

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANTÔNIO LÚCIO TÚLIO DE OLIVEIRA BARBOSA

**CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À TEORIA DA DECISÃO
JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA LINGUAGEM COMPARTILHADA: UMA
QUESTÃO DIALOGAL DE PERGUNTAS E RESPOSTAS**

Belo Horizonte, agosto de 2021

ANTÔNIO LÚCIO TÚLIO DE OLIVEIRA BARBOSA

**CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À TEORIA DA DECISÃO
JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA LINGUAGEM COMPARTILHADA: UMA
QUESTÃO DIALOGAL DE PERGUNTAS E RESPOSTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Estado, Razão e História.

Área de estudo: Teoria da Justiça.

Orientador: Professor Ricardo Henrique Carvalho Salgado

Aluno: Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa

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

Barbosa, Antônio Lúcio Túlio de Oliveira

B238c Contribuições da hermenêutica filosófica à teoria da decisão judicial na perspectiva da linguagem compartilhada [manuscrito]: uma questão dialogal de perguntas e respostas / Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa. - 2021.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Hermenêutica (Direito) - Teses. 3. Decisão judicial - Teses. 4. Perguntas e respostas - Teses. 5. Verdade - Teses. I. Salgado, Joaquim Carlos. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.12



FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

**DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. ANTÔNIO LÚCIO TÚLIO DE OLIVEIRA BARBOSA**

Aos nove dias do mês de agosto de 2021, às 15h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores. Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gustavo Felipe Melo da Silva e Prof. Dr. Paulo César Pinto de Oliveira (UFV), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Bel. ANTÔNIO LÚCIO TÚLIO DE OLIVEIRA BARBOSA, matrícula nº 2019651852, intitulada: "CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA LINGUAGEM COMPARTILHADA: UMA QUESTÃO DIALOGAL DE PERGUNTAS E RESPOSTAS". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

Nota:100..... Conceito:Aprovado.....

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Gustavo Felipe Melo da Silva

GUSTAVO FELIPE
MELO DA
SILVA:03700493657

Assinado de forma digital por
GUSTAVO FELIPE MELO DA
SILVA:03700493657
Dados: 2021.08.13 17:43:44 -03'00'


Prof. Dr. Paulo César Pinto de Oliveira (UFV)

Dedicado à memória de meu avô
ODAIR ELISIO DE OLIVEIRA

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por me amparar nos momentos difíceis, me dar força interior para superar as dificuldades, mostrar o caminho nas horas incertas e me suprir em todas as minhas necessidades.

Agradeço ao Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, pela orientação prestada e por ser minha maior fonte de inspiração intelectual.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, elevado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presente.

À minha esposa Cintia Cristiane Passos, a quem eternamente serei grato pelo amor incondicional a mim conferido, pela força mais precisa nos momentos mais duvidosos, pelos conselhos e também pela compreensão em razão das minhas falhas. Aos meus filhos, Francisco Túlio e Lucca Túlio, eternamente queridos, pela abertura do horizonte um novo mundo.

Aos meus pais, João Lúcio Barbosa e Maria Conceição Barbosa de Oliveira, e ao irmão, Gabriel Túlio de Oliveira Barbosa, agradeço pela inspiração de vida e combatividade, pelo carinho, incentivo, apoio sobre minhas escolhas.

Aos alunos companheiros de jornada acadêmica, especialmente a Levindo Ramos Vieira Neto, Sandro Drumond Brandão, Yaçanã Eduarda da Cunha, João Protásio Farias Domingues de Vargas e Rodrigo Marzano Antunes Miranda.

Ao Professores Doutores Ricardo Henrique Carvalho Salgado, pelos ensinamentos preliminares em Hermenêutica Filosófica, José Luiz Borges Horta, pela contribuição incomensurável sobre a fenomenologia hegeliana, Paulo César Pinto de Oliveira e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau pela maestria exemplar no caminho acadêmico.

Aos colegas das turmas dos Seminários Hegelianos, pelos excelentes conselhos e ensinamentos filosóficos que acredito ainda me darão muito orgulho.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

O homem só compreende o sentido das coisas na medida em que pergunta pela coisa.

LENIO STRECK, *Dicionário de hermenêutica*

[...] só a pura constância no inexpugnavelmente simples e essencial está madura para a preparação de tal prontidão, nunca o caráter fugidio das maquinações que se ultrapassam precipitadamente.

MARTIN HEIDEGGER, *Contribuições à filosofia*

A sabedoria suprema não se baseia apenas na razão, nas ciências profanas como a física, a história, a química e outras em que o conhecimento intelectual está dividido. A sabedoria suprema é uma. A sabedoria suprema só conhece uma ciência – a ciência do todo, a ciência que explica toda a criação e o lugar que o homem ocupa. Para instilar esta ciência em nós próprios temos de purificar e de renovar o nosso eu interior, e assim, antes de conhecermos, devemos crer e tornarmo-nos perfeitos. E para atingirmos esta finalidade há no interior da nossa alma uma luz divina, que é a consciência.

LEON TOLSTÓI, *Guerra e paz*

Gostaríamos de trazer à luz o que jaz ali no escuro. E, no entanto, experimentamos como isso se retrai constantemente, e justo por isso está sempre ali.

HANS-GEORG GADAMER, *Hermenêutica e diferença ontológica*

RESUMO

As reflexões trazidas no presente trabalho têm o escopo de acompanhar, de maneira filosófica, o trajeto histórico da ciência hermenêutica e sua aplicabilidade no campo da interpretação do direito, mais especialmente da decisão judicial. Ademais, a proposta abraça o estudo fenomenológico, em conjunto com a dialética socrático-platônica de perguntas e respostas, a fim de tornar mais evidente que a arte do perguntar contribui sobremaneira para a descoberta da verdade no momento hermenêutico da aplicação, em que as questões debatidas no processo judicial são finalmente resolvidas por ato estatal dotado de imparcialidade. Colocando sempre em jogo a constituição histórica do *Dasein* e sua condição de ser abruptamente lançado no mundo, consoante a doutrina de Heidegger, esta investigação percorre, fenomenologicamente, o campo de disposição articulado por sentidos históricos dos entes que vêm à fala, procurando evidenciar como estes determinam, na temporalidade, as possibilidades dos modos de ser da interpretação do julgador. De outro lado, pretende-se descortinar a verdade dos fenômenos jurídicos, em sua rede referencial histórica, portanto, em determinado contexto temporal de mundo, cujo meio de movimentação denominamos linguagem comum compartilhada. Valendo-nos ainda da leitura de Gadamer, em sua obra *Verdade e método*, propusemos testar se, impensadamente, certos discursos repetitivos, modos de fala reiterados e argumentos sedimentados na tradição jurídica provocam obscurecimento de sentido dos textos, transmutando a adequação prática da norma concretizada a cada vez que se prolata uma decisão. O quadro de análise empreendido conta, finalmente, com o teste transcendental do imperativo categórico de Kant, a título de suporte hermenêutico moral, visando, em última instância e a priori, descortinar a razoabilidade das consequências produzidas a partir da decisão proferida. Portanto a pretensão do estudo aborda, na totalidade hermenêutica, aquilo que aparece para o julgador na sua forma mais autêntica, suspendendo os pré-conceitos prejudiciais e desvelando os efeitos metafísicos provocados pelas divisões e cisões analíticas no contexto da interpretação judicial, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais no horizonte do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: hermenêutica; decisão judicial; arte da pergunta; verdade.

ABSTRACT

The reflections brought about in this work have the scope of following, in a philosophical way, the historical trajectory of hermeneutic science and its applicability in the field of the interpretation of law, more especially of the judicial decision. Furthermore, the proposal embraces the phenomenological study, together with the Socratic-Platonic question-and-answer dialectic, in order to make it more evident that the art of asking greatly contributes to the discovery of truth in the hermeneutic moment of application, in which questions debated in the judicial process are finally resolved by a state act endowed with impartiality. Always putting into play the historical constitution of Dasein and its condition of being abruptly released into the world, according to Heidegger's doctrine, this investigation runs, phenomenologically, through the field of disposition articulated by the historical meanings of the entities that come to the speech, trying to show how these determine, in temporality, the possibilities of the ways of being of the judge's interpretation. On the other hand, it is intended to unveil the truth of legal phenomena, in their historical referential network, therefore, in a certain temporal context of the world, whose means of movement we call shared common language. Still taking advantage of the reading of Gadamer, in his work *Truth and Method*, we proposed to test whether, unthinkingly, certain repetitive speeches, reiterated modes of speech and arguments rooted in the legal tradition cause obscuring the meaning of the texts, transmuting the practical adequacy of the implemented rule every time a decision is rendered. The analysis framework undertaken has, finally, the transcendental test of Kant's categorical imperative, as a moral hermeneutic support, aiming, ultimately and a priori, to unveil the reasonableness of the consequences produced from the decision made. Therefore, the intention of the study addresses, in its hermeneutic totality, what appears to the judge in its most authentic form, suspending harmful prejudices and unveiling the metaphysical effects caused by analytical divisions and splits in the context of judicial interpretation, especially in view of the expectation the realization of fundamental rights in the horizon of the Democratic Rule of Law.

Keywords: hermeneutics; judicial decision; question art; truth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DA HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL.....	17
1.1 UMA BREVE INTRODUÇÃO DO PENSAR HERMENÊUTICO NO CAMPO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	17
1.2 ORIGEM E NOÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA.....	19
1.3 FASES DA CIÊNCIA HERMENÊUTICA E SEUS AUTORES.....	22
1.3.1 HERMENÊUTICA PSICOLÓGICA E HERMENÊUTICA ONTOLÓGICO-EXISTENCIAL OU ONTOLÓGICO-FILOSÓFICA.....	23
1.3.2 GIRO ONTOLÓGICO-HERMENÊUTICO DA FATICIDADE E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER.....	29
1.3.3 O CONCEITO HERMENÊUTICO DE PRÉ-COMPREENSÃO.....	33
1.4 REPERCUSSÕES DO GIRO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO PARA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....	35
1.5 INTERPRETAÇÃO E MOVIMENTO DA NORMA JURÍDICA: DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVA (AGIR INTERPRETATIVO).....	42
CAPÍTULO II – <i>INTERPRETATIO</i> E DEVER SER (O JUSTO) COMO DIMENSÃO AXIOLÓGICA (LEGALISMO).....	58
2.1 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NO POSITIVISMO E APROXIMAÇÕES DO LEGALISMO CIENTÍFICO À METAFÍSICA DO SUJEITO (IMPASSE NÃO PENSADO) PARA O DIREITO.....	58
2.2 A ILEGITIMIDADE DA CRIAÇÃO DA NORMA ESTATAL PELO PODER JUDICIÁRIO E TRANSCENDENTALIDADE DAS CONDIÇÕES DA DECISÃO...	60
2.3 CARÁTER FENOMENOLÓGICO DE SER NO MUNDO: SENTIDO DO TEXTO A PARTIR DA FATICIDADE	66
CAPÍTULO III – DESDOBRAMENTOS HERMENÊUTICOS DA DECISÃO JUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE.....	72
3.1 TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	72
3.1.1 O PAPEL DA DECISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO.....	74
3.1.2 CONDIÇÕES TRANSCENDENTAIS DA DECISÃO.....	76
3.2 ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E LINGUAGEM HERMENÊUTICA.....	79
3.2.1 CONECTIVOS DA ARGUMENTAÇÃO E DO DISCURSO JURÍDICO NOS CONTORNOS DA DECISÃO JUDICIAL.....	80
3.3 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO E SUA CONTRAPOSIÇÃO AO OLHAR FENOMENOLÓGICO-HERMENÊUTICO.....	81
3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONTEMPORÂNEO.....	90
3.4.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO NO CASO BRASILEIRO E A POSIÇÃO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	92
3.5 ILEGITIMIDADE DAS POSTURAS ATIVISTA E DOGMÁTICO-INSTRUMENTAL DO DIREITO FACE À INTERPRETAÇÃO CONCRETIZADORA DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988.....	96

3.5.1 UM PASSO PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE E LIMITES HERMENÊUTICOS INTERSUBJETIVOS: O DIREITO É AQUILO QUE DIZEM OS TRIBUNAIS?.....	106
3.6 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO EM DIREÇÃO À RESPOSTA ADEQUADA: SUPERAÇÃO DAS INSUFICIÊNCIAS DO DISCURSO JURÍDICO TRADICIONAL.....	112
3.7 A DIFERENÇA (ONTOLÓGICA) ENTRE DISCURSO COTIDIANO E A TAREFA CRIATIVA DA HERMENÊUTICA: O ACONTECER DO DIREITO RUMO A UMA DECISÃO JUDICIAL JUSTA.....	115

CAPÍTULO IV – O DIÁLOGO COMO LOCUS HERMENÊUTICO.....122

4.1 A ESTRUTURA DA LINGUAGEM HERMENÊUTICA E O DIÁLOGO COMO MODO DE SER HERMENÊUTICO.....	122
4.1.1 LINGUAGEM COMO <i>MEDIUM</i> DO SABER HERMENÊUTICO.....	125
4.2 O FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA ESSENCIADORA POR UMA DIALÉTICA DIALÓGICA APROPIADORA DO AÍ.....	127
4.3 A ARTE DO PERGUNTAR E O FAZER DA INTERPRETAÇÃO.....	132
4.3.1 NEGATIVIDADE DA APORIA E O SABER COMO RECONCILIAÇÃO: VIA DE MÃO DUPLA DO CAMPO DIALOGAL DA PERGUNTA.....	136
4.3.2 NEGATIVIDADE DA APORIA: RECONCILIANDO O SABER TRANSCENDENTALMENTE NO AMBIENTE DA LINGUAGEM PELO “NÓS” (CONSCIÊNCIA-DE-SI).....	142
4.4 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA COMO LOCUS HERMENÊUTICO COMPARTILHADO.....	146
4.5 PERGUNTA E RESPOSTA: PRODUTO DA MANIFESTAÇÃO DA CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA.....	150
4.5.1 NECESSÁRIA PASSAGEM PELO FIO CONDUTOR DO CÍRCULO HERMENÊUTICO: DA HISTORICIDADE À FENOMENOLOGIA.....	150
4.5.2 O DESCERRAMENTO DO SER DE UM ENTE COMO MOMENTO NECESSÁRIO NA PROJEÇÃO DO PENSAR A PERGUNTA.....	153
4.6 PRÉ-COMPREENSÃO, TRADIÇÃO, LINGUAGEM E ALTERIDADE: VETORES ÉTICOS DA RESPONSABILIDADE DO JULGADOR.....	160
4.7 O SER-AÍ PROJETADO NO HORIZONTE HISTÓRICO DA LINGUAGEM E O “COMO HERMENÊUTICO” ENQUANTO ATUALIDADE COMPREENSIVA NA SEPARAÇÃO DE PRÉ-JUIZOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS.....	165
4.8 PRIMAZIA DA PERGUNTA ENQUANTO EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA NA ACEPÇÃO DA “CONCEPÇÃO PRÉVIA DA PERFEIÇÃO”.....	171
4.9 A DIALÉTICA SOCRÁTICO-PLATÔNICA E SUA INSTRUMENTALIDADE NO HORIZONTE DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E FENOMENOLOGIA-HERMENÊUTICA.....	184
4.10 A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A ARTE DA PERGUNTA VERSUS O APRISIONAMENTO DA VERDADE DO SER DESTE ENTE.....	197
4.11 O MEIO AMBIENTE DA LINGUAGEM ANTE O FENÔMENO DIALOGAL DO ACONTECER HERMENÊUTICO COMO QUEBRA DE POSSIBILIDADES NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	200
4.12 A ARTE DA PERGUNTA NO DESCERRAMENTO DA VERDADE DOS MODOS DE SER DO DIREITO.....	203

CAPÍTULO V – CONTRIBUTOS DA DIALÉTICA TRANSCENDENTAL KANTIANA PARA A DECISÃO JUSTA NO CONTEXTO DA LINGUAGEM COMPARTILHADA.....	217
5.1 AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE NA DIALÉTICA TRANSCENDENTAL DE KANT.....	220
5.2 O TESTE DO IMPERATIVO CATEGÓRICO DE KANT E SUA PERTINÊNCIA MORAL PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	222
5.2.1 IMPERATIVOS CATEGÓRICOS E HIPOTÉTICOS.....	224
5.3 AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE HERMENÊUTICAS E CRITÉRIOS TRANSCENDENTAIS DE DECIDIBILIDADE PARA APLICAÇÃO DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE.....	228
5.4 UM PROPÓSITO TRANSCENDENTAL PARA A DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA.....	238
CAPÍTULO VI – LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE ÉTICO-JURÍDICA DA DECISÃO JUDICIAL.....	243
6.1 LINGUAGEM COMO ABERTURA PARA A ALTERIDADE SOLIDÁRIA PELO DIÁLOGO HERMENÊUTICO.....	243
6.2 POSTURA DA ABERTURA NO MOVIMENTO MOBILIZADOR DO PENSAR DIALÓGICO NA LINGUAGEM TRANSCENDENTE.....	246
6.3 O NÃO DITO COMO CONDIÇÃO POSSIBILIDADE DO DIÁLOGO HERMENÊUTICO.....	248
6.4 UMA META TRANSCENDENTAL DE JUSTIÇA UNIVERSAL A PARTIR DA DECISÃO JUDICIAL.....	256
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	259
SELEÇÃO BIBLIOGRÁFICA.....	271

INTRODUÇÃO

As reflexões discutidas no presente estudo têm como objeto o tema da decisão judicial, e lança em jogo o debate e a perspectiva hermenêutica acerca dos inconvenientes causados pelo voluntarismo dos juízes na sua prática diária. Articulando o modo de argumentação da decisão judicial, a pesquisa enfrenta, desde as condições da interpretação do direito proporcionadas de acordo com a teoria do positivismo jurídico – mostrando que o ato de vontade judicial invariavelmente conduziu ao protagonismo dos juízes em evidente deturpação no equilíbrio entre os Poderes estatais constituídos –, até o constitucionalismo contemporâneo de hoje. E ainda que haja vozes em contrário, reafirmando uma superação do positivismo por outras teorias (“pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo”) – cuja promessa giraria em torno da efetivação dos direitos humanos fundamentais –, o trabalho segue asseverando que esse pensamento apenas reintroduz postulados metafísicos incapazes de explicar o “como hermenêutico” do direito, reproduzindo a antiquada solução positivista discricionária a cargo do julgador.

Inicialmente, partimos do cenário atual da prática forense brasileira, visando com isso ilustrar a permanência do emprego do método científico positivista, como instrumento de perpetuação do estado de coisas imanente nos códigos individualistas, materializados sem qualquer reflexão sobre a verdade do direito ou como ele cotidianamente se reproduz independentemente da cadeia histórica dos acontecimentos fáticos da tradição. Assim, a teoria da decisão judicial no espectro do Estado Democrático de Direito torna-se ponto de referência para o estudo da interpretação, cuja primazia do olhar hermenêutico expande-se com a chegada da filosofia de Gadamer, pensador quem contemplou o direito como campo científico abarcado pela aplicação da hermenêutica filosófica.

Nesse trajeto abrangente, o dimensionamento da hermenêutica da faticidade de Heidegger comporta importante instrumental de investigação em relação à existencialidade do ser do intérprete (ser-aí),¹ sujeito que compreende os fenômenos de acordo o campo de abertura dos entes na totalidade, e movimenta-se existencialmente no descerramento de mundo na esfera de suas possibilidades fáticas. Levando em consideração que o ser-aí como

¹ Segundo o próprio Heidegger explicou, nos Seminários de Zollikon, “a palavra ‘Dasein (ser-aí)’ significa comumente estar presente, existência [...] Em Ser e tempo, o aí [Da] não significa uma definição de lugar para um ente, mas indica a abertura na qual o ente pode estar presente para o homem, inclusive ele mesmo para si (HEIDEGGER, 2009, p. 159).” (Weyh *apud* Heidegger, 2015, p. 2). Já a tradutora da obra *Ser e Tempo*, da Editora Vozes, Márcia de Sá Cavalcante, opta pela designação “presença” como ideal correspondência da expressão alemã *Dasein*.

ser jogado no mundo constitui-se também como ente, porém desprovido de natureza originária ou de qualquer caráter a priori dotado de propriedades substanciais, ele lida com seu mundo fático, historicamente desvelado por sedimentações formadoras de campos de sentido. Todavia, relevante frisar que, segundo as investigações hedeggerianas, nós, como seres humanos finitos e destituídos de natureza originária, esquecemo-nos, no mais das vezes, do nosso poder-ser, conforme as próprias possibilidades, a cada vez que se somos, pois absorvemos, de forma meio que automática, a lida cotidiana de acordo com o horizonte sedimentado, articulado por sentidos dados por tradição. Justamente, nesta linha fenomenológico-hermenêutica, vem à tona o fio condutor da investigação, para revelar que, uma vez obscurecido o primado ôntico-ontológico do ser-aí, o intérprete é carregado por uma restrita circunvisão mediana por meio da qual esse ser cotidianamente não pode vislumbrar, de início e na maioria das vezes, a temporalização do si, como poder-ser finito mais próprio que é o dele, recaindo na mediania da absorção do campo de sentidos previamente dados pela tradição de horizonte encurtado.

Agindo a cada experiência com a noção de tradição e historicidade, o intérprete do direito deve almejar, logo, o objetivo propriamente dito de revelação dos fenômenos e entes por si subsistentes que lhe vem ao encontro, numa linguagem compartilhada com os demais seres-aí, quebrando dogmas encrostados repetidamente argumentados, desde-sempre, tanto na cotidianidade do ofício forense como no aprendizado técnico-teórico. Consoante será discutido, o modo de ser acadêmico e o universo forense repetitivo, desde-sempre, revelam-se desprovidos de um caráter mais radical do pensar a diferença ontológica de ser do direito. Portanto, esse modo de atuação mostra-se ainda despreparado para a assunção mais expressiva das possibilidades de leitura do texto constitucional democrático, orientada por uma virada efetivamente concretizadora de direitos fundamentais e programas e planos radicais de exaurimento das distorções sociais chocantes, ainda mantidas com os mesmos mecanismos de dominação deduzidos pelo senso comum dos juristas, obscurecidos pelo véu do discurso tradicional impensado do direito.

Mas a investigação deste trabalho deseja saber se, realmente, surge como viável a transformação, pela interpretação do mundo que circunda o intérprete, do desvelamento significativo daqueles componentes (entes) que, historicamente, apresentam-se sedimentados no campo mediano de manifestação do direito, isto é, aquilo que vem ao encontro no horizonte de sentido jurídico, a cada vez que se é no tempo.

Ao projetarmos uma crítica sobre o paradigma metodológico-analítico da teoria do conhecimento, a própria separação entre ciência jurídica e direito – estruturada na pureza

descritiva de Hans Kelsen – entra em cena, como modo apenas investigativo sobre as separações reiteradamente reproduzidas e representadas no jogo das essências das coisas. Logo, a questão da verdade dos entes que, desde o início na filosofia metafísica, permaneceu velada e carente de reflexão mais detida, contribui para o desdobramento do fio condutor da pesquisa:

É preciso então franquear um novo acesso a ela. Para tanto, Heidegger propõe seguir o método fenomenológico, que, inicialmente, supõe um sentido proibitivo: tudo o que será dito dos fenômenos deverá ser objeto de uma legitimação direta. Ora, a dificuldade com o ser é que ele não se mostra, e a questão foi atualmente abandonada, tendo ficado recoberta pela problemática da teoria do conhecimento. (GRONDIN, 2012, p. 43).²

Posta a possibilidade fenomenológica da aparição de algo enquanto algo, permitindo que a própria coisa fale, a leitura representativa, padronizada e simbólica do direito vai paulatinamente sendo desvendada, descortinando as obviedades retransmitidas pela dogmática ideológica do direito. Neste aspecto, a proposta do estudo contempla a importância da suspensão dos pré-juízos pelo horizonte crítico filosófico, frente ao hábito cotidiano da repetição tranquilizadora do “senso comum teórico dos juristas”, na expressão empregada por Lenio Streck.

Em paralelo ao ressignificar existencial dos entes, o trabalho procura enfatizar o enfoque da linguagem enquanto componente mediador fundamental, por onde transita a compreensão do intérprete sobre os fenômenos jurídicos e os entes que lhe vêm ao encontro, formando um campo de sentido compartilhado intersubjetivo e transcendental. Partindo da dinâmica comum própria deste ambiente transcendental e histórico, ainda se questiona acerca da responsabilidade do julgador em seu exercício imparcial e aparelhado pelo Estado. Marcado pelo desinteresse em relação a quaisquer das partes envolvidas no âmbito processual, imperativa, portanto, é a expressão da coerência com os veios da *comum-unicidade* da cadeia histórica das decisões e precedentes judiciais herdados no tempo.

Para elucidar os pressupostos do componente intersubjetivo capitaneado pela linguagem, a pesquisa indispensavelmente mergulha no diálogo hermenêutico da arte da pergunta de viés socrático, visando dialogar com a experiência da consciência hermenêutica. Assim, o estudo procura testar, pelo caminho do diálogo aberto e produtivo, os aspectos prejudiciais das pré-compreensões do sujeito (prejuízos negativos), suspendendo-os, durante o

² “Trata-se de outra maneira de dizer que não existe *tabula rasa* do entendimento. Ora, contudo é essa ideia da *tabula rasa* do entendimento que a metodologia científica quis impor à hermenêutica do século XIX, especialmente com Dilthey.” (grifos do original) (GRONDIN, 2012, p. 50).

questionar sobre a coisa, deixando que ela mesma fale. Com efeito, escondendo o caso concreto da sua faticidade, a metafísica pensou o ente sempre superficialmente, sem se preocupar com a manifestação existencial do ser que lhe corresponde. Isto é, imprimiu-se um indesejável percurso distanciador sobre a diferença ontológica. Por intermédio de um critério controlador marcante das ciências ocidentais – que apenas repete a figura simbólica entificada –, a tradição do direito e senso comum dos juristas, nessa mesma senda metafísica, navegam compreensivamente, à deriva na superficialidade do comportamento cotidiano e maquinal (operador) irrefletido. Ao buscar o sentido mínimo dessa figura semântica da norma positivada, alcança-se ordinariamente um relance perfunctório, equivalente à análise cartesiana de subsunção dedutiva, por cisão entre fato e direito; retrata-se, pois, a visualização tecnicista, que oculta manifestação prática do direito como evento ou fato, por uma ótica de essência dos entes, absolutamente imersa na auto-evidência cotidiana.

Portanto, a hipótese da pesquisa encerra o desvendar existencial sobre o caminho compreensivo do ser-aí do sujeito-intérprete no direito, empregando a via das perguntas e respostas, dentro de um arcabouço hermenêutico-filosófico total, como acontecimento determinante a ser descerrado como condição de possibilidade das decisões judiciais. A pretensão do estudo perpassa pela experiência hermenêutica, rigorosamente crítica às múltiplas respostas judiciais, incompativelmente oferecidas no horizonte constitucional democrático, desalinhadas com os eventos textuais do direito. Quer-se desvelar, no âmbito do cenário tecnicista da lida forense atual, o porquê da aposta no comportamento eminentemente subjetivista do intérprete-juiz, omitindo-se os tribunais em transitar definitivamente pelo paradigma da filosofia da linguagem.

Decerto, a ideia aqui exposta reside em reforçar o traço da imparcialidade no exercício da função jurisdicional frente ao ambiente democrático, no qual vigora a harmonia entre os Poderes do Estado, como fundamento institucional direcionado à consagração concretizadora de direitos fundamentais proclamados na Constituição de 1988. Conseqüentemente, o pensar filosófico, inerente ao panorama transcendental da linguagem, é retomado em sua característica eminentemente objetiva, marcada, no seio histórico, cultural, artístico, filosófico, familiar, tradicional da comunidade. E justamente na medida em que a concretização da norma jurídica constitui resultado do caráter emergente do caso fático em apreciação, e não, diversamente, a imposição abstrata supostamente estipulada inequivocamente pela autoridade legislativa, o estudo revela a sobreposição dos elementos formadores da cultura, da história e do tempo para a construção e efetivação da decisão judicial justa.

CAPÍTULO I – TEORIA GERAL DA HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL

1. Teoria Geral da Hermenêutica e decisão judicial

Considerando o contexto do modo de ser da tradição jurídica ocidental, é conveniente traçar certos debates e discussões a fim de investigar algumas das múltiplas maneiras de conceber hermeneuticamente a ideia de justiça no âmbito da decisão judicial, frente ao horizonte democrático contemporâneo. Acompanhando alguns momentos do passado histórico, até atingirmos o panorama contemporâneo do direito, prosseguiremos com a especulação sobre as perspectivas segundo as quais se possa esboçar um desenho adequado desse aspecto na atualidade. Uma vez que a investigação perfaz um recorte imediato, tanto em relação às tradições do nosso tempo (*common e Law* e direito romano-canônico), como também no que toca ao marco histórico dessas experiências, podemos explicar o como e o enquanto da elaboração da técnica decisória, articulando, de conseguinte, aspectos diversos da ciência hermenêutica que fundamentam a justiça da decisão, no Estado Democrático.

1.1 Uma breve introdução do pensar hermenêutico no campo da interpretação do direito

A apresentação de um quadro geral da hermenêutica demonstra a intenção de justificar o itinerário histórico e lógico deste campo da filosofia, bem assim situar sua aplicação na atualidade. Num segundo passo, dentro do escopo à que cabe a esta pesquisa, almeja-se testar em que medida as implicações da hermenêutica filosófica repercutem, na teoria e prática jurídicas, notadamente no que concerne ao ramo da teoria da decisão judicial.

Modernamente a concepção do pensamento hermenêutico parte da leitura das obras de autores como Hans-Georg Gadamer, Heidegger e Paul Ricoeur, cujos pensamentos envolvem a interpretação da totalidade sobre a filosofia, obviamente englobando a universalidade da compreensão de natureza histórica e linguística da experiência humana. (GRONDIN, 2012, p. 11).

No panorama histórico, de acordo com Gadamer, “os problemas da hermenêutica se desenvolveram originariamente a partir de certas ciências individuais, especialmente a teologia a jurisprudência.” (1983, p. 261). Dentro dessa relação situacional, o direito igualmente pretendeu servir-se das fontes da hermenêutica, por elementos

compreensivos capazes de conduzir possibilidades concernentemente à previsibilidade e segurança ao jurista, de modo que o fenômeno da interpretação dos textos jurídicos tendeu a tomar um caminho científico, cujo viés assegura inferir o sentido e alcance expresso nas leis e jurisprudência.

Associado à tendência global do papel da hermenêutica nas ciências humanas, o natural movimento reflexivo da filosofia implicou, inexoravelmente, num quadro metodológico formado por elementos aplicáveis perfeitamente ao horizonte da hermenêutica jurídica. Todavia, pela própria lição de Gadamer (2016, p. 30), a experiência da verdade científica revelou-se insuficientemente legitimada por métodos e técnica, uma vez que o “[...] fenômeno hermenêutico repousa, a meu ver, no fato de que é só pelo aprofundamento no fenômeno da compreensão que se poderá alcançar tal legitimação.”

Aliado ao conteúdo modernamente conhecido com como giro linguístico, o pensamento de Gadamer contempla a lição hermenêutica eminentemente clássica, pressuposto decisivo para delimitar os contornos desta parte inaugural da pesquisa, sem falar da abertura de possibilidades propícias a conferir e checar, nos capítulos posteriores, os contributos da ciência hermenêutica para a teoria da decisão judicial.

Visto que o tema da compreensão, interpretação, aplicação e justificação, questões inerentes ao campo de estudo da hermenêutica, comporta neste capítulo o momento inicial e adequado à descrição reconciliadora e unitária destes dois fenômenos em seus aspectos gerais e históricos.

Exatamente em virtude do caráter de abertura inerente à teoria hermenêutica, tal disciplina guarda em si certa imprecisão quanto sua colocação científica por parte de diversos autores que a estudaram profundamente, seja porque, recorrentemente, restou tratada como arte, teoria ou simples técnica, seja em razão da rigidez empregada nos métodos assecuratórios no atinente à objetividade e veracidade da interpretação. Por outras palavras menos extensas, impera descortinar até que ponto a hermenêutica oferece contributos satisfatórios a revelar sua originalidade propulsora de resultados científicos, e quando ela representa um conhecimento animador dentro campo prático de estudo. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 500).

