intacto.

Flávio Pansieri e Henrique Soares de Souza (2018, p.12) são mais concisos ao definirem a mutação constitucional como “mudanças constitucionais que ocorrem à margem dos mecanismos formais”. Trata-se de uma definição mais abrangente que

as primeiras, uma vez que ela não menciona as hipóteses de ocorrência ou qualquer tipo de critério. Um conceito mais abrangente pode ser adequado quando há ainda uma situação de desacordo ou imprecisão quanto ao significado do termo, os outros aspectos que tratam da legitimidade ou não da mutação podem ser discutidos em um segundo estágio doutrinário.

Flávio Quinaud Pedron e João Paulo Soares e Silva (2021, p.1) também trazem um conceito amplo: eles definem a mutação constitucional como “uma mudança de interpretação de uma norma da Constituição, que faz com que um mesmo texto permaneça intacto enquanto o seu sentido, o conteúdo normativo, passa por uma alteração”. Ao definir o conceito como uma “mudança de interpretação”, os autores salientam um aspecto que será de grande importância para este trabalho, o fato de que a mutação decorre de um ato de interpretação⁸, sendo, portanto, um problema hermenêutico.

Pedron e Silva (2021, p.258) concluem, no entanto, que a ideia de mutação constitucional acaba se confundindo com o conceito de *interpretação construtiva*, conforme o sentido que lhe é atribuído por Ronald Dworkin, e que, em razão disso, a mutação constitucional é dispensável como categoria doutrinária:

O conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o Direito pode cumprir suas próprias ambições. Aqui, ao invés de tratar os fatos como elementos externos e estranhos ao universo jurídico, Dworkin ensina que os fatos também são objetos de interpretação, e que as mudanças interpretativas da aplicação do direito aos moldes de um romance em cadeia, na verdade, não apresentam nada de novo (Pedron; Silva, 2021, p.258).

Para Adriano Sant’Ana Pedra (2023, p.107-108), a mutação constitucional “consiste na alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais por meio da interpretação ou das práticas constitucionais, sem tocar na letra constitucional”. Nesta definição estão novamente presentes possíveis

⁸ Anna Cândida da Cunha Ferraz, a primeira autora a publicar uma obra específica sobre mutação constitucional no Brasil em 1987, já havia reconhecido que a mutação constitucional ocorre a partir de um ato de interpretação (Ferraz, 1985, p.9) No entanto, a posição de Ferraz não é dominante, Uadi Lammêgo Bulos, por exemplo, defendeu mais tarde que a mutação constitucional pode decorrer de um ato de vontade, tendo como critério a consciência do juiz (Bulos, 1996, p.41-42).

resultados da mutação bem como possíveis motivadores. Para este autor, a mutação pode ocorrer tanto por meio de um ato de interpretação quanto como resultado das práticas constitucionais, o que parece constituir um tipo de ato não voluntarista e não racional.

O segundo e o terceiro ângulos de análise serão abordados juntamente dada sua indissociabilidade eles dizem respeito respectivamente ao tipo de motivação (ou de procedimento) que se aceita para legitimar a mutação constitucional, e aos seus limites. É possível separar as posições doutrinárias em dois grupos, um que aceita que a mutação constitucional só pode decorrer de um ato de interpretação e outro que assume a possibilidade de motivação diversa daquela decorrente da situação hermenêutica diante da qual intérprete e norma se encontram.

Sobre este aspecto, Sbrogio'Galia (2007, p. 98-100), na esteira de Dau-Lin, distingue a mutação constitucional em 4 tipos: (I) mutação da Constituição mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (II) mutação da Constituição mediante impossibilidade de exercício de certos direitos estatuidos constitucionalmente; (III) mutação da Constituição mediante prática estatal contraditória à Constituição, e (IV) mutação da Constituição mediante interpretação. Esta divisão, no entanto, parte do suposto de que há casos em que a aplicação de uma norma ocorre sem que seja necessária a interpretação. Sendo adotada a concepção segundo a qual não há aplicação sem interpretação, o caráter interpretativo pode facilmente ser identificado nas quatro situações mencionadas.

Acerca dos limites a serem impostos à mutação constitucional, Sbrogio'Galia defende que esses devem ser considerados quando a alteração de sentido afeta direitos fundamentais, caso em que, para a autora, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade nos moldes da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2024, p. 116-120). A autora finaliza concluindo que:

[...] em se cuidando de identificar um limite para as mutações que se pretendem constitucionais, há que se aceitar que nenhuma mutação constitucional poderá romper a barreira do núcleo essencial, sem que sobre ela recaia a pecha de inconstitucionalidade, visto que, inobstante não haja previsão expressa no texto da Lei Maior quanto à proteção do núcleo essencial, o art. 60, § 4º - IV, da CF/88 sinaliza contra as alterações no texto da Constituição tendentes a abolir direitos fundamentais, não se permitindo uma interpretação restritiva deste dispositivo de forma a aplicá-lo somente ao processo legislativo (Alexy, 2024, p. 169).

Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015, p.78), por sua vez, rejeita a ideia de que a mutação constitucional possa se confundir com um método de interpretação pois, para ele, uma metodologia pressupõe objetividade, e a mutação constitucional não possui critérios objetivos aplicáveis à sua condução, o que o autor explica da seguinte forma:

Neste sentido, não se deve levar adiante a possibilidade de uma mutação constitucional ser entendida como um método de interpretação do texto normativo. Partindo do pressuposto de que o método pode ser compreendido como um meio pelo qual se pode alcançar um dado conhecimento, entender a mutação constitucional como um método de interpretação do texto normativo é admitir que a inserção de elementos subjetivos do intérprete, e objetivos das mais diversas ordens, sejam instrumentos hábeis ao reconhecimento de uma situação preexistente e habitual de forma a considerá-la como uma realidade social vigente. A mutação constitucional não pode ser considerada como um método de interpretação do texto normativo, principalmente pela inexistência de critérios objetivos na sua condução. De igual forma, também não pode ser considerada como um método de interpretação judicial, uma vez que estamos cada vez mais habituados à prática por parte dos Juízes e Tribunais do chamado por muitos de “ativismo judicial” (Santos, 2015, p.78).

Nesta posição se sobressai a ideia de objetividade contra a qual Hans-Georg Gadamer (2015, p. 31) se insurgiu em sua obra *Verdade e método*; trata-se de uma noção de interpretação baseada ainda no pressuposto da possibilidade de separação metodológica entre sujeito e objeto e que nega a historicidade dos sentidos. Do que se aduz que a rejeição de Santos é à equiparação da mutação constitucional a uma hermenêutica objetivista, que não se confunde como a hermenêutica filosófica gadameriana⁹.

Na ausência da possibilidade de validar a mutação constitucional por meio de um ato de interpretação, Santos (2015) irá propor um outro tipo de procedimento. Para ele, a variação de sentidos das normas constitucionais se dão “mediante mudanças de hábitos que se tornam comuns, consolidando determinada prática” (Santos, 2015, p.89), em razão disso, o primeiro passo a ser dado para confirmar uma mutação constitucional é a realização de uma descrição objetiva da realidade que se deseja investigar, com o objetivo de afastar impressões vindas da intuição. A objetividade é

⁹ No Capítulo 5 deste trabalho será abordado o modo como a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer supera as concepções objetivistas dos métodos de interpretação propostos por autores que o antecederam.

alcançada por meio de uma constatação empírica da mudança da prática de que trata a alteração normativa (Santos, 2015, p. 90-91).

Pansieri e Souza (2018, p. 82-92) buscam um meio termo entre a posição extremada assumida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação n.4.335-5/AC¹⁰ e a crítica feita a tal posição pelos juristas Lenio Luiz Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Streck; Lima; Oliveira, 2007); para eles, a crítica é pertinente, mas deve ser lida com cautela, uma vez que se destina a uma posição extremada sobre a mutação constitucional e que, portanto, não deve ser assumida como um argumento definitivo contra variações mais moderadas do conceito. Acerca de tal posição, eles explicam:

As críticas feitas por Streck, Lima e Oliveira à teoria da mutação constitucional (ou ao modo com ela vem sendo compreendida ao instrumentalizada) tampouco excluem, necessariamente, o reconhecimento de que o sentido das normas constitucionais pode passar, pela via interpretativa, por alterações em razão das mudanças verificadas na realidade social. Os autores parecem, inclusive, admitir essa possibilidade (Pansieri; Souza, 2018, p. 85).

Entendimento que é complementado logo adiante nos seguintes termos:

[...] a ocorrência das mutações constitucionais deve ser atribuída não a uma manifestação do poder constituinte, mas à compreensão de que a incorporação da Constituição às condutas sociais depende, em grande medida, de uma interpretação atenta às condições fáticas e que seja capaz de refletir as mudanças destas. Isso não quer dizer que as transformações sociais podem levar a interpretação das normas constitucionais a desenvolver-se sem vinculação a quaisquer parâmetros prévios; estar-se-ia, com isso, conferindo à realidade uma força determinante sobre o elemento normativo (Pansieri; Souza, 2018, p. 89).

Dos excertos reproduzidos acima, se pode entender que Pansieri e Souza entendem que mudanças nas condições fáticas podem dar ensejo à mutação constitucional, contudo, eles fazem a ressalva de que isso deve ser realizado a partir

¹⁰ A Reclamação n.4.335-5/AC se tornou um exemplo paradigmático em razão dos votos dos Mins. Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que sustentaram a tese de que o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 havia sofrido mutação, segundo o entendimento deles a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não mais necessitaria de suspensão de eficácia da lei pelo Senado para poder ter efeito vinculante, a justificativa para a mudança foi a obsolescência do dispositivo e o não uso de tal competência pelo Senado, razões estas que foram duramente questionados pela doutrina. (Brasil, 2014).

de parâmetros previamente fixados, porém, eles não apontam quais são estes parâmetros. Importante ressaltar ainda que eles reconhecem a via interpretativa como sendo a adequada para a discussão de eventual mudança no sentido de alguma norma da constituição.

Pedron e Silva, conforme já mencionado, equiparam o fenômeno da mutação constitucional à chamada interpretação construtiva, e, segundo tal concepção:

A integridade exigirá que o magistrado identifique o princípio que melhor justifique sua decisão, além de fundamentar sua decisão coerentemente nos precedentes e no arranjo constitucional. O papel dos princípios, portanto, será o de afastar essa distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados”, pois não reduzirá o seu sentido a questões puramente semânticas, pois se ligam a uma questão de interpretação. Isso permite separar uma questão de referência de um texto normativo de questões de interpretação (Pedron; Silva, 2021, 238-239).

Para estes autores, a interpretação construtiva deve ser uma decorrência da teoria dworkiniana do Direito como integridade, que será melhor explicada no Tópico 7.1 deste trabalho. Por hora, cabe ressaltar que o proposto por estes autores em muito se assemelha a parte dos resultados obtidos por este trabalho, contudo, como será melhor detalhado no tópico seguinte, a tese da identificação entre os conceitos de interpretação construtiva e de mutação constitucional não parece ser adequada, ainda que se possa reconhecer que a mutação constitucional pode ser decorrente de uma interpretação construtiva.

Por fim, é válido citar também os pontos apresentados pelo atualmente Min. Do Supremo Luís Roberto Barroso em seu livro *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Para ele:

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade. Feita a digressão, retoma-se a linha de raciocínio. A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas

socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma (Barroso, 2018, p.91-92).

Barroso, nessa passagem, admite que a mutação deve ser vista como uma maneira de atualizar as normas constitucionais perante novos tempos e novas demandas, no entanto, não fica claro o que é considerado um novo tempo ou mesmo uma nova demanda. O processo de erosão descrito no capítulo anterior pode ser ele próprio o indicativo de um novo tempo? É possível flexibilizar direitos sob a justificativa de estar atualizando estes mesmos direitos a um tempo em que a flexibilização já tem avançado? Barroso responde a tais questionamentos ao apontar que o limite para a mutação constitucional está no que chama de “espírito da Constituição” e na preservação dos direitos fundamentais. Esta noção, todavia, não é a que tem sido dominante na corte que o ele próprio integra.

Julia Cristina de Souza Soares (2023, p. 128) realizou uma robusta pesquisa com o objetivo de mapear os sentidos que o Supremo Tribunal Federal atribuiu à expressão “mutação constitucional” em suas decisões no período de 01/04/2014 a 01/01/2020. Ela constatou que foram publicadas 57 decisões e 09 informativos com a menção à expressão. Ela ressalta que, das 57 decisões em que o termo foi mencionado, apenas em 12 discutiu-se sobre o cabimento da aplicação da figura ao caso. Na grande maioria, a menção foi feita de forma isolada e descompromissada. Em 24 das 47 menções não foi atribuído nenhum sentido normativo à expressão ou ela foi usada apenas para negar o cabimento da mutação ao caso concreto.

Em sua análise dos dados levantados, Soares constatou que na jurisprudência do STF existe:

(i) uma significativa utilização do conceito em julgados envolvendo normas de competência e matérias de direito eleitoral e político; (ii) uma utilização aleatória e sem compromisso técnico normativo da figura das mutações; e (iii) uma relevante vinculação das mutações constitucionais à seara da hermenêutica/interpretação (Soares, 2023, p. 131).

A autora considera que a constatação de que os casos observados são conduzidos na seara interpretativa como um elemento capaz de corroborar a já mencionada tese de Pedron e Silva, segundo a qual a mutação constitucional é dispensável como categoria, podendo ser substituída pela categoria da interpretação construtiva. Para ela, é a ausência de uma singularidade distintiva (Soares, 2023, p. 130) que reforça a ideia de dispensabilidade da mutação como categoria autônoma; ocorre, no entanto, que ainda que não haja um procedimento específico, a mutação de norma constitucional trata de matéria específica, com maior sensibilidade e maiores riscos de relativização. A falta de um tratamento próprio específico a ser dado pelo Supremo deve ser visto como uma carência a ser sanada e não como justificativa.

Fica evidente que não há um consenso sobre o que é a mutação constitucional no Brasil, nem na doutrina, nem na suprema corte. Por isso, é preciso propor um conceito amplo que seja capaz de abarcar toda a gama de significados já atribuídos à expressão. Parece que o conceito proposto por Flávio Pansieri e Henrique Soares, de que mutações constitucionais são “mudanças constitucionais que ocorrem à margem dos mecanismos formais” atende a este propósito, com a ressalva de que a expressão “à margem” não significa aqui algo necessariamente negativo.

O problema em adotar um conceito tão amplo parece estar na relativização da ideia de mutação, todavia, essa relativização pode ser evitada com o entendimento de que há alterações de sentido de normas constitucionais realizadas à margem dos mecanismos formais de reforma que são legítimas e outras que não o são. O que aqui se propõe é que a legitimidade ou não-legitimidade não esteja no conceito em si, uma vez que ele não dá conta de esgotar a complexidade do tema, mas sim naquilo que aqui será chamado de critérios de condição de plausibilidade, o que será abordado no Capítulo 9 deste trabalho.

2.3 Mutação constitucional, interpretação construtiva e *constitutional moment*: clarificando conceitos

Neste tópico, se pretende mostrar que o conceito de mutação constitucional, apesar de relacionado, não se confunde com os conceitos de interpretação construtiva e de *constitutional moment*. O que se espera aqui é poder demonstrar que, ao contrário do defendido por Pedron e Silva (2021, p.251), ainda faz sentido trabalhar a

mutação constitucional como uma categoria autônoma, diversa das outras duas. O conceito de interpretação construtiva remete à obra de Dworkin, em especial à sua metáfora do romance em cadeia, já o conceito de *constitutional moment* foi abordado por Bruce Ackerman (1991, p.3-33).

A ideia de interpretação construtiva está relacionada à elasticidade dos sentidos de uma determinada norma, podendo ou não ser uma norma constitucional (Pedron; Silva, 2021, p.221-222). Esta elasticidade é o que permite que na aplicação sentidos não imaginados pelo legislador possam ser evocados, sejam ampliadas as hipóteses de incidência de uma dada regra, ou estabeleça-se um novo paradigma interpretativo a partir de um dado conceito.

Conforme o que será demonstrado adiante, a interpretação construtiva pode fornecer as bases para se verificar a legitimidade de uma alteração de sentido de uma norma constitucional, mas, não se deve confundir um procedimento, ou modo de compreensão, com o seu resultado. Pensar em interpretação construtiva permite indagar sobre as condições em que se dá a compreensão de uma dada norma, ou mesmo se esta compreensão está respeitando os princípios da coerência e da integridade (Guest, 2010, p.51-52). Já a categoria da mutação constitucional trata da incidência do resultado, a alteração de sentido, sobre normas específicas, que possuem alcance, modo de aplicação, sensibilidade e proteção contra a reforma diferenciados de uma norma infraconstitucional.

Em outras palavras, é a especificidade do tema que exige que a mutação constitucional tenha uma abordagem doutrinária distinta, mais ampla, que a abordagem de um dado modo de compreensão que pode lhe atribuir legitimidade. Ademais, a interpretação construtiva não é o único modo de compreender o sentido de uma norma, que pode resultar em alteração do sentido historicamente atribuído. A elasticidade não é o único modo pelo qual sentidos podem variar. A mutação pode ocorrer também pela restrição ou mesmo supressão do significado de um dado conceito, ou ainda pela revisão no todo ou em parte do conhecimento sobre um tema específico, o que transcende os limites do próprio Direito.

A título ilustrativo, pode se pensar no conceito de racismo. Atualmente, muito se tem debatido sobre a natureza do racismo como fenômeno social e há correntes que defendem que tal conduta está diretamente relacionada a questões de poder, um poder historicamente construído e que transcende o âmbito individual (Iotti, 2022). Segundo tal concepção, no Brasil, um país ainda marcado pela herança do período

de escravidão, seria um equívoco considerar como crime de racismo uma ofensa de conteúdo racial proferida por uma pessoa preta contra uma pessoa branca, uma vez que a pessoa negra não detém, na dinâmica social, o poder necessário para causar o tipo de dano passível de ser considerado como racismo (Iotti, 2022). Se esta concepção se torna dominante e amplamente aceita, dados os resultados apresentados em pesquisas sobre o tema, a leitura das normas constitucionais que tratam do tema deve ser alterada e não parece que isso possa ser enquadrado como um caso de interpretação construtiva.

Já o conceito de *constitutional moment* remete à ideia de que o Direito deve acompanhar as mudanças de valores ocorridas na prática que ele intenta regular (Ackerman, 1991, p.3-33). Para Ackerman, o conjunto de valores predominantes em uma dada época, que pode ser comparado ao que Rudolf Smend (1985) chamou de *espírito do povo*, pode justificar a alteração de sentido de normas constitucionais. Este fenômeno, todavia, não é contínuo, ele ocorre em períodos específicos, os *constitutional moments*, nos quais as pessoas se envolvem de forma efetiva em uma reconstrução do sentido da Constituição (Ackerman, 1991, p.3-33).

Aqui novamente se pode identificar uma confusão, mas desta vez é entre um contexto que pode dar ensejo à mutação constitucional e a alteração de sentido como resultado. Se pode aplicar também aqui a mesma justificativa para a diferenciação entre interpretação construtiva e mutação constitucional: o motivo não pode ser confundido com o resultado.

Por fim, cabe ressaltar que o conceito de mutação constitucional aqui adotado foi aquele proposto por Pansieri e Souza, por ser o mais amplo e, ao mesmo tempo, o mais objetivo. Para estes autores, vale lembrar, as mutações constitucionais são “as mudanças constitucionais que ocorrem à margem dos mecanismos formais”. Resumindo, pode-se entender a relação entre os três conceitos aqui abordados do seguinte modo: a interpretação construtiva é um modo de compreensão/interpretação capaz de conferir legitimidade à mutação constitucional, enquanto o que Ackerman chama de *constitutional moment* é o contexto fático capaz de justificar a ocorrência de uma alteração de sentido de uma dada norma constitucional.

3. A possibilidade de variações de sentido no tempo

3.1 O autor não é o proprietário dos sentidos de sua própria obra

A possibilidade de congelar sentidos no tempo é um tema ainda controverso entre os autores do campo da hermenêutica, e trata-se de um aspecto de grande relevância para a abordagem que se encontra em andamento, além de ser um tema recorrente nos debates sobre metodologias de interpretação no Direito, na literatura e em outros ramos das humanidades. Na hermenêutica jurídica, ele aparece atrelado à proposta de reconstruir a vontade/intenção do legislador como autor da norma em cada novo ato interpretativo. Para demonstrar que há uma percepção intuitiva que tende a ser facilmente aceita, mas que, conforme Gadamer demonstrou, não é a correta, nos parágrafos seguintes recorrer-se-á a duas histórias reais que podem ilustrar aquilo que se pretende discutir.

Ambos os exemplos tratam de interpretações de obras de natureza artística, músicas nos dois casos. Pode parecer um despropósito tratar de interpretações de obras de arte em um trabalho sobre questões de natureza jurídica/filosófica, mas não é. Gadamer defendeu que a interpretação nas ciências do espírito, incluindo no Direito, em muito se assemelha ao modo de compreensão advindo da teoria estética e Dworkin defende o mesmo em relação à interpretação jurídica em sua obra *Uma questão de princípio*; as posições de ambos os autores sobre este tema serão abordadas adiante, por hora, o que se propõe é que sejam analisados os dois casos, que serão resumidos nos parágrafos que se seguem.

Na segunda metade do ano de 2023, logo após a divulgação dos cadernos de questões e gabaritos do Exame Nacional do Ensino Médio, uma polêmica se instaurou: uma das questões tratava da interpretação de alguns versos de duas músicas compostas por Caetano Veloso: *Alegria Alegria*, lançada em 1968, e *Anjos Tronchos*, de 2021. A questão e suas alternativas foram formuladas do seguinte modo:

QUESTÃO 18

TEXTO I

Alegria, alegria

O sol nas bancas de revista

Me enche de alegria e preguiça

Quem lê tanta notícia

Eu vou
 Por entre fotos e nomes
 Os olhos cheios de cores
 O peito cheio de amores vão
 Eu vou
 Por que não, por que não?
 VELOSO, C. Alegria, alegria. Rio de Janeiro: Polygram, 1990
 (fragmento).

TEXTO II

Anjos tronchos
 Uns anjos tronchos do Vale do Silício
 Desses que vivem no escuro em plena luz
 Disseram vai ser virtuoso no vício
 Das telas dos azuis mais do que azuis
 Agora a minha história é um denso algoritmo
 Que vende venda a vendedores reais
 Neurônios meus ganharam novo outro ritmo
 E mais, e mais, e mais, e mais, e mais
 VELOSO, C. Meu coco. Rio de Janeiro: Sony, 2021 (fragmento).

Embora oriundas de momentos históricos diferentes, essas letras de canção têm em comum a

- A)** referência às cores como elemento de crítica a hábitos contemporâneos.
- B)** percepção da profusão de informações gerada pela tecnologia.
- C)** contraposição entre os vícios e as virtudes da vida moderna.
- D)** busca constante pela liberdade de expressão individual.
- E)** crítica à finalidade comercial das notícias (INEP, 2023).

A polêmica se deu sobre qual seria a resposta correta. Até que a esposa do músico, Paula Lavigne, teve uma ideia aparentemente brilhante: para pôr fim à polêmica, por que não perguntar a aquele que detém a interpretação tida como a mais correta sobre a obra, o seu próprio autor? Questionado, Caetano Veloso (G1, 2023) após uma primeira leitura da questão e de suas alternativas afirmou que todas as respostas estavam corretas, depois de uma nova análise descartou as alternativas “A”, “C” e “E”, e afirmou que corretas eram provavelmente a “B” e a “D”, situação que tornaria a questão inválida, devendo ela, conforme as regras do certame, ser anulada.

O gabarito oficial trouxe como única alternativa verdadeira a opção “B”. Muitos recursos certamente foram abertos tendo como base a interpretação dada pelo próprio autor. Porém, aqui surge alguns problemas: os sentidos imaginados pelo Caetano Veloso quando ele compôs a letra ainda estariam preservados? Será que ele se lembra do que sentia e de tudo o que pensou no dia, ou nos dias, que dedicou a estas composições? Eventos posteriores ao lançamento podem ter mudado o sentido da letra? E, quanto aos eventos anteriores que não eram conhecidos pelo Caetano, eles

também podem ter influenciado na interpretação? E, o mais importante, os sentidos possíveis são atribuídos pelo autor ou são construídos coletivamente no tempo?