Por outro lado, no âmbito da hermenêutica em geral e igualmente àquela aplicável à ciência do direito, Emilio Betti esclarece a estruturação de uma doutrina fundamentada no processo sensível da interpretação. Dessa feita, Ricardo Salgado (2008, p. 73), dialogando com o caráter científico do passado, reconhece haver uma relação de estreita similitude entre Betti e a filosofia kantiana, já que Betti faz uso das categorias do

entendimento nas intuições, separando sujeito e objeto no campo interpretativo. Basicamente, o processo hermenêutico manejado pela doutrina de Betti vai valer-se de premissas mais objetivas a partir dos cânones interpretativos da civilística romana, tal qual a autonomia, totalidade ou coerência, atualidade e consonância. Possível admitir que a hermenêutica bettiana constitua-se em pleno acordo com a vontade empregada por um “legislador racional”, quem, nas palavras de Tércio Sampaio Jr. (*apud* R. SALGADO, 2008), efetiva o sentido e alcance da norma jurídica. Sem embargo a isso, a subjetividade do intérprete em Betti ganha determinada importância, por exemplo, na aplicação do cânone da atualização, ao reconhecer sempre instaurada a oportunidade de trazer a lume a autocompreensão (pré-cognição) do sujeito em face do objeto, aproximando-se daquilo que Gadamer e Heidegger discorrem com base no horizonte hermenêutico do intérprete.

A par da sutil semelhança com o pensamento filosófico de Gadamer, Betti almeja levantar diversos equívocos em relação à obra *Verdade e Método*, daquele primeiro autor. Assim, Betti procura destacar a imprestabilidade do caráter da obra, para uma metodologia científica, colocando em risco estudos da humanística e “[...] a legitimidade de nos referirmos ao estatuto objetivo dos objectos de interpretação e que, portanto, torna discutível a própria objectividade da interpretação.” (PALMER, 2015, p. 63). Com efeito, Betti, em verdade, incessantemente, busca afastar em sua doutrina o papel da subjetividade no processo de interpretação, visando confirmar que o sentido da lei imaginado pelo seu criador, o legislador, permaneça intacto, diante da análise judicial, surgindo, de conseguinte, uma interpretação aceitável cientificamente. Nas palavras de Palmer (2015, p. 65),

para Betti, o objecto a interpretar é uma objectivação do espírito humano (Geist) expressa de uma forma sensível. A interpretação, portanto, é necessariamente um reconhecimento e uma reconstrução do significado que seu autor foi capaz de incorporar usando um determinado tipo de materiais. Isso significa evidentemente que o observador tem que ser traduzido para uma subjectividade que lhe é estranha, e por meio da inversão do processo criativo, tem que voltar à ideia ou à ‘interpretação’ que incorporada no objecto.

1.2 Origem e noções sobre hermenêutica

O problema da compreensão e a forma de o homem entender e explicar o universo que lhe ronda, desde os tempos mais remotos, sempre circundou a filosofia e as ciências humanas, mais modernamente no século XIX, como uma reflexão metodológica para alcance da verdade. A preocupação em estabelecer um procedimento racional foi tarefa

derivada do contexto produtivo intenso em avanço nas ciências da natureza, durante aquele século, período em que os estudos científicos da área humana pareciam muito deficientes.

A tarefa da hermenêutica, logo em seguida, sofreu grande influência de Wilhelm Dilthey, quem, no início do século XX, reagiu à postura metódica praticada no século anterior, demonstrando em sua investigação que a hermenêutica seguia uma ideia de interpretação universal, da qual extraímos o núcleo da própria vida humana. Daí a conclusão de que a interpretação comporta algo invariante a partir desse período: a atividade interpretativa passa a representar muito mais a experiência cotidiana do ser humano, isto é, à sua presença no mundo prático, do que especificamente a observação linear de um método dedutivo que possibilite descortinar o verdadeiro sentido das coisas.

No entanto, classicamente o termo “hermenêutica” exprimia, entre os estudiosos, a arte de interpretar os textos, especialmente em relação aos escritos sagrados e canônicos. Pelas palavras de Grondin (2012, p. 12), “a hermenêutica desempenhava, então, uma função auxiliar, no sentido de que vinha secundar uma prática da interpretação, que tinha necessidade, sobretudo de um socorro hermenêutico [...]”. Isto é, a tarefa consistia em desvendar significados chocantes e expressões ambíguas criadas nas escrituras sagradas, a partir de um conjunto de regras e cânones bem delimitados, procedimento adotado, até por volta dos anos 400.³

De outro norte, com base na teoria grega, por exemplo, elucida Joaquim Salgado (2001, p. 246) que Aristóteles, no *Organon*, preocupava-se com o problema hermenêutico, discorrendo que o homem, ao representar uma questão de lógica direcionada ao descobrimento da verdade, expressava-se por signos linguísticos ou palavras; estas, por seu modo, articulavam-se em proposições submetidas à interpretação, com o propósito de sintetizar o conceito de verdadeiro ou falso. Conseqüentemente, toda expressão advinda desse processo constituir-se-ia em meio de comunicação:

[...] a idéia só passa de uma mente a outra por meio do signo, objeto material qualitativamente diverso. Ora, a captação, por outra mente, do pensado, só pode ser feita por meio de algo qualitativamente diverso do pensamento. Esse algo é o sinal do pensamento. Sendo sinal, é carregado do significado impresso ao significante por quem o produz. Buscar esse significado, captá-lo na sua totalidade, no objeto significante, é a tarefa da interpretação, levada à execução pelo recebedor da mensagem. (SALGADO, 2001, p. 246).

³Grondin observa que “essa tradição, que faz da hermenêutica uma disciplina auxiliar e normativa nas ciências que praticam a interpretação, persistiu até Friedrich Schleiermacher (1768-1834).” A partir das obras deste autor, a tradição clássica da hermenêutica tomou novo rumo por um horizonte universal de interpretação visto em seu projeto, continuado de certa maneira, em seguida, com Wilhelm Dilthey (1833-1911).

No concernente à terminologia adotada comumente, alude-se que a terminologia “hermenêutica” sobreveio, num uso mais remoto, do verbo *hermeneuein* – o qual pode ser representado pela palavra interpretar –, ou o substantivo *hermeneia* (interpretação), ambos de origem etimológica grega. (PALMER, p. 23, 2015).

Somada à origem grega, a designação em comento conduz, em certa medida, a uma leitura prática em determinado contexto histórico como o caráter de arte. “A arte de que se trata aqui é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e da interpretação [...] que lhe serve de base e que é sempre exigida quando o sentido de algo se acha obscuro e duvidoso.” (GADAMER, 1968, p. 75). Com efeito, em seu ângulo normativo, orientado por regras de interpretação, fora concebida como a operação que permite alçar o entendimento do sentido, carregando em si um elemento finalístico de descoberta inteligível dos textos.

De outro lado, mostra-se a interessante a sinalização de Grondin, ao revelar que o termo interpretação viria do verbo grego *hermeneuein*, representando duas conotações essenciais:

o termo designa, ao mesmo tempo, o processo de elocução (enunciar, dizer, afirmar algo) e o da interpretação (ou de tradução). Nos dois casos, estamos diante de uma transmissão de sentido, que pode se operar em duas direções: ela pode (1) ir do pensamento para o discurso, ou (2) remontar do discurso para o pensamento. (2012, p. 18).

Nesta última acepção, cujo processo parte inicialmente do discurso para chegar ao pensamento, temos um horizonte mais contextualizado com o significado do termo interpretação atualmente adotado, contudo indicando a concepção de transmissão de sentido, independente da vontade expressa no discurso. Nada obstante, a ideia principal a ser apreendida gira em torno da explicação de que o sentido orientava-se num movimento mediador no interior do discurso (pensamento) para o exterior:

Mas se a compreensão grega do termo é esclarecedora, é porque ela nos ajuda a ver que o processo de interpretação deve, nem mais nem menos inverter a ordem da elocução, ordem que vai do pensamento ao discurso, do “discurso interior” (*logos endiathetos*) ao “discurso exterior” (*logos prophorikos*), como o dirão soberbamente os estoicos. (GRONDIN, 2012, p. 18).

De qualquer sorte, admissível apreender que a tarefa do hermeneuta consistia primeiramente na capacidade de traduzir textos incompreensíveis, a partir de uma linguagem acessível às pessoas, passando difundir uma visão até mesmo livre da palavra escrita, em

transposição de um universo linguístico para outro. Por esta vertente originária, tais significados remetem ao exercício do deus Hermes, associado ao processo de transformação de “[...] tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender”, decorrendo a conclusão de que a hermenêutica, como ciência, sempre buscou uma espécie de mediação dirigida ao entendimento ou compreensão. (PALMER, p. 24, 2015).

Assim, o estudo da matéria volta seu olhar fundamentalmente para o estudo da linguagem como fenômeno, como acontecimento íntimo do ser humano, mas que produz efeitos na órbita externa. Conforme ao longo deste estudo será aprofundado, o papel de tornar compreensíveis as mensagens e textos torna concludente o especial compromisso de intermediação representado pela linguagem, inicialmente, atribuído a Hermes na condição de mensageiro da palavra dos deuses.

De fato, na visão hermenêutica da vida humana, tudo expressava um significado determinado para o homem, enquanto perpassado pelo pensamento deste, potencializando o sentido daquilo que lhe é dado:

Esse é o mundo da cultura; buscar o significado desse mundo é a tarefa da interpretação. Nesse sentido, tudo o que existe e passa pela mente do homem, isto é, é pensado, submete-se à interpretação. [...] É na região do conceito que se dá a questão hermenêutica, pois é aí que os sinais são postos como representando algo que não são de modo consciente. (J. SALGADO, 2001, p. 246).

Por derradeiro, calha apreender a opinião de Raimundo Falcão, ao sobressaltar que a hermenêutica não foca seu objeto apenas à interpretação de textos. “Vincula-se a interpretação em geral, embora sobretudo àqueles objetos em cuja onticidade o sentido é determinante, vale dizer, os objetos culturais.” (2013, p. 97). Por tal motivo, a preocupação, quanto ao aspecto coletivo, torna-se componente indispensável numa leitura responsável, guiada pela intersubjetividade da linguagem, mormente aos efeitos comunitários do sentido.

1.3 Fases da ciência hermenêutica e seus autores

Concernentemente ao estudo da hermenêutica no tempo, a leitura de Richard Palmer (2015, p. 43) enfatiza a ausência de uma linha cronológica precisa, a exprimir seus momentos históricos lineares e delimitados. Contudo, segundo o autor, repercutem seis divisões, separadas por notáveis modos de percepção, senão cronológicas, que representam racionalmente suas etapas, de forma mais ou menos precisa: 1) uma teoria da exegese bíblica;

2) metodologia filológica geral; 3) ciência de toda a compreensão linguística; 4) base metodológica dos *Geisteswissenschaften*; 5) fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recoletivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.

Certamente, tais termos divisórios podem também representar aspectos sobre o modo de pesquisar o desenvolvimento da ciência hermenêutica. Vale dizer, muito mais que elucidações acerca das etapas históricas, constituem ponto de vista, a partir do qual a hermenêutica pode ser analisada a fim de alcançar sua totalidade como ciência. Perpassando a questão histórica da exegese, por exemplo, o horizonte hermenêutico foi empregado de forma decisiva no Renascimento e Reforma Protestante, visando principalmente à decifração do conteúdo dos textos bíblicos, assim como na literatura antiga. Na interpretação de textos jurídicos, integrou principalmente a elucidação da leitura sobre *Digesto* de Justiniano. Portanto, cabível falar em subdivisões desta ciência: “[...] uma hermenêutica jurídica (que lida com textos jurídicos); uma hermenêutica teológica (que lida com textos sagrados); e uma hermenêutica filológica (que trata das questões que envolvem a língua e a literatura).” (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 501).

Muito embora tenhamos tais divisões ou modalidades setORIZADAS da interpretação, a hermenêutica clássica, enquanto disciplina, trata-se de um campo de estudo mais recente, fundado na consciência do método, sendo produto da modernidade. (P. OLIVEIRA, 2017, p. 21). Diante de um cenário totalizante das ideias, importa acentuar que, quando se operacionaliza uma teoria hermenêutica, a força do modo natural da vida, as vivências e experiências do homem no mundo e as tradições dessa cultura histórica conduzem sua orientação por elementos essencialmente hermenêuticos, de sorte, evidentemente, que “[...] não é só porque a tradição histórica e a ordenação natural da vida constituam unidade do mundo que os homens vivem.” (GADAMER, 2016, p. 32).

1.3.1 Hermenêutica psicológica e hermenêutica ontológico-existencial ou ontológico-filosófica

Compreendida a evolução das fases assumidas pela hermenêutica, trataremos singelamente de remontar o papel investigativo de alguns dos principais autores que se ocuparam do tema, considerando o estudo no decorrer da história, enfatizando, porém, o movimento da hermenêutica psicológica.

Modernamente, Schleiermacher oferece inspiração na tradição retórica, explorando inversamente o caráter hermenêutico do discurso para se chegar àquilo que o criador do texto desejou dizer. Isto é, a argumentação textual, constituída que é por uma expressão psicológica do autor originário, exige a busca do pensamento inicial deste. Enfrentando a questão da vontade na interpretação dos textos, e aproximado do movimento iluminista, o pensador conferiu destaque à imprescindibilidade de compreender o sentido do texto melhor que seu autor lhe determinou ao criá-lo, por meio de uma reconstrução total da obra.

Ao analisar a base teórica de Schleiermacher, Gadamer relembra que “compreender é a repetição da produção originária do pensamento com base na congenialidade dos espíritos”. Conseqüentemente, com fundamento no entendimento mútuo do diálogo, a pesquisa de Schleiermacher “[...] significou um aprofundamento, no seu conjunto, dos fundamentos da hermenêutica [...]”. (1968, p. 86).

A partir de então, alcançou-se um campo de pesquisa extremamente auspicioso para as ciências do espírito em geral, e não somente à teologia e o direito, tornando Schleiermacher reconhecido como o pai da moderna hermenêutica como disciplina geral. O método circular descoberto pelo autor, de acordo com o qual o intérprete movimenta-se, do todo para a parte e da parte para o todo, evidentemente, emprestou uma visão mais abrangente dentro do exercício compreensivo. O desenvolvimento da interpretação completa-se por etapas, acrescentando-se ao interior do processo compreensivo elementos objetivos (linguísticos), associados a outros subjetivos ligados diretamente à intenção do autor (psicológicos).

Na verdade, Schleiermacher pertence ao contexto filosófico do idealismo transcendental de Kant e Fichte, superando a tradição erudita da hermenêutica, até então vigente, ligada apenas a textos escritos. Por esta doutrina, a fundamentação da compreensão desempenhou o enfoque no diálogo e entendimento humanos, como parte essencial da hermenêutica, espraiando suas características centrais às demais áreas das ciências do espírito. Por enfatizar, sobretudo, a constituição da interpretação psicológica, o estudo hermenêutico constituiu objeto primordial destinado à estrutura teórica de diversas ciências do espírito. (GADAMER, 1968, p. 87).

Outro ponto enfrentado e solucionado na filosofia de Schleiermacher reside no problema dos mal-entendidos, vale dizer, compreensões capazes de traduzir equivocadamente a conotação do texto ou falhas sobre a atribuição de sentido oferecido por determinado escritor em relação ao escrito. Visando afastar inconsistências intelectivas, Schleiermacher aplicou em

seus estudos justamente o modelo tradicional circular, mediante o qual a compreensão parte ou se movimenta de um ponto do texto para sua totalidade, e no mesmo compasso, do todo para cada parte, a fim de verificar se, mediante o uso do procedimento, a coerência em relação ao sentido buscado originariamente pelo criador do texto mantém-se preservada.

De acordo com Streck (2014, p. 268), apura-se que a contribuição de Schleiermacher, foi, demais disso, primordial à elevação de “[...] duas individualidades que foram postas a descoberto: a individualidade do autor do texto (que emite a mensagem) e do intérprete que a recebe e precisa entendê-la.” Criticando a aplicação de regras interpretativas fixas que a tradicional hermenêutica trouxera até então, avançou o entendimento na direção da própria ação final do autor da obra, despertando a visão histórico-psicológica, levando, inclusive, Dilthey a afirmar que “o objetivo último do processo hermenêutico consiste em compreender melhor o autor do que ele próprio se compreendeu.” (*apud* STRECK, 2014, p, 269).

A continuidade da linha hermenêutica universal e abrangente de Schleiermacher manteve sua firmeza teórica com Dilthey. De fato, a aplicabilidade e funcionalidade do estudo hermenêutico, a todos os campos ligados às humanidades e ciências sociais, começaram a ser desenvolvidas principalmente pelo filósofo. Segundo a explicação de Palmer (2015, p. 105), “Dilthey tinha como objectivo apresentar métodos para alcançar uma interpretação ‘objectivamente válida’ das ‘expressões da vida interior’.”, logo, qualquer posição metafísica de tentar descrever o fenômeno humano da compreensão deveria ser rejeitada, decorrendo como algo imprescindível, ao inverso, descobrir a natureza desse ato de interpretar.

As pesquisas levadas a efeito por Dilthey revelariam que o conhecimento, de nós mesmos, advém da própria história, ou melhor, ressoa imprescindível, à imersão acerca da subjetividade humana, a plena consciência da historicidade de sua existência, então relegada apenas a categorias herméticas das ciências, especialmente as naturais. Em razão disso, como nos ensina Palmer, para Dilthey, pertence à natureza humana um complexo de relações regidas pelo sentimento e vontade, próprias do ato cognitivo, cujos fatores não se sujeitam a normas de causalidade rígidas. Por este foco,

a palavra ‘vida’ era então um grito de batalha contra a fixidez e as determinações da convenção. [...] O objetivo das ciências humanas não deveria ser a compreensão da vida em termos de categorias exteriores à vida, mas a partir de categorias intrínsecas, derivadas dela. A vida deveria ser compreendida a partir da experiência da própria vida. [...] a verdade é que percebemos, pensamos e compreendemos em termos de passado,

presente e futuro, em termos de sentimentos, de exigências morais e de imperativos. (PALMER, p. 107-108).

Mediante a proposta inaugurada por Dilthey, portanto, a realidade da vida passa ao largo das categorias transcendentais. Ao revés, o autor intenta expressar que o emprego hermenêutico do pensamento depende intrinsecamente da experiência vivida, num contexto histórico e fenomenológico, preservando-se, de qualquer sorte, a investigação sobre o estudo do círculo hermenêutico explorado por Schleiermacher.

Nesse aspecto vivencial, entretanto, deflui um viés no círculo hermenêutico dotado de caráter histórico, tanto em relação ao todo assim como às respectivas partes, de sorte que o sentido conferido ao texto altera-se ao domínio do tempo. Por isso que “a interpretação coloca-se sempre na situação em que o intérprete se coloca; o significado depende disso, por muito circunscritos que pareçam a peça, o poema ou o diálogo”. (PALMER, p. 125).

Modernamente, o conceito conferido por Dilthey para a hermenêutica ancora-se em consonância com elementos científicos explorados, mais tarde, por Gadamer, em sua hermenêutica filosófica – o que será discutido à frente em capítulo próprio. Com efeito, o sentido das coisas, para o primeiro autor, não seria algo imanente à subjetividade. Diversamente, a percepção de um determinado tema implica necessariamente um nexos anterior e prévio articulado pelo pensamento:

Isto significa que não há compreensão “sem pressupostos”. Todo acto de compreensão se dá num determinado contexto ou horizonte; mesmo nas ciências, apenas explicamos “em termos de” um contexto referencial. [...] Visto que compreendemos sempre a partir do nosso próprio horizonte, fazendo este parte do círculo hermenêutico, nada pode ser compreendido de um modo não posicional. (GADAMER, 1966, p. 126).

De outra parte, Heidegger, em *Ser e Tempo*, almejou, assim como Dilthey, traçar um caminho ontológico cuja explicação trouxesse a compreensão da vida em seu modo mais profundo, enfrentando e rebatendo pressupostos metafísicos introduzidos no início da tradição ocidental. A seu modo, frente ao processo do círculo hermenêutico, Heidegger promovera à interpretação, tal qual Gadamer viria a expressá-lo, uma importância fundamental em função do seu caráter produtivo, proporcionado exatamente em virtude das vivências, experiências, cultura, tradições e aos preconceitos do sujeito.

De fato, consoante rememora Gadamer,

isso é uma formulação provocativa, uma vez que busca restituir o direito ao conceito positivo do preconceito, que o Iluminismo francês e inglês expulsou do uso da linguagem. [...] Os preconceitos não são necessariamente injustificados e errôneos de modo a distorcer a verdade. Na realidade, o fato de os preconceitos, no sentido literal da palavra, constituírem a orientação prévia de toda nossa capacidade de experiência é constitutivo da historicidade de nossa existência. (GADAMER, 1966, p. 127-128).

A respeito desta perspectiva do círculo hermenêutico, o que Heidegger sugere reside na superação da analítica transcendental da divisão sujeito-objeto, atingindo um conceito lógico que “[...] encontra seu verdadeiro lugar na demonstração científica como doutrina do círculo vicioso.” (GADAMER, 1983, p. 263)

Entretanto, o fator de maior relevância do pensamento de Heidegger para a hermenêutica jaz naquilo que ficou conhecido em sua doutrina como diferença ontológica, cujo objetivo suplanta o conceito de fenomenologia, despertado anteriormente por Husserl. Este, diferentemente de Heidegger, instrumentaliza o método fenomenológico para tornar visível o funcionamento da consciência como subjetividade transcendental, enquanto Heidegger aprofunda a fenomenologia como meio vital de ser-no-mundo histórico do homem. (PALMER, 2015, p. 130). Isto é, a hermenêutica fundada na diferença ontológica repercute na aferição da historicidade e temporalidade da natureza do ser, escapando de categorias fixas, conceitos, atemporais em relação ao pensamento meramente científico.

A rigor, o que Heidegger proporciona no campo em estudo condiz com a descoberta mais originária do ser que “[...] era o prisioneiro escondido, quase esquecido das categorias estáticas do Ocidente [...]”. (PALMER, 2015, p. 130). Diante da perspectiva ontológico-filosófica, o autor repensou o próprio conceito de fenomenologia, transformando-o em critério hermenêutico conforme expressa seu projeto de *Ser e Tempo*, obra na qual o fenômeno da compreensão avulta no campo existencial do homem tal como ser jogado no mundo fático sedimentado. Sobrevém então a figura desse homem representado na terminologia heideggeriana pela denominação ser-aí ou *Dasein*, “[...] justamente para deixar clara a sua presença efetiva junto à realidade, espaço de manifestação dos entes em geral, de onde desponta a pergunta pelo ser desses mesmos entes.” (PALMER, 2015, p. 142).

A investigação de Heidegger promovida pela hermenêutica existencial, destarte, introduziu a constituição de uma estrutura na qual se torna conhecido o próprio ser-aí. Diante da formatação ontológica da compreensão do que lhe vem ao encontro, num mundo marcado pela tradição, denota-se a existência de um ente indeterminado originariamente, mas que caminha por relações de sentido marcadas pela absorção dos fenômenos:

[...] ser-aí não é um conceito de homem, mas sim uma posição crítica de todas as definições substancialistas ou essencialistas do homem – sujeito, pessoa – de maneira a acentuar-se a própria dinâmica de realização do poder-ser que é o dele, ser-aí. Justamente pelo fato de o ser-aí se colocar no próprio espaço de manifestação dos entes em geral e de conduzir a questão a respeito do ser desses entes, é ele ontologicamente distinto ou é marcado por uma precedência ontológica. (P. OLIVEIRA, 2017, p. 43-44).

No que diz respeito ao mundo fático ou faticidade, Gadamer em texto intitulado *Hermenêutica e diferença ontológica* (1989), ressalta que, nesse ambiente, “pertence ao *Dasein* humano chegar ao mundo sem ser questionado e ser convocado a retirar-se também sem ser questionado. Em todo seu ‘ser-e-estar-lançado’, a pessoa vive direcionada a seu futuro, ao qual ela se projeta.” (p. 479). De certo, o que Heidegger tem em mente não consiste em conferir previamente o significado existencial de um ser simplesmente de acordo com sua essência de um ente correspondente. Diferentemente, aquele filósofo propõe levar o questionamento do prévio assenhoreamento de tudo, desafiando à ciência hermenêutica a tomar o caminho do perguntar e compreender.

Vale dizer, segundo Heidegger, a compreensão de mundo advém de sentidos consubstanciados do ser de um ente em um horizonte de sentidos, seu meio histórico, portanto, existencial, no qual emergem o discurso e linguagem, como elementos que compõem o ambiente onde transita o homem abruptamente lançado (*Dasein*), afastando-se a relação metódica sujeito-objeto, em radical divergência com a tradição filosófica de sua época. Já o conceito de ser opera no nível hermenêutico-ontológico, cujo ambiente aparece fora das tentativas metafísicas de objetivação mecanicista, pois desde-sempre há um horizonte de sentido inerente a este ser que já aconteceu. Porém, este sentido de que falamos repercute em algo que jamais se completará totalmente, pois não representa uma simples realidade, mas sim constitui uma possibilidade, consoante disserta Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 39).

Acerca da projeção dos modos de ser do *Dasein*, Ricardo Salgado sobreleva que

Como as coisas só se dão como referência, portanto com significado, no mundo, o mundo vem antes das coisas singulares (pois estas são relações significadas), ou seja, antes de toda experiência particular. Dá-se, originariamente, como um patrimônio de idéias anteriores a esta experiência particular, ou prejuízos que geram na descoberta das coisas. (2018, p. 75).

Assim, para Heidegger, a compreensão afasta-se de um modelo apofântico⁴ de distinção entre sujeito e objeto, pois não se separam os entes, havendo, em verdade, uma articulação originária de um mundo fático previamente sedimentado pela tradição histórica, por uma totalidade de significados nele imersa. Diante do modo de ser do *Dasein*, observa-se inexistir uma forma originária de buscar o significado do homem como um ente marcado por propriedades essenciais. A ontologia fundamental de Heidegger, em relação ao homem, desponta para a sintonia deste com suas múltiplas possibilidades e seus modos próprios de ser, contrariamente às definições estabelecidas pela filosofia ocidental.

Com esta proposta, Marco Antônio Casanova (2017, p. 90) adverte que o ser-aí se trata de um termo usado por Heidegger, visando mostrar a impossibilidade de fixar originariamente o homem em uma figura específica, ou mesmo

[...] de interpelar discursivamente essa figura com vistas às suas determinações essenciais e sintetizar essas determinações em uma definição que contenha em si o que esse ente propriamente é, alijando por princípio todas as suas determinações acidentais. Para entender o emprego heideggeriano do termo ser-aí é antes imprescindível acompanhar a dinâmica existencial de constituição de seus modos de ser.

Destarte, para aquilo que ressoa indispensável neste trabalho – ainda num âmbito de aprofundamento da teoria geral da hermenêutica –, impende concluir o seguinte, em relação à dinâmica existencial inaugurada por Heidegger. O ser-aí como ser lançado abruptamente no mundo, e conseqüentemente, desprovido de um condicionamento natural originário, a ver-se imediatamente em contato com o horizonte de manifestação dos demais entes na circunvisão comporta-se, em condições específicas, determinadamente marcado de forma muito mais adequada à filosofia prática da faticidade. De outro lado, vem à tona a possibilidade de desempenhar um pressuposto distanciamento “[...] em relação ao mundo e aos entes intramundanos e que esse distanciamento implica uma quebra da imediatidade com que o ser-aí se acha de início e na maioria das vezes no mundo.” (CASANOVA, 2017, p. 92).

⁴ O termo apofântico aqui utilizado vem designando uma forma de leitura dos fenômenos, mediante a qual se defende o esquecimento da observância da dimensão concreta da realidade da vida, no contexto prático das relações humanas. No âmbito da ciência jurídica, por exemplo, a dogmática positivista buscou sempre separar os fatos do direito a fim de alcançar o real sentido do texto ou a extensão da aplicação regra jurídica, desvencilhando da dupla estrutura da linguagem que vigora no seio da interpretação, *logos* apofântico e *logos* hermenêutico. Em razão disso explicita Streck, em seu Dicionário de hermenêutica: “aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual, que aparece no discurso apofântico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade, que é hermenêutico. [...] Portanto, a partir da hermenêutica, não faz sentido procurarmos determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, mas se preocupar em apontar a condição daquele que compreende o mundo, o ser humano.” (2017, p. 120).

1.3.2 Giro ontológico-hermenêutico da faticidade e a hermenêutica filosófica de Gadamer

Com a leitura ontológica de Martin Heidegger, transformadora para o campo de pesquisa hermenêutico, a linguagem da filosofia no século XX, de plano, marcou a visão das ciências humanas e do direito, principalmente em razão de três fatores distintos, de acordo com o que prelecionam Georges Abboud, Henrique Carnio e Rafael Oliveira (2019, p. 515):

[...] a) o *linguistic turn* (giro linguístico) que marca definitivamente a superação do esquema sujeito-objeto [...]; b) o declínio de um modelo matemático de fundamentação do pensamento e a ascensão de um modelo histórico que dê conta da fundamentação nas chamadas *ciências do espírito*; c) o giro ontológico que supera a ontologia da coisa pela *ontologia da compreensão* a partir do deslocamento do ser humano (*Dasein*) para o interior da problemática ontológica. (destaque dos autores)

Na verdade, o inovador giro ontológico radicaliza e afeta o modo como a linguagem e a história são tratadas no âmbito da filosofia, pois o modo de colocar o sujeito depende certamente de uma dimensão pragmática, a partir de uma virada acerca da visão puramente teórica. Gadamer destaca versarem sobre espaços nos quais, desde-sempre nos movimentamos, sem qualquer perspectiva de controle em relação a elas. Constituem mundos que não conquistamos. São âmbitos dos quais não podemos fugir; ambos os quadrantes expõem um conteúdo inesgotável de sentidos. Tudo o que se compreende está na história e se desdobra na linguagem. (FLICKINGER, 2003, p. 174). Conforme fora asseverado acima, a hermenêutica de Heidegger propõe fundamentos ancorados na faticidade, enquanto aspecto primordial para a concepção da hermenêutica filosófica de Gadamer; quem, por sua vez, contribuiu com a inserção elementos e conceitos filosóficos mediados essencialmente pela linguagem, atualmente pensados nas mais relevantes fontes pesquisas pertinentes à teoria da decisão judicial, hermenêutica e interpretação do Direito. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 525).

Diante de um processo não metódico das ciências tradicionais, crucial notar a leitura hermenêutica efetuada por Gadamer, especificamente em relação à ontologia fenomenológica de Heidegger, quem, por sinal, lhe emprestou sólidos ensinamentos filosóficos na cidade de Marburgo, Alemanha. Conforme assinala PALMER (1989, p. 168), “é essencial percebermos, logo desde o início, a distinção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia.” Decerto, a tese sugerida por Gadamer gira basicamente em torno da tradição histórica herdada pelo sujeito e a correspondente carga de pré-concepções na formação dos fenômenos

compreensivos para o homem, sem mesmo desenvolver, de outro lado, quaisquer espécies cânones ou princípios a serem utilizados como ferramentas auxiliares ao intérprete.

O movimento temporal do homem, a historicidade, linguagem, existência e experiência vêm a lume – dentre outros atributos inter-relacionados com a tradição –, como condições de possibilidade levadas pelo modo de ser do homem, indispensavelmente, na qualidade de formação da pré-compreensão – conceito fundamental da hermenêutica filosófica gadameriana. Certamente, a verdade, sob as luzes dessa concepção, é alcançada por via da dialética – mais aproximada da filosofia grega e distanciada do método científico rígido ou encarado como estrutura isomórfica cartesiana aplicável às ciências da natureza visando apenas a confirmar teses, por via de experimentação.

Embora a investigação hermenêutica filosófica não contemple a concepção da escolha de métodos propriamente destinados ao estudo dos fenômenos, revela-se esclarecedor que, em Gadamer, a compreensão depende muito mais de uma parte constitutiva diferenciadora, definido na linguagem visando alcançar o sentido das coisas elas mesmas. No processo hermenêutico utilizado pelo autor, a linguagem transparece como componente dialético de mediação na relação sujeito e objeto, numa concepção bastante distinta do subjetivismo presente na metafísica transcendente da tradição filosófica anterior a Heidegger, franqueando ao intérprete a perspectiva do entendimento e do consenso, tão imprescindível quanto o ar que respiramos. (ROHDEN, 2005, p. 226).

Bem por isso, segundo Palmer (p. 170), “o objetivo da dialética é eminentemente fenomenológico; fazer com que o ser ou a coisa que encontramos se revele [...]”. Em paralelo ao processo dialético, a proposta da abertura para a coisa que se interpreta, repercute no questionamento do homem pelas condições inerentes ao próprio ser dessa coisa. Igualmente, o primado da experiência hermenêutica para Gadamer retoma traços eminentemente dialéticos da filosofia à esfera da compreensão, como a finitude, historicidade, universalidade, abertura e negatividade no movimento do conceito filosófico pela consciência.

Relacionado ao contexto não definitivo, o critério experiencial oferece ao homem limites finitos de sua existencialidade, bem assim lhe concede habilidade de autoconsciência, já que impossível é banhar por mais de uma vez as águas do mesmo rio. Ou seja, ressurgem o fator temporal na realização da experiência humana, marcando a finitude da existência do sujeito e influenciando imediatamente em seu modo de pensar. Entrelaçando o critério histórico às possibilidades mesmas da compreensão, Gadamer, enfim, almeja mostrar que a experiência do sujeito denota tanto um caráter subjetivo como objetivo.

Porque traduzida filosoficamente pela dialética, a noção de experiência retoma a negatividade do entendimento, visto que nela a fronteira da verdade nunca repousa estática, modulando, a todo o momento, o questionamento hermenêutico em face do caráter de força e atividade, tal como Hegel notou no motor que move o enriquecimento da consciência. Deveras, as vivências individuais concretizam o Espírito universal, retornando à experiência da consciência, do Espírito, portanto, à experiência de mediação do particular ao universal, tal como destaca Paulo César Oliveira, acolhendo a leitura de Joaquim Salgado:

A experiência filosófica implica, pois, o conceito de mediação, pela qual o imediato sensível é negado “numa segunda realidade de modo que esta última não seja senão na medida em que se chegou a ela a partir de alguma outra coisa com relação a ela”. Ora, o que faz isso, o que torna possível esse elevar-se para uma segunda realidade, então mediatizada, e guarda em si o imediato de que partiu, é a negação do imediato. Essa negação somente um poder faz, o pensar. (2017, p. 69).

Nesse panorama mais amplo da experiência, sobreleva, num primeiro momento, a negatividade que se posiciona ao lado do objeto e “[...] à medida que a consciência experimenta a nada e inverdade de seu objeto, ela é conduzida a um novo objeto e com isso a uma nova verdade. O objeto muda e um novo entra no seu lugar.” (GRONDIN *apud* ROHDEN, 2005, p. 99). Mediante o viés produtivo da abertura hermenêutica, imperioso aperceber-se, no que diz respeito aos preconceitos do intérprete, que, ao passo em que este aprecia uma nova experiência, nele surge outro olhar suficiente a romper com a expectativa anteriormente marcada na consciência, modulando falsos saberes em momentos cronológicos ordenados, num caminho natural da estrutura dialética.

Interessante verificar que, nesse ponto, ressurreta irrepreensível a divergência feita pela leitura de Gadamer em cotejo à qual Hegel realiza. Para este último, a noção de experiência avança, na proporção que a consciência vai mediando o conhecimento, até alcançar a totalidade do saber objetivo do espírito absoluto, ao passo que o primeiro, inversamente, enfatiza o papel da pertença como a experiência que sempre permite uma abertura, nunca definitiva, destinada a uma nova opinião sobre o conhecimento.

Por via da constituição hermenêutica gadameriana de experiência, decorre que a tarefa primordial e definitiva da interpretação reside em evitar que uma posição prévia opinativa seja imposta ao sujeito, já que “[...] toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas mesmas’”. (GADAMER, 2016, p. 355). Isto é dizer, em outros termos, que compete ao intérprete examinar, se por ventura, suas visões anteriores e

prévias de mundo autorizam e adequam-se à própria coisa, malgrado ainda seja imprescindível o rompimento de expectativas, ensejadas, evidentemente, por uma projeção anterior de sentido conferida pelo intérprete e sujeita a uma confirmação.

1.3.3 O conceito hermenêutico de pré-compreensão

Decerto, as opiniões e visões anteriores, concepções de vida e a própria projeção prévia de sentido interconectam-se à experiência, e, associada a outro primado fundamental aprofundado no estudo da hermenêutica de Gadamer, qual seja, a ideia de pré-compreensão, aparecem como momentos da herança da histórica da tradição. O pensador, em seu desiderato de apresentar uma hermenêutica filosófica, propõe a explicação de que a definição de preconceito, antes de tudo, merece passar por uma reabilitação radical, a fim de conferir uma correta adequação de sua função mais radical na hermenêutica, afastando-se, com isso, o descrédito sobre o tema. Realça assim o autor a ideia de subjetivismo e arbitrariedade, levantados durante o Iluminismo – época na qual vigorava o império cartesiano do método e da razão exatamente com o propósito de superar o erro.

Associado ao processo existencial da compreensão, indispensável ter em mente que a pré-compreensão ou os pré-conceitos não se confundem com leituras relativistas ou subjetivistas. Outros termos similares que, por ventura, denotem caráter pejorativo e que podem dar azo à homogeneidade de conceitos completamente dissociados, como visão de mundo, preconceitos⁵, etc., encerram termos invalidados por Gadamer, concernentemente à hermenêutica filosófica.

Lenio Streck (2015, p. 227), por exemplo, explana que “[...] compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método ou processo consciente do sujeito”. Aliás, de início, relevante firmar que as questões prévias de sentido, presentes no espírito humano, têm a força de colocar em relevo o poder da tradição histórica por meio da qual se intermedeia constantemente passado e presente no processo compreensivo. Enfim, para Gadamer, “são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.” (2016, p. 359).

De imediato, releva consignar, portanto, que, no âmbito da hermenêutica filosófica, a designação preconceito não é vista como algo pejorativo, relacionado a uma

⁵ Deixe-se bem claro que a expressão “pré-conceito” reveste-se duma experiência de conteúdo bem mais profunda que uma simples experiência anterior, porque, enquanto ser humano, o homem vive inserido na linguagem e tradição, os quais têm vetores intersubjetivos completamente afastados do controle individual daquele que interpreta.

experiência subjetiva negativa. Ao inverso, sustenta Gadamer ser imperioso proporcionar, evidentemente, uma distinção em relação aos preconceitos legítimos daqueles que causam prejuízo à correta interpretação dos fenômenos, os quais são chamados de falsos preconceitos, por produzirem mal-entendidos. Para essa finalidade, a consciência hermenêutica deverá permitir que, a partir da inserção à tradição seja possível oferecer um filtro em relação à validade de uma opinião, suspendendo e colocando em evidência aquilo que se dissocia e não envolve o contexto histórico de um período da tradição, pois, pela na narrativa explicativa de Gadamer, a “compreensão começa onde algo nos interpela” (2016, p. 359). Mais especificamente equivale dizer que o preconceito para se revelar num determinado momento e ser destacado exige ser provocado em cotejo com o acervo cultural e histórico de um determinado tempo, a fim de suspender por completo os próprios preconceitos imprestáveis capazes de influir negativamente na compreensão. Essas condições prévias operam evidentemente em toda e qualquer interpretação, cabendo ao intérprete avaliar se seu ponto de vista sobre o mundo interfere negativamente na compreensão do algo sobre algo. Em virtude da realidade histórica do ser do indivíduo, a experiência ou distância temporal em relação objeto surge uma condição possível de crítica hermenêutica capaz e suficiente para distinguir os verdadeiros preconceitos, dos quais nos valem para a compreensão, dos falsos preconceitos, cujo viés prejudicial nos obscurece a visão acerca do objeto interpretado.

Haja vista sermos constitutivamente dominados por preconceitos e conceitos prévios, em razão do nosso caráter histórico e existencial de sermos, advém de modo imanente um conjunto de intenções possíveis no qual nos movimentamos, ao falarmos e dispormo-nos com o fito de expressar nossa opinião sobre algo que concebemos de acordo como nossa visão prévia de mundo. Em face dessa consciência imediata, importa atentar para a recorrente ingenuidade, retratada ao desconsiderar-se toda uma tradição histórica sedimentada em nosso mundo, a qual, contudo, decorre do próprio modo constitutivo de nossa pré-compreensão de mundo. Podemos exemplificar este contexto reportando-nos ao tema disposto na obra de Gadamer, precisamente ao que o autor preconiza acerca do caráter de ingenuidade visualizado no trabalho do técnico do historiador, quem, nada obstante detenha alguma consciência das premissas hermenêuticas do passado, vivencia sua pesquisa em seu universo temporal específico. Com efeito, “[...] na compreensão histórica é preciso deixar de lado os próprios conceitos e pensar unicamente como os da época que se trata de compreender.” (GADAMER, 2016, p. 513).

A propósito, Gadamer mesmo, reafirma que a consciência histórica conduz, de forma equivocada, a edificação de sua compreensão de sentido sobre os fatos, ao desvencilhar

o pensar historicamente, a partir da mera conversão dos conceitos do passado quando procuramos sobre eles raciocinar. O imprescindível do pensar de uma ontologia hermenêutica fundamental é pensar a diferença entre ser e ente; ou seja, permitir que as coisas falem por si mesmas, sem querer impor a elas a verdade repassada pelas vivências metafísicas das causas últimas. Tudo está por vir na questionabilidade sobre essa verdade ontológica, desde que contemplada “na preponderância de tudo aquilo que já é capturado nele como algo por vir e se vê entregue à responsabilidade de sua força determinante.” (HEIDEGGER, 2015, p. 402).

É dizer, “[...] interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente à fala a opinião do texto.” (GADAMER 2016, p. 514). Conseqüentemente, o que se almeja evidenciar com essa frase, corresponde à indevida atitude do intérprete em relutar contra seus próprios conceitos herdados pela tradição frente ao fato histórico e indo de encontro à lógica hermenêutica mais original, cuja proposta prioritária cinge-se à correta funcionalização de toda a pertença à tradição que conosco carregamos. Ou seja, Gadamer introduz, na hermenêutica, um panorama de conhecimento iluminado particularmente pelos preconceitos herdados intérprete. Dotados de conteúdo objetivo, estes preconceitos possibilitam a fusão dos horizontes históricos do passado com o presente, afastando-se o caráter eminentemente técnico da experiência científica, e cuja proposta liga-se muito mais à confirmação de resultados esperados pelo mito inconcusso expresso na verdade.

Fundamental analisar a forma de compatibilizar a possibilidade verdadeira de uso dos preconceitos para a compreensão adequada. Lenio Streck propõe “[...] que destacar um preconceito implica suspender sua validade. Pois, na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo.” (2017, p. 235).

Enfim, acrescentamos que, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo e também qualquer preconceito exprime, inarredavelmente, a aceitação de lidarmos com a estrutura da pergunta. Ao depararmos-nos com o texto ou qualquer outro acontecimento da experiência, de certo, havemos de concluir que “[...] toda e qualquer compreensão nada mais é do que a simples reconstrução da pergunta que o texto nos impõe [...]”. (R. SALGADO, 2008, p. 63).

1.4 Repercussões do giro hermenêutico-filosófico para hermenêutica do direito

Em vista da própria natureza mediadora da linguagem, no campo da hermenêutica, cujo desempenho, dentre outros papéis práticos, vale-se da operacionalização

da descoberta dos signos e seus significados ao intérprete, como será oportuno mais à frente verificar, a discussão efetiva sobre os fundamentos do paradigma do conceito pós-positivista no direito, cuida-se de tarefa primordial para a elucidação da proposta deste trabalho.

A constituição da norma jurídica estatal perpassa por um processo concretizador complexo, dentro do qual, em primeiro plano, o texto legal representa um programa normativo, a ser realizado pelo sujeito-intérprete, ao final, com o papel da aplicação.⁶ Deveras, num paradigma de efetividade dos direitos fundamentais, em cujos significados elevam-se valores ético-culturais cimeiros no horizonte do Estado de Direito contemporâneo,⁷ avolumam-se a importância da responsabilidade do jurista e as consequências de sua interpretação, na tarefa atinente à decisão jurisdicional. Evidentemente, deduz-se a inferência de que o ato de interpretação supera a simples representação e aplicação de um método específico, o qual resulta alcançado, ao final, por meio do critério de subsunção, de acordo com qual o intérprete extrairia do texto legal um sentido originário imediatamente aplicável numa hipótese concreta.

Justamente em razão da falta de correspondência entre a intenção, no passado, do criador da norma jurídica e a leitura do intérprete, no presente, a premissa de que a hermenêutica detém como objetivo o mero transpasse, para o momento atual, da vontade psíquica do autor originário de um texto escrito, apresenta-se como algo proscrito e desconforme ao seu objeto de estudo. Vale dizer em modo mais simples, no mais especial espectro da hermenêutica filosófica, buscar simplesmente a compreensão subjetiva e experiência de vida que o autor de um texto, obra ou escritura almejou expressar, por num determinado significado, reflete algo contraditório e inconveniente.

De fato, no caso do texto escrito, certamente, aparece a desvinculação contingencial do momento originário de sua criação e a pessoa do autor, liberando-se para novas relações, torna-se figura desimportante no horizonte de sentido fixado num determinado momento futuro. “Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se

⁶ É o que explicam os autores Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira, a “norma não é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para a formação da norma). Somente após a interpretação jurídica, destinada a solucionar o caso concreto (real ou fictício), é que surge a norma jurídica.” (2019, p. 456).

⁷ Para Joaquim Carlos Salgado, há um processo imanente na história dos direitos fundamentais, cujos valores são universalmente reconhecidos nas constituições democráticas do mundo civilizado, bem assim na Carta das Nações Unidas. Da sociedade grega, passando pela história jurídica de Roma, até os dias atuais, o direito, entendido como *maximum ethicum*, representa o ponto de chegada ético da pessoa moral. Constituído na tarefa de dominador comum desses valores, em sociedades cada vez mais pluralistas nas quais convivem grupos diferentes dotados de diversos códigos éticos, o direito, necessariamente encontra-se no começo e fim da processualidade do ético. (2006, p. 267).

preenche de compreensão, de ocasião para ocasião”. (GADAMER, 2016, p. 512). Essa interpelação hermenêutica reverbera como o soar de vozes de nosso horizonte histórico tradicional, formando capas de sentido sedimentadas ao longo da história, porém não deixam de oferecer um viés produtivo e positivo no processo da interpretação, ao possibilitarem acesso ao sentido das coisas. (P. OLIVEIRA, 2017, p. 22).

Com efeito, o próprio Gadamer propõe, a partir de tal solução atualizadora, abrir caminhos justamente para o conceito da tradição e seu significado histórico, pela inserção de sentidos no campo de compreensão, diante do qual os elementos conceituais intermedeiam-se pela a linguagem. O relevante aqui reside na efetiva evidência de que o ato da compreensão dos fenômenos que nos vem à fala funde-se num mesmo horizonte hermenêutico, frente à interpretação conferida no modo de ser do intérprete. Em outras palavras, depreende-se que o ato de compreender já constitui, em si mesmo, o próprio interpretar. Na verdade, quem interpreta um texto ou uma obra de arte, por exemplo, já compreendeu aquilo que lhe vem revelado historicamente, em função do conteúdo inerente ao ambiente da linguagem, no qual sempre nos encontramos em movimento e comunicamo-nos intersubjetivamente.

Mediante a premissa de que, na hermenêutica, a linguagem deixa de ser articulada artificialmente pelas divisões da metafísica, cravada na essência das palavras e seus significados convencionais ou internos ligados à consciência do sujeito, extrai-se, dos estudos mais tardios de Wittgenstein, que, diferentemente, tudo depende do contexto situacional em que são empregadas as palavras bem como a forma de apresentação de seu uso. Todavia, a tradição filosófica ocidental firmou, durante séculos, a ótica teórica cuja tendência essencialista seduziu a ilusão do trânsito do conhecimento por uma linguagem transcendental, firmando o entendimento de que os atos da vida – como ter em mente, pensar e compreender – designassem atividades inerentes ao subjetivismo operadas dentro da consciência individual, independentemente do exame de seu uso na experiência concreta. (M. OLIVEIRA, 2015, p. 135).

Retomando de maneira imediatamente a questão do caráter da linguagem na filosofia de Gadamer, Paulo César Oliveira reproduz exatamente a crítica constante em toda situação forjada ao longo da sedimentação da tradição, diferenciando esta dos campos de sentido formados no movimento histórico da interpretação:

O que se pretende aqui afirmar, com Gadamer, é que a compreensão, em que se movimenta todo e qualquer comportamento intramundano, somente se

realiza de forma legítima a partir do instante em que se atenta para o traço produtivo da tradição, apropriando-se das vozes balizadoras do passado não como cânones fechados, mas sim como campos de sentidos que se articulam com a situação compreensiva do presente – o preconceito e sua recepção no presente, uma vez que não há, em Gadamer, o ser de algo para além do processo de interpretação – o que, por outro lado, não se traduz em um mero processualismo, pois há o construto da tradição que orienta a recepção no presente. Abandonando-se a situação hermenêutica, sem a consciência da história efetual, o questionamento é abstrato e ingênuo, dissociado do horizonte de formação e de recebimento do questionar. (2017, p. 16).

A perspectiva produtiva da interpretação vigora na hermenêutica como característica dotada de movimento circular, mediante o qual o todo envolve as partes, e estas se prestam a conformar o sentido pelo movimento da totalidade. Conseqüentemente, decorre da fusão de horizontes o envolvimento hermenêutico experiencial, pois o modo de ser do interprete é recepcionado a partir da linguagem embutida nessa interpretação, representando algo que vem à fala e que, no presente, se comunica conosco.

Exatamente porque o mundo sempre se movimenta na temporalidade, portanto, determinado historicamente pela tradição, a interpretação exige inevitavelmente a retomada ao passado, atualizando a situação hermenêutica do presente. Logicamente, ressurgindo novas modulações fático-temporais, resulta forçosa a conclusão da inviabilidade de uma interpretação definitiva, não importando quando fora transmitida. Pelo contrário, significa admitir hermeneuticamente a premissa de que o texto é compreendido diferentemente, a cada circunstância temporal e fática em cujo contexto ele ressurgja, sem embargo de cuidar-se de um mesmo registro escrito fisicamente inalterado.

Entretantes, interessa consignar que essa modificação de sentido conferido ao texto, absolutamente, diz respeito à afirmação de que houve uma relativização da compreensão acerca do caráter interpretativo do texto, justamente porque aí repousa um transpasse do elemento linguístico (linguagem) no qual sempre estamos vivamente inseridos, e mediante o qual imergimos em nosso meio próprio de viver. Referindo a esse aspecto da linguagem, Gadamer acentua que, “[...] no entanto, também é certo que ela se apresenta enquanto destinada a desaparecer.” (2016, p. 515). Com efeito, a conclusão do filósofo encerra a habilidade do emprego do elemento temporal na própria linguagem humana, cuja estrutura, por fazer parte da própria vida e dos modos de ser, implicam a incidência de seu contínuo aspecto de movimento espaço-temporal. Diante do próprio pensamento de Gadamer somos esclarecidos de que “nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a linguagem que alcance o outro.” (2016, p. 514).

Considerando o caráter mediador da linguagem, podemos falar que a experiência hermenêutica permeia justamente no campo do diálogo como modelo estrutural adequado de efetivar-se o conhecimento, tal como Platão e reconheceu, num autêntico intercâmbio entre parceiros. Evidentemente, essa tentativa de constituir um diálogo produtivo remonta ao modelo socrático pelo caráter transformador que nele se sustenta; nesse campo dialético o acordo entre parceiros não é uma imposição de pontos de vista, mas, diferentemente, uma transformação à direção do comum.

Segundo a filosofia de Gadamer, a conversação autêntica leva a um desenlace propício à abertura do diálogo, no qual jamais os interlocutores direcionam seu resultado, uma vez que as respostas surgem, assim que por si mesmas, dando sentido à conversa. Ao contrário da experiência meramente científica, no diálogo hermenêutico, os participantes são dirigidos pelas palavras de acordo com o contexto situacional nos quais repousam empregadas, pois a conversação expõe seu próprio espírito, e a linguagem conduz em si a verdade, desvelando o sentido e trazendo à luz algo que, até então, retraía-se do horizonte de “mostração”. Por isso mesmo, admite-se por certo referir que a “[...] linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.” (GADAMER, 2016, p. 497).

Ainda no contexto da linguagem, Gadamer emprega a proposta de, dialeticamente, colocar-nos na posição do outro, por via da conversação, a fim de assim absorvermos seu ponto de vista mais imediato, sua reação verdadeira, determinando a perspectiva de uma autêntica harmonia com aquilo que acontece no diálogo entre texto e intérprete. Isso porque que este participa ativamente do assunto em jogo, atualizando incessantemente, seu sentido, permitindo que uma palavra puxe a outra, advindo plenamente legítimo falar de uma conversação hermenêutica. “Mas isso implica que tanto a conversação hermenêutica quanto a real precisam elaborar uma linguagem comum [...]”, contudo, esta linguagem certamente dispensa a preparação de um aparato estrutural, visando estabelecer o acordo. (GADAMER, 2016, p. 502).

Todavia, malgrado o texto carregue consigo um particular tema à discussão, a determinação do que vem à fala a partir da leitura textual recai sempre na pessoa do intérprete, pois o sentido manifestado naquilo que se interpreta implica na constituição dos pensamentos do intérprete de acordo com seu horizonte histórico. Evidentemente, esse horizonte de sentido preconcebido na tradição metafísica do sujeito expressa um relevante papel frente ao encontro da abertura para o outro, em virtude daquele ambiente de conversação dialogal, apontado linhas atrás.

A propósito daquilo que vem à fala numa espécie tal de conversação, indispensável aperceber que, tanto o universo histórico carregado pela tradição textual como também o caminho da linguagem herdada pelo sujeito, evidenciam, dialeticamente, a fusão de horizontes, em cujo âmbito de compreensão inexistente falar em imposição da opinião pessoal do sujeito em relação ao resultado do sentido por ele dado ao texto. Por via desse acordo, é que, justamente, tem lugar de destaque – conforme se aventou acima – não o tema propriamente conversado, mas sim o parceiro envolvido no diálogo. Deveras, no processo de perguntar e responder sobrepõe, evidentemente, um problema a merecer condizente solução. Para tanto, imprescindível permitir uma abertura àquele sujeito instado a oferecer resposta:

Na pergunta como na resposta dialógica, o objeto mais importante não é a coisa sobre a qual se trata, mas os parceiros do diálogo. A pergunta dialógica difere da pergunta destinada a obter uma informação. A pergunta por uma informação não atinge – necessariamente – o outro nem afeta quem pergunta ou ouve uma resposta. No diálogo autêntico, o interrogado é sempre solicitado a dar uma resposta prático-argumentativa. O diálogo hermenêutico não possui um objeto único e delimitável, seja porque o real é mais que método em sentido estrito seja porque nele está implicado o jogo da liberdade entre os parceiros, seja porque ele é infinito e histórico. (ROHDEN, 2005, p. 197).

A toda evidência, num diálogo com caráter de autenticidade, os interlocutores encontram-se tão severamente interligados com a proximidade linguística comum, que o direcionamento da conversa distancia-se da condução controlada por opiniões próprias e prognósticos pessoais. Vale dizer, os participantes aparentam-se bem mais direcionados à resolução de uma questão (um problema) do que meros condutores ou direcionadores da ideia dialógica, proporcionando, conseqüentemente, a abertura de possibilidades de compreensão.

Assim, segundo Rohden, “não podemos antecipar teleologicamente o que acontecerá e produzirá um diálogo. [...] Nele, vem à linguagem algo que não é esperado. [...]” (2005, p. 198). Em vista do panorama espontâneo da conversa, aflora um dos princípios mais instigantes da hermenêutica, desmascarando ilusões e perturbações da consciência humana a qual, muitas vezes, contenta-se com representações fundadas num discurso redito e marcado cotidianamente pela tradição. Enquanto acontecer hermenêutico, o diálogo atua na ontologia,⁸ ou seja, reverbera em si mesmo a própria existência do ser historicamente considerado.

⁸ Streck (2019, p. 186) reafirma que a ontologia consiste num estudo sobre as determinações do ser presentes em todas suas formas, trata-se de uma “[...] doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é.” Assoma-se, no caráter *que* mais interessa ao estudo ora desenvolvido, que a abertura do diálogo hermenêutico, a propósito, cria possibilidades diretamente relacionadas com temas primordiais da hermenêutica filosófica, como a diferença ontológica, já alinhavada anteriormente, cuja perspectiva denuncia o esquecimento do ser.

Demais, detém a potencialidade de afastar mal-entendidos comumente verificáveis nas ciências do espírito.

No caso do direito, semelhantemente, a abertura dialógica expressa potencialidade para se chegar às coisas mesmas, sem permitir que conceitos metafísicos, os quais, submetidos a controle do poder instituído, ao longo do tempo na tradição ocidental, permaneçam encapsulando os entes legais e demais definições jurídicas. É indispensável que as regras jurídicas sujeitem-se a uma irrupção radical da linguagem do ser – onde este detém realmente sua morada⁹ –, evitando que ressurgam repetidamente e permanentemente retidos os seres correspondentes, ainda que pela linguagem, porém na sua forma negativa. Deveras, a partir da filosofia da consciência – suficientemente voltada para a vontade de poder –, o sujeito cognoscente, diante do pano de fundo do assenhramento das coisas, passa desapercibido dos fenômenos inerentes à aparição dos seres legais em sua existência mais profunda.

Por outros termos mais precisos, tem-se que os intérpretes do direito, contemporaneamente, em nossa sociedade, permanecem ainda jungidos a um critério lógico-subsuntivo, eminentemente absorvido pelo tecnicismo repetitivo e esmagador da filosofia metafísica da consciência, esquecendo-se da existência formada pela experiência do próprio direito em si. O comportamento interpretativo do sujeito nesse campo, portanto, não superou a posição representada pela figura designada pela expressão “operador do direito”, profissional da práxis cuja lida diária permanece em movimento imediato ao discurso do legalismo,¹⁰ muito embora se depreze à sua frente a realidade do constitucionalismo dirigente e concretizador de direitos fundamentais.

Rigorosamente no campo da linguagem hermenêutica, interessa ao presente estudo delimitar e criticar posturas recorrentes e atuais na praticadas na dogmática forense e acadêmica do direito, tal como o decisionismo, ativismo e discricionariedade do juiz na emissão de suas decisões.

As origens de tais comportamentos pragmáticos e teóricos entronizados na cultura jurídica remontam, em grande medida, o paradigma da filosofia da consciência. Por este motivo, Streck avalia que o modelo, cujo ideal segue a história do pensamento filosófico

⁹ Pertinente é fraseologia de Heidegger ao explicar no contexto hermenêutico de *Ser e Tempo* que a linguagem é a morada do ser.

¹⁰ Os estudos da semiótica aplicada ao direito revelam exatamente que o direito exprime-se por gestos, expressões e palavras. Associado ao discurso, há um suporte universal carregado de sentido que, de acordo com Streck (2012, p. 231), forma-se com a lei e jurisprudência, resultando no direito positivo. Entretanto, o discurso jurídico representa a vontade do grupo dominante da sociedade que faz uso do direito como instrumento de poder, fator que retrata uma ideologia permeada no direito posto, segundo a semiologia jurídica detectável no nível estrutural do direito, conforme proposta de André-Jean Arnaud.

ocidental, ressurgiu representado na condição do sujeito soberano, intérprete do mundo, tal como algo “[...] recrudescido no imaginário gnosiológico dos juristas que é a percepção de que a ‘liberdade de decisão do juiz’ está ligada a uma ideia de irresponsabilidade institucional”. (2017, p. 75).

De fato, a partir do fim da Idade Média, a razão passa a assegurar o conhecimento verdadeiro, por meio do método científico, refletido num processo de observação e experimentação, fator de acordo com o qual, no campo do direito, o positivismo jurídico decompõe em partes logicamente articuladas convencionalmente. (STRECK, 2017, p. 167).

Fundamental asseverar, no entanto, que todo enunciado científico assujeita-se sempre a modificações e refutações inerentes à própria ciência. Portanto, o positivismo jurídico pecou originariamente por assumir como insofismável a relação causal entre a vontade do legislador e o direito em si, como norma legislada, haja vista encontrar sujeito à validade de referencial a outras instâncias e decisões legislativas, judiciárias e administrativas. (FERRAZ JR., 2019, p.62). Na verdade, repousa aí um problema de decidibilidade segundo o qual o legislador imputa certos comportamentos, que podem ser ostentar textura jurídica a depender da oportunidade de regulamentação do comportamento social. Disso decorre, então, que as questões do direito não se reduzem à dogmática, razão pela qual se torna indispensável, ao jurista ou intérprete, refletir acerca de quebra de paradigma hermenêutico do direito tal como vem recorrentemente sendo empregado na práxis.

1.5 Interpretação e movimento da norma jurídica: direito como prática interpretativa (agir interpretativo)

Preponderantemente na prática hodierna do campo jurídico, observa-se que o jurista comum ou operador do direito operacionaliza a interpretação de forma notadamente “subsuntiva” ou silogística, nos idênticos moldes desenvolvidos ainda pela técnica ou cânones tradicionais de Savigny e Betti (métodos sistemático, teleológico, histórico, gramatical, lógico).

Desta sorte, temos que, ao decidir sobre um caso concreto ou mesmo hipotético posto em avaliação, compete ao magistrado operar uma perfeita equação, entre premissa maior (lei) e fatos em análise (premissa menor), advindo, logo, a solução jurídica para a situação posta em juízo. Com esta visão, temos que na atualidade o profissional técnico do direito, com vistas a proceder a mais pura objetividade técnica, comporta-se superficialmente,

em relação ao indispensável senso de análise crítica e teórica do sistema, culminando na mínima movimentação interna do sistema e causando nenhuma perturbação na petrificação da ordem estabelecida.

Nada obstante a dogmática jurídica explicita o procedimento de interpretação e aplicação com características de precisão e objetividade, torna-se imprescindível identificar e aperceber, na funcionalidade mais específica do sistema jurídico, a constituição de um horizonte de linguagem que, de fato, encobre uma série de ligações, efeitos, causas, definições e classificações. Em larga medida, a tecnocracia jurídica revive essencialidades superficiais, conduzindo o papel da linguagem humana em mero instrumental amparado pelo fim último de transmissão de informações.

A rigor, nesta instância subsuntiva do direito, constituída pela cópula sujeito e predicado, dever e ser, fato e lei, sobressai como ponto de chegada o direito aplicável, a fim de compatibilizar os fatos ao texto legal. Todavia esse procedimento, consoante se aventou acima, igualmente experimentado na esfera do direito, pode traduzir mera capa acobertadora por sobre da existência dos seres representados por entes em nossa cultura ocidental, manifestação existencial capaz de proporcionar, irretocavelmente, o domínio e a manipulação sobre a existencialidade fática dos primeiros.

Contemporaneamente, portanto, a principal funcionalidade da linguagem torna sua relevância reduzida à informação. De acordo com Manfredo de Oliveira, a informação “[...] é o modo como a natureza se revela por meio da técnica. Não a natureza como ela é em si mesma, mas a natureza enquanto submetida às perguntas do homem [...]” (2015, p. 203). Como se a linguagem dogmática jurídica tocasse apenas à superfície mesma dos fenômenos e dos entes, a formalização do direito posto, assim, toma por experimental todo aparato normativo destinado ao usufruto dominador da subjetividade do homem.

Evidentemente, a função mais própria da doutrina, nesse contexto, reside em construir uma série de critérios e procedimentos científicos, separando as proposições, prescrições jurídicas e classificação das normas, objetivando auxiliar o intérprete a extrair o direito aplicável, a cada espécie de fato natural ou social relevante captado pelo legislador, e que interesse à resolução dos conflitos sociais.

Realizando um recorte histórico diretamente ao século XX, apura-se que a teoria normativista de Kelsen desenvolveu primeiramente de modo científico a construção teórica do conceito de norma tal como atualmente é concebida, alçando-a ao centro do próprio direito, definindo a lei como uma das suas espécies. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 424). Exatamente neste horizonte situacional radica a tarefa primordial doutrinária do direito,

girando em torno da descoberta sobre o significado da norma, para o direito. Similar importância, na esteira normativista da teoria kelseniana, cuida a distinção entre a interpretação realizada no campo científico-doutrinário, dotado de caráter conhecimento jurídico, e aquela aperfeiçoada no nível das autoridades estatais, cujo procedimento envolve um ato final de vontade pela decisão judicial.