Antes de tratar de cada uma destas questões, será interessante contar/recordar o segundo caso, este envolvendo Sixto Rodriguez (1942-2023)¹¹, um músico que na década de 1960 juntou alguns amigos e gravou um disco em um estúdio precário no subúrbio da cidade de Detroit, nos Estados Unidos. Sem obter sucesso e reconhecimento, Rodriguez deixou de lado a carreira musical, e passou algumas décadas se dedicando a atividade que lhe deu sustento, a de trabalhador de construção civil e demolição.

De uma forma que não se sabe explicar, aquele disco gravado no subúrbio de Detroit chegou à África do Sul, e, por um motivo igualmente desconhecido, cópias foram feitas e estima-se que, mesmo censurado, ele chegou a vender mais 500 mil cópias. As canções de amor compostas por Rodriguez, que tratavam de coração partido, esperança e da idealização da pessoa amada, acabariam se tornando hinos da luta contra o apartheid no país africano.

Durante décadas, inúmeras histórias foram criadas sobre a origem e destino do autor daquelas canções, alguns diziam que era um revolucionário, outros que era um mártir. Diversas versões foram criadas também sobre a sua morte. Já no final da década de 1990, um jornalista, intrigado com a falta de informações sobre o autor das músicas, deu início a uma longa e demorada investigação que contaria aos fãs na África do Sul quem era e como estava o autor das músicas e a Rodriguez do sucesso enorme que ele ainda fazia naquele país. Em 1998, Rodriguez viajou até a África, lotou um estádio em sua primeira apresentação, tendo feito um total de seis shows, todos com ingressos esgotados.

Neste caso, quem seria o detentor da interpretação correta sobre cada uma das canções? Sixto Rodriguez? O desconhecido que levou o disco para a África do Sul? Ou a primeira pessoa que associou uma das canções aos atos contra o regime de apartheid? Aqui parece que a situação fica mais clara, não parece absurda a afirmação de que Rodriguez não é o detentor da interpretação correta sobre a sua própria obra. Parece mais pertinente que se reconheça que não há um intérprete autêntico, mas que os sentidos vão sendo acumulados no tempo, como uma

¹¹ A história de Sixto Rodriguez foi contada no documentário *Procurando Sugar Man* (*Searching for Sugar Man*), filme que ganhou Oscar e o BAFTA na categoria de Melhor Documentário. (*Procurando Sugar Man*, 2012).

construção coletiva, que tem o autor como parte, mas não como proprietário dos sentidos.

Intuitivamente, a ideia de que a interpretação do autor é a que detém a verdade parece fazer mais sentido. Parece mais simples delegar a uma única pessoa, ou, no caso do Direito, a uma legislatura, o poder de dizer qual sentido é o correto. Na ausência deste autor ou na impossibilidade de o inquirir sobre sua intenção, parte-se para o psicologismo, para perguntas como “o que o autor ou o legislador teria pensado?”.

O recurso à vontade/intenção do autor, contudo, após uma análise mais detida, passa a não fazer tanto sentido, como ficou demonstrado na história de Sixto Rodriguez. Voltando às perguntas anteriormente propostas, já se pode pensar que os sentidos não podem ser congelados no tempo. A interpretação de uma obra sempre ocorre no seio de uma dada tradição, que escapa ao controle absoluto do autor, e permite que sentidos alheios à sua vontade sejam assentados no tempo.

O problema concernente à vontade/intenção do autor, que foi apresentado de forma simplista por meio destes dois exemplos, tem sido um dos aspectos de maior relevância no pensamento hermenêutico ao longo dos séculos. Nos capítulos seguintes, será abordada a forma com que hermeneutas lidaram com ele no tempo, e, para tal, optou-se aqui por dividir a abordagem entre os pré-gadamerianos e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, o que se justifica pelo que este autor apresenta de novo em relação à tradição que o antecede no aspecto que diz respeito à possibilidade de congelar sentidos no tempo e à valoração da vontade/intenção do autor, como paradigma de interpretação. Mas, antes disso, é necessário desfazer um outro espantalho, o de que o intérprete é o dono do sentido em uma situação hermenêutica.

3.2 Os sentidos não são o que o intérprete quer que eles sejam

Em oposição à ideia de que o autor é o proprietário dos sentidos de sua obra, pode ser apresentada uma outra noção, a de que não é possível estabelecer critérios objetivos de verdade que sejam capazes de atestar quando uma interpretação está correta e quando não está, e, sendo de tal modo, cada um faria a sua própria

interpretação, cada um atribuiria o sentido que considerasse mais conveniente ou adequado.

Para melhor ilustrar, é possível retomar os exemplos apresentados no tópico anterior. No primeiro caso, o da questão sobre a interpretação correta das músicas do Caetano Veloso, alguém que acredita não ser possível falar em interpretações verdadeiras e falsas diria que o tema não pode ser objeto de uma prova que se proponha objetiva. Algumas pessoas podem considerar que apenas uma das alternativas é correta, que não necessariamente é a apontada pelo gabarito oficial, outros podem considerar, junto com o Caetano, que há mais de uma alternativa correta e podem ter aqueles que consideram que todas estão erradas.

Nesta situação, pode-se entregar ao relativismo de afirmar que certo é aquilo que cada um achar que é, ou apontar um intérprete capaz de dar a palavra final, de apontar pela força da autoridade em si investida, qual é a resposta correta, poder-se-ia dizer nestas circunstâncias, por exemplo, que a resposta certa é aquela que o ente público que organizou o certame diz que é.

No caso das canções do músico Sixto Rodriguez, cuja origem permaneceu obscura durante décadas na África do Sul, seria mais difícil apontar um “intérprete autêntico”, este pode ser, por exemplo, o próprio regime político que manteve o apartheid naquele país. Se este regime afirmasse, por exemplo, que as canções seriam incitação ao crime, ninguém pode afirmar o contrário, se este regime fosse considerado ou tivesse se imposto como o intérprete com poder de apontar a interpretação correta.

Provavelmente seria difícil convencer uma pessoa que prestou o Exame Nacional do Ensino Médio em 2023 que, não havendo critérios objetivos, a resposta correta é aquela que a banca organizadora diz que é. Certamente soaria autoritária a solução de apontar um dado regime político, seja qual for, como aquele capaz de apontar uma interpretação correta e isso acontece porque essa ideia, para ser posta em prática, precisaria eliminar a possibilidade de erro deste ente. Não havendo critérios objetivos e tendo o ente a última palavra, haveria um império da vontade e essa vontade nunca poderia ser contraposta, porque ela está, já de antemão, sempre correta.

Tanto a proposta de tomar como paradigma a intenção do autor, abordada no tópico anterior, quanto a noção de que não são possíveis critérios objetivos na interpretação, tratada neste tópico, estão presentes em correntes da Teoria do Direito,

evidentemente que em elaborações mais complexas que a dos exemplos aqui tratados. O recurso à intenção do autor como referencial está presente, por exemplo, no pensamento de Joseph Raz¹² (1939-2022) (2009, p. 265-298), enquanto a ideia de que na ausência de critérios um intérprete autêntico aponta qual a interpretação correta está presente tanto na tese que Hans Kelsen apresenta no capítulo VIII de sua obra *Teoria Pura do Direito* (Kelsen, 2009, p. 390-395)¹³, quanto na tese realista de que o Direito é o que os tribunais dizem que ele é (Streck, 2017, p. 246).

Nos capítulos que se seguem será demonstrado de que modo tais teses influenciaram o pensamento hermenêutica de Schleiermacher a Gadamer e que modo este último propôs um modo de acontecer da interpretação que não está ancorado na busca pela intenção do autor, nem tão pouco se rende ao relativismo de supor que não existe verdade na interpretação.

¹² Joseph Raz apresenta a sua tese da Intenção Autoritativa no texto *Intention in Interpretation*, no qual ele apresenta argumentos contrários ao reconstrutivismo e defende ainda que existe uma intenção institucional, capaz de englobar as intenções de uma coletividade de autores, como é o caso de uma casa legislativa.

¹³ No capítulo VIII de sua obra *Teoria Pura do Direito*, intitulado *A interpretação*, Hans Kelsen defende a tese de que a norma jurídica constitui uma moldura, dentro da qual caberiam algumas interpretações possíveis, contudo, ele reconhece que, diante de determinados casos, cujo critério de classificação ele não apresenta, o juiz estaria autorizado a decidir fora da moldura, o que na prática significa dizer que, não havendo critério de erro, o direito será aquilo que o juiz afirmar.

4. A possibilidade de verdade na hermenêutica pré-gadameriana

Tendo em vista o problema da pesquisa, foi feita a opção pela abordagem da diferença essencial entre a hermenêutica pré-gadameriana e a hermenêutica filosófica de Gadamer, a partir de três aspectos específicos: (I) a possibilidade ou não de reconstituir a vontade do autor; (II) a possibilidade ou não de se falar em uma historicidade dos sentidos atribuíveis na compreensão; e (III) a natureza atribuível à precompreensão (assim chamada a impressão primeira que o intérprete tem ao se colocar diante do objeto a ser compreendido).

Estes três aspectos estão interligados: o entendimento acerca do primeiro determina o tipo de resposta a ser dada ao segundo, enquanto este é afetado ainda pela compreensão que se tem do terceiro e, de igual modo, o entendimento sobre o terceiro depende da forma como o segundo é compreendido. Para demonstrar a forma com que Gadamer transforma o entendimento acerca destes três aspectos, serão apresentadas antes as concepções de dois autores que o antecederam e que chegaram a influenciar algumas de suas abordagens: Schleiermacher e Dilthey, o que será feito no tópico seguinte.

4.1 As teses reconstrutivistas presentes nas obras de Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey

O termo “hermenêutica” (*hermeneutikós*) com uma acepção próxima da que possui hoje aparece pela primeira vez na antiguidade, na Grécia do período clássico. Ele faz referência à interpretação com uma técnica, como metodologia para a revelação da essência de algo (Palmer, 2018, p. 27-29)¹⁴. Vem desta fase uma das possíveis origens etimológicas do termo, a que está relacionada ao deus Hermes, cuja função na mitologia grega podia ser entendida como a de um intérprete dos deuses, cabia a ele receber as mensagens do Olimpo e transmiti-las aos mortais.

¹⁴ Richard E. Palmer explica que “as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por ‘interpretar’, e no substantivo *hermeneia*, ‘interpretação’”, a estas duas palavras estão associadas três orientações significativas básicas que, para ele, servem para esclarecer a natureza da interpretação e ainda como uma introdução válida para a hermenêutica moderna. Estas três orientações seriam “1) exprimir em voz alta, ou seja, ‘dizer’; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de língua estrangeira. (Palmer, 2018, p. 27-29)

A hermenêutica foi durante muito tempo apenas uma subdisciplina da filologia, sua função era resolver questões relacionadas à autenticidade de textos considerados essenciais para o mundo cristão, cuja origem imprecisa e a autoria atribuída a copistas anônimos punham em questionamento a procedência. O esforço era, portanto, o de revelar o verdadeiro significado do documento e se ele passava ou não no escrutínio da autenticidade em face de outros em relação aos quais ele se encontrava em contradição (Bauman, 2022, p.7).

Zygmunt Bauman (2022, p.8) lembra que foi apenas no século XVI, em um contexto posterior à reforma protestante, que a hermenêutica deixa de ser um ramo da filologia, saindo, deste modo, da obscuridade para ocupar uma posição de centralidade no debate acadêmico:

Sua importância repentina se deveu à disputa entre católicos e protestantes a respeito do texto autêntico da Bíblia e àquilo que era considerado basicamente o mesmo problema, ou seja, o verdadeiro significado da sua mensagem. A urgência prática da questão, que tinha adquirido muito mais que uma relevância técnica, fez com que a hermenêutica passasse a ocupar um lugar fundamental nas humanidades (Bauman, 2022, p.8).

Já no século XVIII, os objetivos buscados pela hermenêutica começam lentamente a mudar, se antes a investigação se encerrava no texto em si, neste período começa a existir uma maior preocupação com o que existia para além do texto, o que levou a investigações sobre as intenções de seus autores. Sob a influência de Immanuel Kant (1724-1804), que alçou o indivíduo à condição de sujeito de todo o processo cognitivo, e de suas teses sobre a cogenialidade, que revelaram a existência de um artista por trás de cada obra de arte, foram lançadas as bases para o movimento filosófico, artístico e cultural chamado de Romantismo Alemão. Bauman lembra que:

Foi o Romantismo que descobriu que a obra de arte (como a criação humana em geral) era, acima de tudo, um sistema dotado de propósito. O texto, a pintura e a escultura passaram a ser vistos como a encarnação de ideias que, embora representantes no resultado, não se esgotavam nele. Somente na experiência do artista é que elas estavam em plena consonância, e, se fosse possível descobri-las, era ali que isso poderia ocorrer. Subitamente, a obra de arte pareceu menos importante como reflexo da realidade “lá de fora” do que um reflexo de uma intenção do autor, de seus pensamentos e emoções. Ficou evidente que o significado genuíno do texto não podia ser encontrado por meio da análise imanente. Era preciso ir além do texto. Para que seu verdadeiro significado não lhe escapasse, o leitor

deveria examinar as profundezas impenetráveis da experiência espiritual do autor (Bauman, 2022, p.10-11)

É neste contexto que vem à lume a obra de um dos mais importantes hermeneutas da modernidade, o filósofo e teólogo alemão Friedrich Schleiermacher (1768-1834). A hermenêutica moderna deve muito aos seus esforços. O propósito de sua obra foi descrito por ele mesmo como uma tentativa de criar uma hermenêutica geral, que, constituísse uma técnica capaz de estabelecer critérios válidos tanto para a interpretação dos clássicos da literatura (filologia), quanto para a análise de textos bíblicos e jurídicos; a esta proposta ele chamou de hermenêutica universal (Schmidt, 2014, p.25). O método proposto por ele podia ser dividido em duas partes, a primeira baseada na exegese do texto (cujos critérios seriam muito elogiados por Gadamer (2015, p.256)¹⁵) e a segunda baseada na investigação da vontade do autor; a primeira parte ele classificou como técnica e a segunda como psicológica.

Em sua interpretação técnica, Schleiermacher defende que o esforço interpretativo constitui um trabalho infundável de passar do menos determinado para o mais determinado (Schleiermacher, 2005, p. 123-124), o que pode ser explicado do seguinte modo: O sentido de uma palavra só será conhecido quando se tiver acesso ao contexto no qual ela é usada, o de uma frase, por exemplo. Porém, o sentido da frase será melhor revelado quando se tiver contato com o todo da obra. A obra será melhor compreendida na medida em que se tem um maior conhecimento do todo que constitui a linguagem compartilhada.

Trata-se de um trabalho infundável porque é um movimento que nunca termina, o todo sempre tenderá ao infinito. Contudo, a compreensão da frase já torna melhor a compressão da palavra isolada, do mesmo modo que a compreensão do texto em sua integridade torna melhor a compreensão da frase. É possível notar que há aqui um movimento circular, que vai da parte para o todo e do todo de volta para a parte. Este movimento é o chamado círculo hermenêutico (Schmidt, 2014, p.30-32), um conceito/ideia que não nasce com Schleiermacher, mas ganha nova vida com ele, sendo revisitado por Dilthey (2010a, p. 261-262) e no século XX por Heidegger (2012, p. 421-433) e depois por Gadamer (2015, p. 354-361).

¹⁵ Acerca da interpretação gramatical de Schleiermacher, Gadamer avalia: “elas são primorosas para o papel que a totalidade prévia da linguagem desempenha para o autor – e com isso também para o seu intérprete –, assim como para o significado do todo de uma literatura para cada obra individual” (Gadamer, 2015, p.256).

A compreensão precisa ter um ponto de partida, é necessário entrar no círculo a partir de um determinado ponto e isso constitui um problema, visto que não é possível adentrar a circularidade sem fazer pressuposições, ou, para usar o termo caro à obra gadameriana, sem que se abrace uma precompreensão. Schleiermacher (2005, p. 118-119), no entanto, nega a existência deste problema: para ele basta que comece por uma leitura superficial, que concederá uma visão do todo, esta primeira leitura dá uma compreensão provisória, que seria refinada na continuidade do movimento.

A interpretação psicológica vem após a interpretação técnica e a complementa. Ela é para Gadamer (2015, p. 256) o ponto em que Schleiermacher de fato inova, onde se encontra a sua contribuição mais genuína. Nela está manifesta a influência da teoria estética kantiana e do pressuposto advindo do romantismo de que há um propósito passível de ser identificado subjacente em toda criação humana. O fundamento filosófico de tal pressuposto se encontra na ideia de cogencialidade presente na terceira crítica de Kant (2016a, p.205-215), segundo a qual “à genialidade da criação corresponde uma genialidade da compreensão” (2016a, p.100), o que possibilita que pessoas diferentes, em épocas distintas, se ambas dotadas da mesma genialidade, possam realizar um mesmo percurso criativo se expostas às mesmas condições.

É a pressuposição da existência da cogencialidade que permite a Schleiermacher apontar como tarefa da hermenêutica “compreender o discurso, primeiramente tão bem e, depois, melhor do que o seu autor” (Schleiermacher, 2005, p. 115). Tal objetivo produz ecos, como já mencionado, até os tempos atuais na filosofia do Direito e na hermenêutica jurídica, e estava presente também na obra daquele que pode ser apontado como o principal sucessor de Schleiermacher: Wilhelm Dilthey (1833-1911).

Dilthey, também filósofo e teólogo, foi um dedicado estudioso da obra de Schleiermacher e tendo-a como um de seus pontos de partida, trouxe novas e importantes contribuições para o campo da hermenêutica (Schmidt, 2014, p.53-54). Tal como antecessor, ele enxerga a hermenêutica como uma técnica e defende que ela deva ser o método adequado para as *ciências do espírito* (ou ciências humanas, na terminologia contemporânea) (Palmer, 2018, p.137-142). Tal defesa era justificada pela noção de que toda atividade humana, e deste modo todo objeto das ciências do espírito, deve ser compreendido através de uma reconstrução do contexto social e do

psicológico do autor (no caso de documentos históricos) ou dos agentes envolvidos, no caso dos fatos históricos e sociais, para ele são estes contextos que tornam possível a existência dos objetos a serem analisados pelas ciências do espírito. Acerca disso, o próprio Dilthey acrescenta:

A hermenêutica é aqui possível porque tem lugar uma ligação entre povo e Estado, crente e igreja, vida científica e universidade, de acordo com a qual um espírito comum e uma forma de vida una encontram uma conexão estrutural, na qual eles se expressam. Portanto, há aqui uma relação das partes com o todo, na qual as partes obtêm significação do todo e o todo, sentido das partes; e essas categorias da interpretação possuem o seu correlato na conexão estrutural da organização, uma conexão segundo a qual essa organização realiza teleologicamente uma meta (Dilthey, 2010a, p.266).

A pretensão de Dilthey era a de propor um método capaz de conferir à história o status de ciência (Dilthey, 2010b, p.14-25). A busca pelo rigor metodológico o levou a propor, cem anos após a publicação da *Crítica da Razão Pura* de Kant, o que ele chamou de uma Crítica da Razão Histórica (Dilthey, 2010a, p.167-168); Jean Grondin destaca que Dilthey “se propõe a fundar as ciências do entendimento sobre categorias que lhes sejam próprias (lógica), sobre uma teoria do conhecimento (epistemologia) e sobre uma teoria do método específica” (Grondin, 2012, p. 32).

Se em Schleiermacher o pressuposto filosófico era a cogencialidade defendida por Kant, em Dilthey este fundamento se encontra da ideia de experiência vivida (ou “experiência de vida”, a depender da tradução), que ele explica do seguinte modo:

A apreensão objetiva transcorre no tempo. Assim, reproduções da memória já estão contidas nela. Na medida em que o vivenciado se amplia constantemente com o avanço do tempo e se retrai para um ponto cada vez mais distante, surge a lembrança do próprio transcurso da vida. Do mesmo modo, as lembranças de seus estados e as imagens existenciais das diversas situações forma-se a partir da compreensão. E, mais especificamente, em todas essas lembranças, a circunstancialidade está sempre ligada com o seu meio ambiente por estados de coisas exteriores, acontecimentos e pessoas. A partir da generalização daquilo que assim se reúne, forma-se a experiência de vida do indivíduo (Dilthey, 2010a, p. 91).

Tais unidades seriam capazes de formar um léxico próprio, dotado de lógica, e capaz de ser interpretado e compreendido por qualquer pessoa, permitindo que haja

um compartilhamento da experiência, o que faz com que se passe do ponto de vista individual para o ponto de vista geral:

O ponto de vista individual, que se prende à experiência pessoal de vida, retifica e se amplia na experiência geral de vida [...]. Em relação à experiência pessoal de vida, a segurança dessa experiência geral de vida é relativamente maior, já que os pontos de vista individuais nela se equiparam mutualmente quando cresce o número de casos que se encontram na base das induções. No entanto, nessa experiência geral se faz valer ainda muito mais intensamente do que na experiência de vida individual a incontrolabilidade do surgimento de seu saber sobre a vida (Dilthey, 2010a, p. 91-92).

A experiência de vida seria, deste modo, a unidade capaz de constituir uma linguagem compartilhada capaz de tornar a história inteligível em seus próprios termos. Em uma análise pouco aprofundada, pode parecer que há nesta concepção algo similar à função que a linguagem exerce na hermenêutica filosófica de Gadamer, contudo, não é bem deste modo, há o elemento psicológico, que ainda insurge da busca pela compreensão da experiência do outro, que adentra aqui como uma substituta da ideia de propósito já presente em Schleiermacher.

Para Dilthey (2002), citado por Schmidt (2014, p.71), “a reexperiência chega ao seu ápice quando um evento foi processado pela consciência de um poeta, artista ou historiador, e está diante de nós numa obra fixa e permanente”. Schmidt explica nos seguintes termos este pensamento de Dilthey:

O historiador não pode realmente experimentar o passado, mas precisa, interpretativamente, compreender os documentos escritos, os fatos históricos, as motivações dos atores principais, e assim por diante, para apresentá-los de forma que, quando lermos seu relato, sejamos capazes de reexperimentar o evento e seu significado como o historiador pretende (Schmidt, 2014, p.71).

Como se pode observar, em Dilthey, a interpretação correta recorre ainda ao psicologismo, sendo aquela capaz de reconstruir de algum modo um estado de consciência anterior, o que mostra que a reconstrução é algo presente tanto na filosofia de Schleiermacher quanto na de Dilthey, ambos partem do pressuposto de que a interpretação correta é aquela capaz de remontar o contexto de criação da obra, seja através da redescoberta da vontade do autor ou da investigação do contexto externo e interno (psicológico) que tornou a obra possível.

Como será demonstrado mais adiante, este mesmo reconstrutivismo ainda se encontra presente no debate jurídico contemporâneo, através das tentativas de se reconstituir a vontade do legislador como critério de correção das interpretações jurídicas.

As teses reconstrutivistas estão sustentadas também pela ideia de que é possível ao intérprete se desprender de si mesmo e de seu lugar no mundo para analisar um objeto com o mesmo olhar que o autor ou uma pessoa ideal olhariam para ele. Esta possibilidade será firmemente contraposta pela filosofia heideggeriana e pelo seu esforço de libertar o ser dos pressupostos impossíveis de serem verificados, que foram herdados da metafísica clássica.

Do pressuposto de que é possível reconstruir as condições de criação de uma obra, Dilthey irá defender a tese de que é possível se falar em sentidos fixos, não sujeitos à historicidade, como se fosse possível congelar no tempo uma determinada interpretação, que passaria a estar disponível a qualquer um intérprete dotado da genialidade suficiente para percorrer o mesmo caminho criativo que tornou possível a produção da obra original.