Ao colocar em prática a proposta de uma precisa separação entre direito e moral, estancando qualquer tipo de valoração sobre o primeiro, Kelsen elabora um

[...] esquema de interpretação, que determina o sentido deôntico dos fatos sociais. [...] A grande inovação kelseniana, contudo, reside em introduzir, no nível desta estrutura deôntica, uma lógica de ‘proposições jurídicas’ e não simplesmente de ‘normas jurídicas’. A norma jurídica se mantém como esquema de interpretação, porém apenas para apoiar a construção de uma linguagem rigorosa que pode assumir as estruturas formais a priori exigidas pelo conhecimento científico efetivo. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 426-427).

Em síntese, o estudo do positivismo normativista de Kelsen parte da elaboração de quatro hipóteses fundamentais, que fazem erguer sua teoria pura. Constrói o filósofo, em primeiro lugar, a hierarquia normativa entre as espécies de normas e unidade do ordenamento; a sistematicidade do ordenamento; e o problema das lacunas e a completude do ordenamento. Todo fundamento adotado por Kelsen orienta-se, em última instância, a superar o anterior positivismo da Escola Exegética baseado unicamente na lei, abrindo a sistematização do direito, justamente em razão da hierarquia escalonada de normas válidas, na qual restam compreendidas a constituição e as decisões judiciais.

Bem por isso é bom apontar que, paralelamente à estruturação constitutiva do positivismo normativista, surgiram análises teóricas que buscaram encontrar o direito na realidade social, “[...] onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam.” (BOBBIO, 2005, p. 62). Por este caminho, têm-se, a exemplo, os estudiosos ligados ao movimento denominado realismo jurídico, cujas hipóteses levantadas vão de encontro aos postulados do jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Isso porque “[...] não vêem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e nem o entendem como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade”. (BOBBIO, 2005, p. 62). Porque para tal corrente somente o direito concreto aplicado despontaria como válido, a concepção que marca o realismo jurídico rejeita a observância das regras existentes e impostas formalmente pelo Estado, mas, ao inverso, recepciona como legítimas as normas aplicadas pelos juízes ao dirimir as controvérsias a eles levadas

processualmente. Certamente, a corrente do realismo jurídico traduz mais propriamente a concepção de estudo cuja ênfase conferida pelo ordenamento jurídico repousa diretamente observada pela eficácia de suas normas, e não na sua simples validade, conforme propõe o positivismo. Sendo a aplicação e execução da norma a finalidade imediata do direito – elementos que circulam na realidade visível de fato –, o realismo reflete o conseqüente, do ponto de vista do ser, e não do dever ser. E assim, cabível a seguinte suma da escola realista do direito, “[...] é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade.” (BOBBIO, 2006, p. 142).

Observando que as diversas definições conferidas por ambas as escolas mencionadas traduzem perspectivas diversas, contudo legitimamente suficientes para afirmar considerações satisfatórias do fenômeno jurídico, Bobbio, então, explicita que os positivistas “[...] enfocam o direito pelo ângulo visual do dever ser, considerando assim o direito como uma realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do ser, considerando assim o direito como uma realidade fática.” (2006, p. 142-143).

Independentemente do ponto de vista assumido como mais adequado para fins de normatização legal, interações interessantes resultam de comportamentos ordenados numa rede de relações mútua, decorrentes da linguagem. Tércio Ferraz Jr. (2019, p. 74) exprime com precisão, diante disso, que “comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens [...]. Trata-se de um dado irrecusável, posto que o homem sempre se comporta, se comunica: é impossível não se comportar, não se comunicar”.

A rigor, a posição situacional revelada pelo comportamento humano em suas inúmeras relações, cria uma rede expectativa prévia, cujos mecanismos sempre são assegurados pelos meios comunicativos sociais. “Esses mecanismos, que conferem à rede instável de relações certa estabilidade, uma estabilidade dinâmica, compõe sua estrutura”. (FERRAZ, 2019, p. 75). No campo de estudo do jurista, evidentemente, a composição social exprime o conceito da norma jurídica em vigor, frente ao dado fático que lhe soa relevante, identificando-o.

Já para Joaquim Salgado, no direito, o momento de criação da norma resulta dum caminho lógico e dialético radicado na experiência da consciência jurídica. Em termos de processualidade histórica, a experiência jurídica funcionaliza diante totalidade do direito, desde a elaboração ou criação da lei pelo legislador, até o momento da aplicação, quando, perpassando pelo desenvolvimento do espírito ético – como totalidade ética –, chega à sua consumação instrumentalizada na decisão atualizadora do bem jurídico universal do sujeito de direito,

[...] segundo um critério de distribuição igualitária, da universalidade e da exigibilidade desse bem jurídico ou direito. [...] Desse modo, a consciência jurídica é um processo de superação da consciência moral subjetiva, por força da objetividade positiva do direito, realizando nesse movimento a totalidade ética. (2006, p. 24).

Em outros termos mais precisos, para o autor acima a consciência jurídica, por representar um processo lógico-dialético em movimento, filtra no universal aquilo que cabe a todos, um eu que é um nós, por instrumentalização da própria razão, de maneira imediata, tanto no momento da elaboração legislativa como da aplicação do direito, conforme se disse, a partir da atualização deste. “Enquanto a consciência jurídica é o momento de reconhecimento do caráter universal do direito subjetivo, considerado como ‘distribuição’ de um bem jurídico, a razão jurídica é o momento concreto dessa realização [...]”. (J. SALGADO, 2006, p. 24). E constituindo-se o produto de uma universalidade concreta, a lei é objetivamente posta por um nós, num momento de consciência jurídica – “[...] não é mais produto de uma subjetividade e universalidade abstrata do eu transcendental, mas adquire objetividade e universalidade concreta como lei posta por todos concretamente.” (J. SALGADO, 2006, p. 34).

Nesse passo, é essencial asseverar sobre o caráter universal da consciência jurídica. Contemplando categorias fundamentais do direito, a consciência em tela articula com a prevenção e solução de conflitos e interesses de uma comunidade organizada. Joaquim Salgado, em sua obra (2006, p. 34), leciona que “a coisa ou fato tem uma estrutura ôntica que possibilita a valoração dada pelo sujeito cognoscente [...]”. Todavia, a juridicidade do valor precisa ser considerada por um terceiro que atua, com uma consciência universal – “um nós social” –, haja vista que a norma jurídica abstrata encontra sua efetividade no reconhecimento do direito do indivíduo como algo exigível, “[...] portanto universal, por força da atualização da norma jurídica no fato concreto.” (2006, p. 87).

No processo da aplicação, essa consciência formalmente jurídica, caracterizada pelas categorias fundamentais do direito, mostra-se com toda sua especificidade como consciência que não se revela interiormente na individualidade particular do aplicador, mas se remete para a exterioridade do outro e se afirma como consciência de um terceiro neutro a efetivar a singularidade ou universalidade concreta da universalidade abstrata da lei. (J. SALGADO, 2006, p. 89).

Com outras expressões, significa admitir que, no contexto desenvolvido pela consciência jurídica romana, a aplicação do direito traduz verdadeiro encontro totalizante do sistema jurídico, cuja ligação ou conexão lógica racional é deduzida da lei geral e abstrata com individualização desta, a partir concretização ou atualização da lei no caso concreto.

Decerto, remansa como característica desse processo racional, o emprego de critérios de indução ou dedução, assim como o argumento do imperativo categórico de molde kantiano denominado também de juízo reflexionante, por intermédio do qual, a partir de um único fato ou caso concreto “[...] se tira uma norma geral que possa ser aceita pela comunidade dos que lidam com o direito. [...] Neste caso perguntar-se-ia: Essa solução pode ser erigida em norma universalmente válida?”. (J. SALGADO, 2006, p. 122). Destarte, frente à observância derradeira de um imperativo categórico, fundamental tem em mente que as consequências da solução encontrada pela autoridade estatal, a serem produzidas como prolação de sua decisão, oferecem o caminho da racionalidade total do direito, visando legitimar a decisão quanto seu caráter de justeza.

Após todo o movimento decorrente do processo de aplicação racional do direito, advém, logo, a inferência de que a decisão jurisdicional, cujos efeitos, invariavelmente, produzem resultados práticos, revela algo bastante especial para a adequada apreensão hermenêutica dos fenômenos no direito. A bem da verdade, a lei ou texto normativo impõe, para que surtam os efeitos jurídicos que lhes são inerentes, o trânsito pelo caminho da faticidade imanente ao mundo vivido e pela realidade dos fatos. Exprimido em um horizonte de sentido eminentemente prático, a Teoria Estruturante de Friedrich Müller, desenhada para o mundo jurídico, espalhou a compreensão de ser suficiente a rebater os pressupostos científicos do positivismo, ao cunhar a máxima de que “a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico).” (MÜLLER, *apud* STRECK, 2017, p. 279).

Dessa sorte, a teoria em tela representa grande avanço na ciência do direito, pois a proposta do autor reconheceu que a figura do intérprete ostenta parte integrante do processo de revelação da norma jurídica. Todos aqueles elementos e conceitos próprios da dogmática positivista, percebidos pelo intérprete, fundem-se com outros conteúdos vivenciais de natureza sensível, amoldando-se racionalmente com a finalidade de que, ao final, obtenha-se o sentido da norma concretizada. Por meio da conjugação articulada pelos fatos e texto normativo, o termo “concretização”, explorado por Müller, fora empregado correntemente na linguagem forense a partir de sua Teoria Estruturante, inicializando então o desenvolvimento do pós-positivismo, sobretudo no campo científico do direito constitucional.

Concebida a fim de distinguir e evidenciar o emprego que a tradição jurídica conferia ao conceito de interpretação, a expressão “concretização” escapa da essencialidade teórico-abstrata do positivismo, traduzindo feição eminentemente prática da atividade interpretativa, na opinião de Lenio Streck (2017, p. 279). Nesse viés, as lições de autores mais preocupados atualmente com o caráter existencial do direito como fenômeno social criticam justamente a tomada de posição teórica da concepção da norma jurídica tida apenas em sentido abstrato?

Sendo a norma não uma representação do existente, do “imediatamente dado”, mas, sim, o produto da interpretação de um texto, a harmonia, a coerência (e a integridade, diríamos, dworkinianamente) não devem ser buscadas no ordenamento, mas na própria interpretação. (ABBOUD, *et al.*, p. 436, 2019).

Nesse passo, vale consignar a preocupação que significativa parte da doutrina brasileira encara com preocupação a definição do conteúdo normativo dos princípios constitucionais. Traduzido como característica primordial do modelo pós-positivista, o debate leva em consideração a falta de coerência, autonomia e integridade cotidianamente conferida pela indeterminação dada à interpretação e aplicação dos princípios e do direito, especialmente ante a impossibilidade de previsão de resultados para todas as hipóteses.

De outro vértice, autores como Dworkin trabalham com a presença do ser-no-mundo,¹¹ emergente do caráter ôntico dos princípios, exprimindo que “[...] a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria *prática interpretativa* e não em um sistema lógico previamente delimitado [...]” (*apud* ABBOUD *et al.*, 2019, p. 436).

Aliás, com a admissão na ciência quanto ao caráter normativo dos princípios – resultante justamente da estruturação teórica da ciência jurídica, principalmente a partir segunda metade do século XX –, eclode a problemática da discricionariedade conferida às decisões judiciais e sua fundamentação. Radica, neste giro, a importância da doutrina de Dworkin, ao fazer remissão a aspectos de integridade e coerência a serem respeitados no processo de aplicação do direito, edificada sob base doutrinária definida para o controle relativo às consequências produzidas pela interpretação. Com efeito, a preocupação teórica direcionada ao resultado das decisões representa um debate deixado ao relento durante o percurso do positivismo jurídico. A premissa capital, até então adotada fundamentalmente nos

¹¹ A expressão ser-no-mundo, atribuída por Heidegger, corresponde à explicitação do ser jogado no mundo. O termo empregado pelo filósofo – *Seyn* –, traduzido para o português como *seer*, destina-se a diferenciar o modo de grafia do verbo *ser*, colocando em evidência o equívoco, da posição da Metafísica, que compreende o ser como ser do ente, como ente supremo. Conferir *Contribuições à Filosofia*, p. 6. (N. T.)

estudos conduzidos por Kelsen, dava por excluída a discussão dos efeitos externos da decisão judicial, num âmbito evidentemente pragmático, restando a indeterminabilidade do controle sobre a interpretação do direito relegada ao resultado relativista. (R. OLIVEIRA, 2007, p. 147).

Paralelamente a essa concepção positivista, surge o paradigma pós-positivista enfatizando a primazia de efetuar a reestruturação conceitual do processo decisório judicial, uma vez que este ato estatal de interpretação e aplicação apartou-se do tradicional mecanismo lógico de mera subsunção dos fatos (premissa menor) à norma vigente no sistema jurídico (premissa maior). Como repercussão disso, a visão pós-positivista refuta o caráter de ato silogístico da sentença como ato metodológico ou mecânico, em que uma premissa maior (lei) é aplicada para a solução do caso concreto (premissa menor).

Importante ressaltar, por pertinente, que há autores que fazem distinção teórica entre regras e princípios. Nesse horizonte compreensivo, quando procuramos utilizar o princípio como forma destinada à resolução da matéria controvertida, necessariamente, produz-se um

[...] elemento *transcendente* nos princípios, porque quando argumentamos com princípios sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, algo que permanece oculto pela objetividade aparente das regras. (R. OLIVEIRA, 2007, p. 174).

Visando alcançar à correta conceituação da norma jurídica no paradigma científico instaurado após a Segunda Guerra, é imperativo reconciliar horizonte de ruptura decorrente da viragem na linguística filosófica: uma quebra no radical ao consenso metafísico tradicional, o qual até então operacionalizava o discurso das ciências, inclusive, com a articulação de dominação, no âmbito do direito. A rigor, logravam sucesso a redução e sumarização temática do direito, ao modelo cartesiano de subsunção para o funcionamento técnico-científico, via manuseio da linguagem, vista até aí como instrumento lógico procedimental. Ao reduzir à epistemologia o universo do que é o direito (ser-no-mundo) – em função da utilidade à previsibilidade dos seus meios assegurada pelo manuseio do método experimental –, a tradição metafísica do Ocidente imprimiu força ao desaparecimento velado da coisa em si. Reintroduzindo uma espécie de conforto e sensação de trabalho cumprido, o operador do direito, vivificando superficialmente a mostraçã dos fenômenos jurídicos entificados, na mediania da cotidianidade, articula com a observância do dever do cuidado, a cada vez, de forma analítica, compilando a atribuição de sentido dos entes de forma abstratamente decalcada.

Essencial discorrer que, sob a ótica da metafísica cartesiana, o campo positivista jurídico manifesta, em toda sua inteireza, seu viés linear de simples reprodução obcecada do discurso vazio, ao horizonte de mostração da norma. Reduzido à margem de maiores questionamentos, o ser do ente na seara forense apenas repete e renova essencialmente a cisão de elementos fortemente agregados pela existência, relegando o questionamento do modo construtivo sobre a essência, mais propriamente ditada pela linguagem na condição e elemento mediador entre fatos e direito.

Naturalmente, a partir da imersão profunda em estudos produzidos por Heidegger e Wittgenstein II, o dimensionamento das ideias coerentes com expressão na abertura do ser do ente na totalidade avulta de modo radical, com as razões do desvelamento da verdade pela linguagem hermenêutica compartilhada transcendentemente. Ambos os pensadores enfatizam um enfrentamento fervoroso em relação às filosofias da representação e da subjetividade ou consciência, responsáveis, no campo jurídico, por carimbar a verdade essencial e imutável, vistas as consequências eminentemente discricionárias em termos de teoria da decisão.

Sob o aspecto mediador entre o mundo e o ser, a linguagem, manifesta justamente a condição de possibilidade, abrindo portas para articulação de sentido da compreensão, no mais fundo potencial expressado pelo ser dos entes em geral. Trata-se de explicar, segundo Manfredo de Oliveira, o encontro entre o mundo e a subjetividade frente à pergunta sobre a possibilidade de qualquer dar-se. (2015, p. 207).

Consoante o ponto de vista Lenio Streck, entretanto, o mundo da linguagem engloba, não somente o percurso da semântica instrumental e da técnica, contrariamente, encerra a corporificação da condição de conhecimento pela experiência:

As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem [...]. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. [...] Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. [...] Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. (2014, p. 243-244).

Aquilo que remanesce velado na obviedade do falatório cotidiano do mundo, na sua mais superficial revelação experimental da técnica sobre a linguagem instrumental, proscree o fenômeno da experiência, sua mais profunda fonte de saber dos seres, do texto, dos eventos linguísticos. Esse esquecimento subtrai imediatamente o campo existencial do

próprio sujeito (*Dasein*), desde-sempre, dotado de caráter compreensivo, em sua temporalidade histórica como horizonte de sentido.

Decerto, para que se tenha por concebida a norma, primeiramente ressoa indispensável aperceber-se de que ela não se iguala simplesmente com o texto dado em sua imediatez, na exata medida em que a aquela consiste em produto justamente da interpretação conferida ao texto. Efetivamente quando pensamos ou falamos de aspectos atinentes à norma jurídica expressamos, na verdade, a ideia prática de interpretação, qual seja, “[...] fruto de um processo compreensivo que não se reduz à compreensão sintático-semântica do texto, mas envolve um contexto pragmático que é muito mais amplo.” (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 455). Conseqüentemente, a norma espelha-se no resultado da própria aplicação do direito, abarcada temporalmente aos incidíveis momentos da compreensão e interpretação ao receber um sentido pelo intérprete, numa operação unívoca, diante do evento textual.

Abrimos um parêntese para evocar o fato de que, a par do problema hermenêutico, o direito manifesta-se no campo permeado pela linguagem eminentemente simbólica, em virtude de sua própria finalidade universal de incidência, destinada ao profundo anseio de objetividade, autonomia e integridade, almejado pelo homem, em seu locus social.

Nesse linde, coerentemente, importa ter em mente, ao menos, duas diretrizes de acepção da língua e sua relação com a realidade da vida. Por isso, é imprescindível perceber que, de fato, na tradição cultural do Ocidente, o panorama metodológico essencialista do uso da linguagem empreendeu um padrão de abstração de definições objetivas, mediante o qual a língua prestava-se somente como instrumento no propósito de designar as coisas, a partir de conceitos fechados e imagens pré-definidas, verificáveis experimentalmente. Vale dizer, as palavras correspondem a veículos desses conceitos, imagens e construtos científicos. “Quem diz ‘mesa’ refere-se a uma coisa que, em suas variações possíveis, possui um núcleo invariável que possibilita um ‘conceito de mesa’ e a identificação das diversas mesas.” (FERRAZ, 2019, p. 14).

Em que pese a teoria essencialista encontrar-se ligada a certo realismo, objeções severas feitas à tese, desde a Antiguidade, ora negam totalmente, ora assumem parcialmente a possibilidade de alcance da verdade pela mera essência ou aparência das coisas. Sócrates, no diálogo de Crátilo e Hermógenes,¹² acolhe um posicionamento intermediário, pois, segundo o que se depreende do ensaio, não haveria uma separação completa entre palavras e coisas.

¹² *Teeteto e Crátilo*, 180b.

Conquanto Platão traga esse ponto de equilíbrio entre tese convencionalista e essencialista por meio racional das idéias, ele, no entanto, defendia a possibilidade de conhecer as coisas sem os nomes, portanto, sem a linguagem.¹³ Mediante este ponto de vista, a tese determina que a linguagem seria mero instrumento dotado de papel meramente secundário, já que conduz o propósito de mostrar que a realidade torna-se conhecível em si, independente de palavras ou mediação linguística. (STRECK, 2014, p. 180). Por sua vez, Aristóteles é quem vai alargar campo de determinação da coisa dialeticamente tratada no pensamento platônico, concebida como “[...] exercício incessante de conquista de uma equiparação entre o movimento de realização da alma (psyché) e a dinâmica de surgimento das ideias (Idea/eidos).” (CASANOVA, 2013, p. 137). Frente a esse viés, Aristóteles vai explicitar a intuição fundamental em seus elementos constitutivos, pois falar de um aspecto de algum ser consiste exatamente em dizer respeito de uma semântica causal que promove a sua aparição.

Visto este impasse de ordem fenomenológica a ser enfrentada na tradição metafísica, a proposição teórica de explicação de um ente cuja determinação, no entanto, promove o esquecimento da diferença ontológica, entre o ser e os entes, conduz a errônea dedução de que todos os entes se mostram dotados de um mesmo modo de ser. (CASANOVA, 2013, p. 137). Colocada esta questão, Heidegger concretizará em sua filosofia a ideia de que cada objeto seja pensado em sintonia com seu campo de revelação em específico, porquanto advém, invariavelmente, a possibilidade de uma abordagem articulada por estruturas particulares em contextos de interpelação discursiva.

Cabe um interessante registro, nesse contexto, no sentido de que a concepção carregada pela certeza das essências tem lugar não no mundo das ideias e da natureza transcendental não convencionalizada pelas pessoas, muito embora a semelhança entre as ideias, coisas e palavras encontre-se presente. Ainda de acordo com Streck (2014, p. 181), Platão demonstra não haver qualquer mediação linguística entre o real e as palavras, de sorte que o conhecimento do real se faz independentemente da linguagem. Quer dizer, esta corresponde a mero instrumento de função designativa dos objetos, pois as ideias e o pensamento proscreveriam o poder de transmutação das palavras por argumentos sofisticos. (STRECK, 2019, p. 182).

Diante deste contexto linguístico-filosófico, bem interessa adotar, novamente, a opinião de Joaquim Salgado (2001, p. 89), para quem a civilização ocidental detém sua

¹³ *Teeteto e Crátilo*, 180a-185a.

característica formada na razão, a fim de atingir o sentido último da totalidade, o absoluto, marcadamente em tradição por elementos metafísicos. Essa fundamentação última, segundo o mesmo autor, abandona o fundamento do ser para recair no próprio pensar com ensinamento de Descartes. Semelhantemente, em Kant afasta-se o ser para confluir idêntico itinerário no conhecer e no agir, por meio do sujeito transcendental, enquanto, por outro passo, Hegel é o filósofo que dissolve e supera essas duas grandes direções filosóficas: a clássica do objeto e a moderna, do sujeito. (2001, p. 89). Consequentemente, salutar inferir, com o mesmo autor, que o principal problema filosófico da contemporaneidade reside exatamente na legitimidade da pretensão da razão, quer seja no aspecto do ser ou do pensar (especulativamente ou transcendentalmente).

Particularmente, em Heidegger, remansam ancoradas fortes razões para a quebra radical desse movimento, historicamente delimitado por paradigmas metafísicos, durante séculos na cultura ocidental. Para tanto, esse filósofo vai se valer da linguagem fenomenológico-hermenêutica, ao invés de utilizar, isoladamente, qualquer método cartesiano preestabelecido, no propósito de desvelar o ser “sem sujeição à técnica metódica que conduz ao seu ocultamento na busca de um fundamento último.” (J. SALGADO, 2001, p. 90). Enfim, em virtude de a metafísica interrogar sempre pelo ente, Heidegger a ataca, expressando que o ser deste ente permaneceu escondido, sem que se pensasse sobre o próprio ser. Com essa luminosidade sobre a questão ontológica do ser, atingiu-se a conclusão de que “este somente pode ser pensado quando se parte da transcendentalidade do *Dasein*, isto é, quando se leva em consideração aquela dimensão que se abre em que misteriosamente o ser se revela no *Dasein*.” (STRECK, 2014, p. 188).

A partir da primeira metade do Século XX, portanto, com as publicações das obras de Heidegger, a concepção de linguagem hermenêutica, como condição de possibilidade, passa por uma transformação no campo do conhecimento, de sorte a ser funcionalizada fenomenologicamente, fazendo decair ao menos três pontos fundamentais da hermenêutica clássica, a exemplo do uso restrito aos textos; prioridade da interpretação sobre a compreensão; e a estrutura metodológica formal no processo interpretativo. (STRECK, 2014, p. 263). Graças à ruptura paradigmática, Streck, evocando Stein, chama ainda atenção para as hipóteses aplicáveis no campo do direito, mormente sobre o papel da hermenêutica jurídica, pois “[...] nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado”. (STEIN *apud* 2014, p. 259). A ruptura de uma articulação metafísica nas ciências e prática forense depende da

pergunta das condições de validade de sentenças no direito. Associado à figura de um sujeito operador que saiba a tradução da essência fechada dos constructos, imagens e conceitos transmitidos ao longo da tradição forense, admite-se correntemente a captação de um conhecimento do sujeito racional deduzindo seu raciocínio, pela exegese, para se alcançar a verdadeira essência o sentido do direito posto no texto.

Certamente, sob a ótica capitaneada pela teoria estruturante de Müller, viável pressupor que este autor já houvesse observado aquela distinção, ainda que inconscientemente ou de modo referencial alternativo à tese da diferença ontológica de Heidegger. No entanto aquele autor pretende criticar o conceito tradicional de norma e escondida pelo seu conceito – o qual obscurece o evento do texto pela negação iluminista quanto aos aspectos históricos atinentes à pré-compreensão do intérprete –, que se associa na subjetividade da teoria da consciência: “para Müller, a *normatividade* significa a propriedade dinâmica da ordem jurídica de influenciar a realidade e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por este aspecto da realidade.” (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 455).

Assim, Müller confere à dimensão estrutural de sua teoria a interdependência normativa entre a dinâmica da ordem jurídica – e o movimento transforma a realidade, ao mesmo passo em que esta tem o condão de modificar as tendências e consequências naturalmente produzidas pela realidade, no âmbito normativo do direito. O autor, portanto, compatibiliza ao menos duas interessantes dimensões estruturantes: uma de programa da norma, compreendida na seara da interpretação jurídica a partir da linguagem; e na mesma proporção, no âmbito normativo, a intermediação linguístico-jurídica de dados primariamente não linguísticos. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 455).

Sem embargo do louvável dinâmica estruturante de Müller, pondera-se que a perspectiva do conceito pós-positivista veio supera a teoria, em razão da acepção semântica da norma, cuja dimensão afasta a fusão entre norma e texto normativo, pois aquela somente representa seu sentido linguístico frente ao caso concreto, com a solução de conflitos resolvida. Tem o mérito, contudo, de inserir a práxis no âmbito da ótica estruturante, elevando o papel da jurisprudência delimitando a formação da perspectiva de autonomia no constitucionalismo contemporâneo.¹⁴

Na realidade, o que sucede na teoria estruturante remansa no propósito de conciliar aplicação da norma e realidade, com um novo paradigma. Ela representou dessa

¹⁴ “No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual Direito e moral são cooriginários. Consequentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito. Isto é, esses elementos ‘predadores’ passam a estar institucionalizados no Direito.” (STRECK, 2017, p. 39).

maneira a virada de concepção epistemológica positivista, pelo caminho da elaboração dos códigos e Constituição, desconstruindo a ideia de que não passariam de textos escritos, dado que normas jurídicas aparecem somente no processo final de concretização do direito:

O modelo teórico em questão pressupõe um enfoque indutivo, onde a norma jurídica não se trata tão somente de um dado orientador apriorístico na teoria da aplicação do Direito, mas também se estrutura através do processamento analítico e empírico em uma teoria da geração do Direito. Com Müller, toda norma é individual, porque ela só se dá na *applicatio*. Essa é uma concepção hermenêutica em que Müller foi claramente influenciado por Gadamer. (STRECK, 2014, p. 281).

Inarredavelmente, o texto unicamente adquire vida e sentido mediante as circunstâncias e da faticidade, predispondo, logo, de um aspecto decisivo, irreconciliável, no modelo da filosofia do sujeito segundo a perspectiva hermenêutica do constitucionalismo contemporâneo. Estar no mundo já é interpretar; precisamente nesse ponto unificam-se alguns critérios metafísicos negativos e dualismos que buscam separar sujeito e objeto, texto e norma, fato e direito (filosofia da consciência). Nesse ensejo, ainda tomando ensinamento de Streck (2014, p. 281), ressoa indispensável ao contexto estudado pela existência de “[...] espaços para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência; mas também não estão cindidos.”

A realidade que se estabelece acerca do estudo desenvolvido de Friedrich Müller demonstra, sem sombra de dúvida, que a juridicidade do texto não opera de modo analítico, porque, entre o ato de interpretar e o deduzir, induzir, subsumir o direito, não há qualquer cisão, já que o sentido somente surge com a “normação”. (2014, p. 282). E enfim a norma jurídica unicamente será produzida por intermédio das luzes presentes num determinado caso concreto, resultado, assim, da concretização. Apresenta-se bastante pertinente, portanto, a crítica comumente exercida em face do sistema de precedentes, tal como delinea o modelo brasileiro, a exemplo do instituto constitucional criado pela Emenda nº 45 de 2004, denominado Súmula Vinculante.¹⁵ O advento desta normatização parte do

15 “103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

desiderato de anular a produção hermenêutico-interpretativa do direito em temas nos quais os tribunais superiores, tenham competência jurisdicional de julgamento. Semelhantemente, o mesmo fenômeno resta legitimado com a criação legislativa processual das teses repetitivas de recursos, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), levado efeito com a edição do Código de Processo Civil em 2015 (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015),¹⁶ do qual se assomam diversos outros elementos criados como formas (capas de sentido) apriorísticas engessadoras do papel hermenêutico do jurista, com o sugestivo afã de promover redução numérica de recursos interpostos e processos em trâmite no Poder Judiciário nacional.

Mais uma vez valemo-nos, por oportuna, da lembrança singular de Streck (2014, p. 285), ao discorrer que “assim, desonera-se a interpretação, mudando até os arranjos institucionais (o que a Constituição nem comportaria!) de acordo com essa cisão entre interpretar e aplicar.”

Conquanto Müller haja produzido algo inédito com sua teoria estruturante, oferecendo algo positivo e útil para a hermenêutica do direito, reconhecemos alguns pontos ainda passíveis de crítica em sua doutrina. Na ótica de diversos juristas nacionais, frente às deficiências apresentadas nas teorias discursivas, falta melhor sistematização acerca do resultado prático das decisões judiciais, capaz de superar a perspectiva meramente semântica do texto. A simples conceituação em abstrato, assim, passa ao largo da discussão acerca da diferença ontológica de origem heideggeriana. Acerca deste tema, buscaremos, ainda à frente, mostrar a reconstituição nas bases da interpretação da ciência jurídica pela introdução da filosofia da linguagem, como condição de possibilidade consistente no caráter hermenêutico-fenomenológico apropriador de ser-no-mundo e da diferença ontológica: sentido do texto a partir da faticidade (Capítulo II).

Em continuidade ao exame do significante linguístico, remontam aos estudos dos estóicos Santo Tomás, Hegel e Saussure, filósofos os quais revelaram que o significante linguístico deita raízes fundadas no conceito e junto ao contexto abstrato da coisa ou algo

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

16 “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

concreto. Com efeito, aconteceram, em momento posterior ao apanhado feito por Saussure, teses filosóficas atribuindo ao signo a razão pelo abandono da própria coisa e seu conceito, pois aquele se fechou, no exterior da relação, no significante (código), porém o significado é dado pelas oposições das palavras dentro da língua. (J. SALGADO, 2000).

Na verdade, o papel da linguagem funciona como ambiente vivencial e mediador das estruturas lógicas do pensamento com a fala. Por tal razão, imagina-se a vinculação de formas, figuras ou imagens, dinâmicas ou estáticas, “como algo típico do homem”, pertencente à cultura e circundando-o em sua existência, junto ao pensamento e formação desses construtos. “É em Kant, porém, que a filosofia do sujeito parte para a transcendentalidade e o *logos* se transforma em pura forma totalmente separada do ser, da coisa em si.” Diante desse trilhar, a linguagem representa uma dimensão eminentemente objetiva, como ponto de convergência entre sujeito e objeto, “[...] pois que ela exprime o *logos* formal, é posta na existência como uma espécie de sujeito objetivado e de objeto subjetivado.” (J. SALGADO, 2000, p. 85).

Em expressões mais resumidas, significa dizer que por meio da linguagem o homem vivifica o seu mundo e com ele se comunica imediatamente com seu descerramento. A transcendentalidade da linguagem, de conseguinte, reporta-se a esta transmissão do passado herdado, culturalmente, historicamente e religiosamente, associado a seus atributos, símbolos, imagens, sons e principalmente a fala escrita nos textos. Assim, a compreensão consiste em algo que transcende a razão do homem, mas, todavia, compõe uma objetividade dissociada daquela manifestada nas ciências naturais. Ao inverso destas, a linguagem da experiência de mundo dá acesso às coisas mesmas e não transpõe o conhecimento por um processo linear e infalível. Decerto, o mundo que se revela e estrutura linguisticamente, por não consistir unicamente em um objeto, mas na totalidade da experiência de mundo, introduz a percepção de que “[...] em cada linguagem há uma relação imediata com a infinitude dos entes, que nela se desvelam.” (M. OLIVEIRA, 2015, p. 240).