Deste modo, para a concepção reconstrutivista, a hermenêutica seria uma técnica para alcançar os sentidos verdadeiros. E, apesar dos esforços de Dilthey para elaborar uma metodologia para as ciências do espírito que não estivesse calcada na metodologia das ciências da natureza, ele não consegue se desprender da metafísica clássica, conforme aponta Heidegger (2012, p. 1089-1091), não dando conta de que não é possível conceber a história categoricamente sem conceber uma unidade entre o ôntico e o histórico, uma vez que “a pergunta pela historicidade é uma pergunta ontológica pela constituição-de-ser-do-ente” (Heidegger, 2012, p. 1089), ou, em outras palavras, não há como se falar em uma crítica da razão histórica sem propor um modo de ser que seja histórico e que traga em si uma essência capaz de tornar possível a categorização.

Na obra de Dilthey, os objetos e a própria interpretação ainda possuem uma essência possível de ser alcançada pelo intelecto, o que seria capaz de constituir a “obra fixa e permanente” de que ele fala (Schmidt, 2014, p.71), o que será contraposto adiante não por uma descrença no intelecto e na razão, mas pela compreensão de que os sentidos não são imóveis, mas sujeitos à própria historicidade. Em um novo paradigma, o tempo, que tanto em Schleiermacher quanto em Dilthey representa um

mero obstáculo a ser transportado, passa a ser não um problema, mas parte constitutiva da compreensão.

A compreensão de que os sentidos não podem ser congelados no tempo é o ponto que interessa prioritariamente a esta pesquisa, o fenômeno da mutação constitucional se torna possível a partir deste entendimento. Os sentidos de normas jurídicas também não podem ser congelados e diante disso surge o problema, como se falar em verdade quando os sentidos não são fixos e quando se entende que, além da historicidade, a compreensão está sujeita também à faticidade.

4.2 A ontologia hermenêutica no primeiro Heidegger

Martin Heidegger (1889-1976) começou seus estudos no campo da teologia, mas acabou migrando para a filosofia e para a matemática; seu pensamento teve grande importância para os rumos que a hermenêutica tomou no século XX. Apesar de ter tido uma conduta pessoal deplorável (ele foi filiado e grande entusiasta do partido nazista)¹⁶, sua obra é incontornável e sua influência se estende para diversos campos da filosofia, do existencialismo¹⁷ aos estudos sobre a inteligência artificial¹⁸.

Um conceito apresentado em sua obra máxima, *Ser e Tempo*, é fundamental para que se possa compreender a virada que seu pensamento representa em relação às hermenêuticas de Schleiermacher e Dilthey, trata-se do conceito de *Dasein* (Heidegger, 2012, p. 139-143), que pode ser traduzido “ser-aí”, ou como “ser-no-mundo”. Trata-se de um modo existencial, uma maneira de estar no mundo, e este é o modo característico do ser humano experimentar a sua existência.

A ideia de *Dasein* pressupõe um indivíduo circunstancialmente situado no tempo e lançado a um mundo, do qual não consegue se desprender, e o resultado disso é que ele não pode assumir um ponto arquimediano de onde possa contemplar

¹⁶ Sobre as questões que envolvem a adesão de Heidegger ao nazismo, recomenda-se o texto *A escolha de Heidegger*, de Christian Delacampagne, publicado em sua obra *História da filosofia no século XX*. (Delacampagne, 1997, p. 143-163).

¹⁷ David R. Cerbone inclui Heidegger dentre os existencialistas, a despeito de sua obra máxima, *Ser e Tempo* ter aparecido 20 anos antes do termo existencialismo ter sido proposto por Gabriel Marcel. (Cerbone, 2014, p.134).

¹⁸ Hubert Dreyfus (1929-2017) foi um dos responsáveis por introduzir o pensamento de Heidegger nos Estados Unidos, sua exegese de *Ser e Tempo* é considerada um modelo, suas contribuições no campo de estudos da Inteligência Artificial deve muito ao pensamento heideggeriano, sobre este tema é recomendada a leitura da obra *O que os computadores continuam não conseguindo fazer: uma crítica da razão artificial* (Dreyfus, 1992).

objetos da compreensão sem ser afetado e influenciado por eles. Esta condição representa uma ruptura com um paradigma que surge na metafísica clássica e atravessa a filosofia da consciência, o de que é possível a um indivíduo cognoscente se separar metodologicamente dos objetos cognoscíveis¹⁹. A esta condição de estar no mundo em um tempo específico, Heidegger chamou de *facticidade* (Schmidt, 2014, p.81-83).

Não há, portanto, uma essência imutável a ser alcançada, pois esta essência não existe nem apartada em um mundo das ideias, tão pouco pode ser racionalmente alcançada pelo sujeito em sua própria consciência. O que há é apenas o modo com que as coisas se apresentam no mundo, em outras palavras, o que existe é apenas o fenômeno. Aqui se percebe a nítida influência da fenomenologia de Edmund Husserl (1859-1938), contudo, Heidegger se distancia de suas teses ao considerar que é possível se falar em uma ontologia da faticidade.

Heidegger recorrerá ao conceito de ôntico para diferenciar do que é ontológico:

A concepção ôntica do mundo é a totalidade dos seres objetivamente presentes no mundo, ou seja, o conjunto de todas as coisas. A concepção ontológica normal significa os modos de ser de todas aquelas coisas presentes na concepção ôntica, ou seja, todas as formas que as coisas são no mundo (Schmidt, 2014, p.71)

Em substituição à noção clássica de essência, Heidegger irá propor que se pense em um ser-do-ente, que, em outras palavras, é aquilo que subsiste, o que permanece no tempo e que se encontra, em um primeiro contato com a coisa, encoberto. O compreender em Heidegger não tem o mesmo caráter de intelecção que possuía na tradição filosófica anterior, mas sim o de um projeto não necessariamente

¹⁹ No prefácio à segunda edição de *Verdade e Método*, Gadamer, ao explicar que a obra trata de um modo de compreensão diverso do comumente aplicado às ciências modernas da natureza, recorre ao conceito de Dasein para explicar uma das questões filosóficas de que trata a obra: “Falando kantianamente, ela pergunta como é possível a compreensão? Essa é uma questão que precede a todo comportamento compreensivo da subjetividade e também ao comportamento metodológico das ciências da compreensão, a suas normas e regras. A analítica temporal da existência (Dasein) humana, desenvolvida por Heidegger, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um dentre modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito de “hermenêutica” foi empregado, aqui, nesse sentido, ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. O fato de o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto universal; reside na natureza da própria coisa (Gadamer, 2015, p.16).

consciente, por meio do qual o indivíduo busca se livrar dos embaraços do mundo. Este modo de compreensão se dá pelo desvelamento (*Auslegung*), um trazer à visão aquilo que antes estava encoberto (Grondin, 2012, p.47).

A concepção de hermenêutica que está presente na primeira fase do pensamento de Heidegger, que ele chamou de uma “hermenêutica da faticidade” (Schmidt, 2014, p.81), diz respeito a este desvelamento, ela se aproxima da proposta de Dilthey de interpretar e compreender não apenas textos, mas as experiências vividas. Em Heidegger, dada a condição do *Dasein*, a situação hermenêutica não está centrada em um objeto, mas na própria existência. Para interagir com o mundo, o *Dasein* precisa compreender a si mesmo e ao mundo, e essa compreensão tem natureza interpretativa. Acerca disso, o próprio Heidegger explica:

A fenomenologia do *Dasein* é uma *hermenêutica* na significação originária da palavra, que designa a tarefa de interpretação. Agora, na medida em que pela descoberta do sentido-do-ser e das estruturas-fundamentais do *Dasein* em geral se põe à mostra o horizonte para toda outra pesquisa ontológica do ente não-conforme ao *Dasein*, essa hermenêutica se torna ao mesmo tempo “Hermenêutica”, no sentido da elaboração das condições da possibilidade de toda investigação ontológica. E, finalmente, na medida em que o *Dasein* tem procedência ontológica em relação a todo ente – como ente sendo na possibilidade da existência, a hermenêutica, como interpretação do ser do *Dasein*, recebe um terceiro sentido específico – o qual, filosoficamente entendido, é o sentido *primário* – o sentido de uma analítica da existencialidade da existência. Nessa hermenêutica, pois, na medida em que elabora ontologicamente a historicidade do *Dasein* como a condição ôntica da possibilidade do conhecimento-histórico, ela tem suas raízes no que se pode denominar “hermenêutica” em sentido derivado, isto é: a metodologia das ciências de conhecimento-histórico do espírito. (Heidegger, 2012, p.127)

O acontecer da compreensão, que nem sempre é consciente, se dá através da antecipação de sentido, ao se deparar com uma coisa no mundo o indivíduo já a compreende, inserindo-a dentre de um dado contexto, ocorre que este sentido antecipado pode ser autêntico ou inautêntico. Sentidos se confirmam quando o indivíduo permite que a coisa se lhe apresente como ela é, ou seja, quando ele se permite ir além das pressuposições que já traz consigo (Heidegger, 2012, p.427).

Heidegger falará em estruturas prévias da compreensão, que são aquilo que permite que sentidos sejam antecipados, estas estruturas são compostas pela própria experiência de estar no mundo. Se uma pessoa que não sabe o que é tigre se deparar

com um, ela conseguira ter uma ideia do que é aquele animal com base na semelhança dele com outros animais parecidos. Isso pode produzir equívocos, uma pessoa que não sabe o que é golfinho, pode olhar para um e acreditar que se trata de um peixe. Contudo, a partir do momento que a coisa se mostra como ela é, a estrutura da compreensão é ampliada.

Se o indivíduo conhece gatos e onças ele terá uma maior probabilidade de entender quais as características da família *Felidae*, e, se ele conhece a família *Felidae*, ele terá maior probabilidade de entender o que é um tigre. É possível perceber que aqui há a mesma circularidade da qual Schleiermacher tratou em sua obra, é novamente o círculo hermenêutico que pressupõe um modo de compreensão que vai da parte para todo e do todo novamente para a parte. Como se trata de uma condição existencial, a circularidade aqui não pode ser evitada e não há um modo de sair do círculo, pois este sair deve pressupor um sair da própria existência:

Querer sair deste círculo seria, aos olhos de Heidegger, manter a esperança de chegar a um entendimento que deixaria de brotar da existência. Mas não só nada disso existe, como manter uma ilusão dessas seria passar completamente ao largo do que é o entender, saber uma busca de inteligibilidade que é sempre movida pelas expectativas da experiência, preocupada consigo mesma. (Grondin, 2012, p.47)

Ainda acerca do círculo hermenêutico, Heidegger faz as seguintes considerações:

O decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto. Este círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existenciária *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico, se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o ter-prévio, o ver-prévio e o conceber-prévio lhe sejam dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas. (Heidegger, 2012, p.433)

Este entrar de maneira conveniente, como se pode notar, não é outra coisa senão um entrar com a consciência de que sentidos são antecipados, que isso é inevitável, e que tais sentidos prévios são condição de possibilidade da própria compreensão (Heidegger, 2012, p.431). Esta noção, que também representa uma

ruptura em relação às hermenêuticas de Schleiermacher e Dilthey, terá grande importância para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica de Gadamer, em especial sobre a forma com que tradição e os sentidos legados por ela são compreendidos.

5. A Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer²⁰

Neste capítulo serão abordados, em linhas gerais, alguns dos pontos do pensamento de Hans-Georg Gadamer (1900-2002) que são relevantes para o tema aqui tratado. E a melhor forma de introduzir o seu pensamento é partindo dos problemas que ele enfrenta em sua principal obra, *Verdade e Método*, lançada originalmente em 1960, tal proposta encontra embasamento na tese defendida por Mário Ariel Gonzalez Porta (2014, p.30), a de que a maneira mais adequada para se compreender a obra de um determinado filósofo é partindo dos problemas que ele se propõe a resolver.

A compreensão do problema enfrentado por Gadamer permite, em primeiro lugar, que a solução proposta por ele seja analisada em face de soluções propostas por outros autores, e possibilita, ainda, que problemas similares possam ser enfrentados tendo como paradigma a solução proposta. Identificar o problema enfrentado evita a ocorrência de equívocos, como, por exemplo, o erro comum de buscar em Gadamer uma teoria da decisão ou algum tipo de método para a solução de casos complexos no Direito (Souza, 2023).

Gadamer apresenta o problema que pretende enfrentar já no primeiro parágrafo da introdução de *Verdade e Método*:

A presente investigação situa-se no âmbito do problema hermenêutico. O fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido não são apenas um problema específico da teoria dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Desde os tempos mais antigos, sempre houve uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tanto teórico-científico, mas correspondia e servia muito mais ao procedimento prático do juiz ou do sacerdote instruídos pela ciência. Por isso, desde sua origem histórica, o problema da hermenêutica ultrapassa os limites que lhe são impostos pelo conceito metodológico da ciência moderna. Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno não é, de forma alguma, um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Tampouco se interessa primeiramente em construir um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora também aqui

²⁰ Partes do conteúdo deste Capítulo foram publicadas como artigo no livro em homenagem aos 20 anos de docência do orientador Professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, obra ainda a ser lançada (Silva, 2014, p.111-138).

se trate de conhecimento e de verdade. Ao se compreender a tradição não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem discernimentos e se reconhecem verdades. Mas que conhecimento é esse? Que verdade é essa? (Gadamer, 2015, p.29)

Neste parágrafo, ele insere a sua proposta dentro de uma determinada tradição de pensamento, a hermenêutica, e em seguida explica o seu ponto de partida, que é a compreensão de que a interpretação de textos, que constitui antes de tudo um saber prático, se encontra para além dos limites metodológicos da ciência moderna. Ele, no entanto, ressalta que mesmo na interpretação de textos o que está em jogo, tal como na ciência, é conhecimento e verdade. Ele então finaliza o parágrafo apresentando duas questões que constituem o problema que ele se propõe a resolver. O objetivo de *Verdade e Método* é, como se pode ver, o de apresentar um tipo de conhecimento e um tipo de verdade diversos daqueles buscados pelas ciências da natureza²¹.

É este modo outro de verdade que interessa a este trabalho, pois é a partir dele que se espera resolver os problemas desta pesquisa, que é o de compreender as mudanças das normas jurídicas no tempo e o de encontrar critérios de plausibilidade para o fenômeno da mutação constitucional²². No prefácio à 2ª edição da mesma obra, Gadamer esclarece um ponto de grande importância, afirmando que seu objetivo não é o de criar uma doutrina do como compreender, tão pouco criar algum tipo de método para a interpretação, ele explica que “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que acontece [na interpretação] além do nosso querer e fazer” (Gadamer, 2015, p.14). Eis o ponto fulcral: o que acontece além do querer e

²¹ Tal propósito já havia sido apresentado por Gadamer na conferência *Problemas epistemológicos das ciências humanas*, feita em francês no Instituto Superior de Filosofia da Universidade de Louvain em 1958, dois anos antes da publicação de *Verdade e Método*, onde ele sustenta que: “percebemos as ciências humanas como um modo autônomo de saber, se reconhecemos a impossibilidade de submetê-las ao ideal de conhecimento próprio às ciências da natureza (o que implica considerar absurdo tratá-las segundo o ideal de semelhança mais perfeita possível com os métodos e graus de certeza das ciências da natureza), então é a própria filosofia que está em questão, na totalidade de suas pretensões. É igualmente inútil, nessas condições, limitar a elucidação da natureza das ciências humanas a uma pura questão de método. Não se trata, em absoluto, de definir um método específico, mas sim de fazer justiça a uma ideia inteiramente diferente de conhecimento e de verdade. Desse modo, a filosofia, que se impõe tal exigência, possui outras pretensões que não aquelas motivadas pelo conceito de verdade encontrado nas ciências da natureza”. (Gadamer, 1998, p.20-21).

²² A possibilidade de se falar em critérios de plausibilidade para decisões não arbitrárias, com fundamento na hermenêutica filosófica já havia sido discutida pelo autor no artigo *Limitações à interpretação/aplicação do Direito: a fusão de horizontes teorizada por Hans-Georg Gadamer como condição para atribuições de sentido não arbitrárias*. (Silva, 2023, v. 1, p. 69-82).

fazer quando se interpreta uma norma jurídica? Esse acontecer pode explicar a variação de sentido no tempo? O tipo de verdade que decorre deste acontecer pode oferecer critérios de plausibilidade para atribuições de sentido destoantes das interpretações antecedentes?

As hermenêuticas de Schleiermacher e Dilthey, conforme o já abordado, dam um tipo específico de resposta: variações de sentido não são possíveis, porque o sentido a ser perseguido pelo intérprete deve ser sempre aquele cunhado pelo autor da obra, no caso do Direito, aquele atribuído pelo legislador, diria o primeiro; ou porque o sentido que se forma a partir da união das experiências de vida também revela uma obra fixa e permanente, diria o segundo. Contudo, Heidegger demonstrou que não há essências rígidas a serem perseguidas, sentidos não podem ser congelados, pois há um ineditismo em cada acontecer, que é o que ele chamou de faticidade.

Gadamer (2015, p. 29 e seg.) se propôs a percorrer um caminho diverso do percorrido por Dilthey e Schleiermacher. Na esteira de Heidegger, ele buscou demonstrar que há um outro modo de reconhecimento da verdade que cumpre a tarefa que o reconstrutivismo não é capaz de cumprir, um modo que leva em consideração tanto a faticidade, quanto a historicidade presentes em cada situação hermenêutica.

5.1 A verdade a partir da experiência da arte

Na primeira parte de *Verdade e Método I*, que é dedicada a uma reflexão sobre estética e a interpretação das obras de arte²³, Gadamer começa a desenvolver a sua tese de que o modo de compreensão aplicado às obras de arte é o mesmo que explica a compreensão no âmbito das ciências do espírito. Ele distingue o modo de verdade buscado pela ciência do modo de verdade que pode ser encontrado na experiência artística, o que é explicado por ele nos seguintes termos:

Aqui a investigação científica que se dedica a chamada ciência da arte tem consciência desde o princípio de que não pode substituir nem suplantiar a experiência da arte. O fato de experimentarmos a verdade numa obra de arte, o que não se alcança por nenhum outro meio, é o que dá importância filosófica à arte, que se afirma contra todo e

²³ Acerca do tema, recomenda-se a leitura da seção “O caráter paradigmático do acontecimento da obra de arte para a Hermenêutica filosófica” da tese de doutoramento de Paulo César Pinto de Oliveira – OLIVEIRA, Paulo César Pinto. *Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito*. 2017. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

qualquer raciocínio. Assim, ao lado da experiência da filosofia, a experiência da arte é a mais clara advertência para que a consciência científica reconheça os seus limites. (Gadamer, 2015, p.31)

É importante, no entanto, ressaltar que, ao contrário do que Lenio Streck (2017) afirma, o que Gadamer propõe não é a ideia de uma verdade contra o método, mas sim uma verdade para além do método. Não se encontrará em sua obra nenhuma tentativa de descredibilizar o método das chamadas ciências duras e os avanços científicos que ele proporcionou ao longo tempo. O argumento apresentado é o de que ele não é capaz de apreender e de verificar todas as formas de verdade, em outras palavras, há verdade para além do método:

A presente investigação toma pé nessa resistência que vem se afirmando no âmbito da ciência moderna, contra a pretensão de universalidade da metodologia científica. Seu propósito é rastrear por toda parte a experiência da verdade, que ultrapassa o campo de controle da metodologia científica, e indagar sua própria legitimação onde quer que se encontre. É assim que as ciências do espírito acabam confluindo com as formas de experiência da filosofia, com a experiência da arte e com a experiência da própria história. São modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência (Gadamer, 2015, p.29-30).

Diferentemente do método científico, que exige um distanciamento do sujeito em relação ao objeto investigado²⁴, na experiência artística o que se pressupõe é um estar do sujeito junto com o objeto que lhe é dado a compreender. Este “estar com” não é outra coisa senão a condição originária do Dasein, um estar lançado ao mundo. O que se pode concluir é que a própria experiência depende desta situação. O “estar com” passa a ser, deste modo, uma condição de possibilidade para a interpretação.

Gadamer explica a natureza deste “estar com”, que é o modo de compreensão da obra de arte e que é também o modo de compreensão das ciências do espírito (Gadamer, 2015, p.31), através do conceito de jogo²⁵. A noção de jogo supõe o

²⁴ Aqui é cabível lembrar que Heidegger demonstrou que a condição do Dasein o impossibilita de se colocar em um ponto arquimediano de onde ele possa analisar objetos sem influenciar e sem ser influenciado por eles, no caso das ciências duras persiste ainda uma busca por distanciamento, o que consiste em não permitir que a presença do pesquisador possa alterar as condições do experimento. Esse distanciamento, no entanto, não é absoluto, consiste em buscar o máximo de distância possível.

²⁵ “What does he mean by play? As well as obvious instances of play in organized sports, Gadamer has in mind the actual phenomenon of play in its endless variety, including

participar de uma realidade, cujo modo de compreensão se confunde com o modo de realização (representação); e este modo de realização se dá em uma dada configuração, que é a forma com a qual o jogo se apresenta (Gadamer, 2015, p.154).

A configuração está relacionada ao pressuposto de que um jogo só é percebido como tal porque tanto aqueles que jogam quanto aqueles que assistem reconhecem as regras compartilhadas (Gadamer, 2015, p.155). Há, portanto, um elemento intersubjetivo, que possibilita a identificação do jogo como tal. Se as regras são mudadas abruptamente, o dado jogo, o futebol ou xadrez por exemplo, deixa de ser o que era e passa a ser outra coisa. A existência deste elemento intersubjetivo está relacionada ao que Gadamer (2015, p.155) chamou de “a natureza própria do jogo”. A existência desta natureza não impede que seja possível a existência de configurações distintas de um mesmo jogo.

Acerca da ideia de configuração, Gadamer explica usando o teatro como exemplo:

A variedade de encenações ou execuções de uma tal configuração pode muito bem depender da concepção dos atores, mas esta também não fica encerrada na subjetividade de sua opinião, mas está aí corporalmente. Portanto, não se trata de uma variedade meramente subjetiva de concepções, mas sim de possibilidades de ser, próprias da obra, que também interpreta a si mesma na variedade de seus aspectos (Gadamer, 2015, p.174).

metaphorical senses: ‘the play of light, the play of the waves, the play of gears or parts of machinery, the interplay of limbs, the play of forces, the play of gnats, even a play on words’. Despite their differences, what these aspects of play all share in common is a ‘to-and-fro movement that is not tied to any goal that would bring it to an end’. Play is an activity that is not random and yet has no obvious goal or teleological endpoint; purposeful and yet without some grand overarching purpose. A to-and-fro movement is evident in all ball games where the ball is constantly in motion, providing the character of the play itself. No one knows how the game will end: it is given to sudden reversals of fortune, to the element of surprise as it shocks and unsettles expectations. Play is not necessarily light-hearted, as it clearly is in the operation of pastimes; in fact play can often start as a simple diversion and suddenly become deadly serious when winning or losing becomes a ‘matter of life and death’, as we say, albeit metaphorically, but with serious intent. Play is a constant to-and-fro movement and Gadamer focuses on this incessant back and forth motion because it reveals something about the nature of art as being essentially incomplete and incompletable. The meaning of artworks is what is revealed and opened up in the constant oscillation between artwork and interpreter. The meaning of the artwork is never final, just as a game never reaches true finality; the game can always be played again and again and players will always be drawn into its Horizon”. (Lawn; Keane, 2011, p.109-110).

A noção de concepções de uma mesma obra, ou de um mesmo jogo, abre o caminho para o entendimento de que a configuração está sujeita à historicidade. Há uma possibilidade de mudança, que se dá na concepção, mas que não altera a configuração em si. Por ser intersubjetivamente compartilhada, a configuração existe para além da vontade solipsista de um único jogador, que está inserido em um contexto maior, um contexto formado por práticas sociais, costumes e crenças, que são agrupados por Gadamer no conceito de tradição (Lawn; Keane, 2011, p.140), que será tema do capítulo seguinte.