CAPÍTULO II – *INTERPRETATIO* E DEVER SER (O JUSTO) COMO DIMENSÃO AXIOLÓGICA (LEGALISMO)

O termo “direito”, empregado na língua portuguesa, comporta diversos significados, dotados dos mais variados sentidos de expressão. Tanto o elemento central, do jus, na qualidade científica, que representa a ordem jurídica constituída pela Justiça na composição do Poder Judiciário, como órgão autônomo de poder, encarregado da solução dos conflitos, assim como a ideia justiça em termos de virtude reta do homem, constituem, talvez, os principais atributos daquela denominação.

Ao que mais interessa à proposta deste estudo, percebemos que diversos fenômenos da existência guardam relação com a designação direito, donde se colhe a indispensável atenção do estudioso, a especificar e determinar a essência do fenômeno, somando ao correspectivo campo de atuação, antes de resolver a proposta cujo debate deseje-se elucidar.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2017, p. 17) esclarece que o direito é ambíguo conotativamente, “[...] porque no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa.” Vale dizer, uma definição neutra de direito significa traduzir praticamente algo de impossível compreensão. Todavia, pelo enfoque de pesquisa dogmática, o direito ostenta capacidade de chegar a soluções explícitas. Desse modo, o momento teórico do dever ser ostenta, nesse ponto, aquilo que brevemente se pretende elucidar no caminho que orienta a decisão jurisdicional, por intermédio da interpretação intersubjetivamente aceitável no horizonte de compreensão compartilhado com a hermenêutica filosófica.

2.1 A interpretação judicial no positivismo e aproximações do legalismo científico à metafísica do sujeito (impasse não pensado) para o direito

Adotando a representação da imagem de um quadro ou moldura jurídica, Kelsen oferecia a possibilidade de efetiva delegação a favor da autoridade judicial acerca da decisão final cabível na demanda processual, ainda que, em determinado caso concreto, os fatos verificados não fossem perfeitamente subsumidos numa norma de direito.¹⁷ Aliás,

¹⁷ Percorrendo o problema prático das espécies normativas dos princípios, Rafael Tomaz de Oliveira, chama atenção para o relativismo das escolhas efetivadas no direito, e defende um conceito preciso de princípio no

Kelsen adota como premissa verdadeira o fato de que o juiz possa julgar o caso concreto, decidindo fora dos limites colocados na moldura da norma legal, conforme apresentado no capítulo VIII da obra *Teoria Pura do Direito*. Agora veremos por onde passou essa possibilidade e quais os equívocos produzidos no campo da hermenêutica.

Perscrutando as teorias que inicialmente chegaram ao conceito da norma jurídica, visualiza-se que, ainda nos estertores do século XIX, não ressoava qualquer discussão mais profunda sobre a teoria da norma jurídica nos meios acadêmicos renomeados. O desenvolvimento dos estudos pertinentes sobre a hermenêutica jurídica tomou fôlego intenso somente, com a explicação pela forma racional captada por Hans Kelsen, no início do século passado.

Conforme anotamos, pela primeira vez na história, portanto, foi empreendida delimitação claramente estruturada do direito à norma posta, de forma autônoma e orgânica, sobre a qual incide a aplicação e interpretação. Em momentos posteriores, vieram à tona, certamente, várias conclusões lógicas sobre a constituição do sistema jurídico, partindo-se das digressões dadas a partir da obra *Teoria Pura do Direito*. Coube, primeiramente, a Norberto Bobbio (2007, p. 174) traçar uma síntese elucidativa, que auxiliou na percepção de determinados pontos sensíveis da teoria, em especial quanto à autonomia do direito. Seguem alguns exemplos extraídos por Bobbio: a) desvendar como uma pluralidade de normas forma unidade (hierarquia normativa); b) em havendo unidade, impera a necessidade de mecanismos para solução de antinomias; c) problema das lacunas do direito, inadmissíveis justamente em razão da completude do ordenamento; d) harmonia dos ordenamentos estatais soberanos, no plano mundial do direito.

Em prosseguimento, o que se apercebeu foi que, ocorrido o conflito entre partes de uma relação jurídica, a interpretação do direito mostrava toda sua potência no processo judicial. Assim, a coerção aparelhada pelo Estado no espaço jurisdicional radicava-se instrumentalmente, com plena eficácia, de sorte a efetivar a fase última de universalização concreta da norma jurídica, cujo objetivo, em última análise, é realizar e concretizar direitos fundamentais.

Criando condições para tornar solúvel o conflito jurídico, o direito institucionaliza instrumentos, dentro do sistema, necessários e suficientes coercitivamente a

contexto de significados históricos da lida cotidiana dos tribunais, uma questão de hermenêutica não enfrentada pelas teorias positivistas *latu sensu*, sob o pretexto da busca de uma razão pura teórica: “Como o resultado da decisão judicial nunca importou efetivamente para o positivismo – principalmente em sua vertente kelseniana – se tinha por excluída a tematização pormenorizada da indeterminação do direito num âmbito efetivamente pragmático, embora fosse reconhecida num âmbito semântico-sintático. A incontrollabilidade do resultado leva à aceitação de um relativismo.” (2007, p. 146-147).

confirmar o conteúdo comunicativo normativo, visando efetivar, afinal, da melhor forma, o valor justiça desenvolvido universalmente a partir do conjunto normativo interpretado. “Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa, dentro da comunicação, como um dever ser vinculante para o agir humano.” (FERRAZ JR., 2019, p. 213).

Neste aspecto, o direito romano, por exemplo, institucionalizou a *actio* representando o modelo primordial desses instrumentais de reconhecimento na sociedade romana.¹⁸ Por via dos atributos da bilateralidade, exigibilidade, irresistibilidade e universalidade, a própria consciência jurídica da *actio* consistia em razão de ser da própria liberdade exteriorizada, ideia que, em última instância, confere existência à justiça.

Mais modernamente, com estudos aprofundados da hermenêutica jurídica, conquanto se pondere que os instrumentos tradicionais postos à disposição do intérprete lhe resultam suficientes, a filosofia do direito imprime papel reflexivo imprescindível, ao processo de formação dos institutos e instituições jurídicas, dentro da harmonia e coerência do sistema.¹⁹ Ao reportarmos ao plano da interpretação judicial, questionamos se a racionalidade da decisão satisfaz a expressão coerente dos significados universais de justiça, contida nos textos internacionais, a partir de uma função valorativa constante no direito posto. Uma vez considerando o palco da existência de algo vivo e prático na dimensão do concreto, a acepção correta da interpretação jurídica ultrapassa um procedimento mecânico, restrito à mera decodificação da norma aplicável.

2.2 A ilegitimidade da criação da norma estatal pelo Poder Judiciário e transcendentalidade das condições da decisão

A fim de explicar sobre a possibilidade de um conhecimento da verdade no direito, Kelsen, no volume dedicado à Teoria Pura do Direito, claramente diferencia interpretação autêntica de interpretação doutrinária, elucidando que “[...] quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido

¹⁸Esclarecendo o tema do conceito da *actio* para a ideia de justiça, Joaquim Salgado percorre os desdobramentos da consciência jurídica, até o reconhecimento dos direitos fundamentais. Resultado do longo trajeto que se inicia desde a pura espontaneidade do ato justo do devedor moral, ingressando, no ponto de chegada, até o plano universalizante do direito realizado, a *actio* romana é aperfeiçoada pela força irresistível do Estado, aparelhada na ação do sujeito de direito universal, representando toda a sociedade romana. (2006).

¹⁹ Paulo César de Oliveira (2017, p. 139), traçando um discurso sobre a constituição temporal do ser dos fenômenos jurídicos na tradição, explica que “[...] explorar a historicidade efetual do direito, em meio a uma filosofia hermenêutica do direito, impõe a tarefa de questionamento dos fundamentos históricos do direito e retomar o ser daquilo que se formou historicamente para que ele experimente uma nova voz no presente, ainda que venha a manter praticamente todos os seus contornos estruturais [...]”.

de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo”. (*apud* FERRAZ JR., 2019, p. 219). Essa afirmação presta-se a levar adiante outra discussão cujos limites giram em torno da competência do órgão prolator do édito, em face da sua força vinculante, com teor de validade, ao mesmo passo, confere conteúdo de justiça à decisão.

Neste passo surge uma questão interessante. No caso do órgão judiciário, seria correto reconhecer a justiça da decisão, partindo-se, por si só, do lúdimo aperfeiçoamento das regras condicionantes no direito e respeito formal à estrutura funcional de competência, associada à adequada conferência hierárquica ao escalonamento das regras aplicáveis em jogo?

Correspondentemente à leitura kelseniana de direito, depreende-se que a legitimidade, ou melhor, a validade da decisão, em concreto, depende, em exclusividade, do aparelhamento constitutivo desta, recorrendo sua própria existência a uma inarredável regra de hierarquia que lhe confira fundamento.

Contudo, a racionalidade dos argumentos que assegurem existência à decisão, pela linha normativista de Kelsen, estabelece uma nota de equivocidade, porquanto inescapável o fato de que os significados naturais das palavras espelham características demasiadamente plurívocas. Isto é, segundo o filósofo austríaco, a decisão jurisdicional representa ato de vontade, dispensando maiores discussões que sujeitem o intérprete a uma linha lógica de raciocínio, pertinente ao controle de responsabilidade intersubjetiva para com as partes do processo e à própria sociedade participante do horizonte democrático. De certo, pois, malgrado fosse cogitada a força iniludível da interpretação do sujeito por argumentos e raciocínios, cujos atos de conhecimento conferem, afinal, o sentido aceito em geral, “[...] esta aceitação tem, na verdade, seu fundamento em atos de vontade competentes.” (FERRAZ JR., 2019, p. 220).

Por mais fundamental que represente para estrutura da ciência do direito, a lógica edificada por Kelsen recai num terreno empírico e cognitivo fora do plano explicativo hermenêutico. A saber, os fundamentos especulativos da teoria kelseniana deixam de descrever algo sequer dedutível, num horizonte de solução justa das decisões, constituídos unicamente em proposições epistemológicas, de conteúdo lógico-formal. Dado esse universo eminentemente vazio de explicação, reverbera a arbitrariedade da tese, máxime em virtude das consequências prejudiciais ao ambiente democrático contemporâneo, justamente ao

acolher como plausível a aleatoriedade unicamente conduzida pelo subjetivismo explícito do ato de vontade.²⁰

Coerentemente à crítica conduzida acerca das proposições kelsenianas, manifesta-se a preocupação de Joaquim Salgado, quem expressa cautela quanto à adoção do método unicamente capaz de enfrentar critérios lógico-sistemáticos no universo do direito.

Volta-se com isso à questão da fundamentação da própria decisão. Não no plano empírico da dogmática pura e simplesmente. A questão da justiça não pode ser resolvida apenas no plano estrito do direito posto; remete para o plano metadogmático, o da Filosofia do Direito. E aqui, irresistivelmente, num primeiro momento para o da transcendentalidade das condições da decisão. (2010, p. 96).

A procura por definição capaz de separar as determinidades do direito em relação à lei, inexoravelmente carrega a equivocada premissa – dada à ilusão sobre a existência de um paradigma representativo – de acordo com o qual a ciência jurídica extrairia de seu alcance tradicional e histórico, seu ser-em-si, imediatamente, no horizonte essencial dos entes, figuras da juridicidade “[...] que atuariam como modelos ideais sem vinculação alguma com as coisas e com as vidas, exurgindo a partir da manifestação de vontade do legislador.” (R. OLIVEIRA, 2017, p. 146). Mas não. O direito é formado não apenas por normas ou leis, detendo um aspecto dimensional constitutivo muito mais amplificado, porquanto ultrapassa o ponto de vista lógico-dedutivo do normativismo jurídico positivista.

Noutro prisma, tal leitura introduz coerência plena aos ensinamentos de Kelsen. Ao prontificar que a linha divisória entre direito e ciência do direito, deságua na irreduzível preconização de que as decisões judiciais consubstanciam também normas produzidas, recepcionando, por definição, a posição teórica de que a aplicação do direito pelo Judiciário corresponde a um ato dotado de viés político, ideológico, moral ou ético.

Nada obstante, sob a ótica positivista, de caráter eminentemente lógico-formal, abandona-se o aspecto mais natural e originário do direito – cujo viés semântico proporciona o desenlace do problema acerca da devida compreensão, interpretação e aplicação –, retomando, com Kelsen, logo, a tradição legalista e analítica da Jurisprudência dos Conceitos. A noção de legalismo reaparece com o positivismo normativista, turvando a consciência histórica da experiência jurídica, formada, desde o desenvolvimento do Direito Romano.

²⁰ Streck semelhantemente relembra que há uma cisão defendida em Kelsen, entre direito e ciência do direito, que estabelece o conceito de interpretação; verificada, pois, nesse aspecto, a divisão entre ato de conhecimento e ato de vontade. Este último significa a denominada interpretação autêntica, única capaz de aplicar e criar o direito, como forma de expressão política. (2014, p. 126).

Isso implica em consequências negativas ao campo articulado de sentidos no âmbito da Filosofia do Direito, na linha de que a positivação jurídica inarredavelmente impõe a formatação de um horizonte de dimensão encurtada e enrijecida. Emerge então um caráter meramente reprodutivo, repetitivo e temporalmente sedimentado na “entificação” dos contornos da lei, impactando o movimento natural incessante, criativo e produtivo da experiência hermenêutica no direito. De conseguinte, ressoa bastante pertinente colocarmos em realce o pensamento capitaneado por Lenio Streck (2014, p. 130), asseverando que, nas “[...] tentativas de superação do positivismo primitivo (nas suas variadas tradições ‘nacionais’), construíram-se teses vonluntaristas-axiológicas, passando a ‘razão’ para a ‘vontade’.”

Por meio de uma visão hermenêutico-filosófica, nada obstante, abre-se a possibilidade de questionamento de modo circular, ininterrupto, em movimento não calcificado da experiência que se perpetua no universo jurídico, em formação de imagens, conceitos e construtos dos institutos legais, cujas formas não se obscurecem na fixidez imóvel da positivação legal, mas abrem clareira com o fenômeno mais original direito em si.

Este pensar filosófico do direito permite, pois, que a interpretação constitua movimento de atualização contínuo da lei, numa fusão de horizontes, entre o momento de saída (edição da lei) e o presente (momento de chegada), tal como enfatiza Paulo César de Oliveira (2017, p. 148):

Desse modo, a interpretação se articula entre os horizontes de saída e de recepção do direito, formando a norma jurídica para além da lei – a interpretação contribui para a continuidade do processo de produção normativa do direito, direito esse que não possui ser para além do processo de interpretação. O modo pelo qual se desenvolve essa tarefa passa pela própria reconstrução dos contextos históricos de formação da normatividade jurídica.

Agregada às características inerentes ao rumo dialético-argumentativo, percebe-se que, na perspectiva contemporânea do Estado Constitucional – diante do qual se confere primazia hierárquica do documento fundamental sobre os códigos –, a prolação do ato decisório ultrapassa a mera caracterização de uma declaração da vontade sobre o que corresponde a lei. Contemporaneamente, grassa o entendimento de que o juiz atribui sentido ao caso sob exame, conformando e atualizando a lei segundo os princípios materiais de

justiça, presentes num determinado contexto histórico-cultural, de acordo com a respectiva consciência jurídica sedimentada no tempo e no espaço.²¹

Perfazendo um recorte temporal no nosso campo de investigação, remanesce o debate científico sobre a imprescindível readequação da teoria da norma, enlevada no início do Século XX, quando se exaltaram acirradas discussões envolvendo seu conceito mais próprio. Hans Kelsen, denominado teórico positivista-normativista, explicitou que a definição de norma jurídica confunde-se com o direito, de sorte que tudo aquilo que é direito representa norma. O plano da validade, tal como proposto pelo filósofo austríaco, garante-se no suporte de uma estrutura deontica a qual ostenta a pressuposta existência de um escalonamento entre as espécies normativas.²² A uma norma hierarquicamente inferior, assujeita-se a existência de uma segunda localizada em nível superior, cuja suficiência, por sua vez, radica suportada em virtude de uma terceira, em posição lógica acima das demais, formando-se, ao cabo, um sistema jurígeno unitário, já que todas as suas normas entrelaçam-se numa totalidade, por dedução.

Perpassando a escalada normativa até chegar à Constituição como norma ápice do sistema, culmina sustentada por uma norma fundamental de cariz eminentemente abstrato, fundado no poder marcado por impelir obrigações a toda a sociedade impondo-lhe sua observância, apenas para efeito teórico da lógica kelseniana. (BOBBIO, 2006, p. 200). Colocada essa questão, visualizamos que filósofo sufraga a premissa de que o direito confundir-se-ia com a própria definição de norma jurídica. Ou seja, a questão oferece simplesmente a perspectiva calcada na lógica formal, sem que sejam empiricamente analisados conflitos, manifestados no universo social e factual da experiência prática.

Bem por isso, asseveram Moreira e Tovar (2015, p.9) que

O critério da validade, entretanto, como método de identificação da norma, deixa marcas nos tempos modernos. Afinal, se de cada descrição fática pode ser extraída uma diferente norma (por vezes mais de uma), como julgar qual interpretação pode ser eleita como a mais consentânea e adequada?

²¹ Interessante notar que “a consciência jurídica é definida formalmente como superação da consciência moral. Não é apenas o conteúdo ou o objeto da consciência que define a consciência jurídica, como no caso da consciência política, etc. A consciência jurídica é formalmente diversa de ‘outra consciência’. O valor que é juridicizado, como no caso da captação de certos valores pela consciência, como jurídicos, são elevados à categoria de direitos materiais [...] do mesmo modo que o valor é um resultado dialético pelo qual a estrutura ôntica do objeto provoca na consciência do sujeito cognoscente a valoração correspondente a essa estrutura.” (SALGADO, 2006, p. 102-103).

²² Há autores que sustentam constituir a estrutura de proposições jurídicas, e não precisamente a lógica sistemática das normas, a grande inovação teórica do autor, no plano do ordenamento, como problema autônomo no contexto da ciência jurídica. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 427).

Mediante a reflexão dessa breve reconsideração sobre a teoria normativista de Kelsen, vale consignar, por instigante, que, na prática forense, ao longo do tempo até os dias atuais, idealiza-se eminentemente com a hipótese do critério de validade. Muito provavelmente este comportamento reiterado acontece, em razão da difusão e acolhimento no mundo ocidental da teoria, a propósito da sua coerência científica, mas, contudo, mantendo as amarras impermeáveis da teoria metafísica pura.

Isso tudo significa dizer que, em se admitindo a prevalência do reiterado uso da teoria normativista, não subsiste modelo suficientemente capaz de estabelecer variáveis interpretações sobre o texto significativo de uma norma, ressalvadas singelas modulações sobre o critério da validade. Em outras palavras, a estruturação do positivismo normativista recai na mesma retórica cuja premissa recalca a ideia de que, uma vez constatada a validade lógico-formal do ato de interpretação, sua aplicação basta apresentar-se dentro dos limites de uma moldura. Decerto, o ato de interpretação pela autoridade jurídica do estado – diferentemente daquele conferido no nível científico –, espelha uma indicação subjetiva, significando, portanto, aplicação da norma de conteúdo discricionário.

Malgrado seja tarefa da doutrina a realização de um desenho que assegure a imparcialidade dos pressupostos conceituais de possibilidade de aplicação da norma jurídica, seu papel de pesquisa resumir-se-ia em delimitar o quadro ou moldura “[...] que permita ao aplicador identificar as que são válidas e as que não são”. (MOREIRA e TOVAR, 2015, p. 9). Na verdade, para o mestre austríaco da *Teoria Pura do Direito*, o papel das normas estatais, providas de mandamentos, imperativos, comandos, permissões e atribuições – diferentemente do papel descritivo do direito praticado pela doutrina –, culmina por propiciar uma autorização à autoridade estatal competente para aplicar o direito, dentro de uma das possibilidades refletidas na hipotética moldura, tornando conclusivo o entendimento de que a interpretação equivaleria evidentemente a ato jurídico de vontade.²³

Realismo jurídico e ato de vontade estatal, ao fim e ao cabo, confundem-se num mesmo amálgama correspondente à aceitação de que o direito trata-se daquilo que os tribunais dizem que é, vale dizer, o resultado de criação normativa pelos magistrados. Visto que a doutrina do realismo atribui ao direito justamente o conjunto de regras que comportam efetivamente aplicação em um caso concreto, isto é, normas jurídicas que os magistrados

²³ Segundo ainda Moreira e Tovar, Kelsen trata da interpretação autêntica, fora das descritas pela ciência do direito, na obra *Teoria Pura do Direito*, citando o trecho do filósofo austríaco: “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. (2005, p. 10).

aplicam, no exercício de suas funções ao dirimir das controvérsias, estes atos de vontade cingem-se às únicas normas hábeis a conferir concretude ao direito. Logo sobreleva realçar a identidade concernentemente à discricionariedade posta na teoria normativista, já que, no ato de aplicar as normas legislativas, é plenamente viável cogitar sua modificação pelo critério moral do juiz, transmudando o conteúdo legal, e, portanto, proporcionando pela divergência, uma defasagem entre o ordenamento criado pelo legislador e o elaborado pelos juízes. (BOBBIO, 2005, p. 143).

2.3 Caráter fenomenológico de ser no mundo: sentido do texto a partir da faticidade

Se propusermos a pesquisar sobre o horizonte histórico jurídico passível de revelar, qual a tarefa da hermenêutica sobre os fenômenos que se mostram, podemos apontar para a questão que se põe em jogo diante do enunciado textual da norma, por exemplo. No entanto, jamais a interpretação do texto, na leitura fenomenológico-hermenêutica haverá reproduzido o sentido unívoco e verdadeiro, de modo imutável, já que seu campo de sentido mais originário exsurge diferentemente em cada retorno da compreensão no círculo hermenêutico a depender da faticidade e ocasionalidades situacionais da abertura de sentido.

Vigora sempre a dinâmica do estremecimento, o arrebatamento pertinente ao instante na temporalidade, capaz de trazer à tona a história do ser para o campo de mostraçã circunvisiva do ser-aí, como fundamento de intencionalidade do homem no horizonte compreensivo, independentemente das representações imediatas e ligações originárias do sujeito com objetos. Vale dizer, o ser-aí humano, na condição de jogado num terreno historicamente sedimentado pela tradição, depende de reaver, existencialmente o pensar. O esquecimento do ser, nesse sentido, aparece como velamento da “essenciação”, da vibração inerente à própria coisa que presentifica a verdade de determinado ente, em um horizonte hermenêutico.

Emerge no pensar filosófico da faticidade a constituição de um “outro início”, o qual, segundo as lições de Heidegger, parte de um projeto de desvelar a verdade, colocando em exposição o experienciar, como caráter de abruptamente jogado, dado forma à apropriação do acontecimento pelo ser. Arrebatadores de um transcurso da história vazio de essências e diferentemente do objeto do conhecimento representativo, a clareira e encobrimento constituem particularmente tal “essenciação”. “Tal essência não pode ser comprovada como algo presente à vista, sua essenciação precisa ser esperada como um choque.” (2015, p. 238).

Isso comporta efeito imediato da denominada virada hermenêutica (*hermeneutic turn*), visão filosófica entendida como uma barreira capaz de impedir a redução da linguagem a um esquema metodológico-científico; tampouco consiste em obra da subjetividade do homem, que dela faz uso para de modo a torná-la útil a propósitos variados. Muito contrariamente, propondo um “outro início” da filosofia ontológica, a reflexão filosófica de Martin Heidegger critica radicalmente, desde seu “primeiro início”, a orientação representada na metafísica, a qual fundou e disciplinou, por via dos métodos testados e criados, na filosofia grega e ciências naturais, seu fundamento na “entificação” das essências do mundo das ideias. Introduzindo Heidegger o ensinamento de que a linguagem constitui a morada do ser, surge a concepção existencial de um evento prático na hermenêutica, de sorte a desvelar seu sentido, e nos marca e determina.

Não se trata aqui de uma simples analogia à transformação ocorrida na filosofia da linguagem, representada pelo itinerário de Wittgenstein, mas sim de uma profunda mudança, do registro epistemológico para o ontológico, cuja manifestação afeta os sujeitos envolvidos, “[...] e por isso dizemos que ela se justifica como um modo de ser, mais que simplesmente um modo de conhecer [...]”. (ROHDEN, 2012, p. 65). Semelhantemente, sem embargo da virada realizada na filosofia da linguagem de natureza pragmática, a qual mantém o sujeito como alguém que analisa e descreve regras externamente, no *hermeneutic turn*, sobressai o significado mais preciso da hermenêutica da faticidade. Aqui reside abordada a interpretação do sentido de ser, “[...] enquanto filosofia hermenêutica e levada adiante por Gadamer enquanto hermenêutica filosófica.” (ROHDEN, 2012, p. 65).

Recobrando o estágio do método precedente, o avanço fenomenológico de Edmund Husserl, ao ultrapassar o conceito limitado da experiência apenas voltada ao tema das ciências exatas, apresenta a entrada vivencial da experiência subjetiva intencional como âmbito de reflexão filosófica, porém ainda presa ao idealismo. De acordo com a opinião do autor Luiz Rohden, “era necessário fazer uma crítica da pretensão fenomenológica de chegar ‘à coisa mesma’, embora a fenomenologia [...] representasse um início de virada no pensamento filosófico subjetivista e idealista conceitual.” (ROHDEN, 2012, p. 65).

Enquanto virada ontológica, a hermenêutica da faticidade, diversamente, diz respeito à concepção clara de que a compreensão do mundo corresponde à interpretação da condição fático-existencial do ser humano, incorporado diante de todos os componentes históricos e culturais aos quais nos vinculamos como seres que compreendem. (STRECK, 2017, p. 70). Como maior pensador desse fenômeno, Martin Heidegger, em sua hermenêutica

da faticidade, passa a preocupar-se com as vivências factuais interpretadas, pela via da atividade hermenêutica, dispensando as proposições teoricamente dadas pela ciência.

Com a proposta da hermenêutica da faticidade, dessume-se uma superação da atividade meramente lógico-objetivadora representacional no contexto da interpretação ou semântica das palavras. Ao compreender um fenômeno, evento, arte, ato, ou no caso do texto jurídico, o homem, em existência situacional de ser lançado no mundo, desde-sempre contempla uma compreensão prévia desses entes; pergunta, invariavelmente, pelas condições de possibilidade inerentes aos entes, no mundo fático enraizado em seu campo histórico, de acordo com o que o rodeia invariavelmente em sua finitude.

Igualmente, os sentidos apresentam-se-lhe exatamente em coerência com a faticidade existencial do intérprete e do que lhe vem ao encontro. Por esse motivo, plausível reconhecer, no caso do fenômeno jurídico, que inexistem textos que abarquem de antemão todas as hipóteses de aplicação. É dizer com outras afirmações, que o ser-aí comporta o sentido dos fenômenos, a depender de raízes existenciais, culturais, históricas, sociológicas, religiosas, interligadas, no tempo, ao ser do homem, na medida em que inexoravelmente viver é compreender sempre.

O modelo de diálogo hermenêutico reverbera a conexão direta dessa faticidade, pois aquele supera a mera conceituação científica de sentido colocado no texto, conforme a filosofia ocidental metafísica discorreu ao longo dos séculos. Visto que filosofia clássica constitui seu foco no conhecimento subjetivo do eu, numa relação epistemológica estandardizada – cujo objeto é racionalmente apreensível –, ressurge um evidente o distanciamento em relação à perspectiva da ciência hermenêutica da faticidade, segundo a qual a forma de vida (ser-no-mundo) é condição de possibilidade. O mundo aparece enquanto e o como do homem. Assim, a interpretação não seria simplesmente um modo de conhecer, seria, portanto, um modo de ser, de existir e por isso é ontológica.

Desta forma, a interpretação do Homem explicita e elabora as possibilidades projetadas na compreensão. Aquilo que foi compreendido assume a forma de algo como algo (*etwas als etwas*). Contudo, não se trata de conceitos abstratos, atemporais, mas de termos que encontram seu sentido na existência fática. (STRECK, 2018, p. 199).

Como ente privilegiado o homem compreende o universo que o circunda e percebe a si mesmo assim. Decerto, aquele ideal metafísico representacional, calcado na identificação das coisas por essências implica também, para os sentidos (atributos sensíveis) algo entificado essencialmente. Posta a virada ontológica da linguagem, a hermenêutica

filosófica contempla uma tarefa de cunho intersubjetivo em relação ao sentido das coisas. Passa-se a determinar, segundo o movimento das estruturas cotidianas fáticas articuladas, e como transitam, no cenário cotidiano histórico do sujeito:

Ele não é um dado fixo, imutável, estabelecido, que deva ser extraído do texto, como propunham a hermenêutica tradicional e a moderna. Sentido não é um ponto, um todo disponível ou um objeto específico como uma espécie de ‘coisa em si’, contra a qual mestres da suspeita’ já haviam estilhaçado. Do ponto de vista da hermenêutica filosófica, sentido é como pode nos ensinar a linguagem, sentido de direção [...]. (STRECK, 2009, p.331).

Fundamental, nesta senda ontológica, visualizar a inadequação de cisão ou distinção entre regras e princípios, explanada por doutrinadores aqui e alhures, ou mesmo realizando outras separações de elementos de uso jurídico dentro da unidade sistêmica do direito. Em similar atividade disjuntiva, vez por outra, deparamo-nos: texto e norma, fatos e direito, sujeito e objeto, e também outras essencialidades como a divisão entre compreensão, interpretação, argumentação, justificação e aplicação, uma vez que esses signos apenas retratam a operação de um tecnicismo metodológico, arraigado sob o controle da lida forense comum ordinária.

A questão eminentemente diferenciadora que se ajusta ao objetivo da fenomenologia hermenêutica procura abarcar a diferença entre ser e ente, mas num caráter completamente diverso das ciências. A finalidade implica em explicitar o conceito de diferença ontológica, cujo preparo representa a transição da visão metafísica para a questão fundamental da ontologia hermenêutica, chegando à verdade do ser dos entes, invariavelmente acolhidos no acontecimento apropriador:

A verdade do seer, na qual e como a qual sua essencial se encobre, se abrindo é o acontecimento apropriador. E isso é ao mesmo tempo a essenciação da verdade enquanto tal. Na viragem do acontecimento apropriador, a essenciação da verdade é sobretudo a verdade da essenciação. E essa contravolta mesma pertence ao seer enquanto tal. [...] Somente lá onde, como no primeiro início a essenciação vem à tona como apresentação, *chega-se logo à cisão* entre o ente e sua essência. (grifos no original) (HEIDEGGER, 2015, p. 254-255).

Ao atentarmo-nos ao mecanismo disciplinar-acadêmico, bem no âmago dos espaços de estudo e discussão jurídica no Brasil; funcionamento controlador dos ambientes de graduação jurídica; a metodologização da educação compartimentada e dependentemente de reproduções anteriores, nas inúmeras frentes de pesquisa; e especialmente a exemplo do campo prático e forma enquadrada para operacionalização profissional nos fóruns e

universidades de direito de todo país – em sua maioria, a retratar ilegítima tradição sobre a forma de interpretar o sistema, sub-repticiamente atrelado à suficiência de significado ôntico das regras –, sem que se perceba uma diferença ontológica entre o ente (o texto legal em sua essência) e o ser-no-mundo do caso concreto, decorre a recaída e eterno retorno do pensar limitado.

Por outro lado, a omissão atinente à tentativa de superação das posturas positivistas, ou ainda, voluntaristas – as quais apenas reproduzem o arbítrio volitivo das primeiras –, traduz insistência pela manutenção do comportamento controlador e mecânico, cuja atitude reside impensada pela grande maioria dos juristas:

a regra não explica; ela esconde (a regra não desvela; ela vela). O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente). No fundo, o positivismo jurídico não conseguiu ainda nem sequer superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina jusfilosófica que a sustentam, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, *mas a comum a várias coisas individuais*, ou seja, a essência captável pelo intérprete. (destaque no original). (STRECK, 2009, p. 17).