A ideia de verdade que Gadamer se propôs a apresentar está diretamente relacionada à lógica do jogo. E aqui fica evidente a ruptura com a noção de verdade presente nas obras de Schleiermacher e de Dilthey²⁶. A possibilidade de se afirmar que “algo é” ou que “algo não é” não depende mais da existência de um vínculo psicológico entre autor e intérprete, mas tão somente de um “solo comum” (Gadamer, 2015, p.576), um ambiente compartilhado onde estão o intérprete e a própria obra, ou, para citar a metáfora do jogo, depende de que os jogadores²⁷ abandonem seus ímpetos solipsistas e se entreguem ao acontecer, ao sentido medial do jogo, que existe sem finalidade, sem intenção e sem esforço (Gadamer, 2015, p.159).

A possibilidade de verdade depende de que a configuração do jogo seja reconhecida, o que não pode ser feito a partir de um modelo universal do jogo, porque este modelo não existe, mas sim a partir do interior da prática do próprio jogo. Aqui, a título de ilustração, é conveniente que se imagine um tipo específico de jogo, no qual estão em campo dois jogadores, existem regras anteriores a estes jogadores que precisam ser observadas, estas regras, no entanto, não determinam os rumos da partida, o que determinará o resultado é o como o jogo se dá naquela situação prática.

²⁶ Acerca do modo de verdade existente na ideia de jogo, Gadamer explica: “O processo de entendimento mútuo não pode ser considerado como um procedimento metódico que fixa um indivíduo contra o outro, mas costuma-se como a dialética de pergunta e resposta, uma dialética que se abre segundo os dois lados e que transcorre entre os dois parceiros de diálogo. Esse é um processo que nunca se inicia do zero e que nunca termina com uma soma total plena. – Mesmo o texto, e, antes de tudo, aquele texto que é ‘obra’, isto é, uma obra de arte linguística que se encontra diante de nós destacada de seu ‘criador’, é como alguém que responde incansavelmente a um esforço jamais esgotável de compreensão interpretativa e é como um indivíduo questionador que se contrapõe a um outro sempre pronto a responder”. (Gadamer, 2007b, p.40).

²⁷ Gadamer entenderá a obra e toda a tradição que ela traz consigo como um “outro” com quem o intérprete dialoga, por isso nunca será apenas um jogador. (Gadamer, 2015, p. 264).

Se um dos jogadores supostamente quebra uma regra, o outro pode demonstrar o erro e se o primeiro o reconhece o jogo pode ser retomado, mas, se o erro não é reconhecido, o prejudicado pode aceitar que o jogo continue, contudo, se isso não acontece, o jogo acaba ou perde a sua configuração. Como se pode observar, a noção de verdade depende do diálogo e do consenso, o que fica claro na seguinte passagem:

Parece-me que constitui um ponto essencial da experiência hermenêutica a comunhão de toda compreensão que se baseie em seu caráter linguístico. Construimos permanentemente uma perspectiva geral quando falamos uma linguagem comum e, desta maneira, participamos na comunidade de nossa experiência de mundo. Isto fica testemunhado também nas situações de resistência, como por exemplo numa discussão: É fecunda quando se encontra uma linguagem comum. Neste caso os participantes logo se reúnem como pessoas afins. Os aspectos individuais com os quais ingressam na discussão se modificam e, com isso, também os próprios participantes. Isto é igualmente uma espécie de progresso. Sem dúvida, diferentemente do que acontece na investigação, não se trata aqui de um progresso atrás do qual não se possa voltar a recair, mas que tem de ser permanentemente renovado com o esforço de nossa vida (Gadamer, 1983, p.175-176).

É possível entender, deste modo, que, sendo baseada no consenso, a noção de verdade proposta por Gadamer nunca chega a um sentido definitivo, o que fica evidente na ideia de um progresso que precisa ser sempre renovado, e esta renovação se dará por meio de um embate dialético com os sentidos da tradição (as regras do jogo previamente postas), que se apresenta, ela própria, como um interlocutor (Gadamer, 2015, p.468).

Essa ideia de um esforço que se encontra em constante progresso pressupõe, por óbvio, a possibilidade de que sentidos sofram alteração no tempo. A própria prática do jogo pode exigir que se altere algumas regras pré-definidas, não com vistas a mudar a sua configuração, mas apenas a concepção, com o objeto de fazer com que o jogo continue fazendo sentido dentro da integridade de sua própria configuração.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que em sua teoria estética, Gadamer rompe com as teses reconstrutivistas e com o paradigma da intenção do autor: para ele, o autor, após publicada/divulgada a obra, passa a ser um intérprete como outro qualquer e seu propósito originário passa a conviver com sentidos outros que a obra irá adquirir em sua vida própria. Para usar novamente a metáfora do jogo,

é possível dizer que a obra está em campo, trazendo consigo os sentidos historicamente acumulados, inclusive os sentidos cunhados pelo autor, mas, o próprio autor não é um jogador em campo. A opinião do autor não é categórica:

Disso segue-se – o que a hermenêutica jamais deveria esquecer – que o artista que cria uma obra não é o seu intérprete qualificado. Como intérprete não tem nenhuma primazia básica de autoridade face ao simples receptor de sua obra. Na medida em que ele próprio reflete, converte-se em seu próprio leitor. Sua opinião como produto final dessa reflexão não é paradigmática. (Gadamer, 2015, p.468).

Retomando o exemplo apresentado no Tópico 3.1 deste trabalho, é possível afirmar que para a hermenêutica filosófica a resposta dada por Caetano Veloso à questão do Exame Nacional do Ensino Médio que tratava da análise da letra de duas de suas canções jamais poderia servir como um único parâmetro para uma possível revisão do gabarito oficial da prova. Isso que vale para a análise de uma obra de arte, deve valer também para o Direito. Um congressista específico, ou mesmo uma legislatura inteira, não são donos dos sentidos atribuíveis a uma norma que tenham aprovado²⁸. O legislador não é um jogador em campo, ele é apenas o primeiro autor da cadeia, quem está em campo é o acúmulo dos sentidos que sobreviveram ao tempo.

A rejeição do paradigma da intenção do autor na forma posta por Gadamer não foi recebida sem críticas, e dentre os autores que apresentaram objeções contundentes contra esta noção se encontra o teórico da literatura norte-americano E. D. Hirsch (1928-), um arguto defensor da tese da intencionalidade do autor. Hirsch (1973, p.248) considera que, ao negar a tese da intenção do autor e o psicologismo associado a ela, Gadamer está negando a própria consciência: *“Gadamer identifies meaning and subject matter - as though meaning were an autonomous entity quite independent of consciousness - which is a repudiation not simply of psychologism hut of consciousness itself”* (Hirsch, 1973, p.248).

Hirsch menciona uma situação na qual duas pessoas leem um mesmo texto e chegam a opiniões distintas sobre o significado daquilo que leram, sem o recurso à intenção do autor como parâmetro eles não teriam como identificar qual das interpretações é a correta (Hirsch, 1973, p.249). O americano entende que a tradição

²⁸ Essa discussão será retomada adiante, no Capítulo 6 deste trabalho, a partir das considerações de Ronald Dworkin sobre o tema.

funciona em Gadamer como um limitador de sentidos, contudo, ele chega a uma conclusão simplicista acerca do que representa a tradição: “*the reader who follows the path of tradition is right, and the reader who leaves the path is wrong*” (Hirsch, 1973, p.250).

O que parece escapar a Hirsch, enquanto ele se apegua a uma possibilidade questionável de acessar o psicológico de um autor, é a natureza dialética (Warke, 1987) do choque provocado pela fusão de horizontes, que será melhor explicada no Tópico 5.3, e o modo de racionalidade presente na reflexão que o intérprete faz ao colocar a tradição diante de si, o que será abordado no Tópico 5.4. Ele não reconhece que é a existência de uma linguagem compartilhada, que funciona como um solo comum, e a natureza dialógica da própria compreensão, que fazem com que a interpretação não seja um ato meramente subjetivo.

A posição de Paul Ricoeur, neste aspecto, se aproxima daquela de Gadamer. Para este importante hermeneuta francês, o sentido do texto é autônomo, ele não depende da intencionalidade do autor real, mas apenas da expressão do autor implicado (aquele que pode ser revelado por meio do próprio texto). O autor explica sua posição nos seguintes termos:

A autonomia semântica do texto torna a relação do evento e significação mais complexa e, neste sentido, revela-a como uma relação dialética. O significado autoral torna-se justamente uma dimensão do texto na medida em que o autor não está disponível para ser interrogado. Quando o texto já não responde, então tem o autor, e já não um locutor. O significado autoral é a contrapartida dialética da significação verbal e tem de construir-se em termos de reciprocidade (Ricoeur, 2019, p. 48).

Para além da má compreensão da natureza da tradição, a crítica de Hirsch não é do todo impertinente, contudo, parece ser injusta. Ao recusar a intencionalidade como paradigma, Gadamer não quer apagar a importância do autor, mas sim reconhecer que a presença deste não se faz como voz determinante, uma vez que à sua voz se somam inúmeras outras cujos sentidos foram historicamente sedimentados. Não sendo possível uma reconstituição psicologista da vontade do

autor, o que resta são os sentidos da história efetual, dos quais ela própria normalmente faz parte²⁹.

5.2 A fusão de horizonte como modo de compreensão

A hermenêutica filosófica proposta por Hans-Georg Gadamer se insere em um contexto de uma profunda mudança de paradigmas ocorrida no âmbito das ciências do espírito no século XX (Oliveira, 2015), mas que acabou influenciando até mesmo as chamadas ciências duras. Para que se possa compreender em que consiste esta mudança de paradigma e a ruptura que ela representa, é necessário voltar ao conceito de Dasein (Heidegger, 2012, p. 139-141), que diz respeito à condição existencial de todo sujeito, que não se encontra em um lugar privilegiado de onde possa contemplar seus objetos de compreensão sem afetá-los ou ser afetado por eles.

Uma situação em que não é possível falar em uma essência para além do fenômeno, nem tão pouco de um sentido que se constrói exclusivamente no intelecto do sujeito, exige que uma nova forma de compreensão e, conseqüentemente, novas formas de validação da verdade, ou, em outras palavras, novas formas de dizer que algo é ou que algo não é, sejam pensadas. Conforme já pontuado, é a tal tarefa, a de pensar em que circunstâncias acontece a compreensão, que Hans-Georg Gadamer (2015) se dedica em sua principal obra, *Verdade e Método*.

²⁹ Como será demonstrado adiante, Ronald Dworkin retomará a discussão sobre a intenção do autor em seu debate com Joseph Raz, acerca de um paralelo entre a posição de Dworkin e a de Gadamer, a autora Geogia Warnke considera que este, em sua abordagem do conceito de “jogo”, vai além do jusfilósofo americano, o que ela explica com as seguintes palavras: “The point here is an extension of one I noted earlier, that games constitute not only a separate domain but also a normative authority which the players have to accept. With the transformation of games into dramatic presentations, this normative authority becomes binding on an audience. What was once a structure that dominated its players is now a structure that encompasses both players and audience; hence, the claim that a game exerts over those who play it is transferred to the audience; it forms an all-encompassing reality with rules and demands not only on players and actors but on the audience as well. Art presents a challenge to the way the audience lives its life, a challenge to live it differently. It does not simply introduce a new imaginary domain as Fowles asserts; instead it presents a reality with consequences for the world its audience inhabits. Art, on Gadamer's view, turns out to be an attempt to represent truth. Reducing its meaning to an expression of its author's creativity reflects both a failure to recognize its autonomy and, more importantly, an unjustifiable restriction on the knowledge it contains”. (Warke, 1987, p.55) Os pontos levantados por ela, no entanto, parecem ser aplicáveis também à tese do Direito como integridade de Dworkin, que será melhor explicada no Capítulo 7 deste trabalho.

Dois conceitos são fundamentais para entender a mudança de paradigma na qual Gadamer está inserido e sob a qual ele edificará sua teoria: o de faticidade e o de historicidade. Todo fenômeno possui algo de inédito, algo próprio do seu acontecer, algo que faz com que cada interpretação seja um fato novo; a este acontecer, Heidegger (2012) já havia chamado de faticidade. Contudo, para além do ineditismo do acontecer, a atribuição de sentido para um dado fenômeno depende do como os sentidos foram atribuídos a fenômenos similares na tradição e da permanência destes sentidos no tempo, ao que se dá o nome de historicidade (Gadamer, 2015, p.354).

Aparentemente, a faticidade remete a uma completa relativização dos sentidos e a uma perda dos referenciais objetivos, uma vez que sendo tudo inédito, pode se supor que não há possibilidade de se falar em verdade ou em adequação de sentidos. Contudo, a faticidade não atua isoladamente no ato de compreensão, se ela abre possibilidades de interpretação, há uma força oposta, a da historicidade, que funciona como uma limitadora de sentido, que impede que da faticidade emergjam interpretações arbitrárias.

Percebe-se que a compreensão depende de ambos os aspectos. Sem levar em conta a faticidade, corre-se o risco de ignorar o novo, o ineditismo, que pode trazer mudanças de sentido, ou até mesmo sobrepor uma tradição que era ou que se tornou ilegítima. Por outro lado, sem levar em conta a tradição abre-se margem para o autoritarismo solipsista ou para uma completa perda de referenciais. É importante ressaltar que a presença da faticidade e da historicidade no ato de compreensão não é uma escolha, mas uma condição, o indivíduo não consegue escapar do ineditismo, pois ele é imposto pelo seu horizonte particular de visão, e ele não pode escapar da historicidade pois sem a inserção em uma tradição, que inclui a própria linguagem (Gadamer, 2015, p.497), não é possível compreender.

O contato entre estas duas perspectivas antagônicas, o ineditismo e a tradição, resulta em um choque de natureza dialética³⁰, que fica evidente em um outro conceito

³⁰ Gadamer explica do seguinte modo a natureza dialética da compreensão: “Na medida em que a experiência hermenêutica contém um acontecimento próprio da linguagem, que corresponde à representação dialética de Hegel, também ela participa da dialética que acima desenvolvemos como dialética da pergunta e resposta. Como vimos, a compreensão de um texto transmitido tem uma relação interna essencial com sua interpretação, e mesmo que esta seja sempre um movimento relativo e não concluído, a compreensão encontra nela sua perfeição relativa. Correspondentemente, como ensina Hegel, o conteúdo especulativo dos enunciados filosóficos precisa da representação dialética das contradições contidas nele, se quiser ser verdadeira ciência. Aqui há uma verdadeira correspondência. A interpretação toma

central na obra de Gadamer, o de fusão de horizontes. Para ele, horizonte é “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto” (Gadamer, 2015, p.399), e adquirir um horizonte novo é “sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos” (Gadamer, 2015, 403).

Gadamer defende a tese de que sempre compreendemos um dado fenômeno ou lemos um determinado texto a partir de um horizonte próprio, que é formado a partir do lugar que ocupamos, das informações a que temos acesso e de nossas experiências pregressas. Este horizonte próprio sempre nos conduzirá a uma precompreensão, que pode ser legítima ou ilegítima. Só é possível aferir a legitimidade deste primeiro entendimento quando há uma ampliação de horizontes³¹, quando o horizonte próprio do sujeito, o da faticidade, é posto em choque com outros vindos da historicidade, da tradição (Gadamer, 2015, p.404). A tradição, para Gadamer, se manifesta através daquilo que ele chama de história efetual, ou história dos efeitos (*Wirkungsgeschichte*)³²:

parte na discursividade do espírito humano, que somente é capaz de pensar a unidade da coisa no suceder-se de um elemento para outro. Por isso, a interpretação possui a estrutura dialética de todo ser finito e histórico, na medida em que toda interpretação tem que começar em algum ponto, buscando superar a unilateralidade que ela introduz ao seu começo. (Gadamer, 2015, p.354).

³¹ “The horizon is not fixed but is constantly changing and modified little by little over time, not by the sheer weight of accumulated experience but by a process of expansion. A ‘fusion of horizons’ embodies a measure of agreement and this in turn is a partial understanding: ‘Understanding is always the fusion of ... horizons’. The thought here is that ‘Fusion of horizons’ a horizon can be brought into contact with another horizon. Instead of one obliterating the other, a process of mutuality or fusion takes place. Gadamer’s idea is that this happens both down and across time, that is, diachronically and synchronically. There are many ways to comprehend the metaphor of fusion but the most obvious relates to understanding the past, although it includes interpersonal and even inter-cultural understanding”. (Lawn; Keane, 2011, p. 51-52).

³² “Gadamer refers to ‘effective history’ meaning the history of effects: ‘understanding is, essentially, a historically effected event’ (TM, p. 300). This is a difficult thought to grasp. What Gadamer has in mind is that the position of the interpreter, or the one who seeks to understand, is not fixed (as science conceives its detached observer to be); on the contrary, the interpreter is always, as part of tradition, the effect of prior interpretation. There can be no neutral position from which interrogation or understanding takes place as the site of interpretation is itself the effect of the past upon the present. The sovereignty of the subject is once again taken to be fictional since the interpreter is little more than the effect of tradition rather than its controlling subject. What then is one conscious of in ‘effective historical consciousness’? We are conscious of the tradition and the way it has its effect. The prejudices of the individual can never be raised to the level of consciousness. Because the prejudices are themselves the condition of consciousness, they can never be raised to the level of reflective judgement. But

A consciência histórica deve conscientizar-se de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse outro questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e conseqüentemente incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob o efeito dessa história efetual (Gadamer, 2015, p.397).

Um dado sentido atravessa o tempo não por ser resgatado de um passado que pode ser acessado como um objeto da razão, mas porque ele permanece produzindo efeitos no presente. O peso da história na hermenêutica filosófica não é, portanto, o de um passado trazido ao presente, mas o de algo que permanece, de sentidos que se assentam no decorrer do tempo e por isso insurgem como parte de um solo no qual o próprio sujeito inserido nesta tradição pisa.

Da natureza da história efetual como sentidos assentados no tempo, pode-se inferir três pontos de grande relevância, o primeiro é que não existe um sentido único da tradição, são sentidos diversos, múltiplos, que podem até ser divergentes entre si³³; o segundo ponto é que o assentamento de um dado sentido no tempo não quer dizer que ele seja correto ou que ele permaneça correto; e com isso chegamos ao terceiro ponto: os sentidos da tradição não são imutáveis³⁴, o que é uma consequência da natureza dialética do embate entre a tradição e o novo:

Por isso, no acontecimento da linguagem não encontra lugar somente aquilo que persiste, mas também e justamente a mudança das coisas. Assim, por exemplo, no declínio das palavras podemos ler a mudança dos costumes e dos valores (Gadamer, 2015, p. 580).

the effect of the disruption of the prejudices can be experienced, i.e. felt as an effect. Once again, the model of textual interpretation will provide the clue to unravelling the identity between understanding and interpretation". (Lawn; Keane, 2011, p.79).

³³ "O conteúdo da tradição entra em jogo e se desenvolve em possibilidades de sentido e repercussão cada vez novas e ampliadas de modo novo pelo outro receptor". (Gadamer, 2015, p.596).

³⁴ "Quando a tradição volta a falar, emerge algo novo e entra em cena o que antes não existia "[...] não se trata de um ser em si que vai se revelando cada vez um pouco mais, mas acontece algo como uma verdadeira conversação, onde também surge alguma coisa que nenhum dos interlocutores abarca por si só". (Gadamer, 2015, p. 596). "A verdade da tradição é como o presente que está imediatamente aberto aos sentidos" (Gadamer, 2015, p. 597).

Gadamer explica que, na prática, em um ato de compreensão, não há um horizonte do presente por si mesmo, o horizonte do presente sempre será em alguma medida determinado por um horizonte da tradição, contudo, é possível reconhecer a presença de tais horizontes e a partir de tal reconhecimento pensar de forma consciente, e porque não dizer crítica, o modo de acontecer da compreensão. Trata-se de um ato de assumir controle de algo que até então se dava de forma automatizada, irrefletida. Isso fica claro nesta passagem:

Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente (Gadamer, 2015, p.405).

A historicidade é, de fato, um elemento central na obra gadameriana e um aspecto imprescindível para a hermenêutica filosófica, uma vez que é o assentamento dos sentidos no decorrer do tempo que possibilita um diálogo entre o intérprete e a tradição na qual o objeto e ele próprio se inserem (Warke, 1987, p.168-171). A presença da historicidade não se trata de uma opção racional do intérprete, mas de uma condição natural da compreensão, no entanto, o reconhecimento de sua presença é o que permite ao intérprete tomar consciência de sua própria posição e reconhecer como autêntica ou inautêntica a sua precompreensão, em outras palavras, é ela quem fornece o parâmetro de verdade.

5.3 A natureza e a função da tradição na hermenêutica filosófica gadameriana

Tanto em Schleiermacher (2005, p. 112) quanto em Dilthey (2010, p. 88-94), conforme já abordado, os preconceitos são considerados erros, um problema de interpretação, algo que deve ser solucionado com a separação metodológica entre sujeito e objeto. Para estes autores, o sujeito precisa se colocar em suspensão (Schmidt, 2014, p. 29; 72-73), pois suas pré-compreensões não podem contaminar a cognição do objeto que está posto diante de si. A negação dos preconceitos, como observa Gadamer (2015, p. 361-368), reflete uma tendência epistemológica da *aufklärung*, que negava tudo o que não fosse proveniente exclusivamente da razão.

Impressões prévias que não tivessem passado pelo crivo da razão precisariam ser postas em suspensão, só deste modo é possível ao intérprete alcançar a essência imutável de um texto ou de um outro objeto da compreensão, esta essência é o sentido correto da interpretação. Acerca disso, Gadamer (2015, p. 369) discorre:

Não há dúvida de que a verdadeira consequência da Aufklärung é outra, ou seja, a submissão de toda autoridade à razão. Assim, o preconceito da precipitação deve ser entendido como ao modo de Descartes, ou seja, como fonte de todo erro no uso da razão [...] é assim, por exemplo, que vemos Schleiermacher dividir duas causas para os mal-entendidos: a sujeição e a precipitação.

Gadamer irá romper com tudo isso e uma das propostas mais controversas de *Verdade e Método* provavelmente é a da reabilitação da tradição e do caráter constitutivo dos preconceitos para a compreensão. Para ele, “se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos” (Gadamer, 2015, p.368). Isso pode parecer um contrassenso, parece não fazer sentido apostar cegamente em antecipações de sentido não racionais, mas definitivamente não é disso que se trata.

A proposta de Gadamer não é a de atribuir um valor absoluto à tradição ou às pré-compreensões, que nada mais são que o resultado não refletido da influência que a tradição exerce sobre o intérprete. Para que se possa entender o que representa a reabilitação defendida por ele é preciso primeiro recordar a situação do indivíduo como *Dasein*, que se encontra lançado ao mundo, que não pode se separar dos objetos da compreensão e que não pode escapar da tradição em que está inserido. A tradição e sua influência não são, segundo este pensamento, algo que se possa negar ou afastar. Ainda que o indivíduo negue a influência da tradição, ele permanece sendo influenciado por ela (Gadamer, 2011, p.280).

É importante frisar que para Gadamer a tradição não é um ente palpável e tão pouco é capaz de fornecer sentidos uníssonos. E o mais importante, não existe apenas uma tradição. A metáfora que melhor explica a tradição e seus efeitos é a da sedimentação. Há, potencialmente, uma pluralidade de sentidos sobre qualquer que seja a coisa a ser compreendida. Obviamente, parte destes sentidos não possuirão sequer plausibilidade, outros só poderão ser descartados após uma ampliação dos horizontes. Alguns destes sentidos seguem produzindo efeito no tempo e por isso vão

se consolidando pouco a pouco, em outras palavras, eles vão se sedimentando até formar um chão comum que servirá de ponto de partida para a compreensão, a este fenômeno Gadamer chama de história efetual:

Um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar. Só então deixará de perseguir o fantasma de um objeto histórico – objeto de uma investigação que está avançando – para apreender a conhecer no objeto o diferente do próprio, conhecendo assim tanto um como outro, uma relação formada tanto pela realidade da história quanto pela realidade do compreender histórico. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão. A essa exigência eu chamo de “história efetual”. Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual (Gadamer, 2015, p.396).

O papel da tradição na forma como Gadamer a compreende também não pode ser confundido com o papel atribuído por Stanley Fish (1989, p. 372-398) aos sentidos empregados pela comunidade. Não se trata de uma prevalência das interpretações do grupo sobre as interpretações do sujeito, tão pouco de investigar quais são as motivações, valores ou crenças do coletivo, como se houvesse na coletividade um espírito ou caráter psicológico a ser inquirido.

Fish (1980, p. 303-332) erra ao supor uma espécie de vontade identificável, ao invés de uma sedimentação capaz de comportar ainda uma pluralidade de sentidos, algo que guarda certa similaridade com o psicologismo que Gadamer (2015, p.263) critica em Schleiermacher, que afirma que para se interpretar adequadamente um texto é necessário compreender o autor melhor do que ele próprio se compreenderia (Schleiermacher, 2005, p. 115), com a diferença de que em Fish o foco é retirado do sujeito e recai sob a comunidade.

Gadamer não supõe que haja uma vontade coletiva, ou mesmo um espírito da tradição, o que há para ele é a apenas a história efetual, aquilo que atravessou o tempo sendo compartilhado a ponto de formar uma base comum de onde se possa partir para uma dada interpretação. Não se questiona aqui qual a origem desta base, se ela é fundamentada na razão, em alguma crença religiosa ou mesmo na força. O que importa é que ela existe e, conforme já pontuado, o indivíduo existe em seu interior e não pode contemplá-la de fora, como se supôs tanto no paradigma da filosofia clássica, quanto no paradigma da filosofia da consciência, quando se defendia a separação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível.

A tradição, que repousa na historicidade, representa no processo de compreensão o elemento externo ao indivíduo. Quando diante de algo a ser interpretado, que pode ser uma norma jurídica, um texto literário ou uma obra de arte etc., o sujeito nunca ficará isento, ele sempre terá uma compreensão prévia baseada no horizonte que possui naquele dado instante. Este primeiro horizonte já é em si um produto tanto da percepção individual quanto da tradição. O horizonte particular é ampliado na medida em que se amplia e se questiona racionalmente o horizonte da tradição. Acerca disso, Gadamer (2015, p.402) explica:

Assim como cada um é um indivíduo solitário, pois está sempre se compreendendo com outros também o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração. A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. Não foi a consciência histórica que colocou inicialmente em movimento o horizonte que tudo engloba. Nela esse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo.

O que Gadamer propõe, dado que a tradição e sua influência são inafastáveis, é que o intérprete possa reconhecer que ela é parte constitutiva da compreensão. Como ele mesmo explica, é como se a tradição, que antes estava nas costas no indivíduo, agora fosse posta diante dele (Gadamer, 2015, p.288), e ele, a partir do reconhecimento de sua presença, pode refletir sobre ela, trazê-la para o jogo e iniciar um diálogo, considerando-a como um interlocutor como qualquer outro (Gadamer, 2015, p.468).

A tradição não é, deste modo, um fato dado, mas tão somente um ponto de partida (Silva; Souza, 2023, p.71-81). Do diálogo do intérprete com os sentidos historicamente sedimentados é que pode resultar uma nova possibilidade de verdade. É possível reparar que ao trazer a tradição para diante de si, o que o intérprete está fazendo é pô-la em suspeição, é transformá-la em algo estranho a si, pois só a partir do estranhamento é que o objeto da compreensão pode se mostrar como ele mesmo, depurado dos sentidos equivocados que podem ser recepcionados de forma não refletida (Gadamer, 2011, p.288).

Gadamer irá classificar os preconceitos em legítimos e ilegítimos (Gadamer, 2015, p.368), a distinção entre um e outro só vem à luz a partir da lógica do jogo e da conversação. Trata-se de um movimento dialético, conforme o explicado no tópico que tratou do conceito de fusão de horizontes (Gadamer, 2015, p.404). Retomando os conceitos de configuração e concepção (Gadamer, 2015, p.174), é possível argumentar que a tradição não constitui uma configuração, mas uma concepção, que pode ser transformada pelo embate dialético entre os sentidos já assentados (historicidade) e o novo (faticidade) (Gadamer, 2011, p.289).

A reabilitação da tradição e dos preconceitos foi alvo de duras críticas de autores como Jürgen Habermas e Terry Eagleton, que a viram como o ponto mais sensível da hermenêutica filosófica. Habermas (1987, p.16-18) enxergou na hermenêutica filosófica uma postura conservadora, uma vez que, para ele, ela não apresentava meios de romper com a tradição e com as ideologias subjacentes. Já Terry Eagleton entendeu que a teoria de Gadamer,

[...] só é válida na suposição de só haver realmente uma tradição “principal”; de que todas as obras “válidas” dela participam; de que a história é um fluxo contínuo, ininterrupto, livre de rompimentos decisivos, de conflitos e contradições; e de que os preconceitos por “nós” (quem?) herdados da “tradição” devem ser bem recebidos. (Eagleton, 2019, p.110).

A resposta de Gadamer às críticas de Habermas respondem também às objeções apresentadas por Terry Eagleton. No texto *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia - comentários metacríticos a Verdade e Método I*, de 1967, ele ataca a ideia de Habermas de que é imprescindível um método capaz de pôr a tradição em suspensão, para assim romper com ela. Habermas (1987, p. 39) acreditava que tal ruptura só poderia ser feita no âmbito individual pela psicanálise e no âmbito coletivo pela revolução social, enquanto para Gadamer (2011, p. 280; 316-317) mesmo as teses que se propõem revolucionárias nascem é do interior de uma dada tradição, não havendo ruptura ou suspensão.

Contra a ideia de que a tradição estaria sendo recepcionada sem crítica, Gadamer (2011, p. 288-291) argumenta que colocar a tradição diante de si consiste em um ato de reflexão, por meio do qual o indivíduo toma consciência da presença da tradição e a partir daí passa a dialogar com ela. Este ato de reflexão é capaz de tornar evidentes as ideologias subjacentes e, a partir do embate dialético entre historicidade

e faticidade, possibilitar que os sentidos daquela dada tradição possam ser reafirmados ou mesmo superados, o que se dá por meio de uma fusão de horizontes³⁵.

A tradição, contudo, não representa uma amarra ao passado e aos sentidos já assentados historicamente, se assim fosse, o horizonte particular do sujeito não teria nenhuma relevância para a compreensão. O ponto defendido por Gadamer é justamente o oposto, para ele toda interpretação é um fato inédito, e por isso há espaço para emergência do novo, que se impõe não por um ato solipsista do intérprete, mas como resultado do confronto dialético entre seu horizonte e os horizontes da tradição.

Ao se colocar diante de uma dada situação hermenêutica, o intérprete não parte de um grau zero de sentido, há sempre uma antecipação, ou, em outras palavras, uma primeira impressão acerca da coisa. Este sentido antecipado é o preconceito, que, conforme visto, pode ser legítimo ou ilegítimo; e o preconceito nada mais é que um primeiro horizonte sobre a situação hermenêutica.

A proposta heideggeriana de “deixar que a coisa se apresente como ela mesma”, recepcionada por Gadamer (2015, p. 355), pode ser entendida como um deixar que os outros horizontes possam emergir. Quando o intérprete coloca o seu horizonte particular sob suspeição, ele passa a considerar os outros horizontes advindos da própria coisa. O que ocorre então não é uma sobreposição de horizontes, não é o horizonte particular do intérprete que se sobressai, tão pouco os horizontes da própria coisa. O que ocorre é a fusão destes horizontes.

O choque entre o horizonte particular e os horizontes da coisa se dá de forma dialética, pois o que surge é sempre um horizonte ampliado que não é, nem por óbvio, uma subtração, tão pouco uma soma simples dos horizontes anteriores. A natureza

³⁵ Na passagem a seguir, Gadamer deixa evidente que a compreensão exige do intérprete esforço e rigor, nesta passagem, como em diversas outras, é possível perceber que a interpretação é um ato consciente e que exige determinada postura ativa (não passiva como supôs Habermas) em relação à tradição: “Toda interpretação autêntica deve se precaver contra a arbitrariedade de ideias barrocas que afloram ao espírito, bem como contra as limitações provenientes de hábitos inconscientes de pensamento. É evidente que, para ser autêntico, o olhar da investigação deve dirigir-se à ‘coisa mesma’, de tal modo que ela seja apreendida, por assim dizer, ‘em pessoa’. É igualmente evidente que a compreensão fiel ao sentido de um texto, por exemplo, não é questão de um simples desejo, mais ou menos vago, nem de ‘boas e pias intenções’, mas constitui o sentido mesmo do problema designado por Heidegger como ‘tarefa primeira, permanente e última’ da compreensão interpretativa. Ora, o caráter circular que empreende o intérprete para ater-se rigorosamente a esse programa, a despeito dos erros que possa cometer no curso de suas investigações” (Gadamer, 1998, p. 60-61).

dialética do embate produz algo novo, um horizonte que até então não existia e disso decorre a noção de que cada acontecer e conseqüentemente cada interpretação/aplicação, é algo inédito e que cada atribuição de sentido não é mera repetição ou resgate de um sentido anterior.

Há, como já dito, um embate entre tradição e novidade, que ocorre em cada compreensão. Trata-se de um embate dialético, pois tanto os sentidos advindos da tradição, quanto a possível contradição, representada pelo sentido próprio do sujeito, são partes integrantes de um mesmo fenômeno, de uma mesma compreensão, que só pode ocorrer mediada por estes fatores, é o que Gadamer (2015, p.396) irá descrever como “aprender a conhecer no objeto o diferente do próprio”, ciente de que o verdadeiro objeto histórico é a junção entre o objeto e o diferente que se encontra nele mesmo.

O ser do ente (sua essência), como ensina Heidegger (2012, p.1175), não existe para além de sua historicidade e faticidade, o que permite a afirmação de que situação e contradição fazem parte do mesmo ente, um ente que não é etéreo ou imutável, mas sim vulnerável aos efeitos da história e da peculiaridade de cada acontecer.

Gadamer (2015, p.405) argumenta que “a tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente”. Contudo, há uma zona de penumbra no modo de compreensão descrito por Gadamer e é nela que se concentraram algumas das críticas mais contundentes feitas à hermenêutica filosófica. Esta zona de penumbra está no que Gadamer (2011, p. 288-289) chama de reflexão, que é o que ocorre quando o intérprete reconhece a presença da tradição e a coloca diante de si para examiná-la, um exame que, conforme já abordado, nada mais é que um modo de diálogo.

Quando se fala em deixar que a coisa se apresente como ela mesma, pode haver uma interpretação equivocada de que este é um modo de estar recessivo da parte do intérprete, mas isso não faz sentido quando consideramos, por exemplo, passagens como as seguintes:

Mas o que faz a reflexão hermenêutica quando é efetiva? Qual a relação da reflexão histórico-efetiva com a tradição da qual ela se torna consciente? Minha tese é de que – e penso que ela seja a consequência necessária do reconhecimento de nosso condicionamento histórico-efetiva e de nossa finitude – a hermenêutica nos ensina a perceber o dogmatismo presente na

contradição entre a tradição viva e “natural” e a apropriação reflexiva da mesma (Gadamer, 2011, p.280).

Mais antes, no mesmo texto, o acrescenta:

A reflexão hermenêutica não pode pretender modificar isso [o estranhamento metodológico característico das ciências modernas]. Mas, à medida que torna transparentes as pré-compreensões que guiam as ciências, pode liberar novas dimensões, prestando assim um serviço indireto ao trabalho metodológico. Além disso, pode trazer à consciência aquilo que realmente dispõe a metodologia das ciências para seu próprio progresso, quais são as cegueiras e abstrações que impõem, pelas quais suplanta e desnorteia a consciência natural. Essa consciência natural, como consumidora das invenções e informações alcançadas pela ciência acaba seguindo-a sempre (Gadamer, 2011, p. 289).

Jean Grondin (2012, p.90) descreveu do seguinte modo o papel da reflexão na hermenêutica filosófica:

Não deixamos o universo hermenêutico quando nos consagramos à crítica das ideologias. O ultrapassamento do acordo existente não se opera a partir do sistema de referência de uma crítica das ideologias, segura de si mesma e de dizendo apartada da tradição. Ele se realiza sempre no seio do entendimento e do diálogo hermenêutico, quando os participantes se dão conta de seus limites e chegam a uma melhor compreensão. Pelo fato de ser um “entendimento” e de se desdobrar em uma linguagem capaz de ser entendida, a reflexão resulta, então, uma vez mais, da hermenêutica e se insere em um advir de tradições.

A reflexão, como um entendimento, não é, portanto, apenas um colocar-se inerte do intérprete diante da situação hermenêutica, pelo contrário, ela pressupõe a presença do intérprete como parte de um jogo, no qual ele atua e não atua só. O ponto que aqui se busca defender é de que neste modo estar há uma racionalidade³⁶, que pressupõe a ciência da existência da tradição, da natureza dialética do embate entre horizontes diversos e, o mais importante, a possibilidade de constatação da inautenticidade dos sentidos antecipados.

Este é certamente um ponto que pode suscitar profundas divergências entre leitores de Gadamer, contudo, sem a aceitação de que esta racionalidade existe, as

³⁶ Georgia Warke lembra que outros autores usaram a percepção da historicidade para descartar a ideia de razão, mas para ela Gadamer não fez isso. Haveria alguma forma de racionalidade na hermenêutica filosófica, o que para esta autora é uma forma de racionalidade prática, na qual Gadamer deposita a sua fé. (Warke, 1987, p.174).

críticas feitas por Habermas e Eagleton se tornam pertinentes e a hermenêutica filosófica passa a ser, a despeito das negativas de Gadamer, uma forma de reprodução acrítica dos sentidos da tradição. Mas, é possível demonstrar que esta é uma leitura equivocada, como será demonstrado no tópico que trata dos diálogos de Gadamer com as obras de Kant e Hegel.

Dada a importância que a tradição possui para a compreensão segundo a hermenêutica filosófica, Gadamer pode ser entendido, em uma análise grosseira, como um conservador, ou talvez como alguém que vê a perspectiva conservadora como algo inevitável. Esta leitura, no entanto, não pode estar mais equivocada. Recorrendo à metáfora da sedimentação é possível entender que o sentido sedimentado pode, por um lado, constituir um processo de solidificação de uma compreensão autêntica, mas, por outro lado, ser nada mais que uma crosta que encobre aquilo que de fato a coisa é.

Partindo da leitura de Gadamer, é possível argumentar que, para que a compreensão aconteça, é necessário “revolver o chão linguístico” (Wermuth, 2015), ou em outras palavras, descobrir o que se esconde por baixo da sedimentação, o que consiste na ampliação dos horizontes de sentido. É possível perceber que o olhar para os horizontes da tradição não deve ser um olhar acrítico, de quem assume como verdade o que se encontra sedimentado. Gadamer não incorre no mesmo erro de Fish (1980, 227-252; 1989, p. 372-398), que atribui valor de verdade ao que chamou “comunidade interpretativa”. A tradição pode estar errada e neste caso o novo precisará sobrepor-la.

A superação racional da tradição (sim, é possível falar em racionalidade da hermenêutica filosófica, afastando a tese comum de que Gadamer é um antirracionalista) pressupõe, conforme o demonstrado, o reconhecimento (a) do ineditismo de cada ato de compreensão; (b) da conseqüente possibilidade de que uma compreensão nova insurja de um destes atos e (c) de que, nestas situações, a superação da tradição se apresenta como uma espécie de ônus da razão.

5.4 A leitura de Gadamer a partir de seu diálogo com Kant e Hegel

Para entender em linhas gerais o diálogo estabelecido por Gadamer com a obra kantiana é necessário recordar alguns pontos centrais do criticismo de Kant, em especial a ideia de pureza da razão (Kant, 2017), e, sob que circunstâncias Kant lida

com a ausência desta pureza em sua crítica estética, a crítica da faculdade de julgar (ou crítica do juízo) (Kant, 2016a). Deste modo, será possível demonstrar como Gadamer recusa a pureza das duas primeiras críticas, da razão pura teórica e a da razão pura prática, e cria pontes com a terceira crítica, mas não sem apartar dela aquilo que é incompatível com o seu próprio pensamento.

Como Joaquim Salgado (2012, p.16-17) aponta, a grande questão da analítica transcendental kantiana, e a preocupação da crítica da razão pura teórica, é entender como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*. Juízos são formulações do pensamento, que podem ser analíticos, quando apenas descrevem uma dada coisa, ou sintéticos, quando vinculam esta coisa a um atributo exterior a ela. O juízo também pode ser *a posteriori*, quando decorre de uma experiência possibilitada pelos sentidos, e *a priori* quando ele independente de qualquer experiência prática. Portanto, interessam a Kant na primeira crítica os juízos que acrescentam algo a um dado objeto e que não dependam dos sentidos (Salgado, 2012, p.15-16).

Já na crítica da razão pura prática, o objeto de investigação é o conjunto de regras do agir humano (Salgado, 2012, p.73). Kant defende a possibilidade da existência de uma moral universal, à qual qualquer indivíduo livre pode conhecer por meio da razão. É desta moral universal que podem ser extraídas máximas que indicam ao indivíduo como agir diante de uma situação prática. Nasce de tal pressuposto a possibilidade de um tipo de imperativo³⁷ meramente formal, desvinculado de qualquer finalidade e capaz de orientar qualquer conduta em qualquer situação, ao qual Kant (2007, p.50), em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, chamou de *imperativo categórico*. O imperativo categórico é o fruto de uma razão livre dos impulsos, paixões e outros condicionamentos dos sentidos (Kant, 2016b, p.41).

É possível notar que, tanto na crítica da razão pura teórica, com os juízos sintéticos *a priori*, quanto na razão pura prática, com o imperativo categórico, há a pressuposição de que o indivíduo pode, por meio da razão, se apartar do mundo e

³⁷ O conceito de imperativo e sua distinção de uma máxima podem ser melhor compreendidos na passagem na qual Kant explica: “A regra prática é sempre um produto da razão, porque ela prescreve a ação, como meio, em vista do efeito, como propósito. Mas para um ser em que a razão não é unicamente o fundamento de determinação da vontade essa regra é um imperativo, isto é, uma regra que é designada pelo verbo “dever”, que expressa a necessitação objetiva da ação e significa que, se a razão determinasse totalmente a vontade, a ação ocorreria infalivelmente segundo essa regra. Os imperativos valem, portanto, objetivamente e são totalmente distintos das máximas enquanto princípios subjetivos” (Kant, 2016b, p. 34-35).

silenciar seus impulsos sensoriais. Joaquim Salgado (2012, p.49) salienta que razão, para Kant, “em sentido amplo, envolve também o entendimento, mas somente na medida em que ele cria conceitos a priori, isto é, que têm origem nele mesmo e não na experiência”. Conforme o abordado anteriormente neste trabalho, isso para Gadamer é inconcebível, o *Dasein* não pode se desprender do mundo onde está desde sempre lançado, com efeito, não há possibilidade se falar em uma recepção da razão pura, livre da experiência, seja ela prática ou teórica, em Gadamer.

Na primeira parte de *Verdade e Método*, Gadamer (2015, p.16-17) introduz suas reflexões sobre adequação da hermenêutica para a interpretação das obras de arte e sobre como essa adequação valeria também para a compreensão no âmbito das ciências do espírito, e para tal ele retoma pontos importantes da crítica estética de Kant. Nesta parte da obra é possível entender que o texto kantiano funciona para ele como um paradigma, um ponto de partida, o que não difere da função que a tradição exerce em sua hermenêutica e, tal como no caso da tradição, o pensamento kantiano, apesar de paradigmático, não se apresenta como algo impossível de ser contornado.

Gadamer rejeita um dos pressupostos mais importantes da crítica estética de Kant, a cogencialidade, que é uma ideia segundo a qual “à genialidade da criação corresponde uma genialidade da compreensão” (Gadamer, 2015, p.100). É esta noção de cogencialidade que ajudou a sustentar por muito tempo o entendimento de que é possível acessar por meio da razão ou de algum outro modo a intenção do autor de uma determinada obra e que este acesso constitui o melhor meio para acessar a verdade subjacente a obra.

Gadamer (2015, p.104), ao negar a cogencialidade como pressuposto, não rejeita a crítica da faculdade de julgar como um todo, ele preserva a noção de mediação, que supõe a existência de um diálogo entre o intérprete e algo que existe para além dele, tendo a obra (que é linguagem) como um médium entre ele e os sentidos possíveis. Este algo que existe para além do intérprete em Gadamer não é a vontade do autor, mas a tradição como sedimentação de sentidos historicamente acumulados, como uma “pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado” (Gadamer, 2015, p.377).

A possibilidade de racionalidade em Gadamer, neste aspecto, escapa da ideia kantiana de razão, uma vez que para ele é impossível falar em uma razão livre da experiência, contudo, ele parte da terceira crítica, a da faculdade de julgar (que para

Kant não trata da razão, mas tão somente de um juízo reflexionante (Kant, 2016a, p.27-28), para tratar do modo próprio da reflexão em sua hermenêutica, o que neste trabalho se optou por chamar de racionalidade mitigada.

Como já mencionado, um dos conceitos mais importantes para se entender a hermenêutica filosófica é o de história efetual, que trata do modo como os efeitos da história percorrem o tempo e é através deles que o passado é constantemente revisitado no presente. Em *Verdade e Método I*, Gadamer explica este conceito a partir de um diálogo com a obra de Hegel, como se pode ler na seguinte passagem:

Podemos muito bem ressaltar que a consciência da história efetual forma parte, ela própria, do efeito, é preciso admitir que toda consciência aparece essencialmente sob a possibilidade de elevar-se acima daquilo que é consciência. A estrutura da reflexividade está dada fundamentalmente em toda forma de consciência. Deve valer também, portanto, para a consciência da história efetual. // Podemos formulá-lo também desta maneira: quando falamos da ocorrência da história efetual não nos encontramos necessariamente exilados na lei imanente da reflexão, que dissolve todo atingimento imediato como aquilo que é referido pelo nome de “efeito”? Isso não nos obriga a dar razão a Hegel? Não temos de conceber como fundamento da hermenêutica a mediação absoluta de história e verdade, tal como pensava Hegel? (Gadamer, 2015, p.447).

Para que seja possível entender de que modo Gadamer lida com as questões que ele mesmo apresenta, é necessário compreender, ainda que em linhas gerais, o que é a mediação absoluta da história e da verdade em Hegel para assim entender o que Gadamer (2015, p.453) quer dizer quando afirma que “precisamos determinar a estrutura da consciência efetual a partir da perspectiva de Hegel e procurando distingui-la de sua perspectiva”.

Hegel diferencia a razão do entendimento, enquanto este se ocupa de questões contingentes, fruto da experiência sensorial (é desta forma que Hegel enxerga a ciência), a razão se ocupa daquilo que é eterno, das verdades absolutas, sendo estas o objeto da filosofia (Salgado, 1996, p.41). Para ele, o absoluto pode ser alcançado quando o indivíduo compreende que nem a razão pura, nem a experiência sensorial dão conta de explicar a realidade: “Na lógica dialética, a Lógica da razão e não do entendimento, a totalidade do real está na identidade universal de ser e pensar” (Salgado, 1996, p.41).

Para Hegel, a verdade do mundo não pode ser resumida à eliminação das contradições, como se supunha na metafísica clássica, mas sim através do

reconhecimento da contradição como sendo parte das coisas no plano do absoluto. Apenas no âmbito da contingência, da finitude, as contradições podem ser eliminadas, no plano do absoluto, elas são “a própria essência da realidade enquanto pensada, no movimento interno de sua própria negação” (Salgado, 1991, p.45).

A história é, para Hegel, o onde no qual o absoluto se manifesta, a consciência de si. O estágio mais avançado da razão é capaz de unir a consciência do indivíduo à consciência, à razão, que se manifesta por meio da história, o que constitui um acesso ao universal a partir do individual, que se dá de forma circular, a compreensão do universal retorna ao individual e assim sucessivamente, tornando possível a compreensão de que são, o indivíduo, a coisa e a história em que estão inseridos, uma coisa só (Hegel, 2014, p.176).