Conseqüentemente, percebe-se que, no caso do paradigma democrático do Estado de Direito, superam-se, enfim, os ditames do positivismo normativista, no qual o direito repousa plenamente plasmado por meio da lógica sistêmica de regras hierarquizadas. Sobressaem, no contexto contemporâneo moderno, princípios constitucionais que introduzem no direito o emprego das múltiplas relações existentes do agir humano no mundo prático, para devido uso em do raciocínio jurídico, na busca da hermenêutica mais próxima possível da adequação com a verdade.

De acordo com a sinalização de Streck (2017, p. 71), na era do positivismo, “[...] a faticidade ficava de fora do exsurgir do Direito, limitando-o a conceitos gerais que seriam aplicados por subsunção às hipóteses concretas.” Frente ao contexto destacado anteriormente inerente à pré-compreensão, o componente da faticidade, por seu turno, produz o enredo existencial do modo de ser. Este mostra-nos que o homem já, desde-sempre, compreende seu entorno, o “enquanto”, de acordo a situação histórica na qual se apresenta inserido, justamente, no enquanto, a saber, junto às maneiras de lidar e comportar-se diante dos entes.

Para o propósito do presente estudo, primordial ter em mente, por fim, um termo conhecido nas chamadas expressões ocasionais, lembrada por Gadamer (1970, p. 160), o qual sobreleva a atenção por não comportar, em si, o pleno conceito de algo, já que, a

dependem de cada ocasião (*occasio*), reconduz a revelação de seu real sentido. Exemplarmente, temos que os modos de falar em sua execução específica, transcendem a si próprios e distanciam-se do puro conceito abstrato do enunciado.

Gadamer, portanto, sumariza que “a palavra que pronunciamos ou ouvimos não é aquele elemento gramatical de uma análise linguística” (1970, p. 161), exatamente porque a palavra e sua designação somente produzem efeitos quando decorre um contexto no qual ela entra em comunicação. Frente a expressões desvinculadas de motivações e responsabilidades, a hermenêutica concentra o relevante papel de esclarecer que o sentido de um enunciado não existe em si mesmo, distante de seu tempo.

CAPÍTULO III – DESDOBRAMENTOS HERMENÊUTICOS DA DECISÃO JUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Discutido no tópico específico o papel da dogmática jurídica no campo da interpretação judicial, sobejou analisada e explicitada a questão da validade do direito como modelo ou conceito de identificação, de acordo com o positivismo kelseniano. Por seu turno, no contexto da hermenêutica, semelhantemente, haverá de ser evidenciada, em tópico pertinente a seguir, a adequação dos pressupostos para a viabilidade na aplicação do direito, notadamente frente ao caráter ontológico da linguagem expressa por Gadamer.

No horizonte do Estado Democrático de Direito, onde vigoram regras jurídicas de equalização às relações sociais e econômicas, almeja-se, evidentemente, a diminuição de disparidades e ideais de progressão das possibilidades solidárias de justiça social. Ao mesmo tempo em que se estipula a promoção constitucional de programas visando à formação sólida de estruturas de poder justas e transparentes, sobreleva a leitura hermenêutica e interpretativa do direito que reflete precisamente o projeto constitutivo do documento máximo neste campo, qual seja, a Constituição.

O caso constitucional brasileiro contempla variadas justificativas explícitas do próprio projeto de mundo almejado pelo Poder Constituinte na perspectiva dirigente e construtiva daqueles ideais. Planejam-se a extinção dos preconceitos diversificados entre classes de qualquer natureza, bem como diminuição do abismo real das diferenças e oportunidades, acima do nível razoável de aceitação, no panorama solidário de obrigações e deveres de todos seus participantes.

Assim, no presente capítulo, caber-nos-á trazer a lume a breve discussão crítica acerca problema do voluntarismo na decisão judicial, em vista do seu real papel, e as consequências práticas para a implementação dos objetivos fundamentais instituídos na Constituição, enquanto documento estatal reconhecidamente incumbido de instituir o programa ou projeto fundamental de solução dessas distorções sociais históricas.

3.1 Teoria da decisão judicial

Bem se sabe que o estudo dogmático-científico do direito, especialmente ao longo dos últimos dois séculos, percorreu trajeto teoricamente configurado por variados

critérios capazes de conformar, da maneira mais científica e objetiva possível, a estrutura e consequências em relação aos atos do estado, em suas fontes de poder.

Sobrevém justamente do aspecto de controle desses atos, o instituto da decisão judicial, cuja origem constitui a última diretriz na busca da efetivação da noção de justiça. No percurso do tempo, diversas estratégias científicas e doutrinárias formaram terreno fértil de discussão com o fito de assegurar a transparência e legitimidade daqueles atos, permitindo que a comunidade jurídica verificasse sua mais perfeita adequabilidade quanto à aplicação e produção de seus efeitos no contexto do constitucionalismo recente.

A finalidade de delimitar os componentes formais basilares da decisão judicial contempla, evidentemente, a instrumentalização de meios, manejados dentro do arcabouço técnico processual – não apenas pelas partes envolvidas no litígio, mas primordialmente pelo juiz. Conforme revelado, a delimitação de tal objetivo consiste em garantir maior grau de previsibilidade e controle quanto às consequências emanadas por decisões judiciais, na esfera de expectativa razoável dos jurisdicionados.

Frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, cujo projeto emancipador almeja instituir a efetiva guarda dos direitos fundamentais, o papel de reflexão crítica primordial da decisão impõe-se ao campo teórico da Filosofia do Direito. Uma vez que um dos principais fundamentos contingenciais das sentenças judiciais radica-se na razão lógica, presta-se ao pensar filosófico justamente aferir se o conteúdo desses atos estatais permanece válido perante o direito vigente num determinado espaço e tempo.

Realizada a indispensável imersão hermenêutico-filosófica nos capítulos anteriores, avaliamos, por adequado, prosseguir com a investigação sobre os principais aspectos atinentes à própria estruturação da decisão judicial, dentro do discurso compartilhado onde o acontecer do ato estatal invariavelmente se desdobra linguisticamente. A coerência do ato jurisdicional em tela, em seus atributos internos e externos, desponta de acordo com seu horizonte de sentido transcendente, primariamente constituído historicamente como um modo de ser.

Para tanto, analisaremos, na sequência, a matriz do direito fundamental constante do art. 93, IX da CRFB/88,²⁴ visando compreender as condições de possibilidades

24 “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...]”. (grifos nossos).

transcendentais da solução jurisdicional contempladas legitimamente no arcabouço democrático.

3.1.1 O papel da decisão judicial no constitucionalismo

No âmbito do estudo processual-constitucional, a fundamentação da decisão emanada pelo Poder Judiciário, há de levar em consideração a observância ao primado do contraditório entre as partes envolvidas no processo, o que ocorre no âmbito de praticamente todas as nações modernas. Apresentando-se o direito fundamental em análise inscrito no artigo 93, inciso IX da Constituição da República do Brasil de 1988, decorre que as razões justificadoras da decisão, articuladas com base na discussão entre fatos e provas com o texto legal, sobreleva, em termos de garantias fundamentais aos cidadãos, espaço democrático adequado na seara do Poder Judiciário, para avaliação de sua conformação interpretativa e hermenêutica com o direito:

Nesta situação de submissão aos desígnios jurídicos também está a atividade jurisdicional, que, indubitavelmente, deve estrita e plena obediência ao sistema jurídico pátrio. Esta submissão permite que o cidadão individualmente considerado, bem como a comunidade jurídica, nacional e internacional, tenham elementos de convicção suficientemente claros, e, se possível perenes, para o estabelecimento de pauta de expectativas comportamentais institucionalizadas. (VIOLA, 2019, p. 66).

Naturalmente, emana inteligível do sistema jurídico com o qual trabalhamos os ínsitos propósitos de resguardar-se contra resultados indesejáveis e soluções hermenêuticas deturpadoras aos objetivos fundamentais e direitos individuais e coletivos, reconhecidos universalmente, no contexto democrático dos povos.

Participando as razões essenciais do acerto decisório estatal, a toda coletividade e aos próprios atores participantes do processo de litígio jurisdicional, subjaz, como fronteira do legalismo e estado de direito, o pressuposto da transparência em relação aos motivos empregados na sentença para se chegar a determinada conclusão jurisdicional. Irretorquivelmente, a explanação concatenada entre fatos provados e o desenvolvimento lógico das razões de decidir contemplados pelo sistema processual contraditório, posteriormente, levado a efeito, ao final, na fundamentação judicial –, introduzem no âmbito democrático jurisdicional atributos de efetividade e respeito à unidade do direito universalmente reconhecido comunitariamente.

Diametralmente oposto às tarefas primordiais executadas pelo Legislativo – encarnadas constitucionalmente nas figuras dos representantes eleitos –, o exercício da atividade estatal do magistrado-juiz acompanha a função de exercer eminentemente um caráter contramajoritário.²⁵ Tanto é assim que a investidura no cargo da magistratura independe da escolha popular legitimada por mandato eletivo, e, diferentemente da atividade conduzida pelo parlamentar, à expectativa das funções judicantes acompanha uma espécie diversa de controle por parte da sociedade, no sentido de que os respectivos atos decisórios comportam fundamentos justificados de forma transparente e inteligível ao povo (art. 93, IX, da CRFB/88).

Estes dois aspectos, mais propriamente atinentes à soberania popular e legitimidade dos atos judiciais e legislativos do Estado, conclamam uma breve reflexão, na linha de desvencilharmos aparente contradição dentro do sistema, uma vez que a entrega da atividade de dizer o direito de maneira definitiva é realizada por membros não escolhidos popularmente.

Havendo o juiz de fundamentar racionalmente o ato por ele propriamente elaborado, obviamente, também lhe cabe, sob pena de responsabilidade processual e constitucional, a atribuição de conferir legitimidade democrática às suas sentenças, atos e decisões. Avaliar se a lei que incide sobre os fatos verificados na causa sob seu exame, comporta força legítima suficiente, no propósito de resguardar suficientemente os direitos fundamentais e atributos inerentes ao Estado Democrático de Direito, inova a responsabilidade objetiva e respeito à alteridade popular.

Explicando numa palavra, recai sobre a figura do julgador, ao proferir suas sentenças ou decisões, a responsabilidade institucional consistente na tarefa de externalizar, sob duplo um viés da alteridade. Associada à regra fundamental de responsabilidade quanto à coerência e legitimidade dos fundamentos racionais utilizados (art. 93, IX da CRFB/88), a

²⁵Pertinente a colocação de Luis Roberto Barroso (2019, p. 36) sobre a aparente incoerência, no sistema constitucional, diante da perspectiva do Estado Democrático de Direito, correlativamente à ocupação dos cargos do Poder Judiciário, notadamente, no Supremo Tribunal Federal, cujos atos proferidos conferem a possibilidade de nulificação da própria vontade da maioria do povo, encarnada nas atuações dos representantes eleitos ao Poder Executivo e Legislativo. Explica o autor, todavia, que a tarefa contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade trata-se instituto universalmente aceito nas sociedades democráticas: “A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.”

filtragem constitucional aferida sobre leis e demais atos jurídicos do Estado – os quais se revestem da presunção relativa de constitucionalidade –, concilia, portanto, em conjunto, elevadíssimo ônus, correspondentemente à legitimidade hermenêutica do ato emitido.

De grande valia para a compreensão do desenho interno e externo da decisão judicial, especular sobre a delimitação de sua estrutura diante da experiência positivista, nos últimos dois séculos, faz recrudescer a atenção para algumas diretrizes fundamentais, cuja apreciação envolverá a discussão dos efeitos atinentes ao salto ou giro hermenêutico, como contraponto crítico àquela perspectiva da ciência positivista do Direito.

Conquanto durante todo o período positivista o desenvolvimento das teorias gerais, com espectro analítico e interpretativo, tenha se ganhado adeptos de todas as esferas do direito, “[...] o fenômeno da decisão é quase sempre relegado a análises parciais, dispersas nos quadros da Teoria Geral do Direito, da Teoria do Método, da Teoria do Processo, da Teoria da Administração, da Legislação etc.” (FERRAZ JR., 2019, p. 274). Assim, o saber dogmático do direito deixa a desejar ao rebaixar o pensar descritivo do fenômeno da decisão como realidade social, de forma a direcionar o estudo à simples descrição de regras para tomada de decisão (hermenêutica jurídica).

Bem por isso, segundo a dogmática jurídica, os conflitos intermitentes, que vêm à tona no debate no processo judicialiforme entre as partes, são resolvidos por uma gama critérios definidos previamente, argumentos pragmáticos do direito, cânones, etc. Comumente ocorreu na tradição do direito continental, a construção silogística da decisão jurisdicional apregou, a partir de pedido fundamentado em determinada lei, mera a descrição de fatos jurídicos acontecidos, oportunidade em que o texto legal vinha encartado dogmaticamente como premissa maior; os fatos narrados dizem respeito à premissa menor; e se seguia então à síntese ou conclusão sobre o conflito – isto é, evidentemente, o ato decisório final.

3.1.2 condições transcendentais da decisão

De qualquer forma, cabe-nos avaliar mais aprofundadamente a imersão crítica filosófica do direito, no que diz respeito ao tema da legitimidade dos atos proferidos pela autoridade incumbida de proferir a solução jurisdicional. Neste ponto havemos de retomar, inarredavelmente, a discussão acerca do conteúdo e limites da fundamentação, sem, contudo, neste momento, adentrar no debate corriqueiro na lida forense.

Decerto, estamos a falar da atuação de acordo com o raciocínio lógico de constituição da sentença no seu aspecto empírico, especulativo ou dogmático puro.

Inversamente, convém perquirir se a justiça da decisão esmera-se na produção de seus efeitos externos apenas num plano “metadogmático”. A saber, o que aqui reside em investigação concerne à depuração da transcendentalidade das condições da decisão no campo da filosofia do direito, consoante adverte Joaquim Salgado (2000, p. 96):

Decisão justa é a que realiza as condições de decidibilidade, da confirmação da autoridade. Entretanto, no plano filosófico, essas condições não podem ser dadas empiricamente. E o nível mais próximo dessa indagação é o da filosofia transcendental, a partir do qual se pode chegar a uma investigação especulativa. (2000, p. 96).

Vale repisar que, de toda sorte, o aprofundamento detalhado dessas condições de decidibilidade e também a perspectiva de transcendentalidade da decisão judicial no quadro analítico do presente trabalho, constituirá objeto de discussão em tópico específico à diante. Aquilo que interessa precisamente no momento diz respeito mais aos resultados de uma reflexão filosófica, conquanto superficial, acerca do tema. Não obstante, o enfoque da pesquisa, efetivamente, engloba possibilidade da superação quanto à delimitação científica eminentemente rígida no plano da hermenêutica exegética positivista, portanto, em articulação externa aos limites do plano dogmático.

De outro vértice, sem embargo da construção científica que explica a solução judicial unicamente em razão do exercício dedutivo em conflito de interesse resistido, indutivo e silogístico, acreditamos que tal sistemática afigura procedimento insatisfatório do ponto de vista fenomenológico-hermenêutico, nada obstante lógico em seu aspecto metodológico. Máxime, frente à racionalidade, que assegura a legitimação no contexto da coerência do ato estatal, possibilitando a decisão do Poder Judiciário corresponder a um ato final, justo ao conflito de interesses, e que ainda reconcilie a negatividade emergente da lesão ao direito e inerente ao caso concreto, retomando o equilíbrio positivo da lei universal presente no sistema jurídico.

Nesse ponto de vista da legitimação do processo decisório, Joaquim Salgado chama atenção para a fundamental diferença entre o ato de interpretar a lei, com vistas simplesmente a cumpri-la, e interpretá-la, pela aplicação, fazendo cumprir no mundo prático a ordem estatal. De acordo com o filósofo, neste último caso, “o juiz, ao inverso do ato moral kantiano, reproduz a lei ao aplicá-la, realiza como máxima o princípio universal abstrato, a lei.” (2000, p. 100). Nesse linde, não há falar em ato de criação da norma pelo juiz. Ao invés disso, a atualização do ato legislativo pelo órgão jurisdicional, com sua aplicação por terceiro

neutro, funcionaliza o programa da efetivação da norma, através da máxima subjetiva relativa à pessoa do julgador,

Pela qual a universalidade abstrata da lei se encarna na particularidade (em si mesma abstrata) do fato empírico, para efetivar-se como universal concreto, isto é, superação do universal e do particular (“síntese” da lei e do fato), na máxima do aplicador, a sentença. É no momento da aplicação, da sentença na aplicação aparelhada, no cumprimento da norma na aplicação espontânea, que se dá a efetividade do direito, portanto, da justiça. (J. SALGADO, 2006, p. 192).

Com a particularização do abstrato universal na situação individual em concreto, o ato de aplicação, no âmbito do direito subjetivo discutido em Juízo, reconcilia a compleição do direito universal então atacada, e recompõe a unidade do sistema. No horizonte das sociedades modernas civilizadas, a funcionalidade desta mecânica jurisdicional aparelhada consubstanciada pelo potencial controle sob os atos judiciais e associada à responsabilidade institucional do julgador constitui em verdadeira condição de possibilidade no que toca à aceitabilidade, interna e externa, da decisão, graças semelhantemente ao caráter intersubjetivo da linguagem comum.

Afinal, o sistema jurídico impõe para a adequada construção dos procedimentos decisórios a permanente coerência com os componentes do espectro democrático e republicano. Por exemplo, por intermédio dos institutos processuais de impedimentos e suspeições, além de outros meios instrumentais indispensáveis a garantir imparcialidade, sobre quem se encontrar encarregado da atividade de dizer, com carga de definitividade, o direito no âmbito estatal. Por óbvio, todos aqueles que participam e exercem alguma atividade em nome do Estado, inclusive, os magistrados, submetem-se a papéis institucionais comuns, tornando explícito, então, o aspecto de transcendentalidade da decisão judicial.

No mais, repousa constantemente presente na liturgia processual o respeito ao rigor técnico especializado e legalmente programado mediante o qual também se distribui certa carga de responsabilidade pessoal ao julgador. A depender do modelo estatal adotado, essa programação processual pode ser fixada pelos meios instrumentais empregados, independente dos fins desejados nas regras de procedimento; ou mesmo esse ônus da responsabilidade judicial pode estar estabelecido, com a previsão de consequências, independentemente dos fins realizáveis. (FERRAZ JR., p. 285-286, 2019).

Enfim, como sustentou Habermas,

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. (*apud* VIOLA, 2019, p. 77).

3.2 Argumentação judicial e linguagem hermenêutica

Ao explorar o campo referente ao controle da decisão judicial (condições de decidibilidade), especialmente frente à racionalidade de sua edificação, procuramos identificar as influências internas que sobre ela incidem no próprio sistema jurídico. No presente tópico, pretendemos perquirir detidamente o tema da argumentação jurídica, desvelando e colocando em cheque certas posições doutrinárias e condições práticas que potencialmente influenciam, desta vez, o âmbito externo da decisão. Abordaremos com este enfoque as repercussões no sistema jurídico, a merecer destaque à operacionalização da retórica e implicações para teoria da decisão judicial.

Essencial consignar, nesse momento, que a investigação associa conceitos inerentes à teoria da decisão, com os contornos influenciados ao estudo do constitucionalismo e teoria da argumentação, diante da conexão presente entre estes dois campos científicos e seu respectivo viés voltado a explorar concepções imediatamente correlatas à hermenêutica jurídica e filosófica. Demais disso, sequer se pode olvidar que, dentro da experiência jurídica concebida no horizonte do positivismo normativista (legalismo), tanto uma quanto outra daquelas esferas do conhecimento influenciam determinadamente na configuração discricionária e voluntarista das decisões judiciais.

Sem qualquer pretensão de esgotar a teoria da argumentação de Robert Alexy ou a tese de integridade do direito de Ronald Dworkin, tampouco superar qualquer das correntes de interpretação jurídica e seus consectários para a ciência do direito, será frutífero proceder, ao menos, uma comparação de ambos os pontos de vista e sua aplicação no terreno hermenêutico da decisão judicial. De fato, cotejando os planos dessas doutrinas pertencentes ao estudo pós-positivista, apercebem-se variantes essenciais nas duas correntes as quais, ora conservam, ora anulam critérios substancialmente relevantes para a elucidação articulada dos componentes hermenêuticos da interpretação e aplicação das decisões.

Com este panorama, cada um daqueles filósofos abordados acima transmite em suas particulares investigações, soluções estruturadas à justificação e interpretação dos princípios e regras jurídicas no Estado Democrático de Direito, conferindo para nossa

pesquisa um foco bastante instigante no concernente à justiça da decisão. Na justa medida em que cada autor atribui respostas diametralmente opostas aos mencionados voluntarismos atinentes à justificação da decisão judicial, sobreleva a inarredável lição de que os atributos da coerência e autonomia merecem tomar seu lugar, notadamente em vista do plano da responsabilidade do julgador no Estado Democrático de Direito, consoante poderemos verificar em seguida.

3.2.1 Consectários da argumentação e do discurso jurídico nos contornos da decisão judicial

Visto não prescindir do rito processual, mas contrariamente dependente de regramento legal delimitado, a decisão judicial reveste-se como corolário do funcionamento de procedimento jurídico formal, articulado por comunicação intersubjetiva entre partes e juiz. Todavia, Gadamer mesmo confere a esse ato o papel difusor da troca de mensagens, dialeticamente apreensíveis por terceiros, intermediada por signos e sinais, decorrentes das expressões e palavras que são próprias do ambiente estatal institucionalizado, no campo da linguagem explorada hermeneuticamente. Naturalmente, até mesmo o silêncio – o não dito – reputa a implicação de algum significado, pois, uma vez transmitido, é recepcionado hermeneuticamente de algum modo pelos interlocutores segundo a conversação estabelecida num determinado circuito de comunicação.

Destarte, no processo judicial, o conteúdo da solução decisória sobrevém constituído por argumentos articulados com as provas instrumentalizadas, mormente do diálogo cooperativo entre os atores processuais, cujo objetivo final é chegar, evidentemente, ao sentido intelectual captado no ambiente histórico presente. Aliás, o campo de disposição dos entes na totalidade atualiza o sentido ao texto jurídico (componente universal), inevitavelmente, exige a reflexão consciente da situação hermenêutica atual. Assim, a formação da decisão judicial segue como sendo consectário do procedimento judicialiforme de cunho prático, a partir do emprego de argumentos amplos, no entanto, justificados, logicamente, com escopo primeiramente jurídico, de acordo com as leis vigentes e aplicáveis em cada caso concatenadas às questões fáticas corroboradas ou não por provas instrumentalizadas nos autos.

Para traduzir em linguagem universalmente racional, o discurso de índole judicial exige clara demonstração dos fatos por meios de prova legalmente contemplados e empregados nos autos de um processo. Isto é, não cabe ao julgador aproveitar, a título de

demonstração racional dos fatos narrados, questões exteriores ao material colhido e discutido durante a instrução processual, ainda que detenha conhecimento particular de algum acontecimento relevante sobre o caso. Essencial, assim, consignar que as razões de decidir ostentam invariavelmente teses justificadas, deduzidas e suficientemente concatenadas, sob risco de nulidade por descumprimento do preceito constitucional obrigatório de fundamentação das decisões (art. 93, IX da CRFB/88).

Não seria demasiado distante ao escopo proposto neste estudo tentar explicitar como aparece no mundo o fenômeno processual, ultimado pela interpretação do terceiro neutro, ao movimento dialético da “consciência-de-si” de que trata Hegel. Com efeito, dentro da ótica mais participativa dos envolvidos, à que experiência do ambiente intersubjetivo impõe a esta consciência do ser-aí julgador uma visão totalizante “para nós”.²⁶ A saber, o ambiente pertinente ao palco processual deve refletir exatamente a possibilidade de compreensão da lógica racional proveniente da decisão, cujos parâmetros de decidir, ostentam nada menos que fundamento de responsabilidade do órgão julgador, já que o exame e controle das partes, tanto no seio do processo, como também dos demais sujeitos de direito representados pela comunidade total de indivíduos em um tempo e lugar determinados, resta afetado direta ou indiretamente por ela.

Articuladas pelo sentido de aplicação da legislação vigente – atualizada de acordo com o horizonte temporal presente – as questões conflitivas, defendidas por cada um dos atores processuais, serão, ao final, apaziguadas por solução definitiva de um terceiro neutro, similarmente definida por argumentos apurados por este julgador imparcial.

3.3 Teorias da argumentação e sua contraposição ao olhar fenomenológico-hermenêutico

Enfrentadas determinadas consequências da argumentação sobre o panorama do processo, chama igualmente a atenção a vasta contribuição teórica que se contrapõe frontalmente ao modelo positivista analítico, edificado por fundamentos conducentes à separação metódica entre direito e moral. A racionalidade contemporânea dessa crítica é explorada, por filósofos como Alexy, Hart, Zagrebelsky e Ronald Dworkin. Este último

²⁶ Segundo a Fenomenologia do Espírito, a consciência-de-si só alcança sua satisfação em uma outra consciência-de-si, após uma série de movimentos contraditórios, o que revela um árduo caminho da experiência humana, cujo conhecimento culmina em movimentos, mas será sempre revelada a partir de uma totalidade, de um nós. Afastando as aparências sensíveis, a experiência representa a substância absoluta perfeita da independência e oposição. (HEGEL, 2016, p. 142).

assume a defesa, por exemplo, da possibilidade de formulação de respostas corretas em relação a conflitos de interesses postos em julgamento no Judiciário. Pela perspectiva do autor, desponta o linguajar eminentemente enfático, tanto em combate a teorias utilitaristas (teoria conceitual) quanto ao positivismo jurídico (teoria normativa), pretendendo formar uma terceira via substitutiva.

A propósito dessa via alternativa de Dworkin, Zehuri Tovar sintetiza em linhas gerais o seguinte:

[...] sua teoria envolve: 1) uma teoria da legislação: e aí são apresentados *quem deve, sobre o que e quais* conteúdos alguém deve legislar; 2) uma teoria da jurisdição, que explicita como aplicar o direito sob sua melhor luz; e, 3) uma teoria da obediência, em que se expõe quais leis podem reclamar obediência e quando a lei pode ser desobedecida. (2018, p. 103).

Numa palavra, Dworkin deixa claro, portanto, que o positivismo jurídico seria uma teoria ruim, pois passa ao largo do enfrentamento dos direitos pré-existentes. Ao mesmo tempo, o utilitarismo como teoria em voga prega uma falsa premissa liberal, porquanto representa um menoscabo relativamente ao reconhecimento dos direitos de minorias e grupos de indivíduos excluídos no ambiente institucionalizado do Estado.

Convergindo a posição proteção à autonomia do direito, no mais das vezes, atribuída a Dworkin, somam-se outros filósofos e autores, quem, no período pós-guerra, souberam definir o papel da linguagem na significação para força interna do sistema:

Ao lado das transformações sofridas pelos ordenamentos jurídicos decorrentes da onda constitucionalista pós-guerra, que internalizou e deu força normativa a antigos princípios de direito natural em um grande número de ordenamentos jurídicos contemporâneos, no campo filosófico, um primeiro passo dado pode ser atribuído à “virada hartiana”, responsável pelo abandono da visão descritiva sob uma ótica externa do direito (de cariz kelseniano) e pela assunção de uma dimensão da compreensão do direito sob uma ótica interna, como passo necessário para se definir a validade da própria norma a ser aplicada. Justamente este ponto foi posteriormente melhor explorado por Ronald Dworkin no seu ataque ao positivismo jurídico, constituindo uma pedra de toque da filosofia do direito com corte hermenêutico. (ZANETI JR.; PEREIRA, 2016, p. 32).

Enfim, com espreque principalmente na doutrina de John Rawls, Dworkin vai defender a igualdade de consideração e deferência entre pessoas e aos direitos individuais recíprocos, descrevendo a presença equilibrada de caráter axiológico do sistema jurídico, criticando a insuficiência semântica de modelos normativos e o conceito pobre do direito oferecido pelo positivismo. Conforme a teoria de Dworkin enfatiza, a propalada noção de

casos difíceis deixa de oferecer uma adequada e perfeita “[...] identificação da norma jurídica aplicável peremptoriamente à questão. Nestes casos, a teoria dominante propugna a ideia de que o juiz é possuído de discricionariedade [...]” (VIOLA, 2019, p. 78-79).

No cenário brasileiro, por exemplo, o estudo da argumentação jurídica enfrenta contundentes ataques quanto à particular cisão antevista entre direito e moral. De acordo com Streck (2009, p. 173), o Estado Democrático de Direito corresponde ao momento no qual a moral torna-se co-originária ao direito; e relembrando as advertências de Habermas, destaca:

As questões jurídicas e as questões morais têm relação com os mesmos problemas: *como ordenar legitimamente as relações interpessoais, como coordenar entre si as ações por intermédio de normas justificadas e como solucionar consensualmente os conflitos de ação a partir de princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidas*. De forma distinta, direito e moral se referem aos mesmos problemas. (grifos no original).

Deveras, no segundo quadrante do século XX em diante, com o surgimento das constituições ditas democráticas, emerge uma preocupação doutrinária mais enfática no sentido de enfrentar a interconexão entre aqueles dois conceitos doutrinários, haja vista que ambas as áreas do conhecimento complementam-se, integram-se ou tem origem comum.²⁷ Com o horizonte democratizante disseminado ao redor do mundo, institucionalizaram-se textos constitucionais, influenciados por primados jurídicos fundamentais, carregados pelos valores humanos universais, refletidos tecnicamente no direito, por princípios, cuja incidência, inevitavelmente, traz consigo um modo de ser prático, anteriormente escondido, veladamente, ou meramente descartado pelo positivismo.

O ponto fulcral dessas teorias argumentativas que afloram junto ao surgimento no Estado Democrático origina-se eminentemente nas implicações da moral no direito, e, conseqüentemente, a maneira com a qual o magistrado-juiz irá lidar efetivamente ao produzir seus julgados. A técnica da ponderação empregada nos casos difíceis por Alexy, por exemplo, compõe uma tese cuja parcela relevante da doutrina habituou a manejar, com o argumento de que haveria no procedimento aplicado um hábil instrumento metódico constituído de etapas suficientes para evitar discricionariedades e contaminação da decisão por escolhas eminentemente pessoais. Já o modelo desenvolvido por Dworkin, em uma análise sintética,

²⁷ No caso da posição de Ronald Dworkin acerca da não complementação do direito à moral e vice-versa, ao propor que o juiz deve decidir os casos sob sua responsabilidade abrindo mão de argumentos políticos, tal crença diz respeito à exclusão das convicções do ato de julgar convicções políticas ou questões morais de ordem pessoal. Portanto, critérios pessoais de política, religião, sociais, culturais, etc., são dispensáveis à essencialidade dos fundamentos convicção do julgador em sua tarefa primordial de decisão. Assim asseveram Georges Abboud, Henrique Carnio e Rafael Oliveira: “[...] o argumento de princípios de Dworkin – assentado em uma leitura moral da Constituição – também estabelece uma defesa candente [...]” (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 543).

confere força não ao método em si, mas, ao inverso, garante a objetividade do direito, através de uma teoria pragmática que pressupõe o direito como prática interpretativa. Isso quer dizer que, para o autor, o arbítrio residiria na inovação da lei por ato judicial, descambando este modelo para a arbitrariedade e uso ilegítimo da força pelo Estado:

Portanto, no interior do “método de Hercules, há uma nítida preocupação com o resultado da decisão, ao contrário de que encontramos na posição de Alexy. Desse modo, uma decisão judicial estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a *coerência de princípios que compõe a integridade moral da comunidade*. Ou seja, a ideia de princípio em Dworkin não é materializável *a priori* em um enunciado emanado de um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos. (destaques dos autores) (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 543).

Com efeito, a decisão voluntarista reconduz discussões infundáveis sobre o tema da fundamentação e uso da argumentação, maximamente em relação ao contexto de legitimação dos atos judiciais, pois, ao fim e ao cabo, o Poder Judiciário responde pela correta articulação dos fundamentos jurídicos operacionalizados em situações concretas postas em Juízo. Em vista disso, sobrevém a exigência da fixação de limites para as possibilidades da discricionariedade emergente ao ato de vontade judicial quando da prolação das respectivas decisões; o reconhecimento e legitimidade do juiz, na qualidade de autoridade estatal incumbida de tarefa de cunho eminentemente político; o papel dos princípios para uso nas fundamentações, das decisões judiciais; e o problema da ponderação nos casos de eventuais conflitos entre princípios nas hipóteses concretas postas para solução judicial.