Vem também de Hegel a noção de uma história e de um tempo que transcende uma noção de tempo linear, que pode ser explicado como uma progressão entre passado, presente e futuro. Em Hegel, a noção de absoluto faz com que estes três tempos sejam parte de algo único, que se retém e permanece, como se passado e futuro estivessem de algum modo presentes na ideia daquilo que se entende como presente, e que Hegel (2014, p.89) chama de “aqui”:

O aqui indicado, que retenho com firmeza, é também um este aqui que de fato não é este aqui, mas um diante e atrás, um acima e abaixo, um à direita e um à esquerda. O acima, por sua vez, é também esse múltiplo ser-Outro, com acima, abaixo, etc. O aqui que deveria ser indicado desvanece em outros aqui; mas esses desvanecem igualmente. O indicado, o retido, o permanente, é um este negativo, que só é tal porque os aqui são tomados como devem ser, mas nisso se suprassumem, constituindo um complexo simples de muitos aqui.

Esta ideia de um passado que se prolonga no tempo produzindo efeitos é a base para a concepção gadameriana de história efetual. Contudo, tal como acontece com a leitura da terceira crítica de Kant, aqui também Gadamer não recepciona a tese em sua completude, em suas próprias palavras, o seu propósito não é o de um abandono irracional do idealismo especulativo hegeliano, mas de reter o que for verdade neste pensamento (Gadamer, 2015, p.449).

E o que Gadamer rejeitará é a noção de que se pode, por meio da razão, conhecer o absoluto que se manifesta na história. Sendo importante frisar que o que ele nega não é a possibilidade de existência deste absoluto, mas a possibilidade de

ele ser conhecido por meio da razão. Ele explica o modo como se dá a reflexão em uma situação na qual o absoluto não está acessível:

A experiência só se atualiza nas observações individuais. Não se pode conhecê-la numa universalidade prévia. É neste sentido que a experiência permanece fundamentalmente aberta para toda e qualquer experiência – não só no sentido geral da correção dos erros, mas porque a experiência está essencialmente dependente de constante confirmação, e na ausência dessa confirmação ela se converte necessariamente noutra experiência diferente (*ubi reperitur instantia contradictoria*) (Gadamer, 2015, p.460).

A noção do indivíduo/intérprete como alguém lançado ao mundo e que não pode se desprender metodologicamente deste mundo e da tradição na qual está inserido, implica em uma capacidade de compreensão limitada pela estreiteza dos horizontes particulares e também pela finitude da existência (Gadamer, 2015, p.487). Não é um disparate afirmar que o que Gadamer faz é substituir a possibilidade do espírito absoluto hegeliano pelo *Dasein* de Heidegger, mas sem renunciar à explicação que Hegel dá sobre o modo de acontecer da história e sobre a permanência dos seus efeitos no “aqui”, e, principalmente, sobre a natureza dialética da compreensão (Gadamer, 2015, p.469-470).

É a dialética de Hegel que melhor explica o embate entre os sentidos da tradição e a perspectiva individual do intérprete que resulta na fusão de horizontes. É fruto também de uma leitura da dialética hegeliana a ideia de um modo de compreensão que entende que a tradição não pode ser simplesmente ignorada ou descartada pelo intérprete (Gadamer, 2015, p.471), e que apesar disso essa tradição pode ser superada por sentidos novos (Gadamer, 2015, p.471), advindos de um horizonte ampliado, que se fundem aos sentidos sedimentados produzindo algo novo, a partir da negação da negação.

Racionalidade mitigada - Gadamer não usa em nenhum momento este conceito e esta ideia provavelmente soa estranha a uma grande parte de seus intérpretes e comentadores. No entanto, tendo como ponto de partida as considerações feitas por Ricardo Henrique Carvalho Salgado acerca da influência kantiana na hermenêutica filosófica e sobre a ancoragem do pensamento gadameriano não apenas em Heidegger, mas também em Kant e Hegel (Salgado, 2008; 2018, p. 33-74), é plausível argumentar que há na reflexão, que sucede o ato de trazer a tradição para diante de si (Gadamer, 2011, p.288), um modo de racionalidade que não é razão pura kantiana,

não é a cogencialidade defendida por Kant na terceira crítica, nem tão pouco a razão absoluta de Hegel, mas que parte de tais construções para propor um modo outro de racionalidade.

Gadamer dedica muitas páginas de *Verdade e Método I* ao diálogo com as obras de Kant e Hegel. No prefácio da segunda edição ele reconhece a incontornabilidade e a importância de ambos para o seu pensamento:

Nos trabalhos que surgiram neste meio tempo, sobretudo nos relatos de minhas investigações *Hermenêutica e historicismo* e *Die phänomenologische Bewegung*, continuo afirmando que a Crítica da Razão Pura, de Kant, continua sendo obrigatória para nós e que considero-as como meras determinações liminares todas as proposições que para mais nada servem a não ser para acrescentar, pelo pensamento e de modo dialético, o infinito ao finito, o ente em si ao que é experimentado humanamente, o eterno ao temporal. A partir delas, pela força da filosofia, não se poderá desenvolver nenhum conhecimento próprio. Mesmo assim, a tradição da metafísica e especialmente a sua última grande formulação, a dialética especulativa de Hegel, mantém uma proximidade constante. A tarefa, a “referência infinita”, continua de pé. Mas seu modo de demonstrar procura fugir de ser encaixada na força dialética hegeliana e até da “lógica”, nascida da dialética de Platão. Busca fincar pé no movimento da conversação, pois é só nela que a palavra e o conceito vêm a ser o que são (Gadamer, 2015, p.24).

É desta proximidade mencionada por Gadamer que é possível extrair a noção de que há em sua hermenêutica um modo de racionalidade decorrente da compreensão do indivíduo como *Dasein* dialeticamente fundida ao que sobra de sua recepção dos pensamentos de Kant e Hegel, por isso, Ricardo Salgado (2018, p.43) acerta ao apontar Heidegger, Kant e Hegel como as três principais fontes da hermenêutica filosófica.

Gadamer recusa a possibilidade de uma razão pura, ao assumir a tese heideggeriana do indivíduo como *Dasein*, recusa a cogencialidade, e a ideia hegeliano do absoluto, mas, ele não renuncia ao que sobra, o que fica evidente em diversas passagens de *Verdade e Método*, como, por exemplo, no fato de que o ponto de partida para a tese acerca da interpretação estética desenvolvida na primeira parte do livro é a *Crítica da Faculdade de Julgar* de Kant; e de que a compreensão tanto dos efeitos da história quanto da natureza dialética da fusão de horizontes vem de Hegel (Salgado, 2018, p.108-109).

Este modo de racionalidade, que aqui foi chamado de racionalidade residual ou mitigada, pressupõe uma postura ativa do intérprete, que, mesmo estando incapaz de se apartar metodologicamente dos sentidos da tradição, pode pôr os sentidos desta mesma tradição em revista, e, ainda que não possa, por meio de uma razão absoluta, ter acesso ao todo da história, pode acessar aquilo que lhe é contingente, bem como os sentidos sedimentados, e, deste modo, pode identificar aquilo que perdura no tempo e possíveis razões para estes sentidos continuem deste modo ou para que sejam finalmente superados dialeticamente.

A compreensão de que há um modo de racionalidade na reflexão e que ela não é uma postura recessiva do intérprete, aliada à noção de que existe uma racionalidade residual é capaz de proporcionar, constitui, por fim, um forte argumento contra as contundentes críticas recebidas por Gadamer, que o acusavam de sujeição aos sentidos da tradição. É esta racionalidade que permite que o intérprete, inserido na lógica da conversação, possa distinguir preconceitos legítimos de ilegítimos e sentidos da tradição que devam ser superados daqueles que devam ser mantidos, é ainda essa mesma racionalidade que permite reconhecer e assumir como verdade a “permanência hesitante de algo durável” (Gadamer, 1985, p.79).

6. Emilio Betti e a proposta de uma hermenêutica procedimental

Abordados os fundamentos filosóficos da hermenêutica, passa-se agora à tentativa de estabelecer um diálogo entre tais fundamentos e a hermenêutica jurídica conforme trabalhada por autores do Direito. Aqui, é necessário que se faça um breve esclarecimento acerca da opção entre fazer tal abordagem antes ou depois de se analisar os pressupostos da hermenêutica filosófica gadameriana. A escolha foi feita a partir da resposta dada para a seguinte pergunta: a hermenêutica filosófica, que trata das condições de possibilidade da compressão em geral, contém ou está contida na hermenêutica jurídica?

A resposta parece simples, e neste aspecto Schleiermacher (2015, p.67), estava certo, a hermenêutica jurídica é um tipo especial da hermenêutica geral. Deste modo, é mais plausível partir do geral para o especial, é o que foi feito. Contudo, há aqui uma particularidade que precisa ser explicada: Não se trata apenas de pensar a interpretação jurídica a partir das condições da interpretação geral, que engloba também a filológica, a das artes plásticas, a bíblica, dentre outras, mas de entendê-la, em alguns aspectos como um caso à parte.

Há no Direito algo que o distingue dos demais campos de natureza interpretativa, que é a presença da coerência não apenas como um valor desejável, mas como dever, um dever que decorre daquilo que Dworkin chamou de responsabilidade política³⁸ do juiz e que Lenio Streck classificou como decorrente de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada³⁹. O dever de

³⁸ Dworkin descreveu o que chama de responsabilidade política nos seguintes termos: “Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. A doutrina parece inócua nessa forma geral, mas ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas” – (Dworkin, 2014, p.137).

³⁹ Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria “*law as integrity*” de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as ‘contingências’ do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a ‘interpretação’ da ‘aplicação’ (daí a noção de *applicatio*, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *applicatio*).

buscar a resposta correta, sendo que esta é a resposta coerente com a constituição, primeiramente, e com o restante do ordenamento, por extensão, é um dever que deve acompanhar o ato interpretativo, e, sendo assim, faz sentido pensar tais condições como atreladas à compreensão no modo em que ela se dá, conforme explicado pela hermenêutica filosófica.

Um dos debates que marcaram a filosofia do Direito no século XX e que ainda não se encontra pacificado diz respeito a este dever de perseguir uma interpretação correta, à historicidade da norma jurídica, à possibilidade de que um determinado comando normativo adquirira sentido diverso do original no decorrer do tempo. Com a superação do positivismo de cunho formalista exegético do século XIX⁴⁰, a solução apontada para tal problema passou ora pela reconstrução da vontade do legislador originário, ora pela vontade solipsista do intérprete, ora pela vontade da comunidade no seio da qual a interpretação se dá.

Neste e no próximo Capítulos serão abordadas duas teorias que de algum modo reconhecem a historicidade dos sentidos das normas jurídicas e rejeitam o reconstrutivismo psicologista como meio se chegar a uma interpretação legítima. A primeira destas teorias foi proposta pelo jusfilósofo italiano Emilio Betti, a segunda é a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Neste Capítulo serão abordados alguns pontos da teoria geral da interpretação de Betti, com o objetivo de demonstrar o porquê de ela ser insuficiente para resolver o problema que deu ensejo a este trabalho.

A controvérsia sobre a possibilidade de variação dos sentidos das normas jurídicas no tempo não é recente. Se na hermenêutica moderna, em especial nas obras de Schleiermacher e Dilthey, o que predominou foi a ideia de que a interpretação correta deve sempre retomar a intenção do autor da obra, no caso do Direito, a intenção do legislador, é possível afirmar que nem sempre foi assim. No período clássico, mais especificamente na Roma antiga, essa ideia não era dominante, o que fica evidente nos cânones hermenêuticos da civilística, conforme demonstra Joaquim Carlos Salgado (2017, p.195):

Na técnica interpretativa, são por demais conhecidas as regras dos juriconsultos sobre o procedimento hermenêutico, algumas editadas nas Regras de Justiniano, no Digesto. Dentre essas regras, algumas

⁴⁰Acerca das diversas correntes do positivismo jurídico, recomenda-se o verbete “Positivismo” do Dicionário de Hermenêutica de Lenio Streck (2017, p.159-210).

foram consideradas verdadeiros cânones hermenêuticos, na visão autorizada de Betti, construindo categorias de uma teoria geral da hermenêutica.

O primeiro destes cânones é o da *Autonomia*, segundo o qual se deve buscar precipuamente a vontade da norma (*voluntas legis*) e não a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) (Salgado, 2017, p.196). O segundo cânon é o da *Coerência*, nele já é considerada uma historicidade dos sentidos da norma, e, para ele, na interpretação, para não se incorrer em incivildade, dever-se-ia considerar a totalidade do texto da lei e não apenas uma parte dela (Salgado, 2017, p.203). O terceiro cânon é o da *Atualidade* e é nele que a historicidade realmente se manifesta, para ele a interpretação deve considerar a “evolução, o desenvolvimento sociocultural da realidade à qual a norma será aplicada, tendo em vista esse momento da aplicação” (Salgado, 2017, p.207).

Quem é o responsável por atualizar estes cânones já no século XX é o italiano Emilio Betti (1890-1968). Em sua obra *Interpretação da lei e dos atos jurídicos* (Betti, 2007, p.23-47), ele se propõe a criar uma teoria geral da interpretação, de caráter técnico, capaz de funcionar como um método cujo objetivo é o de apontar qual a melhor interpretação de uma norma.

Inspirado pelos cânones romanos, Betti (Salgado, 2017, p.194) reconhece a historicidade das normas jurídicas (Salgado, 2017, p.29-36), rejeita as teses de cunho psicologista que buscam remontar a vontade do legislador (Salgado, 2017, 203-214), mas acaba pecando ao ceder ao problema da discricionariedade (Salgado, 2017, p.71-76), o que pode ser entendido como uma decorrência da tentativa de propor um método, um mero procedimento, que falha por não ser capaz de abarcar a complexidade da condição do intérprete, tão bem demonstrada por Heidegger e Gadamer.

A teoria geral da interpretação de Betti deve ter sua relevância e sua influência reconhecidas, bem como seu esforço em desenvolver um procedimento complexo de interpretação, ela, no entanto, falha precisamente nos momentos em que recorre à discricionariedade. Deste modo, por mais que o autor reconheça pressupostos que são de grande relevância para esta pesquisa, sua teoria se mostra insuficiente, o que Gadamer (2008, p.31) reconhece quando afirma que:

O objetivismo ingênuo, por meio do qual ele [Betti] buscou distinguir a interpretação científica obrigou-o a afastar daí completamente outras formas da interpretação, ou seja, a afastar a interpretação criadora – ao invés de reconhecer justamente a indissolubilidade da compreensão e interpretação em todas elas. [...] O momento querigmático para os teólogos e a aspiração por uma solução justa para os juízes e para o tribunal permanecem normativos no mesmo sentido. Isso deixa claro que o conceito de objeto e de objetividade não é suficiente, quando o que está em questão não é o domínio de um objeto e a superação de uma resistência, mas a reconquista de uma participação no sentido. É isso, porém, que denominamos compreensão.

É necessário evidenciar alguns pontos de divergência entre o modo como Betti se apropria dos cânones da hermenêutica romana e a hermenêutica proposta por Gadamer. O primeiro ponto a ser considerado é o de que Gadamer, diferentemente de Betti, conseguiu compreender a chamada virada linguístico-hermenêutica da filosofia, que supera tanto a metafísica clássica, quanto o paradigma da filosofia da consciência.

Betti ainda acredita na possibilidade de uma racionalidade universal, por isso lhe parece plausível retomar a máxima de Celso, segundo a qual: “*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (saber a lei não é reter suas palavras, mas sua força e seu poder). Como Salgado (2017, p. 187) observa:

A voluntas legislatoris transmutada na *voluntas legis*, que por sua vez se revela pela *ratio legis*, constituem elementos centrais do processo de hermenêutica, cuja finalidade é a solução justa, pela unidade do momento da existência empírica da *lex*, *voluntas*, e pela sua essência ideal, o *ius*, dado pela *ratio*.

Nesta passagem, fica evidente a ideia de que é possível se pensar em uma essência passível de ser verificada pela razão, essa ideia não funciona desatrelada de alguns pressupostos, dentre eles o de que o legislador age de forma racional e de que o intérprete também irá fazê-lo. O problema, contudo, transcende a noção de vontade ou de disposição, trata-se de questionar se é de fato possível a existência dessa razão transcendente, que seja capaz de captar e preservar um sentido ideal que está para além do texto. A concepção do juiz como um terceiro isento depende da aceitação de que essa racionalidade é possível.

Quando se parte do princípio de que esta racionalidade existe, sem que ela de fato exista, o que se faz é abrir caminho para que o juiz, que sempre está sujeito às

suas pré-compreensões e não é plenamente isento, possa impor na interpretação as suas próprias razões. Sendo de tal modo, a noção de que o Direito deva ser atualizado, com base neste tipo de racionalidade, acaba sendo um modo de delegar ao juiz um poder legislativo, que fica evidente uma vez que o que é considerado não uma acumulação de sentidos no tempo, não é um passado que se faz presente como história efetual, mas a adoção de um sentido original como paradigma, é o passado trazido ao presente, mas, como Gadamer (2015, p. 404-405) demonstrou, isso não é possível, pois não existem horizontes por si mesmos, não existe um horizonte histórico a ser conquistado.

Gadamer, ao reconhecer a condição originária do *Dasein*, assume a impossibilidade da existência de um terceiro totalmente isento, que a atividade legislativa nem sempre ocorre guiada por princípios racionais e que não algum tipo de racionalidade capaz de garantir a recuperação de um sentido originário⁴¹. Na hermenêutica filosófica a fusão de horizontes não ocorre entre o horizonte do intérprete e aquele representado pelo sentido original da norma (*ratio legis*), mas entre o horizonte do intérprete e o dos sentidos sedimentados no tempo (o da tradição), o passado não é trazido ao presente, ele já se faz presente como história efetual⁴².

Ao contrário do que Salgado (2017, p. 193) afirma, Betti não superou a dificuldade posta por Gadamer ao propor uma técnica, supostamente científica, para a interpretação. O problema não é o mesmo entre Gadamer e Betti porque estes autores partem de pressupostos distintos, conforme o demonstrado. A solução de Betti

⁴¹ Acerca do apelo de Betti à racionalidade como caminho para alcançar a essência em uma interpretação, Gadamer fez a seguinte observação: “Na era da tecnocracia e da burocracia, dos meios de comunicação de massa e da reprodutibilidade técnica, da literatura engajada e da antiarte, do *pathos* emancipatório e da decadência da autoridade, o apelo a uma concordância que dá sustentação a tudo se parece com um falso romantismo. Em verdade, podemos reconhecer que a efetividade das instituições sociais tanto quanto os derradeiros valores fundamentais de nossa existência não estão eles mesmos submetidos à racionalidade científica. Todavia, a postulação de uma concordância em relação a essas coisas parece antes emergir de uma opção conservadora de que de uma intelecção filosoficamente fundamentada” (Gadamer, 2008, p.100).

⁴² É importante destacar ainda o quão relevante é para suas respectivas teorias a diferença entre o modo que Gadamer e Betti entendem a interpretação. Este último a divide em estágios, primeiro se interpreta para depois aplicar, enquanto Gadamer entende que não interpretação sem aplicação, e é por conta disso que não é possível primeiro acessar racionalmente um sentido original da norma para depois trazê-lo ao presente e atualizá-lo se necessário, para Gadamer não existe este sentido transcendente apartado da prática. O primeiro contato com a situação hermenêutica já traz impregnado sentidos que constituem a pré-compreensão. O que Betti supõe ser um acesso à essência da norma já é em si o resultado de uma fusão de horizontes, ainda que não refletida.

se mostra insuficiente para resolver o problema e isso ocorre porque ele pressupõe a existência de um tipo de razão que a condição do *Dasein* torna impossível. A teoria geral da interpretação de Betti auxilia na solução de casos simples, mas não dá conta de resolver casos complexos sem recurso à discricionariedade. Vale lembrar que a mutação constitucional diz respeito a casos complexos.

É necessário salientar que não se trata aqui de negar a importância do esforço de Betti, mas de demonstrar que a técnica proposta por ele não é adequada para resolver o problema que aqui se encontra posto. Apesar de sua hermenêutica reconhecer pontos importantes como a impossibilidade de acessar a vontade do legislador e mesmo o fato de que sentidos mudam no tempo, as soluções por ele propostas são incapazes de eliminar a discricionariedade, que representa o maior desafio em se tratando do problema da mutação constitucional.

7. A “responsabilidade política” do juiz e a busca pela resposta correta

Neste capítulo será abordada a tese de Ronald Dworkin (1931-2013) do Direito como integridade (Guest, 2010, p.51-52). Será proposto um diálogo entre a obra deste importante jusfilósofo estadunidense e a de Gadamer a partir de três aspectos: (I) o caráter interpretativo do direito; (II) a possibilidade de se falar em uma verdade que se desvela a partir da própria prática, (III) a historicidade dos sentidos atribuíveis em cada situação hermenêutica e (IV) rejeição do psicologismo como paradigma interpretativo.

É importante salientar que estes aspectos também se encontram, de algum modo, presentes em Betti, mas as respostas dadas pelo americano, diferente das dadas pelo italiano, são substancialmente mais compatíveis com os pressupostos filosóficos da hermenêutica gadameriana, e, deste modo, mais adequadas para o problema da mutação constitucional.

Dworkin aborda a interpretação jurídica a partir de uma perspectiva normativa, para ele, a responsabilidade política (Motta, 2011, p.52) só existe porque há uma opção, também de natureza política, pelo estado democrático de direito (Dworkin, 2010, p.3-51); enquanto que Gadamer o faz, não da perspectiva de um dever ser, mas sob a influência de uma ontologia, a ontologia da faticidade trazida de Heidegger (Gadamer, 2007a, p. 89-108), apesar disso, o que proponho não é que o dever ser seja posto à frente do ser, uma vez que se as condições do ser devem ser pensadas a partir de uma limitação prévia de sentido, que se apresenta como uma obrigação, da qual o intérprete não deve (ou ao menos não deveria) se afastar.

Esta noção é de grande relevância e será retomada na parte final deste trabalho, quando serão apontados os possíveis critérios de plausibilidade da mutação constitucional. Ela será importante pois permitirá o entendimento de que, apesar de obtidos a partir do entendimento de que a compreensão se dá sempre a partir de uma fusão de horizontes (conceito já explicado anteriormente no Tópico 5.2 deste trabalho), os critérios não advêm da mera reflexão filosófica, mas do interior da própria prática do Direito.

Ressalta-se, no entanto, mais uma vez, que não se trata também de obter uma teoria da decisão a partir de Gadamer, mas de usar Gadamer para compreender uma teoria da decisão que leve em consideração o caráter histórico da interpretação. É importante ressaltar, ainda, que o diálogo proposto entre a teoria do direito como integridade de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer não parte de uma

suposição de que Gadamer tenha sido uma influência direta de Dworkin ou que este tenha mantido uma interlocução direta com a obra daquele.

O que se pretende demonstrar é que dado o caráter histórico e interpretativo que, Dworkin reconhece existir no Direito, há uma compatibilidade entre as obras de ambos, que, como será demonstrado nos tópicos seguintes, pode ser observada em diversas passagens da obra do jusfilósofo estadunidense, em especial em sua metáfora do romance em cadeia.

7.1 A tese dworkiana do direito como integridade

Para uma melhor compreensão dos aspectos do pensamento de Dworkin que serão abordados neste e no tópico seguinte, optou-se por primeiramente apresentar a metáfora do romance em cadeia, proposta pelo autor no texto *De que maneira o Direito se assemelha à Literatura*, presente no livro *Uma questão de princípio* (Dworkin, 2019, p. 217-249). Essa metáfora é capaz de ilustrar tanto a noção de integridade defendida por Dworkin quanto a historicidade dos sentidos atribuíveis a uma norma.

Dworkin propõe que se imagine um romance escrito a várias mãos, cada autor é responsável por escrever um parágrafo e para tal ele precisa manter a coerência com o que foi escrito antes dele e também se preocupar com o que será escrito na sequência, de modo que ao final o conjunto da obra possa ser reconhecido como criação de um único autor (Dworkin, 2014, p. 271; 273). O legislador pode ser entendido como o primeiro autor da cadeia, ele é dotado de uma maior liberdade, contudo, a própria ideia de que o texto que será escrito é romance já traz consigo algumas limitações formais e materiais, um paralelo, que não está dado na obra dworkiniana, pode ser feito entre estas limitações, às quais o primeiro autor da cadeia está sujeito, e as limitações impostas pela Constituição à atividade legislativa.

Os juízes responsáveis por aplicar a norma são equiparados aos autores que são responsáveis por dar continuidade à narrativa. O dever de coerência que incide sobre eles exige que eles observem o todo da história, neste caso, o todo do ordenamento. Se um autor do meio da cadeia deixa de observar o dever de coerência, a história pode tomar outro rumo, deixando de ser o que era até então, o que inviabilizaria todo o romance, a menos que os rumos sejam de algum modo corrigidos.

A coerência não deve ser apenas em relação ao primeiro ou ao parágrafo antecedente, mas em relação ao todo, e isso significa dizer que, para Dworkin, a integridade não leva em consideração, tal como a hermenêutica de Betti, apenas um momento tomado como paradigma, mas a evolução dos sentidos no tempo, a sedimentação (Dworkin, 2014, p. 416; 419). O que chega para o autor do meio da cadeia, não é a intenção dos autores que o antecedeu, nem tão pouco uma razão transcendental que diz o que o romance deve ser, mas apenas o texto e os sentidos que traz consigo, o que significa dizer que a resposta sobre o modo adequado de continuar a narrativa deve ser encontrada no próprio texto, ou, no caso do Direito, no interior da própria prática em que o Direito está inserido, no interior de uma comunidade de princípios (Dworkin, 2014, p. 413-415).

Conforme mencionado, o autor do meio da cadeia deve se preocupar ainda com a continuidade da história. Ele não pode considerar que sua vontade é terminativa, ou em outras palavras, o seu escrito não pode pôr fim ao romance (Streck, 2023, p. 146, p.148).

Feita a ilustração, passa-se agora a uma melhor explicação sobre os pressupostos e implicações da ideia do Direito como integridade, que deve ser compreendida como uma limitação à atribuição de sentidos, com uma recusa da discricionariedade, sem que para isso seja necessário negar a historicidade inevitável dos sentidos das normas jurídicas (Dworkin, 2014, p. 416; 419).

É a noção de integridade do Direito que permite que o círculo hermenêutico, diferentemente do que acontece em outras situações interpretativas, possa ser fechado. Na interpretação jurídica, o círculo não tende ao infinito quando se realiza o movimento de ir da parte para o todo e do todo para a parte, o todo aqui diz respeito ao interior da própria prática, da comunidade de princípios, ou para recorrer à metáfora, aos capítulos já escritos do romance.

O dever de coerência é o que permite Dworkin afirmar que em toda situação hermenêutica sempre existirá uma resposta correta, o que pode também ser entendido não como uma única resposta correta, que esteja transcendente e que deva ser, de algum modo, acessada pelo intérprete; mas sim uma resposta mais correta que as demais. Se por exemplo, um dado caso oferece três alternativas possíveis, uma dessas três será necessariamente mais coerente que as outras, esta, naquela dada situação, é a resposta correta (Streck, 2017, p.255-257).

Sobre o juiz incide o dever de buscar a resposta mais correta, ou, nos termos usados por Lenio Streck, a resposta mais adequada à constituição. Esta resposta precisará ser condizente não apenas com a norma específica que regula o caso em análise, mas com o ordenamento como um todo coerente e sem lacunas. É ao dever de buscar esta resposta que Dworkin chamou de responsabilidade política, que deve ser lido como um dever de não atuar de forma discricionária, salvo quando a própria norma põe a discricionariedade como modo de ação.

Em conformidade com o defendido por Dworkin na introdução do livro *A justiça de toga*, o Direito deve ser entendido como uma prática interpretativa, o que quer dizer, primeiro, que o sentido não está dado na norma, ou que existem situações em que, dada a simplicidade do texto da lei, não é preciso interpretar, apenas aplicar (aqui cabe lembrar que Gadamer demonstrou que não existe interpretação sem aplicação, mas, na esteira de seu próprio pensamento, é possível argumentar também que não existe aplicação sem interpretação, dado que a própria condição do *Dasein* no mundo já é, em si, interpretativa); e, em segundo lugar, que a interpretação do Direito não pode decorrer de um mero ato de vontade, ou, em outros termos, o Direito não é, de forma simplista, o que os juízes dizem que ele é.

A noção do Direito como integridade pressupõe, portanto, o reconhecimento de que nem o legislador, nem o juiz, são proprietários dos sentidos das normas. Há um todo em relação ao qual tantos os sentidos atribuídos pelo legislador na criação legislativa, ainda que em menor grau, quanto os sentidos atribuídos pelos juízes nos casos concretos, precisam estar coerentes.

Os princípios jurídicos e sua normatividade constituem na obra de Dworkin não um modo de ir além do sentido da regra, pelo contrário, eles funcionam como um tipo de limitador, são eles que conferem a liga que dá integridade ao todo do ordenamento. E, eles não vêm de uma abstração racional, ou da natureza, são oriundos do interior do próprio ordenamento e constituem *standards* (Dworkin, 2010 p. 35-46), são fundamentados em razões substanciais e, deste modo, são capazes de apontar a resposta correta na prática jurisdicional.

7.2 A historicidade do Direito na obra de Ronald Dworkin

Na alegoria do romance em cadeia abordada acima já fica evidente a historicidade dos sentidos das normas jurídicas, tais sentidos não são estáticos, eles

se aprimoram à medida em que o romance vai sendo escrito. Em consonância com o demonstrado por Gadamer, conforme o demonstrado no Capítulo 5, Dworkin não está preocupado em recuperar ou preservar um sentido originário, mas garantir uma forma outra de verdade, que é a que se ampara na coerência e na integridade do Direito como um todo, sendo que este todo não supõe apenas uma fotografia do ordenamento tal como ele está agora, mas a sua vida no tempo (Dworkin, 2010 p. 416).

As implicações desta noção de historicidade à qual Dworkin adere se fazem presente em outras passagens de sua obra, sendo que elas já se encontravam no texto *Modelo de regras I*, presente em seu primeiro livro, intitulado *Levando os direitos a sério*, de 1977, onde ele defende:

Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação [...]. Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo (Dworkin, 2010 p. 59-60).

A mesma ideia de historicidade dos sentidos aparece no texto *As leis*, presente na obra *O império do Direito*, de 1986, onde Dworkin, ao tratar do método de interpretação do juiz Hércules, afirma:

À medida que o tempo passa e a lei deve ser aplicada em outras circunstâncias, os juízes se veem diante de uma opção entre aplicar a lei original, com o significado que sempre teve, ou emendá-la às ocultas para atualizá-la. Esse é o dilema que, como frequentemente se imagina, as antigas leis apresentam: diz-se que os juízes devem escolher entre a mão morta, porém legítima, do passado e o encanto claramente ilícito do progresso. O método de Hércules desafia esse aspecto da teoria da intenção do locutor juntamente com todo o resto. Rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo – e o único – significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estenda para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando (Dworkin, 2014, p.416).

Entendimento que logo adiante no mesmo texto ele reitera:

Assim, Hércules prestará cada menos atenção ao histórico legislativo original, e aqui, mais uma vez, seu método contraria com a teoria da intenção do locutor, que se ocupa apenas com as declarações contemporâneas à promulgação da lei. Hércules interpreta a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível, é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Não emenda leis antiquadas para adaptar-se a novos tempos, como sugeriria a metafísica da intenção do locutor. Reconhece em que se transformaram as velhas leis desde então (Dworkin, 2014, 418-419).

Abordaremos aqui, de forma breve, a forma com que tais concepções se manifestaram na obra de Dworkin através da análise dos argumentos oferecidos por ele em resposta às críticas apresentadas por Joseph Raz (1986, p.1103-1120), que defendeu que o sentido da norma está na vontade originária (entendida não como a vontade de um legislador em especial, mas a vontade institucional), e por Stanley Fish (1980; 1989, p. 372-398), que, em momentos distintos, acaba representando as outras duas concepções, em um primeiro momento a de que a vontade do intérprete deve prevalecer, e em um segundo momento a de que o intérprete atua no interior de uma comunidade e sua interpretação estará sempre sujeito à interpretação comunitariamente compartilhada.

A resposta dada por Ronald Dworkin a Raz e a Fish constitui uma poderosa crítica aos modelos originalistas que buscam reconstituir a vontade do autor original e teses que apelam à vontade da comunidade como um parâmetro interpretativo. É possível afirmar que o que difere as teses de Dworkin dos argumentos de seus debatedores se encontra na noção do Direito como integridade e também em seu reconhecimento da historicidade dos sentidos atribuíveis a uma norma jurídica no tempo, aspectos que tornam possível, conforme já apontado, se falar em uma compatibilidade entre as suas teses e a hermenêutica filosófica gadameriana.

Em seu texto *As leis*, Ronald Dworkin (Dworkin, 2014, p.377-424) tem um objetivo claro, o de contrapor as teses originalistas, segundo as quais a melhor interpretação jurídica é aquela que busca descobrir qual a intenção do autor da norma. O originalismo é a base da argumentação de Joseph Raz (1986, p.1103-1120) no texto Dworkin: *A New Link in the Chain*, no qual ele tece duras críticas à historicidade da interpretação presente na alegoria dworkiniana do romance em cadeia. É em resposta a ele, apesar de não citado, que *As leis* foi escrito, a resposta, no entanto, acaba oferecendo contraponto também às teses de Stanley Fish, outro autor com o qual Dworkin manteve um importante debate.

Dworkin (2014, p.377-382), em seu texto, traz a reflexão para o campo prático, e para ilustrar a falibilidade da tese de Raz, ele traz à cena dois personagens, o juiz Hércules, e aquele que tenta aplicar teses originalistas como a raziana, o juiz Hermes. A questão sobre a qual precisam decidir é aparentemente simples, mas bastante controversa: Uma autoridade pode interromper a construção de uma barragem com base na lei de proteção das espécies ameaçadas, uma vez que depois de pronta a barragem pode fazer com que um pequeno peixe, o *snail darter*, seja extinto? (Dworkin, 2014, p.377).

Para decidir o caso, Hermes parte da tese da vontade do autor original, mas já de início enfrenta inúmeros problemas para identificar quem seria este autor. Sem outra opção, como ponto de partida, ele escolhe uma das congressistas que aprovou a lei de proteção das espécies ameaçadas de extinção, a senadora Smith, e a partir daí ele primeiro tenta analisar suas esperanças e expectativas, mas conclui que isso é impossível. Ele passa então a tentar analisar convicções, mas reconhece que isso também não é possível (Dworkin, 2014, p.381-399).

Somente quando passa a compreender as convicções como comprometimentos assumidos (ele não usa estes termos) ele consegue avançar, e só a partir daí que, já livre da armadilha do psicologismo, abandona a senadora e parte para o coletivo, ao entender que o que precisa ser analisado são os comprometimentos assumidos não por apenas um congressista, mas pela legislatura (Dworkin, 2014, p.413-415).

Dworkin demonstra, através de uma experiência de tentativa e erro, que se dá no campo da prática e não da teoria, o quão as teses adotadas por Hermes são equivocadas, contudo é possível atacar as teses originalistas, como a de Raz (2009, p.265-298), de outra forma, a partir de uma perspectiva filosófica, tendo a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (2015) como principal referencial.

A obra de Gadamer, vale lembrar, se situa em um momento de ruptura de paradigmas, a chamada virada linguístico-ontológica (Oliveira, 2015). Diferentemente do indivíduo cognoscente do paradigma da filosofia clássica (centrado no objeto), que buscava uma essência do ser apartada de seu fenômeno; e do indivíduo situado no paradigma da consciência (centrado no próprio sujeito), que constrói em sua própria mente os sentidos; o novo sujeito, após a virada, se encontra lançado ao mundo juntamente com o objeto, não sendo possível separá-los (Stein, 2005, p.31-34). Deste modo, não haveria essências puras a serem alcançadas e os sentidos estão sujeitos

à historicidade e à faticidade, o que resulta num constante embate entre a tradição e o novo, o que Gadamer (2015, p.497-504) comparou a um jogo de pergunta e resposta.

Gadamer explica que o choque dialético entre a tradição e a faticidade ocorre por meio de uma fusão de horizontes. Todo ato de compreensão envolve o horizonte particular do intérprete, que é determinado pela posição em que ele se encontra e pelas suas vivências e crenças; e os horizontes advindos da tradição, aqueles que a coisa já traz consigo e que insurgem como limitadores de sentido. A compreensão ocorre quando estes dois tipos de horizonte se somam (soma entendida aqui não como adição matemática, mas como junção dialética), ou em outras palavras, quando o horizonte particular do sujeito lhe permite confrontar a tradição para reforçá-la ou para contrapô-la (Gadamer, 2015, p.404), ampliando deste modo o seu campo de visão.

Quando Hermes aposta na vontade do autor original, ele nega o caráter histórico da compreensão e a possibilidade de que o novo possa suprassumir dialeticamente o antigo, ele nega sobretudo a condição do sujeito cognoscente como *Dasein*, como alguém cuja percepção sempre estará condicionada pela posição que ocupa no mundo, tornando impossível que ele encontre um sentido puro, livre da influência dos seus horizontes particulares, e que remeta a uma vontade originária.

Quando se volta para a comunidade, Hermes nega novamente o caráter dialético ao não reconhecer que os sentidos compartilhados possam ser racionalmente questionados e superados, posição que remete a Fish (1980), que parece entender o sentido compartilhado como algo dotado de certa rigidez, não por estar correto, mas pela ausência de critérios de correção. Ele desconsidera que, apesar de nenhum indivíduo poder escapar dos sentidos da tradição, estes sentidos não são imutáveis nem unívocos, dado que não existe apenas um sentido identificável. Mesmo no interior de uma mesma tradição podem coexistir sentidos antagônicos que se encontram em permanente conflito.

Quando Hermes reconhece que não pode alcançar a partir de uma concepção psicologista as esperanças, as expectativas ou as convicções do autor original, o que ele está reconhecendo é que nem o paradigma da filosofia clássica nem o da filosofia da consciência podem ser aplicados. Mas, ao converter convicções no que pode ser classificado como compromissos institucionalmente assumidos, o que ele está fazendo é recorrer aos horizontes da tradição, ao que se encontra de fato assentado

e capaz de produzir efeitos. É neste ponto que Dworkin (2014, p.403) conclui que Hermes não é mais necessário, pois seu método já se tornou o método de Hércules.

Dworkin compreende, assim como Gadamer (2015, p.392), que não existe um sentido preso ao texto, a atribuição de sentido ocorre na interpretação, o que, conforme já pontuado, faz com que cada ato de interpretação seja inédito. Ainda que a vontade do autor original estivesse acessível e ainda que o intérprete pudesse se desprender de si mesmo, ela, a vontade do autor, pouco serviria, dado que o autor não é capaz de pensar em todas as possibilidades de aplicação.

Para solucionar o caso, Hércules recorre à noção do direito como integridade (Gadamer, 2015, p.404-405), segundo a qual a interpretação precisa ser coerente com o ordenamento, o que nada mais é que a aplicação do círculo hermenêutico, um movimento que caminha da compreensão da parte para a compreensão do todo, e novamente do todo para a parte.

Ao reconhecer que não existem sentidos fixos, Dworkin (Gadamer, 2015, p.416) assume a historicidade da interpretação e aceita a existência do embate dialético entre a tradição e o novo, o que já pôde ser observado em sua alegoria do romance em cadeia (Dworkin, 2019, p.217-249). Ele reconhece que o direito é mutável e que, ainda assim, é possível se falar em respostas corretas.

Gadamer ajuda a compreender os fundamentos filosóficos subjacentes às teses dworkinianas; Dworkin por sua vez nos permite compreender com maior clareza as possibilidades de aplicação da hermenêutica filosófica na interpretação jurídica.

8. A mutação constitucional como problema hermenêutico

Como se pôde observar a partir do que foi abordado nos Capítulos 1 e 2 deste trabalho, a aceitação de que a mutação constitucional possa decorrer de um mero ato de vontade do intérprete, e não de uma racionalidade capaz de recorrer a critérios de verdade, não é compatível com um modelo de democracia constitucional. Sendo reconhecida como nada mais que o resultado de um ato de vontade, a mutação constitucional se torna uma espécie de cheque hermenêutico em branco, uma delegação de poder tamanha, que permite que o intérprete/aplicador faça com ela o que quiser.

Sem a existência de critérios de verdade, ou, em outras palavras, sem a possibilidade de distinguir uma decisão que reconheça corretamente uma mudança de sentido de outra que o faça por um ato de arbitrariedade, não é possível se falar em segurança jurídica, tão pouco em uma compreensão da justiça como *maximum ético*, uma vez que se coloca em risco toda a noção de que hoje se tem de direitos fundamentais como sendo parte de um núcleo da Constituição intocável pelos mecanismos formais de reforma.

Com efeito, se se compreende que a mutação constitucional não pode decorrer de um simples ato de vontade, e ainda que não se pode congelar o sentido das normas no tempo, dado que a tentativa de preservar um dado sentido sem o reconhecimento da historicidade da própria interpretação seria de igual modo uma postura arbitrária, não resta outra possibilidade que não o entendimento de que a mutação deve decorrer de um ato interpretativo, tendo ela, assim, uma natureza essencialmente hermenêutica. A compreensão de que a mutação constitucional tem uma natureza estritamente interpretativa já se encontrava presente na obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a primeira autora de expressão que tratou especificamente do tema:

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em

momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (Ferraz, 1986, p.9).

Conforme o demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, o entendimento acima não foi o único a figurar na doutrina brasileira, tão pouco foi o dominante na prática jurídica, haja vista a posição de Uadi Lammêgo Bulos (1996, p.41-42), segundo a qual a limitação da mutação constitucional deveria ser a consciência do intérprete. A existência de uma discricionariedade, todavia, conforme já demonstrado, representa um risco para os direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual se pode concluir que não há possibilidade de alterações de sentido legítimas que não decorram da interpretação.

Por este motivo, para que se possa falar em critérios de plausibilidade, é preciso antes reconhecer que estes devam ser encontrados na própria interpretação. E, para que se possa falar em critérios de plausibilidade para a mutação constitucional, é imprescindível que a decisão que a reconheça encontre na própria situação hermenêutica os elementos para tal reconhecimento e não na vontade assujeitadora de um intérprete, que impõe sentidos sobre a coisa, ao invés de permitir que a coisa se mostre por si mesma.

O reconhecimento de que a mutação constitucional é, em si, um fenômeno interpretativo exige que sejam afastadas teses como a de Luís Roberto Barroso (2015, p.164), que diferencia a mutação constitucional da interpretação construtiva e da interpretação evolutiva, bem como a tese de Flávio Quinaud Pedron e Henrique Soares de Souza Silva (2021, p.258-259), segundo a qual a mutação constitucional é dispensável como categoria autônoma, por poder ser substituída pela interpretação construtiva defendida por Ronald Dworkin.

A defesa da manutenção da mutação constitucional como categoria própria, ainda que os pressupostos da interpretação construtiva possa ser aplicados a ela, pode ser feita a partir do argumento de que a categoria da mutação trata de um tipo específico de norma, o que faz com que mereça interesse especial e tratamento especial, dada a sensibilidade dos temas abordados e o rigor necessário para que uma alteração de sentido seja reconhecida sem que se tenha passado pelos mecanismos formais de reforma constitucional.

O ponto a ser defendido neste capítulo, no entanto, é o de que a mutação deva decorrer sempre de um ato de interpretação e não de um ato de vontade. Esta

compreensão afasta a legitimidade de atuações solipsistas de magistrados ou tribunais, uma vez que sujeita o reconhecimento da mudança de sentido a um modo de produção de verdade, um modo que traga consigo a possibilidade de erro, ou em outras palavras, a possibilidade de que a decisão que reconhece a mudança não seja em si mesma um critério de aferição da legitimidade.

Em se tratando de uma situação hermenêutica, é possível, na esteira da hermenêutica filosófica, compreender que existem interpretações corretas e incorretas. Cabendo, a partir daí, questionar em que circunstâncias é plausível que haja uma variação de sentido no tempo. Conforme demonstrado anteriormente, a aceitação da historicidade da compreensão é um dos pontos de distinção entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica pré-gadameriana presente em autores como Schleiermacher e Dilthey.

Também, conforme já abordado, Ronald Dworkin reconhece essa historicidade, ele também não acredita em sentidos que possam ser congelados no tempo, o que fica demonstrado sem margem para dúvidas em sua metáfora do romance em cadeia e está claramente demonstrado em outras passagens de sua obra, como nos textos *Modelo de Regas I* (Dworkin, 2010, p.59-60) e *As Leis* (Dworkin, 2104, p.419).

Em última análise, é desta possibilidade de variação de sentido que trata a discussão sobre a mutação constitucional quando se parte do pressuposto de que a mutação como mero ato de vontade é incompatível com a Constituição de 1988 e, ressalta-se novamente, com a própria noção de democracia.

No próximo Capítulo serão apresentados possíveis critérios de plausibilidade para a mutação constitucional, sendo necessário esclarecer, já de antemão, que o que se espera, mesmo em uma situação de plausibilidade da mutação constitucional, é uma continuidade do romance com coerência e integridade, e não aquilo que na linguagem literária e cinematográfica é chamado de *plot twist*⁴³.

⁴³ Na literatura e nos roteiros de filmes e séries, o *plot twist* é uma virada radical e inesperada na narrativa, o seu objetivo como elemento dramático é o de surpreender o espectador ao realizar uma das expectativas sobre o desenrolar da trama.

9. A possibilidade de se falar em critérios de plausibilidade

A hipótese inicialmente levantada, ainda na fase embrionária do projeto desta pesquisa, era a de que é possível apontar critérios de possibilidade para a mutação constitucional. Esta ideia, no entanto, foi descartada ainda na fase de elaboração do projeto. A ideia de critérios de possibilidade reivindicava uma objetividade que se mostrou incompatível com os pressupostos da hermenêutica filosófica. Se a historicidade da interpretação, explicada por Gadamer, abria caminho para o reconhecimento de que sentidos não podem ser congelados no tempo, esta mesma historicidade impedia que fossem apontados critérios fixos. É por isso que optou por falar em plausibilidade ao invés de possibilidade.

Estava, deste modo, posto o desafio de pensar critérios de plausibilidade capazes de levar em consideração a não universalidade dos objetos, a não imparcialidade dos sujeitos e a historicidade dos sentidos. Em primeiro lugar, tais critérios precisavam ser meramente formais; em segundo, eles precisavam nascer (ou melhor, ser identificados) no interior da prática social que produz o Direito e não fora dela; em terceiro, estes critérios, dada a observância da segurança jurídica, devem considerar a parte já escrita do romance e não encerrar a possibilidade da continuidade da narrativa; e, por último, tais critérios devem permitir que fossem identificados e repelidos os atos de arbitrariedade e o solipsismo.

Levando-se em consideração os condicionantes/limitadores acima e o modo como acontece a compreensão, explicado por Gadamer em sua hermenêutica filosófica, foi possível apontar ao menos quatro critérios que podem constituir uma espécie de filtro, útil ao intérprete em situações hermenêuticas que indicam alteração de sentido de uma norma constitucional:

a) Uma mutação nunca deve constituir uma simples ruptura, mas uma continuidade.

O primeiro aspecto a ser tratado é o do diálogo com a tradição. Uma alteração de sentido não pode se apresentar desprovida de fundamento, ela precisa, em respeito à concepção do Direito como integridade e ao princípio da segurança jurídica, que exige um nível de previsibilidade das decisões, ser uma decorrência dos sentidos assentados na tradição, por este motivo, uma alteração de sentido, nunca deve constituir uma ruptura, mas uma continuidade de tais sentidos, entendendo-se aqui

que continuidade não se confunde com mera repetição. Uma mutação ocorre não porque um dispositivo era, desde sua aprovação, ilegal ou inconstitucional, mas porque se tornou com o tempo ilegal ou inconstitucional.

Diante da situação hermenêutica, é preciso garantir que os preconceitos não prevaleçam. A tradição precisa, portanto, ser enfrentada, seja para ser validada ou superada, trata-se de um movimento dialético e racional, dialético porque a interpretação nova, ainda que se apresente como negação da anterior, constitui junto com ela o todo da significação possível da norma no tempo⁴⁴; racional porque aqui deve estar presente a lógica do jogo, uma vez que deve haver um diálogo entre o intérprete a tradição, que se apresenta como um “outro”; e também é racional porquê a reflexão e o ato de colocar a tradição diante de si exigem do intérprete uma posição que não é meramente passiva, exigindo o tipo de racionalidade abordado no Tópico 5.2 deste trabalho.