Se levarmos em conta a ampla discussão gerada pelas teses de Alexy e Dworkin no âmbito da argumentação, estamos em concordância próxima da força dos princípios formulada por este último autor. Realmente, a juridicidade da decisão será oferecida no momento da interpretação e aplicação do direito, sobressaindo a potencialidade de gerar seus efeitos, a depender da aplicação invariavelmente. Logo, nada obstante os princípios comporem o arsenal jurídico, carregando em si abstratamente um significado valorativo, no interior da ordem jurídica, somente na praticidade da aplicação teremos o cenário prático efetivo dos seus efeitos. “Neste sentido, o direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade.” (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 544). Existe uma cadeia coerente de princípios empregados reiteradamente, como obra jurídica de uma comunidade, oferecendo limitações às distorções eventuais ou modificações justificadas no curso dos julgamentos, sempre neles baseados.

Conquanto seja concorde na doutrina a existência de discricionariedade a cargo dos juízes, descabe-lhes, entretanto, criar novos direitos, onde e quando não os encontre no aparato legislado. Contrariamente, mostra-se impositivo ao magistrado apenas o reconhecimento e autorização para aplicar o direito já pré-estabelecido dentro dos limites e critérios constitucionalmente fixados pelo legislador. Nesse sentido, Dworkin descreve criativamente a figura do juiz Hercules – julgador onipotente e onisciente, conhecedor das nuances morais constantes na totalidade do direito –, o qual se vale de argumentos jurídicos e também extrajurídicos (argumentos de princípios e de política, respectivamente). Todavia, a teoria de Dworkin reduz o plexo de abertura semântica dos princípios e cláusulas abertas, resumido sua aplicação aos casos difíceis, uma vez que tais padrões ou *standards* são ajustados, somente de acordo com o legado tradicional do direito. Logo, a proposta do autor radica em proporcionar uma teoria racional da decisão judicial por via da estruturação coerente com o direito positivo, permanecendo clara a ideia de que a teoria da decisão do juiz Hércules “[...] não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade”. (DWORKIN, *apud* TOVAR, 2018, p. 110).

Justamente em função das justificações oferecidas em decisões antecedentes sobre casos que possuem uma mesma base fática, a figura de Hércules, evidentemente, edifica uma cadeia de princípios fundantes do direito costumeiro. Isso ressoa perceptível, mormente a partir de hipóteses casuísticas nas quais o intérprete fica impedido de retirar, do direito legislado em vigor, uma solução particular sua para determinado caso sob julgamento. Com efeito, em Dworkin, os princípios carregam para dentro do sistema critérios de moralidade dinâmicos, cambiantes de acordo com o contexto social.

Melhor explicando, Zehuri Tovar pondera que

A busca de Hércules pela melhor resposta ao caso concreto, condiz com a análise dos precedentes, mormente quando o caso sob sua apreciação não é regulado amiúde por nenhuma lei. Assim, nessa análise dos precedentes, Hércules deve dar realce a argumentos de princípio – e não aos de política –, até porque precedentes possuem uma força gravitacional jurídica. (2018, p. 109).

Leitura semelhante sobre a teoria de Dworkin é realizada por Lenio Streck, na linha intelectual de que, ao fato social emergente, penetram as luzes do direito pelos princípios. Preconizando ainda a impossibilidade de hierarquizar ou “metodologizar” a aplicação dos princípios, Streck indica trilha justificadora bastante original aos princípios,

referindo que, com a aplicação destes, “[...] o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo (direito como modelo de regras).” (2009, p. 172). De conseguinte, por mais complexo que se apresente um caso à apreciação judicial, e malgrado falte um texto legal que a ele subsuma-se perfeitamente, na linha de Dworkin, resulta obstruída a possibilidade de qualquer magistrado dizer o direito exclusivamente com base em argumento político, em cuja estrutura não se valha, todavia, de princípios jurídicos. Significa dizer que os conceitos referentes a questões de princípio – estas alocadas no texto legal por convicção exclusivamente legislativa – repousam preenchidos e suplantados em situações hipotéticas independentemente de ordem judicial, caso a caso. Enfim, de acordo com Dworkin, o juiz emprega a técnica hermenêutica atualizadora da lei, sem que se possa falar, por exemplo, em exorbitância de poder em relação ao exercício das funções tipicamente jurisdicionais. (VIOLA, 2019, p. 81).

Passando ao pensamento de outro filósofo expoente da teoria moderna da argumentação, observa-se a proposta de Robert Alexy, quem dinamiza duas teses bem conhecidas na doutrina jurídica, principalmente no campo dos direitos fundamentais. A Teoria da Argumentação Jurídica, criada pelo filósofo nos anos setenta do século passado, levou a efeito, finalmente, à difundida Teoria dos Direitos Fundamentais, uma de suas obras mais conhecidas. De acordo a teoria argumentativa de Alexy, em resumo, a legitimidade do discurso jurídico de uma decisão é aferida com base em critérios de racionalidade objetiva, funcionando como uma espécie de exposição prática de convencimento, mas cujas razões podem ser testadas no campo do direito. Diferentemente ao modelo de Dworkin, Alexy procura enfrentar as causas jurídicas com soluções argumentativas contra a discricionariedade das decisões judiciais. Própria das indesejáveis incertezas que envolvem o dilema interpretação do direito, a proposta eleva, a um paradigma científico, tal como Dworkin, o desenvolvimento adequado do conceito de princípio para o direito.

Muito embora ambos os autores em tela articulem, com o aprofundamento teórico sucinto, as relações que envolvem o conceito de princípio e sua funcionalidade perante o sistema jurídico, ambos divergem diametralmente em seus pressupostos de base. De fato, Alexy incomodava-se com maneira com a qual eram tomadas, em seu tempo, as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, pois, para ele, inexistiria nos acórdãos da corte a apresentação de rigor técnico racional, decorrendo a incongruência, em razão da qual o filósofo planejou aprofundar-se para resolvê-la, o que acontece, posteriormente, pela elaboração de uma técnica particular, denominada ponderação de princípios.

Sem embargo dos apelos doutrinários de justificação racional levadas a efeito por Alexy, sua teoria vem carregada de regras formais de argumentação, como se houvesse um esquema pré-moldado para se chegar à justiça da decisão. Sob esse viés, Streck, por exemplo, tece severas críticas à tese da ponderação de Alexy, asseverando o paradoxo visível no prévio estabelecimento de

[...] *standards* conceituais ‘aptos’ à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas, que passam, desse modo a ser ‘abarcadas’ pelos referidos conceitos. Ou seja, uma vez ‘eliminada/abstraída’ a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas. (2009, p. 177).

Evidentemente, a edificação da teoria de Alexy, sustentada na hierarquia axiológica de princípios em abstrato, deixa a desejar correlativamente aos atributos de segurança jurídica, por esquecer os fatos reais. Haja vista que a diferenciação de casos fáceis e difíceis levada a cabo pelo filósofo, deveras, redundava em porteira aberta para a discricionariedade judicial, constitui ela própria na retomada da mesma inconsistência das doutrinas positivistas clássicas. A ponderação entre princípios em rota de colisão num determinado caso estrutura-se como procedimento de resolução de conflitos diante de duas normas dessa espécie, seguindo uma hierarquia explicitamente pessoal, a depender do critério de vontade. Numa palavra, opções opinativas decorrentes do magistrado, traduzem, em síntese, a premissa da tese defendida em Alexy, abrindo mão do controle sobre o critério da aplicação judicial da norma, sobressaindo, logo, um deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da subjetividade do intérprete, fator que não escapa da filosofia da consciência. (STRECK, 2009, p. 178).

Compreensivamente ao que interessa ao propósito deste estudo, em especial aos consectários da hermenêutica filosófica, prevalece patente a inarredável conclusão de que o propósito de superação do positivismo, orientado pela teoria argumentativa de Alexy, não escapa da abstração dum modelo matemático, caindo no vazio do discurso epistemológico puro e radical do velho positivismo. Realmente, ao descrever o procedimento de ponderação para os “hard cases”, Alexy desenvolve uma série de regras a serem seguidas em etapas pelo julgador, discorrendo sobre a construção de uma “dogmática de espaços”. (2003, p. 64). Esses espaços cuidam exatamente de lugares onde o legislador e julgador podem se movimentar para a aplicação de princípios jurídicos, dada a ausência de proibições constitucionais definitivas (espaços estruturais) e limites da capacidade de cognição sobre os mandamentos

constitucionais (espaços epistemológicos). Assim, a crítica doutrinária sobre os critérios com os quais o filósofo pretende garantir a objetividade da decisão judicial comporta total pertinência, pois, além de não ser plena a convicção sobre aquilo que representa um caso difícil ou a diferenciação entre estes e os casos simples, remansam outras questões calcadas ainda no subjetivismo:

Quem elege os princípios em conflito para que seja realizada a ponderação? Por que são sempre apenas dois princípios em conflito? Qual a diferença entre princípio e valor? Por que o juízo de ponderação é sempre um juízo de valoração, mas isso não implica dizer que o conteúdo dos princípios sejam propriamente valores? (R. OLIVEIRA, 2007, p. 176).

Associada à falha de procedimento claro e objetivo acerca dos critérios de escolha –, temos que a racionalidade constituída na ponderação entre princípios resvala no equívoco insuperável de não oferecer abertura para a concretude da existência humana, pragmaticamente experimentada na faticidade no mundo real. De toda experiência humana, revela-se a existência de um modo de ser mobilizador de possibilidades, na praticidade do horizonte histórico, de sorte que a mera racionalização discursiva do ambiente legislado, dos limites teóricos da ciência jurídica, desprovida, no entanto, do caráter pré-compreensivo do intérprete e do horizonte factual, promove o descolamento com o movimento substancial da realidade.

Além do elemento da subjetividade contemplado na lógica deôntica da ponderação, o modelo de subsunção e dedução empregadas na incidência das regras, quando das hipóteses de resolução de “casos simples”, reinsere, equivalentemente, a perspectiva duvidosa das premissas adotadas, ao se separar os componentes sujeito e objeto, justo em relação ao atributo da pré-compreensão cuja natureza revela-se incindível. Expressando por outras palavras, significa que, no desenvolvimento da teoria de Alexy, a inserção dos valores eminentemente morais constitui verdadeira desvalia à autonomia do direito. Ao autorizar que o julgador, em razão de consequências previsíveis de uma decisão, afaste a regra prevista pelo legislador para uma hipótese, impõe que a justeza do direito apoie-se à mercê do simples procedimento discursivo adotado. (STAMATIS, *apud* STRECK, 2009, p. 178).

Sem sombra de dúvida a teoria da ponderação resvala na mesma consequência do positivismo, já que, além de manter obscurecida a questão de quem decide e indica sobre quais princípios participam no conflito jurídico concreto, “[...] as teorias jurídicas de um modo geral, que circulam no âmbito da dicotomia *descoberta* e *justificação*, não estão

preocupadas com o contexto de descoberta, mas apenas e simplesmente com o contexto de justificação.” (R. OLIVEIRA, 2007, p. 180).

Primordial lembrar que, em Alexy, os princípios constituem-se em mandados de otimização, isto é, ordens emanadas pelo direito com a finalidade de que sua aplicação possa ser efetivada em diferentes graus, ao passo que as regras, por sua vez, refletem exatamente o conteúdo de normas satisfeitas ou não satisfeitas, sob o esquema do tudo ou nada. (ALEXY, 2015, p. 90-91). Por este panorama decorre a percepção de que, em razão do teorema elaborado, a prevalência de um princípio sobre outro num determinado caso concreto assujeita-se, de forma exclusiva, ao crivo subjetivo do julgador, quem irá deliberadamente atribuir ou não o maior grau de satisfação ou de afetação de um princípio. (ALEXY, 2015, p. 167). A propósito, Alexy mesmo cogita uma condição *prima facie*, ao explicar acerca do embate entre dois princípios jurídicos (“lei de colisão”), como se houvesse alguma prevalência de hierarquia entre direitos fundamentais, dissociada da apuração descerrada dos casos concretos, hipótese que traduz inevitável colisão, em etapas ou fases estanques de compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Assim, por atribuir a um distante contato com a faticidade e experiências compartilhadas existencialmente no meio social, agregada à preconização de uma lógica amparada em direitos apenas em abstrato (*prima facie*) – ou seja, princípios que representam peso maior em relação a outros –, infere-se que tal modo de racionalizar a decisão incorre num subjetivismo discricionário, propício, até mesmo, a obscurecer o sentido prático de ser-no-mundo do direito.

Enfim, a teoria da ponderação de Alexy apoia seus critérios em manancial valorativo subjetivo, conforme a doutrina tanto aqui como alhures vêm denunciado, a exemplo da cátedra de Frederick Schauer, lembrada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2019, p. 310):

Frederick Schauer (1991) chama esse dilema ponderativo dos conflitos entre a norma a ser aplicada e sua justificação de “experiências recalcitrantes”. Tais dilemas não podem ser eliminados, independentemente da precisão em que a linguagem é formulada ou do grau de determinação da solução normativa oferecida, ainda que se faça um elenco com dezenas de condições consideradas relevantes. [...] Por isso, embora a ponderação de princípios como instrumento de argumentação represente um importante resgate da moral para a aplicação do direito, ela representa também, por conta de certa indeterminação de conteúdo (que significa princípio da *função social* da propriedade, princípio da *precaução*, em matéria ambiental, princípio da *não surpresa* em matéria de decisões administrativas?) um risco para a segurança jurídica.

Mediante a delegação de poderes sobre a mais adequada escolha atribuída ao sujeito julgador, ressobram múltiplas razões que justificam as críticas engendradas contra o modelo de ponderação de princípios. Surgindo como teorização incompatível ao modo de interpretar e compreender fenomenologicamente o direito – visto retroceder à malfadada subjetividade discricionária da teoria positivista normativa kelseniana –, a tese argumentativa de Alexy, inevitavelmente, culmina por descartar as condições de possibilidade ontológico-existenciais do ser-aí em seu diálogo mais imediato com o mundo, no horizonte da tradição histórica, anulando o papel da pré-compreensão do intérprete.

Por outro lado, a contribuição doutrinária de Dworkin consegue satisfazer o elo coerente da cadeia de decisões anteriores com um mesmo jogo incessantemente, sob supervisão e controle do jurisdicionado. Demais, esse último autor coloca em funcionamento o componente da faticidade com anseio prático, averiguável no horizonte hermenêutico da pré-compreensão.

3.4 Considerações sobre constitucionalismo moderno e contemporâneo

Para o objetivo do presente estudo, põe-se em questão o questionamento pertinente de entrever em que medida o constitucionalismo como movimento teórico representa fator de relevante influência para a argumentação e justificação da técnica decisória nas sentenças judiciais, considerando o campo de estudo da hermenêutica jurídica.

Imprescindível, no entanto, lançar breves luzes acerca do desenvolvimento doutrinário e filosófico no âmbito do constitucionalismo moderno e contemporâneo – separando para outra oportunidade de investigação o olhar aprofundado sobre os acontecimentos históricos que implicaram propriamente na formação das constituições recentes do mundo ocidental. Por conseguinte, o foco central, neste momento, dirige-se à coleta e apresentação dos estudos recentemente ocorridos na história do direito, mais precisamente a partir da Revolução Francesa e Revolução Americana, no século XVIII, época em que aparece o constitucionalismo moderno.

No que corresponde à linha teórica sobre a decisão judicial, temos por essencial enfatizar que o constitucionalismo contemporâneo originou-se como resultado daqueles elevados movimentos revolucionários de caráter social, político, cultural e jurídico calcado no fortalecimento e asseguarção de certos direitos do homem em face do arbítrio estatal. As finalidades jurídicas e políticas inicialmente comportaram o objetivo essencial de

frear o exercício arbitrário do poder estatal, no imediato propósito de bem salvaguardar os princípios de cunho universal das pessoas livres no mundo civilizado.²⁸

Retomando as origens do termo constitucionalismo, seu uso notoriamente advém mais precisamente de um movimento ligado à criação das constituições escritas e caráter rígido, sobretudo as promulgadas nos Estados Unidos da América (14 de setembro de 1787) e França (1791), época em que se inicia a formação de características marcantes, que contemplam principalmente o feixe de relações para o constitucionalismo, a organização do Estado e limitação dos Poderes frente às liberdades do cidadão, intermediada pela previsão de direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2006).

Com todo esse panorama, pertinente notar, portanto, o foco no constitucionalismo moderno, frente às concepções de justiça e legitimidade, advindas principalmente dos princípios jurídicos, expressos ou implícitos, com força normativa. A partir de então, a doutrina moderna do direito debruça-se detidamente sobre a “função promocional das constituições modernas”, consoante ensina Bulos, “[...] ao contrário das *teses de grau zero da eficácia constitutiva das normas constitucionais*.” (2012, p. 75). Assim, os mecanismos de controle de constitucionalidade no direito contemporâneo passam a representar apenas um dos instrumentos disponíveis à proteção do estado de direito e manutenção dos princípios constitucionais. Haja vista a percepção do desenvolvimento percurso social, político, econômicos e culturais almejados e programados nos próprios textos das constituições contemplados pelo viés cogente e geral, franqueia-se um verdadeiro arsenal jurídico emancipador com vistas à promoção de direitos individuais e coletivos.

Senão por uma precaução de viés didático, consignamos que, nada obstante o termo constitucionalismo tenha surgido somente no século XX, é ponto assente que, ao longo da história do direito, sempre houve, no seio das sociedades ocidentais, proclamação de atos legislativos fundamentais, cuja hierarquia jurídica sobrepõe-se em relação às demais normas estatais. Dada a indispensável necessidade de limitar o poder soberano do Estado, Ferdinand Lassalle (1862), nesse aspecto, repontou que

todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma *Constituição real e verdadeira*. A diferença nos tempos modernos – e isso não deve ficar esquecido, pois isso tem muitíssima importância – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as

²⁸ Bulos preceitua que, do ponto de vista formal, o constitucionalismo moderno inaugura-se a partir do advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América em 1787, e da França, em 3 de setembro de 1791, porém, foi a criação, de onze, dos constituintes das treze colônias americanas que se fixaram os princípios e normas escritas, entre 1776 e 1780. (2012, p. 71).

Constituições escritas nas folhas de papel. (apud MORAES, 2006, p. 76) (grifos no original).²⁹

Prosseguindo para o cenário histórico do constitucionalismo e mais especialmente ao que interessa no estudo da teoria da decisão, Streck oferece destaque ao redimensionamento da práxis político-jurídica, levada em conta após o fenômeno do segundo pós-guerra. De acordo com a advertência do autor, a mudança de rumo ocorrida nesse marco temporal operou-se em dois níveis, sendo que o primeiro desdobrou-se na quadra da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; num segundo nível, naquilo que mais de perto interessa, a alteração aconteceu propriamente “[...] na teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão [...]”. (STRECK, 2017, p. 37).

Atualmente vivenciamos a era do constitucionalismo contemporâneo, cujos textos consagraram compromissos e metas governamentais, normalmente desenhadas por meio de princípios e objetivos fundamentais. A concretização dos preceitos contidos nesse cenário normativo comumente depende de outras espécies regulamentadoras inferiores, visando à efetivação material de valores atinentes à democracia, direitos políticos, econômicos e sociais. Semelhantemente, a ideia de constituição dirigente introduz outra marca teórica no contexto do constitucionalismo contemporâneo, distanciando-se das anteriores orientações doutrinárias segundo as quais o texto constitucional comportaria fonte jurídica para uso dos instrumentos de governo, atribuindo a imperatividade absoluta em nome do Estado político.

3.4.1 Constitucionalismo moderno no caso brasileiro e a posição da Crítica Hermenêutica do Direito sobre a efetivação dos direitos fundamentais

No caso do Brasil, a Constituição de 1988, qualificada de Cidadã, consagrou vasto rol de direitos sociais em prol de uma camada da população ainda privada do gozo destinados a bens e direitos, assegurados por conquistas históricas de direitos civis e individuais já usufruídos por outros povos pertencentes a nações desenvolvidas. Entretanto, é cediço que a própria doutrina constitucional brasileira, no momento histórico de tal criação, ainda não considerara qualquer herança teórica significativa, na linha de surgimento de uma

²⁹ Provavelmente, a premissa de uma constituição real tomada por Ferdinand Lassalle comportava uma noção estritamente política das normas constitucionais, uma vez que seu texto expressava a organização das relações de poder estatal em determinado estado.

consciência jurídica, apta a preparar-se, desse documento máximo, visando a mais radical concretização deste novo modelo democrático.

A rigor, no direito brasileiro, a percepção de uma perspectiva teórica adequada a superar o aparato tecnicista – tradicionalmente dedicado ao conhecimento acadêmico de viés liberal-individualista – permitiu que a efetivação mais imediata do programa constitucional desenhado a favor da maioria da carente massa nacional da população fosse descumprida. Sequer a efetivação e emprego dos instrumentos jurídicos concebidos pelo texto constitucional de 1988 foram manejados de forma satisfatória; ao inverso, manteve-se a perpetuação do senso comum teórico, voltado sua postura única e exclusivamente, para ultrapassadas repetições de interpretações “codificadas”, por ideias e fundamentos hermenêuticos formulados e aplicáveis no seio cultural individualista de outras nações, cujos horizontes temporais perpassaram, por completo, o ciclo histórico da concretização dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração. Sem sombra de dúvida, o esquecimento de um ambiente notadamente marcado por realidade social diversa do contexto fático-existencial das nações europeias e Estados Unidos da América – de onde se afortunaram os dogmas teóricos pelo tecnocrata brasileiro – tornou deficitária a efetivação e gozo dos direitos fundamentais mais basilares.

De acordo com a teoria da Crítica Hermenêutica do Direito elaborada por Lenio Streck, existem três posturas ou doutrinas incentivadoras de um protagonismo judicial no Brasil: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Esta última matriz doutrinária, cuja crítica já fora contemplada anteriormente nessa pesquisa, refunda o movimento da jurisprudência dos valores, “[...] conduz à produção de julgamentos sem critérios pelo Tribunal Constitucional Alemão.” (STRECK, 2017, p. 37). De acordo com Streck, as teses sustentadas por meio de elementos desenvolvidos na teoria da argumentação de Alexy, contudo, representam percalço à própria racionalidade e motivação da decisão, pois, “ao apostar na discricionariedade e na tese de que ‘princípios são valores’ cai nos braços do positivismo pós-exegético, denunciado por Dworkin em seu debate com Herbert Hart.” (2017. p. 39).

Manifestando franca oposição aos critérios propostos pelo positivismo jurídico, o malfadado “neoconstitucionalismo” reverbera, em seu acervo teórico, a confluência de movimentos voluntaristas, axiológicos e ativistas, os quais, ao fim e ao cabo, abrem flanco a favor atitudes hermeneuticamente incompatíveis com a democracia e direitos fundamentais. Ao atribuírem, no mais das vezes, aos julgadores, a solução última do direito em concreto, o “neoconstitucionalismo” torna patentemente autorizadas as posturas de ativismo judicial e

discricionariedade. Se no positivismo jurídico os casos difíceis ficavam a cargo da atuação discricionária do juiz, na era do pós-positivismo, nenhuma modulação substancial foi doutrinariamente formulada, e

[...] naquilo que se denominou de teoria (s) da argumentação jurídica, os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios [...]. Segundo a teoria da argumentação jurídica, os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. O “*problema é saber como é feita essa ‘escolha’*”. (destaques no original) (STRECK, 2009, p. 177-178).

Em resumo, Streck responde à inabilidade de diversas teorias críticas como a da argumentação jurídica de Alexy, pois

[...] não conseguem fazer mais do que superar o positivismo primitivo (exegetico), ultrapassando, entretanto, apenas no que tange ao problema “lei=direito”, isto é, somente alcançam “sucesso” de dizer que “o texto é diferente da norma” (na verdade fazem-no a partir não de uma diferença, mas, sim, de uma cisão [semântico-estrutural], cortando qualquer amarra de sentido entre texto e sentido do texto). (2014, p. 78).

Ainda quanto à proposta argumentativa de Alexy, constata-se que este buscou dividir a explicação teórica de casos fáceis dos casos difíceis, reconduzindo uma linha de pensamento que continuava a apostar em premissas defasadas da Escola Exegética. Vale dizer que, adotando essa postura, Alexy assumia o olhar de que as regras corresponderiam a espécies de normas a serem submetidas ao critério de subsunção (casos fáceis); ao mesmo passo, os casos de maior complexidade reportar-se-iam, contudo, ao critério ponderativo (colisão de princípios), segundo o qual o problema concreto é resolvido ao fim e ao cabo pela subjetividade do intérprete-juiz. Obviamente, com isso, remonta-se ao retrocesso da porta da moral no direito, retomando a figura do “juiz boca da lei”, porquanto sua teoria, por mais detalhados e analíticos que sejam seus esquemas matemáticos, culmina em delegar ao sujeito julgador, ao fim e ao cabo, sobre a escolha da aplicação final do direito. Reafirmando com outros dizeres, significa voltar aos critérios esquemáticos do positivismo com todo seu percalço de sujeitar, no que diz respeito a sujeitar inconvenientemente a ciência do direito ao puro desejo do intérprete.

Enfim, como ilustra por fim Streck:

O problema do positivismo não é o fato de a lei ser igual ao direito ou do direito ser igual à lei, mas sim do sujeito cognoscente se apoderar da “*sacada kelseniana*” de separação entre interpretação como ato de conhecimento (esta, sim, exata, objetiva, rígida) e interpretação como ato de vontade

(relegada ao alvedrio do órgão competente para a aplicação da norma superior) (2014, p. 83).

Buscando reconhecer um grau de autonomia do direito, por outro viés, o constitucionalismo contemporâneo exprime, na verdade, uma ruptura em relação ao positivismo jurídico e posturas “neoconstitucionalistas”, mantendo fora do âmbito de compreensão que envolve o direito de maneira determinante componentes de conhecimento alheios à órbita jurídica, a exemplo das questões intervenientes da economia, moral e política. Justamente no espectro da autonomia do direito manifesta-se certo combate à tese da ordem de valores, cunhada na jurisprudência dos conceitos e sustentadas na visão da Teoria da Argumentação de Alexy. Noutra quadra, nota-se que a hermenêutica filosófica, como campo filosófico de pensamento propício à aplicação do direito, indaga pelas condições de possibilidades do conhecimento que não racionalizam na realidade em *standards* matemáticos e epistemológicos; tampouco desconsidera a existência humana, meramente, às formas de aplicação da constituição no mundo real.

Consoante reafirmado, pode-se falar em um novo projeto de sociedade radicado no evento textual da Constituição de 1988, cujo ponto de chegada transpassou por diversas etapas históricas de negação, principalmente de discriminação a grupos de pessoas em relação às conquistas materiais da liberdade. Problematizar pela reflexão acerca dos déficits de legitimidade de certas concepções doutrinárias de aplicação hermética do direito, sem beber na fonte do paradigma constitucional, coincide com autoritarismo ultrapassado, desvirtua os pressupostos da atitude humana pré-compreensiva e nega funcionalidade ao círculo hermenêutico. Por isso, o controle do processo interpretativo da Constituição – cujo ponto de partida carrega a discussão contínua sobre as negações dos direitos fundamentais nela imantados – consiste em nobre tarefa a cargo do filósofo do direito. Em favor do programa democrático de cunho dirigente, a checagem da tensão entre o exercício dos poderes constituídos – consubstanciada principalmente a partir da legitimidade de decisões proferidas pelo Poder Judiciário –, vêm confirmar a premência inarredável em apreender o papel crítico do pensar do jurista moderno, especialmente quanto à asseguaração dos valores históricos herdados no texto constitucional.

Derradeiramente, não deixaremos de consignar haver manifestações contundentes de determinados doutrinadores que chegam a classificar e ordenar o denominado constitucionalismo contemporâneo como fenômeno originado do “neoconstitucionalismo”, posição com que discordamos. É o caso do escólio de Uadi

Lammêgo Bulos, reafirmando que, com o advento da Constituição de 1988, significativas mudanças no trajeto de concretização dos direitos fundamentais repercutiram enormemente em razão do princípio da força normativa da Constituição. E malgrado o constitucionalismo contemporâneo tenha avançado em determinados aspectos, sua doutrina, todavia, procurou regulamentar, meticulosa e exacerbadamente, todas as searas da ciência do direito, ocasionando uma perniciosa ineficácia das disposições sociais espaiadas pelo detalhamento de conteúdos. Portanto, nada obstante os irretocáveis avanços relativamente ao reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, “[...] consagrou, por outro lado, uma espécie de totalitarismo constitucional muito próximo à ideia de constituição programática.” (2012, p. 77).

3.5 Ilegitimidade das posturas ativista e dogmático-instrumental do direito face à interpretação concretizadora do texto constitucional de 1988

Descrever precisamente o conceito mais originário do fenômeno “ativismo judicial” representa tarefa de suma relevância para proporcionar também uma explicação sobre o decisionismo arbitrário dos julgadores, bem assim as consequências negativas produzidas perante os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Antes de qualquer coisa, é indispensável expor a diferenciação desses significados em relação a outro fenômeno paralelo, notoriamente conhecido na seara do direito, tanto pela designação de “politização da justiça”, “judicialização da política”, como, também, “politização do direito”. A bem da verdade, o conflito potencial entre as terminologias surge de uma causa compreensível. Ocorre, de fato, uma imbricação teórica entre os campos de pesquisa do direito e política os quais, ao longo dos tempos, replica a certa confusão interveniente, de seus conceitos e fundamentos em função de diversas situações e cenários dentro dos quais as normas de ambas as áreas culminam, por corroer entre si e causar disfunções indevidas, cada qual no modo de ser da outra.

De início, podemos recobrar o tema do ativismo com a descrição de Barroso, autor que também enfatiza algumas características particularizadas no cenário judicial, recorrentemente ao longo das últimas décadas:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a

aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2010, p. 291).

Isto significa dizer que o elo das relações entre direito e política impõe o reconhecimento de que, ora uma norma da primeira espécie afetará o comportamento da segunda, assim como haverá, continuamente, situações em que aquela última definirá até mesmo as circunstâncias de elaboração e produção normativa do primeiro (direito). Evidentemente, o movimento dialético entre os dois lados converte-se numa realidade totalizante contrabalaneada por imposição de regras, em razão da própria harmonia do mecanismo de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. Daí ressurte um vínculo produtivo e natural da realidade desse movimento dialético, entre as duas ciências, fator que, entretanto, não autoriza desequilíbrio por decisionismos ou arbitrariedades provocadas por entidades e autoridades estatais institucionalizadas:

Não se pode esquecer que, da mesma forma que a relação Direito e Política possibilita uma leitura como a que foi acima exposta, também a Política, quando considerada um fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, dá azo a posicionamentos diametralmente opostos. Nesse sentido, se a Política deixa de ser a *mola propulsora* para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de *argumento corretivo* do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial, ela, então, acaba sendo considerada aquilo que definimos como “predador externo da autonomia do Direito”. Mais uma vez, vale a pena referir: é por causa desse último perfil que assume a articulação entre Direito e Política que ativismo judicial e judicialização da política tendem a ser confundidos. (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p. 55).

Percebida a conexão imanente entre as duas searas científicas, calha reconhecer, assim, que o fenômeno (jurídico) indubitavelmente representa a postura e o modo de ser do Poder Judiciário, ao ser provocado. Atuando, ativamente, na consecução, garantia e efetivação de objetivos circunscritos, primordialmente, à esfera de direitos e garantias fundamentais, o juiz, ao interpretar e decidir os casos concretos sob sua análise, assume responsabilidade de acordo com próprio campo de abertura existencial projetado no horizonte histórico constitucional no qual se situa. Postas as demandas no plano fático-existencial em juízo, e ainda que a legislação não outorgue formalmente a entrega de um direito ou bem da vida, aquela abertura do ente na totalidade, segundo o projeto lançado do ser-aí do intérprete, impele o julgador a hermeneuticamente colocar em conexão de jogo sobre os prejuízos

inválidos e os prejuízos produtivos, de seu horizonte temporal, os atualizando em seu campo de sentido, de acordo com a norma concreta.