Trazendo tal situação para o campo do Direito, é possível sustentar que da responsabilidade política do intérprete decorre o dever de apontar e justificar casos em que uma determinada norma tenha se tornado, em razão de uma mudança no seio da própria prática, incoerente em relação ao ordenamento. A justificativa apresentada deve ser capaz de apontar a mudança ocorrida e ainda demonstrar tanto o porquê de a interpretação assentada ter se tornado incompatível, quanto o porquê de a interpretação proposta ser a mais coerente em face da mudança ocorrida.

Aqui é cabível e necessário lembrar que todas as normas da própria Constituição são por pressuposição dotadas de constitucionalidade e, também, o fato de que o remédio contra normas infraconstitucionais inconstitucionais são as ações constitucionais específicas para tal fim. Por este motivo, a mutação constitucional deve ter como objeto sentidos de normas que se tornaram incompatíveis com o tempo e a justificativa deve ser capaz de apontar o fato, evento ou conjunto de eventos que os tornaram incompatíveis, o que será demonstrado no segundo critério.

⁴⁴ Acerca da natureza dialética dos sentidos atribuíveis, Gadamer explica que: “Ser uma e a mesma coisa, e, ao mesmo tempo, ser outra, esse paradoxo aplicável a todo conteúdo da tradição, demonstra que toda a tradição é, na realidade, especulativa. Por isso, a hermenêutica precisa perceber e atravessar o dogmatismo de todo ‘sentido em si’, como fez a filosofia crítica em relação ao dogmatismo da experiência. Isso não quer dizer que todo intérprete seja especulativo para sua própria consciência, isto é, que possua consciência do dogmatismo implicado na sua própria intenção interpretadora. Ao contrário, trata-se de que toda interpretação é especulativa em sua própria realização efetiva e acima de sua autoconsciência metodológica” (Gadamer, 2015, p.610).

b) A mutação constitucional exige um fato ou evento novo que a justifique.

Passa-se então, ao segundo critério, que trata das condições que justificam uma alteração de sentido no tempo, aqui o ponto a ser verificado são as características da mudança que tornaram a incompatível interpretação assentada na tradição. Isso pode ocorrer porque a entrada de uma nova norma no ordenamento provocou um efeito arrasto, por exemplo, uma norma que melhor conceitua um termo antes controverso pode ser usada como justificativa para uma mudança de sentido.

O outro ponto diz respeito ao conjunto de práticas sociais nas quais o Direito está incluído, o Direito nasce de tais práticas e não pode ser interpretado apartado delas; isso não quer dizer que o Direito deva ser determinado por algo externo a ele, mas sim que tais práticas são parte constitutiva dele. Por este motivo, o ordenamento não está imune ao que ocorre na prática que ele busca regulamentar.

Uma descoberta científica pode alterar o sentido de um termo e conseqüentemente de uma norma inteira. Do mesmo modo, a alteração de um conceito, com notável consenso no campo de estudos do qual ele é proveniente, também pode alterar o sentido de uma norma⁴⁵. Nestes casos, o que há é nada mais que uma ampliação dos horizontes com a conseqüente fusão entre os horizontes assentados na tradição e os horizontes novos decorrentes da faticidade que são trazidos pelo intérprete.

Aqui cabe ressaltar que a existência de decisões reiterados em um determinado sentido não é o suficiente para que uma mutação seja reconhecida, um erro seguido de outros erros não é capaz de produzir um acerto. A mutação não pode subtrair do Direito a possibilidade de que existam respostas erradas e respostas corretas, ou, em outras palavras, a mutação não pode constituir um elemento de relativização do direito.

⁴⁵ Acerca da influência da ciência na linguagem, Gadamer ressalta: “Nisso podemos levar em conta também certa influência da ciência sobre a linguagem. Por exemplo, em alemão não se fala mais de Walfisch (peixe-baleia), mas simplesmente de Wal (baleia), porque todo mundo sabe que as baleias são mamíferos. Por outro lado, a abundância das designações populares para determinados objetos vai sendo nivelada cada vez mais, em parte pela influência da transitoriedade da vida moderna, em parte pela estandardização da ciência e da técnica” (Gadamer, 2015, p.562).

É importante ressaltar, ainda, que a mera alteração de sentido de uma determinada palavra, que pode ocorrer, uma vez que a língua é viva, conforme reconhecem tanto Schleiermacher (2005) quanto Gadamer (2015, p.562-563), não é o suficiente para justificar uma mudança de sentido na interpretação de uma norma que contenha este termo. É necessário que a mudança implique uma percepção nova sobre a situação hermenêutica à qual aquele termo se refere na norma, que essa novidade seja suficiente para que o sentido seja alterado, e que este sentido novo seja excludente do antigo.

c) A mutação deve reconhecer uma mudança já ocorrida, ela própria não deve ser a indutora de tal mudança.

Este também é um critério que decorre do princípio da segurança jurídica e ele está relacionado também à noção que a fusão de horizontes, conforme lecionado por Gadamer, não está relacionada à supressão de um dado horizonte, mas sempre a uma ampliação. Por este motivo, é possível entender que uma mudança de sentido que não atente contra a possibilidade de previsibilidade das decisões deve apresentar o novo, quando este é justificável, como algo nascido do interior da própria tradição, cujos sentidos já trazem em si as contradições (negações), que permitem uma leitura dialética.

A possibilidade de verdade presente na hermenêutica filosófica guarda relação com o fato de que qualquer pessoa inserida na mesma prática possa, por meio do diálogo, reconhecer que uma determinada interpretação, mesmo as que se mostram inovadoras, são compatíveis com a tradição. Ou, retomando a metáfora dworkiana do romance em cadeia, pode-se apresentar o mesmo argumento ao afirmar que o intérprete do meio da cadeia pode mudar o rumo da história quando necessário; essa mudança de rumo, no entanto, não pode aparecer aleatoriamente, ela precisa ser uma decorrência do que vem antes, uma mudança sem a qual a história, tanto a parte já escrita quanto a parte a ser escrita, perde a integridade.

A mutação constitucional não pode, como o demonstrado, constituir um fator de imprevisibilidade, o que indica que em um caso concreto as partes não podem ser surpreendidas por uma mudança de sentido abrupta e injustificável, ou, em caso de serem surpreendidas por uma situação de alteração legítima de sentido, deve haver justificativas plausíveis e consistentes que demonstrem que a mudança em questão

está sendo tão somente reconhecida e não induzida pelo tribunal e que é racional considerar que havia meios pelos quais ela podia ter sido reconhecida antes da decisão.

d) Deve existir um nível considerável de consenso sobre a alteração a ser reconhecida.

Por último, é importante ressaltar que a mutação constitucional não deve ser instrumento para resolução dos desacordos jurídicos (*judicial disagreements*) não pacificados e sem uma resposta passível de ser identificada no interior do próprio ordenamento. Os tribunais não são as instâncias mais adequadas para resolver tais desacordos, tão pouco por meio de instrumento informal, cuja existência decorre não de uma necessidade finalística, mas da inevitabilidade da alteração dos sentidos das normas no tempo.

O uso da mutação constitucional para fazer valer a vontade solipsista de um intérprete, mesmo em face de desacordos evidentes, é incompatível com uma ordem democrática e com o princípio da divisão dos poderes. A existência de um consenso já aferível ou passível de ser alcançado facilmente por meio da exposição de motivos (o que ocorre quando não há desacordo prévio) atesta a existência de uma sedimentação prévia de sentidos e o respeito às limitações impostas à interpretação pela tradição.

Por outro lado, é importante pontuar que a mera existência de consenso não pode, por si só, justificar a alteração do sentido de uma determinada norma, o que se deve ao caráter contramajoritário da Constituição, em especial dos direitos e garantias fundamentais, que não devem estar à disposição da opinião pública ou da vontade de maiorias ocasionais.

A existência de um consenso prévio ou de um consenso passível de ser alcançado facilmente pela exposição de motivos corrobora o critério anterior, o que diz respeito à função de reconhecimento e não de indução que pode ser atribuída à mutação constitucional. Este consenso, contudo, deve estar em conformidade com a integridade do Direito, é isso que impede que alterações de sentido sejam impostas tendo como única justificativa a direção dos ventos da opinião pública.

De tais critérios se pode/deve aduzir que a mutação constitucional não pode ser um coringa a ser sacado quando o tribunal julgar conveniente. Se eles reduzem

drasticamente as situações de plausibilidade, isso não se dá por acaso, a intenção é esta. Como Gadamer e Dworkin bem demonstraram, cada ato de interpretação é inédito, um novo capítulo de um romance escrito a muitas mãos, e, levando isso em consideração pode-se argumentar que todo sentido é novo. A mutação constitucional, é, deste modo, mais que uma novidade na atribuição de sentidos, mas uma inversão ou uma reordenação destes mesmos sentidos e isso não ocorre todos os dias.

A mutação constitucional é uma excepcionalidade e, diferentemente da forma como parte da doutrina a enxergou no Brasil nas últimas décadas e da forma como o STF a tem usado, não se trata de um instituto passível de ser banalizado, dado o risco que representa. Por isso, os critérios aqui apresentados e postos ao escrutínio da comunidade jurídica constituem um meio termo entre a completa negação da possibilidade de ocorrência da mutação constitucional e o seu uso indiscriminado, que supõe que a alteração de sentidos pode ser decorrente de um mero ato de vontade.

Conclusões

A pesquisa realizada permitiu que se confirmasse a precompreensão de que o conceito de mutação constitucional no Brasil ainda se encontra acometido por uma polissemia que muito tem prejudicado o debate sobre ele. Inexiste no debate atual um consenso acerca do que é a mutação constitucional, do que poderia justificá-la e de quais são os seriam os seus limites. Esta falta de consenso pode ser observada tanto na gênese do conceito na doutrina constitucional alemã, quanto no estado da arte do debate que tem sido travado sobre ele no Brasil atualmente.

Foi possível constatar que existe ainda um descompasso entre os sentidos advindos da doutrina e a prática do Supremo Tribunal Federal, o que denota a existência de um alto nível de relativização, que se choca com as noções de certeza e segurança jurídica que se espera do Direito. Em resumo, não há na doutrina uma sedimentação compreensões, inexistem sentidos unívocos acerca do que é a mutação constitucional e isso prejudica tanto o debate quanto a prática do judiciário.

Considerando que o Brasil e boa parte do mundo passam pelo que tem sido classificado como uma crise do constitucionalismo e da própria noção de democracia, e que a ideia de justiça que entende o Direito como um *maximum ético* pode estar ameaçada neste contexto, é urgente que se compreenda o que de fato pode levar a uma variação de sentido de uma norma constitucional no tempo e, o mais importante, sob que circunstâncias essa variação pode ser considerada coerente com a integridade do ordenamento.

Foi com este senso de urgência que a presente pesquisa foi proposta e conduzida. Aportes teóricos foram buscados na filosofia, em especial da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. A partir de tais aportes se pôde dar um passo além e compreender que mudanças de sentido não devem ser vistas como passíveis de serem decorrentes de meros atos de vontade, no entanto, podem advir da própria situação hermenêutica, dado que sentidos não podem ser congelados no tempo.

A hermenêutica filosófica, através de conceitos como fusão de horizontes e história efetual, permitiu que se entendesse como se dá a compreensão, como um acontecer e não como um procedimento por meio do qual o sujeito cognoscente se assenhora dos sentidos de um objeto separado metodologicamente de si. Deste

acontecer, que, como ressalta Gadamer, está para além do querer e do agir do intérprete, é que emergem os sentidos daquela dada situação hermenêutica.

É com o entendimento da natureza deste acontecer que se pode afastar as teses originalistas que buscam recriar a vontade/intenção do locutor/autor original, sem que para isso seja necessário aceitar uma tese oposta, como, por exemplo, a que afirma que a interpretação correta é aquela que o intérprete autêntico diz que é; ou ainda a que afirma não existir respostas corretas.

O afastamento das teses acima abre caminho para um novo modo de produção de verdade, que aceita que os sentidos não podem ser congelados no tempo, mas compreende que há uma verdade outra de natureza dialética, que não a buscada pelas ciências duras, uma verdade que não nega a tradição, mas que pressupõe um ato reflexivo do intérprete, que reconhece a tradição, a coloca diante de si e a põe em revista, consciente de que é do choque entre os horizontes desta tradição e os seus horizontes próprios que emergirá um sentido mais forte.

Este modo de produção de verdade, baseado nas concepções de integridade e coerência (que antes de estarem presentes em Dworkin, já estavam na ideia de um círculo hermenêutico), é o que permitiu que fosse possível apontar os quatro critérios de plausibilidade, que foram apresentados neste trabalho: (I) uma mutação nunca deve constituir uma simples ruptura, mas uma continuidade; (II) a mutação constitucional exige um fato ou evento novo que a justifique; (III) a mutação deve reconhecer uma mudança já ocorrida, ela própria não deve ser a indutora de tal mudança; e (IV) deve existir um nível considerável de consenso sobre a alteração a ser reconhecida.

Os critérios acima não constituem uma fórmula ou parte de um método, nem devem ser considerados, por si só, suficientes para reconhecer uma mutação constitucional, contudo eles apresentam um caminho de racionalidade possível, um modo de reflexão não objetivista que leva em consideração o dever de coerência, a noção de integridade e a historicidade dos sentidos.

Estes critérios não são meramente formais, todavia, eles podem ser aplicados à materialidade de qualquer caso. Em conformidade com os pressupostos gadamerianos, eles permitem ao intérprete recordar sua própria posição no processo compreensivo e de que modo os sentidos construídos antes de si dialogam com o seu horizonte particular. Eles são capazes de afastar tanto o solipsismo quanto a noção

ingênua de que é possível determinar um método capaz de garantir a isenção do intérprete e a pureza de sua razão.

Os critérios de plausibilidade não são capazes de, por si só, determinarem a ocorrência de uma mutação constitucional, mas podem indicar com maior clareza quando é que a mudança de sentido não deve ocorrer. De tal modo, eles podem constituir instrumentos adequados para que a doutrina, ou qualquer outro interessado, possa constranger epistemologicamente votos e decisões dos tribunais que estejam equivocados.

A realização da pesquisa foi possível graças ao caminho já trilhado com excelência pelos autores que vieram antes e trataram do tema com apuro e rigor teórico. Apesar da inexistência de sedimentação de sentidos unívocos e claros acerca da mutação constitucional, há um solo comum, pesquisas robustas já realizadas, teses importantes já defendidas, o que tornou possível concentrar a presente pesquisa nos aspectos filosóficos, que ora são apresentados para a apreciação da comunidade jurídica.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ARGUELHES, Diego Werneck. *O supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 12, n. 39, jul.-dez., 2018, p. 79-97.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Hermenêutica e ciência social: abordagens da compreensão*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação*. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. *Reclamação n. 4.333-5/AC*. Odilon Antônio da Silva Lopes e outros vs. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. 20/03/2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Ver. Inf. Legisl.* Brasília, a. 33, n. 29, jan/mar, 1996, p. 41-42.

CERBONE, David R. *Fenomenologia*. Trad. Caesar Souza. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

COSTA JUNIOR, Ernane Salles da; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo da Constituição e Ponte para o Futuro: uma análise a partir a teoria crítica da aceleração social. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 01, 2021, p. 197-236.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DELACAMPAGNE, Christian. *História da filosofia no século XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010a.

_____. *Introdução às ciências humanas: tentativa de fundamentação para o estudo da sociedade e da história*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010b.

_____. *Obras escolhidas – vol. 3: A fundamentação do mundo histórico nas ciências do espírito*. 2002.

_____. *O que os computadores continuam não conseguindo fazer: uma crítica da razão artificial*. São Paulo: Editora Unesp, 1992

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

EAGLETON, Terry. *Teoria da literatura: uma introdução*. Trad. Waltensir Dutra. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; DERZI, Misabel Abreu Machado. A Constituição como disputa: breve ensaio crítico aos obituários da Constituição de 1988. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. *A Constituição e o passado, a Constituição e o futuro, a Constituição e o que não veio: em homenagem aos 35 da Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 231-254.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. *A Constituição e o passado, a Constituição e o futuro, a Constituição e o que não veio: em homenagem aos 35 da Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

FERNANDES, Fernando Manoel Bessa; OUVENERY, Assis Luiz Maforte. Decisões do Supremo Tribunal Federal no início da pandemia de Covid-19: impactos no federalismo brasileiro?. *Saúde em debate*. v. 46 n. especial 1. 6 jul. 2022, p. 48-60. Disponível em: <<https://saudeemdebate.org.br/sed/article/view/5914>>. Acesso em 13 mar. 2024.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986.

FISH, Stanley. *'Dennis Martinez and the Uses of Theory' in Doing What Comes Naturally*. Duke Univ. Press, 1989.

FISH, Stanley. *'Is there a text in this class?'* Cambridge: Harvard University Press, 1980.

G1. *Caetano Veloso tenta resolver questão do Enem 2023 que cita suas músicas, mas chega a duas alternativas corretas*. Portal G1 [on-line]. 06 nov. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/enem/2023/noticia/2023/11/06/caetano-veloso-tenta-resolver-questao-do-enem-2023.ghtml>>. Acesso em 16 jun. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *A atualidade do belo: a arte como jogo, símbolo e festa*. Trad. Celeste Aida Galeão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. *A Hermenêutica em Retrospectiva volume I: Heidegger em retrospectiva*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007a.

_____. *A Hermenêutica em Retrospectiva volume II: A virada hermenêutica*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007b.

_____. *A Hermenêutica em Retrospectiva volume V: Encontros filosóficos*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *A Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

_____. *A Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini; rev. trad. Márcia Sá Cavalcanti-Schubach. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? *In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A Constituição e o passado, a Constituição e o futuro, a Constituição e o que não veio: em homenagem aos 35 da Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 163-203.

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

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Trad. Paulo Menezes, com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Trad. Luiz Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2019.

HIRSCH, E. D. *Validity in interpretation*. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

INEP. *Exame Nacional do Ensino Médio Caderno de Provas 1 Azul*. INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Ministério da Educação. Disponível em: <https://download.inep.gov.br/enem/provas_e_gabaritos/2023_PV_impreso_D1_CD1.pdf>. Acessado em 14 jun. 2024, p. 10.

IOTTI, Paulo. Racismo é sistema de opressão e não existe "racismo antibranco". Uma resposta a Antonio Risério. *Migalhas*. 01 fev. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/358944/racismo-e-sistema-de-opressao-e-nao-existe-racismo-antibranco/>>. Acesso em 13 ago. 2024.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNG, Luã. *Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin*. *Revista Consultor Jurídico*. 11 set. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-11/diario-classe-hermeneutica-filosofica-direito-dialogo-entre-gadamer-dworkin/>>. Acesso em 16 jun. 2024.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. *Crítica da faculdade de julgar*. Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2016a.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2016b.

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LABAND, Paul. *Le droit public de L'Empire allemand*. Trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Trad. Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 4, n. 7, jan.-jun., 2020, p. 17-71.

LAWN, Chris; KEANE, Niall. *The Gadamer dictionary*. London, New York: Continuum, 2011.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire: Esquisse d'une ontologie des Constitutions. *Revue Française de Science Politique*. Paris, v. II, n. 2, jan./mar, 1952, p. 5-23.

_____. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Ziel Ferreira. *Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais*. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, 2020.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. *In: MATIAS, João Luis Nogueira. Direito, complexidade e globalização*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 149-162.

MEGALI NETO, Almir; GOMES, David Francisco Lopes; FERNANDES, João Pedro L. Crises desconstituintes: sobre as fragilidades de uma adjetivação conceitual. *In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A Constituição e o passado, a Constituição e o futuro, a Constituição e o que não veio: em homenagem aos 35 da Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 231-254.

MENDES, Conrado Hübner. *O discreto charme da magistocracia: vícios e disfarces do judiciário brasileiro*. São Paulo: Todavia, 2023.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional erosion in Brazil: progresses and failures of a constitutional project*. Oxford: Hart Publishing, 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora JusPdvM, 2011.

NUNES, Felipe; TRAUMAN, Thomas. *Biografia do abismo: como a polarização política divide famílias, desafia empresas e compromete o futuro do Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2023.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2015.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto. *Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito*. 2017. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

PADIN, Guilherme. *Reprovação ao STF sobe para 38% e aprovação cai para 27%, diz Datafolha*. *CNN Brasil*, São Paulo, 09 dez. 2023. Política. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/reprovacao-ao-stf-sobe-para-38-e-aprovacao-cai-para-27-diz-datafolha/>>. Acesso em: 14, jun. 2024.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2018.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2023.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares. *Mutação constitucional: história e crítica de um conceito*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

PORTA, Mario Ariel González. *A filosofia a partir de seus problemas*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

PROCURANDO SUGAR MAN. Direção: Malik Bendjelloul. Produção de Red Box Films e Passion Pictures. Estados Unidos: Versátil, 2012. 1 DVD.

RAZ, Joseph. *Dworkin: A New Link in the Chain*. 74 California Law Review, 1986.

RAZ, Joseph. Intention in Interpretation. In: _____. Between Authority and Interpretation. Oxford University Press, 2009. p. 265-298.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2019.

RÜDIGER, Francisco. *As teorias da comunicação*. Porto Alegre: Penso, 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. *A ideia de justiça em Kant: 3. ed. seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento. *STF e mutação constitucional: a ampliação dos poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões*. Curitiba: Juruá, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SBROGIO`GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*: v.1. Trad. Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005.

_____. *Hermenêutica*: arte e técnica da interpretação. Trad. Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 67.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SILVA, Diego Bacha e; BAHIA, Melo Franco de Moraes. *Jurisdição constitucional: papel do STF face à demanda por direitos em cenários de emergência constitucional*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. *A Constituição e o passado, a Constituição e o futuro, a Constituição e o que não veio*: em homenagem aos 35 da Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 231-254.

SILVA, José Bruno Aparecido da. Uma racionalidade residual: a compreensão de Gadamer a partir de seu diálogo com as obras de Kant e Hegel. In: RODRIGUES, Raphael Silva; MIRANDA, Daniel Carreiro; MACHADO, Daniela Rodrigues (orgs.). *Filosofia do Direito, Teoria do Direito e hermenêutica filosófica*: Uma homenagem aos 20 anos de docência do Prof. Ricardo Salgado. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 111-138

_____. Limitações à interpretação/aplicação do Direito: a fusão de horizontes teorizada por Hans-Georg Gadamer como condição para atribuições de sentido não arbitrárias. In: BERNSTES, Luísa Giuliani; JUNG, Luã Nogueira; TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo (Orgs.). *Anais do V Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito*. 1. ed. Cruz Alta: Editora Ilustração, 2023, v. 1, p. 69-82

SILVA, José Bruno Aparecido; SOUZA, Isaac Maynard Carvalho Moyses. A Natureza e a função da tradição na hermenêutica filosófica de Gadamer. *Revista Foz*. São Mateus, v.6 n.2, p. 71-81, 2023. Disponível em: <<https://revista.ivc.br/index.php/revistafoz/article/view/280/141>>. Acesso em 30. Mar. 2024.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Júlia Cristina de Souza. *Mutação constitucional no Brasil*: Contornos doutrinários e jurisprudenciais. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SOUZA, Isaac Maynard C.M. *Método e interpretação do direito*: uma análise a partir da hermenêutica filosófica. Belo Horizonte: Expert, 2023.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e Tempo"*. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede. *Revista Consultor Jurídico*. 25 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-gogh-parede/>>. Acesso em 17 mar. 2024.

_____. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.35356/argumenta.v7i7.72>>. Acesso em 16 jun. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: VIEIRA, Oscar Vilhena, et al.. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WARKE, Georgia. *Gadamer: Hermeneutics, tradition and reason*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. *A hermenêutica gadameriana e a tradição como background para o engajamento do mundo*. Prisma Jur., São Paulo, v. 14, n. 1, p. 227-252, jan./jun. 2015.