Já em relação ao fenômeno, inerente à “judicialização da política” ou “politização da justiça”, aparece-se o desdobrar a postura acolhedora às pressões da sociedade, ou de cunho econômico e político, por exemplo. Esse panorama ativista implica, na mesma proporção, em algo bastante similar à quebra da autonomia do direito como instituição. Autoriza-se a perpetração de comportamentos segundo os quais o julgador coloca-se na posição de árbitro de questões políticas, escolhendo voluntariamente o sentido do texto jurídico, e encobrindo-o de argumentos “entificadores” que formam uma capa de sentidos lastreada no tecnicismo hermeticamente controlador da ciência:

Juiz não é escravo da lei. Ele não é uma alface. Mas também não é o dono da lei. Venho tentando mostrar à comunidade jurídica, tarefa que não é fácil, que a interpretação do direito é *applicatio*. E que essa *applicatio* não é nem um ato de descrição não cognitivista e tampouco um ato cognitivo irresponsável que, paradoxalmente, o transforma em um não cognitivismo como é o empirismo jurídico. Mais do que isso, venho tentando mostrar que a democracia não pode depender de gestos individuais de juízes. Se a democracia depender de atitudes *ad hoc* do judiciário, é porque a própria democracia fracassou. É disso que se trata fazer direito em uma democracia. (STRECK, 2016, p. 401).

Na exata medida em que se apresenta como produto das transformações ocorridas a partir de um contexto político – organizado pela passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito –, o movimento compreendido traduz nesse tipo prestação jurisdicional impõe a uma abertura social amplificada para camadas desfavorecidas da população, sob diversas maneiras, inclusive, envolvendo o amplo acesso à jurisdição.

Por óbvio, o surgimento de um ambiente de conotação constitucional-democrática, consagrado pela mudança paradigmática de acolhimento dos direitos fundamentais e sociais, originada a partir do término da Segunda Guerra Mundial, proporcionou, pela primeira vez, ao menos em nossa tradição jurídica, a pavimentação de um caminho social diversificado pelas pluralidades, de expressões culturais, políticas, religiosas divergentes, etc. Daí referir Zehuri Tovar (2015, p. 520) que o papel constitucional renovado assume “[...] uma função dirigente, o que amplia admiravelmente o espaço de intervenção do poder público na sociedade”, justamente porque o viés democrático do texto na Constituição de 1988, em nenhum sentido transparece mero organograma definidor de competências, organização, tarefas e atribuições funcionais de órgãos e separação de Poderes constituídos.

Frente à perspectiva concretizadora, a Constituição de 1988 reconhece a função dirigente, dando azo, justamente, ao papel mais ativo no que se refere ao comportamento do Poder Judiciário, essencialmente, em questões sensíveis sobre inclusão de direitos fundamentais e humanos ainda não efetivados. Ao mesmo passo, ocorre o fato inexorável de abertura amplificada no que toca ao direito de acionar perante o Estado, tornando possível irrestritamente levar ao conhecimento àquele poder estatal os apuros prementes, atinentes a todas as camadas da população. Essas camadas referem-se às que eminentemente mais se sujeitaram à discriminação, econômico e social, pelo desprezo de classes, num longo processo histórico de obstrução sobre os temas políticos e jurídicos no palco dos tribunais. Fomenta-se, agora, a abertura aos debates de interesse destas coletividades num giro comportamental do estado quanto à tradicional imobilidade. Com efeito, Streck reverbera: “[...] no Estado Social e Democrático de Direito, que propicia, por meio de mecanismos jurídicos, a forte atuação do Poder Judiciário, pela Carta Política que o legitima e fortalece.” (2004, p. 19-20). E ainda:

A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade. (STRECK, 2009, p. 21).

Todavia, ainda que oferecido o instrumental extenso de garantias jurídicas no novo plano constitucional, isso não fora suficiente a transmutar o exercício de posturas que impliquem contrabalanceamento invertido entre os poderes instituídos. Em relação ao ativismo judicial, a crítica comumente feita remansa completamente válida. Nesse cenário, é preciso levar em consideração que a insegurança sobre o resultado das decisões judiciais, desconectada da linguagem hermenêutica proposta textualmente, corresponde à ausência de parâmetros confiáveis sobre limites de dados empíricos ou critérios de justificação empregados nas decisões.

Novamente concordamos com Lenio Streck, quem firmemente rejeita o comportamento ativista, haja vista este, inconvenientemente, reproduzir a promoção do deslocamento de tarefas naturais previamente fixadas no plano de organização dos demais poderes instituídos (Executivo e Legislativo), para o âmbito interno do Poder Judiciário no terreno da jurisdição constitucional.

Levando em consideração o campo de atuação próprio da hermenêutica jurídica – sobretudo no contexto contemporâneo do estado democrático –, observa-se que as

balizas jurídicas albergadas pelo comprometimento do Poder Judiciário, ante o pacto encerrado na Constituição, dependem, ao mesmo tempo, da estrita compreensão por parte do julgador acerca do seu tempo histórico, além dos objetivos e propostas mais significantes encartadas no texto de 1988. De fato, é fundamental notar que, a variar pelo ângulo de análise, o ativismo configura procedimento ou comportamento evidentemente vedado à magistratura, na medida em que, conforme se explicou, transmuda o exercício de papéis próprios de cada poder bem como as escolhas marcadas de tonalidades atinentes à seara política do estado. Portanto, por meio da atuação ativista, invade o Poder Judiciário, rigorosamente, o campo de atribuição própria e natural dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nada obstante respeitáveis opiniões doutrinárias que abraçam tal postura invasiva – justificando suas razões pela presença especiais situações de omissão ou insuficiência das atividades legislativas e executivas previstas e ordenadas na Constituição –, autorizar-se-ia a usurpação de funções, ainda que para tanto se sobreponham as atribuições originárias do legislador e administradores públicos. A justificação mais contundentemente empregada por tais pontos de vista doutrinários gira em torno da existência de um instrumental de medidas que autorizariam realizar os desideratos constitucionais, constante do próprio texto da Constituição de 1988. Em face da omissão no exercício das funções e papéis reservados constitucionalmente aos poderes Executivo e Legislativo, parcela da doutrina encampa a ideia de que a manutenção, conservação e promoção dos direitos fundamentais, sejam assegurados por uma conduta ativista do Poder Judiciário, evitando a perpetuação de agressões por inércia em relação aos direitos fundamentais.

Ao tratar da questão da aplicação do direito, autores como Gilmar Mendes, Paulo Gonet e Martires Coelho irão defender que os modelos normativos existentes na ordem constitucional brasileira ampliam-se e enriquecem continuamente, adquirindo possibilidades inimagináveis, de sorte a tornar os casos resolvidos, jurisprudencialmente, como precedentes asseguradores da postura ativista. Consoante o ponto de vista por eles justificado, a experiência jurídica demandaria uma dialética

[...] da compreensão como atividade infinita, seja porque uma interpretação, que até então parecia adequada, mais adiante pode vir a mostrar-se incorreta, seja porque de acordo com a época em que vive o intérprete e com base no que então ele sabe, não se excluem outras interpretações que, precisamente para aquela época e para o que nela se sabe, serão melhores ou mais adequadas, sem que essas novas formas de compreensão signifiquem a condenação, como erradas, de quantas se produziram anteriormente. (2009, p. 78-79).

Explicitamente, denota-se que a doutrina capitaneada pelos autores mencionados acorda com o movimento impulsionado de ativismo judicial, como corolário de uma premência de natureza prática e proativa, antecipadora de decisões políticas, porém encarada de maneira positivo, sobretudo, em vista do modo cotidiano de ser da jurisdição concretizadora constitucional. A argumentação anunciada, contudo, vai justamente de encontro à lição doutrinária norte-americana denominada *judicial self restraint*, em cujo domínio interpretativo-constitucional radica a correção e supressão de

[...] deficiências ou insuficiências posturais das demais funções estatais (legislativa e administrativa), tendo o nítido escopo de melhor garantir, a partir de decisões judiciais, a correspondência do Estado com os valores albergados nas normas constitucionais (em especial, as normas-princípio), principalmente os ligados à proteção e ao aprimoramento dos direitos fundamentais e ao controle e/ou à racionalidade do exercício do poder estatal. (GALVÃO, 2015, p. 90).

Obviamente que, quando o magistrado por decisão judicial com ousadia exagerada, transpõe assuntos correlatos à esfera de ação político-partidária, conflagra, no entanto, sério risco ao equilíbrio do ambiente democrático e a sua própria autoridade dos atos dos poderes constituídos. De outra parte, a orientação da *self restraint* compõe a adoção de comportamento comedido, autonomamente realizado, segundo o qual membros do Poder Judiciário engajam-se em autolimitar as suas fronteiras de atuação.

Na visão hermenêutica filosófica do direito, defluiu o surgimento de uma linha doutrinária mais coerente com o plano democrático e convive bem com o papel jurisdicional tenazmente atuante, voltado a concretizar valores e objetivos constantes no projeto constitucional. Ao mesmo tempo, os seus autores reverberam, todavia, a crença de que as posturas de autocontenção do Poder Judiciário, quando adotadas com correção, respeito e engajamento pelo texto máximo do direito despontam posições extremamente adequadas. Assim, mantém-se coerentemente assegurado o compromisso sensato de comportamento institucional harmônico entre os poderes (art. 2º da CRFB/1988),³⁰ ao passo em que, equanimemente, distanciam-se eventuais situações esdrúxulas de omissões aos programas democráticos constitucionais prometidos, ao, por exemplo, ser aceita a supressão de conteúdo omissivo de lei, em hipóteses de norma prévia autorizada pelo legislador ou constituinte.

Enfatizando a preocupação mais posta em jogo no direito contemporâneo, Zaneti Jr. e Carlos Pereira corroboram a imprescindibilidade de uma teoria da interpretação e

³⁰ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

da decisão judicial adequadas ao Estado Democrático Constitucional. De conseguinte, os autores procuram explorar a dupla aplicação da analítica e hermenêutica na qualidade de instrumentos teóricos,

responsáveis por reduzir a discricionariedade judicial e impedir a arbitrariedade que resulta da “livre” criação no espaço deixado na chamada “zona de penumbra” (“*penumbra of doubt*”) para o juiz. Em assim sendo, é imperioso que o direito processual, ramo do direito responsável por regular a sua aplicação, volte suas atenções para combater o decisionismo decorrente da livre atribuição de sentido no processo de interpretação. Urge, portanto, estabelecer diretrizes que permitam um controle intersubjetivo da fundamentação das decisões judiciais. (2016, p. 24).

Ainda acerca do papel ativista dos juízes, outros doutrinadores de perfil crítico preferem enfrentar e explicar a ausência efetividade da ordem constitucional vigente, pelo ângulo do exercício da jurisdição constitucional, por outro ponto de vista. Nesse sentido, Lenio Streck relembra que “o aumento da dimensão hermenêutica do direito” (2014, p. 52) introduz um fator articulado por duas vertentes doutrinárias. São as chamadas posições “procedimentalista” e “substancialista”, cujos panoramas envolvem aportes teóricos inarredavelmente distintos, mas sempre consubstanciados no tema da jurisdição constitucional. A primeira linha de pensamento, conservadora, segue pela via dos procedimentos democráticos, visando à preservação das regras do jogo, negando a viabilidade de usurpação, pelos juízes, de papéis eminentemente de caráter político; a segunda vertente reconhece o papel concretizador a cargo do Poder Judiciário como instituição protagonista, com vistas a produzir eficientemente a concretização dos direitos sociais fundamentais e garantia dos valores contemporâneos contemplados na Carta Magna, por via argumentativa dos princípios.

Sem embargo do enlace concretizador da segunda vertente, imprescindível ter em mente que a posição substancialista não reconhece a legitimidade de ativismos ou protagonismos *ad hoc*. Isso, porque seus defensores alegam justamente que a efetivação de direitos fundamentais encerra empreendimento capaz de atingir a resposta adequada satisfatoriamente, nos termos do próprio texto evocado na Constituição, “não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”. (STRECK, 2014, p. 53).

Nada obstante, concordamos com o fato de os operadores do direito, no concernente a seu trabalho técnico atual, no cenário forense, assim como o modelo mediano ensinado nas linhas acadêmicas de estudo pelas universidades brasileiras, tomam como

correta ainda a leitura eminentemente positivista do direito, a partir do impulso tecnocrata impregnado por um ensino de horizonte estagnado, de acúmulo de opiniões com cunho repetitivo e eminentemente epistemológico:

A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais e compêndios) considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental. De um modo ou de outro, a regra máxima é a “simplificação do Direito”. Em tempos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. (STRECK, 2012, p. 99).

A nosso sentir, por enquanto, o inarredável e altivo papel assumido pela filosofia do direito e a hermenêutica filosófica assujeita-se à inviabilização da reflexão produtiva para a compreensão do horizonte jurídico. Esse fator negativamente a possibilidade opera renovação plena da leitura jurídica dominante e do discurso jurídico alienado, ao redor e no interior dos fóruns, pelo Brasil afora. Infelizmente, descortina-se para nós a situação em que demandas sociais gigantescas, cuja resolução perpassa pelo texto constitucional como projeto constitutivo de uma sociedade mais igualitária e justa, carece de uma interpretação compromissada com o projeto histórico ainda em construção.

Relativamente à atividade do Poder Judiciário neste cenário, nota-se que, no concernente à superação da fase liberal, repercute, em nosso direito, a insuficiência enfrentada por tal modelo individualista, ao lidar com as atuais e complexas demandas sociais que lhe são direcionadas. A exemplificação talvez mais clara do que estamos a repontar versam sobre as ações judiciais, em cujos contornos são pedidas medidas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais em jogo. Cuida-se de institutos jurídicos ápices do sistema, referentes à vida, saúde, moradia, meio ambiente, cultura, previdência, sem se esquecer da discussão travada acerca da efetivação de outros direitos humanos atrelados ao desdobramento do princípio da liberdade em suas mais diversas facetas (liberdade religiosa, liberdade sexual, liberdade de consciência, liberdade de expressão e de pensamento etc.), diante dos quais se cobram das cortes judiciais comportamentos eminentemente proativos e de concretização imediata.

Inocêncio Coelho reporta, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, inova na criação do direito ao proferir determinadas decisões voluntaristas, muito embora tenha o autor o cuidado de mencionar o fato de as sentenças da Corte remansarem motivadas por regras emergentes do direito vigente. Decerto, o autor consente com a posição ativista da Corte, na medida em que as justificações constantes dos julgados “[...] foram apenas extraídas do próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou

implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras.” (2015, p. 11). Conforme, aliás, explica o mesmo doutrinador, é paradigmático, todavia, a recordação de um o caso em que determinado acórdão foi proferido, em uma típica hipótese de exercício ativista candente, ao inovar a Corte sobre a configuração jurídica e qualidades inerentes aos mandatos dos parlamentares. Na oportunidade, os julgadores do Supremo Tribunal Federal repontaram que os políticos “[...] pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos quantos abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram.” (2015, p. 11).

A partir das posições expostas em relação ao tema do ativismo, infere-se, então, a indispensável delimitação da fronteira entre possibilidade da criação judicial do direito conforme o primado condicional da separação dos poderes. Evidentemente a doutrina mais favorável ao protagonismo dos juízes reforça seu entendimento, acentuando que movimento reintroduz na experiência cotidiana da vida em geral a imposição de constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, suscitando problemas de justiça material, hipótese em que o julgador é impelido a solucionar temas de relevância que materialmente o Poder Legislativo mostrou ser incapaz de fazê-lo a tempo e modo.

Vale consignar a solução encontrada por Miguel Reale, quem, por exemplo, sustenta o exercício de certos poderes e competências suficientes para adoção de providências jurisdicionais como modos autônomos de comportar o julgador, correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais. Para tanto, o autor defende o fato de o juiz não poder eximir-se de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei, e a hipótese na qual, na omissão da lei, ele deve proceder como se fora legislador. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 80). Com efeito, as próprias cortes de jurisdição constitucional tornaram rotineira a prática da inovação criacionista na prolação das respectivas sentenças, independentemente das balizas tradicionalmente estipuladas nas cartas políticas modernas,

não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos — as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 80).

Interessante rememorar, ainda no contexto do ativismo judicial, a postura tomada nas modernas cortes constitucionais, as quais, à medida que a humanidade foi globalizando-se no planeta, formou-se uma espécie de quarto poder. Nos Estados Unidos da

América, a visão popular de amplo acolhimento social sobre as decisões tomadas pela Suprema Corte permitiu que certo chefe de poder – o governador Charles Hughes (Estado de Nova Iorque) – divulgasse célebre frase, segundo a qual a Carta Política de um país representaria justamente aquilo que os juízes diziam ser.

Nada mais equivocado, do ponto de vista hermenêutico, se a premissa encontrar-se desacompanhada do devido horizonte compreensivo capitaneado pelos filósofos mais reconhecidos dessa ciência. Deveras, foi a partir de uma atuação mais proeminente do Judiciário que, historicamente, tomou forma a conhecida técnica de controle de constitucionalidade, concebida como um dos principais mecanismos de controle na modernidade, sobre a feitura das leis em respeito ao texto constitucional, representando instrumento de equilíbrio no funcionamento das instituições do Estado.

Na modernidade, principalmente no contexto do movimento constitucionalista, foi colocado em questão o problema da supremacia da Constituição e da necessidade de o direito infraconstitucional a ela estar adequado. Esse tipo de pensamento teve uma longa gestação, mas terminou por ser firmado e cristalizado no ambiente do constitucionalismo norte-americano que, por uma decisão de um juiz da suprema corte (John Marshall) instituiu o chamado controle de constitucionalidade dos atos normativos, afirmando, assim, o ponto que faltava para tornar explícita a supremacia da Constituição com relação ao restante da produção normativa de um ordem jurídica. (ABBOUD *et al.*, 2019, p. 429).

Com este aparte harmônico dos poderes, mencionaremos a seguir um dos resultados positivos modernamente para a ciência do direito. Trata-se do julgamento denominado *Marbury versus Madison*, proferido no momento em que o texto da constituição americana de 1789 ostentava apenas três cláusulas escritas, dentre as quais se apresentava a dedução da origem do poder de controle sobre leis pela Suprema Corte.³¹ Ocorrendo um deslocamento das decisões politicamente relevantes no seio institucional do Estado Democrático de Direito, o ativismo, obviamente, surge como tendência inaceitável, a perverter a normatização estruturante atinente à organização e harmonia entre o Judiciário e os demais poderes Legislativo e Executivo.

A fim de imergir mais precisamente sobre o tema da resposta adequada nas decisões jurisdicionais, devemos delimitar, assim como acima fixado para a definição semântica da expressão ativismo judicial, a que título a terminologia “discrecionabilidade judicial” é utilizada normalmente. Há aqueles autores que, como alhures aventado,

³¹Art. III, Seção 2, Cláusula 1ª, Art. III, Seção 2, Cláusula 1ª.

recepcionam a crença do papel proativo do juiz diante do arcabouço valorativo e principiológico da ordem constitucional contemporânea. É dizer, para além de uma atribuição simplesmente subsuntiva e dedutiva da lei, cumpre aos juízes efetivar ações determinantes na concretização de valores e finalidades, a partir da interpretação conferida a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como o uso do procedimento de ponderações, na trilha desenvolvida por Robert Alexy.

No caso brasileiro, o jurista Luiz Roberto Barroso, por exemplo, representa um dos doutrinadores que vêm a acolher tais premissas, justificando, em suas obras, que a figura do juiz moderno contrapõe-se ao papel de simples exegeta, que realiza operações lógico-formais, de modo a admitir o comportamento voluntarista. “Não a subjetividade da vontade política própria – que fique bem claro –, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.” (2015, p. 33). Conquanto, linhas à frente no mesmo texto, o referido autor busque comparar discricionariedade, em termos político-administrativos, com uma suposta discricionariedade jurisdicional, visando com isso diferenciar o grau de decisionismo dos juízes, entendemos que o problema dos voluntarismos judiciais não reside meramente na acepção terminológica da palavra discricionariedade.

Bem por isso, Barroso, no propósito de contextualizar o papel do julgador, expõe que este não faz escolhas livres, e sequer as decisões judiciais expressariam viés estritamente político. A nosso sentir, contudo, o doutrinador recai em patente contradição ao posicionar que seu entendimento “neoconstitucionalista” reflete “[...] distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo”. (2015, p. 33). Com efeito, visualizamos que o autor confunde a questão atinente aos argumentos e artifícios sintáticos dos quais faz uso, visto que a premissa empregada coincide com os mesmos traços fundamentais adotados na teoria normativista kelseniana.

3.5.1 Um passo para além da discricionariedade e limites hermenêuticos intersubjetivos: o direito é aquilo que dizem os tribunais?

Diante das proposições então expostas sobre o ativismo, o presente estudo aposta que o fenômeno em tela envolve a inconsistência ligada ao próprio terreno da aplicação do direito, cujos resultados produzidos no campo da interpretação conduzem o risco de vulneração em relação à estrutura e autonomia do direito enquanto ciência. Dito de outra maneira, o movimento fundamental da postura ativista, gestada no contexto do

constitucionalismo contemporâneo, contribuiu para elevar o desafio da ciência jurídica em resguardar-se de ataques à sua autonomia na atualidade, particularmente em razão da ótica compreensiva da aplicação da norma legal pelos juízes. Desse modo, a reflexão que imediatamente se impõe comporta o próprio questionamento sobre, afinal, o que leva os tribunais e juízes a permanecerem com a pressuposição intelectual de que a decisão judicial constitui-se ato de vontade, colocando-se, conseqüentemente, numa posição de evidente superioridade em relação aos demais poderes instituídos?

A resposta a esta indagação emerge inexoravelmente de uma reflexão acerca do papel exato da hermenêutica no contexto da interpretação e aplicação do direito, as etapas históricas da ciência jurídica percorridas durante a formação histórica e o advento do Estado de Direito. Todos esses eventos somados à responsabilidade funcional do juiz, na perspectiva do Estado Democrático, contemplam o cenário de linguagem compartilhada pela comunidade jurídica, cuja intermediação reaparece entre o conhecimento fático-jurídico e o ser do intérprete.

Sabido é que, em países cuja forma de governo recepciona o regime democrático como norte político, adotando a implantação acentuada e consolidada de direitos fundamentais – tal o caso dos Estados Unidos da América, onde repercute a evolução do sistema representativo –, reluz a fiel compatibilidade entre a cláusula garantidora do governo das leis e a preservação dos direitos civis (“rule of people”). Configurando o efetivo fortalecimento das cortes de justiça de determinada nação, ante o modelo jurídico que legitima o controle de constitucionalidade das leis, o equilíbrio estável e harmonioso entre as instituições conduz-se com maior efetividade.

Dáí desvela-se no horizonte, a figura do julgador na formação de um cenário fielmente democrático. A depender da postura ativista de juízes que compõe a estrutura dos tribunais (“jude-made Law”), o cenário de protagonismo do Judiciário enleva o desafio da filosofia e doutrina do direito, para descrever a resposta a ser dada pelos demais entes que legitimamente compõe a organização de poder do Estado, conciliando o equilíbrio das atribuições constitucionais.

Nesse primeiro plano, podemos repontar a manifesta efetiva disfunção hermenêutica frente ao critério de criação do direito, judicialmente amparada pela questão do ato de vontade. “De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, se não *o construído* pelo Judiciário, isto é, criado pela vontade de quem julga (a lei da vontade).” (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p. 58). Insta reconhecer que, em relação aos fenômenos compreensivos no cenário jurídico,

inevitavelmente, a tarefa da hermenêutica filosófica reassume sobre o desvelamento da subjetividade do intérprete quando das resoluções de casos sob julgamento. Obviamente, a experiência da consciência histórico-efetiva e a pré-compreensão não têm lugar, todavia, como caminho para esconder o caráter ápice da Constituição, como fundamento dentro de uma organização normativa.

De outro modo, na medida em que explana a imediata existência humana como condição compreensiva mais originária da hermenêutica, a situação de ser-no-mundo do intérprete reconduz, muito antes, à figura fundamental a todo curso do processo consciente da linguagem, portanto, indispensável a todo ato de aplicação e concretização de direitos fundamentais. (MOURA, 2015, p. 104). Irrepreensivelmente, a hermenêutica filosófica, sem prejuízo de reconhecer a centralidade do sujeito, no processo circular de interpretação, não atribui saberes ilimitados ao julgador, mas, antes o contrário, planifica a posição de abertura dialógica e disposição para o conhecimento consciente intersubjetivo.

Exatamente em virtude dessa intensa participação existencial do sujeito-intérprete no fenômeno hermenêutico (*Dasein*), advém quase que sem pestanejar uma indagação fundamental. A rigor, se todo subjetivismo e voluntariedade do julgador decorrem de mero ato de vontade, logo, de forma incoerente com os anseios da democracia, até que ponto a questão da discricionariedade pode repercutir na resposta da correta no direito?

Correlativamente ao papel produtivo da compreensão do sujeito, Gadamer mesmo é quem melhor irá explicitar o trajeto percorrido pela consciência do intérprete durante o processo de interpretação. Em certa proporção, o autor expõe que a decisão baixada pelo juiz reflete aquilo que normalmente acontece na atividade descrita pelo historiador, quando este procura salvaguardar o contexto efetivo dos fatos passados a partir de sua atualização sempre buscando orientar-se pelo horizonte do presente. Nesse percurso intelectual, descabe perquirir quaisquer objeções sobre a opinião pessoal do leitor originário, segundo a hermenêutica romântica de Schleiermacher, tendo em vista, mormente, a tensão que se perfaz entre o sentido do inicial do texto jurídico e o atual.

Por esta trilha do encontro de horizontes históricos (passado e presente), sustenta Gadamer que “[...] ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional.” (2016, p. 430). Mediante outras expressões, o filósofo intenta defender que a compreensão do texto pelo jurista percorre o caminho mais definitivo da coerência, especialmente no que concerne ao pensamento jurídico emergente duma tradição determinada. Cada caso concreto levado à

interpretação exige determinadamente a necessidade lógica de se dar continuação do passado com o presente. Logo, Gadamer enfatiza que “quando um juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.” (2016, p. 430).

Por isso, o conteúdo expresso nas razões de decidir – ou seja, no espaço destinado às justificações da decisão judicial –, retrata e conduz, segundo as determinações da hermenêutica filosófica, em palavras e expressões, aquilo que já foi inegavelmente pré-compreendido pelo intérprete. A nosso ver, impossível escapar da solução permeada por Gadamer, haja vista que sua proposta tende a afastar impropérios ventilados, notadamente em conjunturas ativistas e arbitrárias de acordo com a marca deixada pelo positivismo normativista. Por esse eixo de intelecção, estamos convencidos de que o horizonte histórico da tradição, por deixar fixado no direito um legado de julgamentos anteriores, impõe, inescapavelmente, o caminho mais razoável de assegurar sua continuação no tempo. A coerência das soluções judiciais corretas, portanto, é determinada pela linha interpretativa condizente com a linguagem como experiência universal desta conjuntura temporal.

Enfim, emerge uma concepção de mundo proveniente da própria transcendência da linguagem jurídica, a qual compõe o horizonte de toda tradição a ela referente. De forma exemplificada isso implica estranhezas, surpresas e abalos perceptíveis de imediato, quando da prolação de ordens subjetivamente “criadas”, emanadas, de conseguinte, fora do espectro intersubjetivo da comunidade jurídica. Afinal, conforme reponta Gadamer (2016, p. 572), “o homem não é independente do aspecto específico que o mundo lhe mostra”, pois, para o homem, as pré-compreensões já estão dadas desde o início do descerramento de mundo. Cabe ao intérprete, conscientemente, separar aqueles pré-juízos constitutivos de seu campo cultural histórico, que obstruem a correção da interpretação, daqueles que fazem parte do próprio contexto da conversação permeada pela linguagem, permitindo o acontecer da alteridade do que vem à fala.

Decerto, não se está a entregar a interpretação, a um poder discricionário ao alvedrio voluntarista do juiz em troca de seu desejo particular, do que ele gostaria pessoalmente de ver decidido em determinado caso, cuja decisão lhe compete, ou ainda, admitir possível alterar a história para inculcar nos autos preferências políticas e ideológicas. Muito antes o contrário, a tradição herdada compatibiliza o modo de ser da decisão do intérprete, subsistindo aí a tarefa moralmente responsável de concretizar a lei geral e válida para todos. Por isso, decorre a constatação imediata da prévia relação entre intérprete e texto,

cuja mediação pela linguagem condiz rigorosamente com o tema pressuposto, vinculando a interpretação ao sentido do texto. (GADAMER, 2016, p. 436).

Nesse sentido é que chamamos a atenção para a força pungente do horizonte transcendental de linguagem, e, igualmente dos conceitos fundamentais com os quais operamos enquanto compreendemos paticipativamente o mundo e trabalhamos com ele, de modo articulado, pelo diálogo hermenêutico. Semelhantemente, vem à tona, o mundo prático do direito recepcionado pelos princípios, dado que a clivagem desse mundo – espaço “entre” os conceitos com que incessantemente lidamos – desvela um horizonte transcendental, a *comum-unidade* do universo jurídico, o qual forma uma abertura estrutural que inadmite divisões, separações matemáticas entre direito e moral, sujeito e objeto, princípios e regras, e, principalmente, entre interpretação, compreensão e aplicação.

Melhor explicando, queremos significar com isso que o ser-aí desponta sempre interpretando o mundo à sua volta. O mesmo ocorre com a interpretação judicial, independentemente de um modelo disciplinado que possa regular o funcionamento articulado e lógico da experiência, ou descrever o percurso das fases referentes ao um procedimento intelectual, consciente, que nos é próprio desde quando somos lançados no aí.

Em vista disso, entendemos pertinente a colocação de Rafael Oliveira (2008, p. 205-206), ao tratar do conceito de princípio e suas possibilidades de abertura no campo da interpretação judicial, especialmente sob o enfoque delimitado de seu acontecimento:

Todo princípio possibilita uma decisão – no sentido de abrir um espaço para que o juiz decida, *de forma correta*, a demanda que lhe é apresentada –, mas, ao mesmo tempo, a *comum-unidade* dos princípios limita esta mesma decisão uma vez que impõe que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente. [...] Afinal, a dimensão prática e o caráter de transcendentalidade histórica dos princípios não os fazem aparecer como cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial. (grifo no original).

De qualquer sorte, é válido consignar que esses componentes práticos que consubstanciam a própria história efetual e a pré-compreensão atuam junto ao plano da realidade, haja vista que inevitavelmente praticamos uma “gramática de convivência”.³²

³² “Desde sempre executamos regras de convívio porque desde sempre vivemos em uma sociedade que compartilha tradições, cultos, rituais, regras de convívio, formas de expressão etc. Desde cedo [...] temos como pressupostos uma série de padrões sociais que nos possibilita dizer o que se tolera ou não; o que é permitido ou não. Quando nos colocamos numa posição em que pretendemos discutir teoricamente as questões jurídicas não podemos perder de vista esta dimensão prática na qual já estamos – existencialmente – inseridos.” (R. OLIVEIRA, 2008, p. 206).

Diante desse contexto delimitador do horizonte hermenêutico, não olvidamos, dentre outros relevantes aspectos, as consequências provenientes dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. Temos aqui o projeto hermenêutico-ontológico da decisão, e nesse eixo, ela deve ser considerada amparada em fundamentação suficientemente justificada, de modo a prestar contas ao universo de pessoas que no espaço dividem o mesmo tempo histórico e linguagem. Eles, os juízes, precisam inevitavelmente avaliar, sob sua responsabilidade pessoal, se a decisão tomada suporta uma aceitação compartilhada no mundo prático do direito. Demais, é indispensável que se antevejam as implicações da sentença também em termos proporcionais, tal como a sujeição a ela por uma grande dimensão de indivíduos, a exemplo de demandas coletivas e transindividuais. Noutra dicção, o direito engloba sua integridade no âmbito espacial e temporal, fazendo valer o respeito a uma determinada comunidade.

Similarmente sob a ótica assinalada acima, Humberto Moura argumenta que

Diferentemente do que se pode crer, a hermenêutica não confere super poderes ao intérprete. Busca, ao seu turno, conservar e ampliar a intersubjetividade, na busca do consenso, plausibilidade e idoneidade. Dessa forma, a postura hermenêutica mais correta é a total abertura para o outro e o reconhecimento de que se deve estar disposto a deixar valer na pessoa algo contra a própria pessoa. O intérprete, segundo Gadamer, não vai aos textos normativos em busca de uma solução ao modo de um matemático. Ao invés disso, busca uma base autorizada para justificar a decisão já adotada para que ela seja considerada uma derivação racional do ordenamento vigente. (2015, p. 104).

Decerto, apesar da recorrente acusação contra a hermenêutica filosófica de faltar-lhe método apto a assegurar consistentemente uma proposta válida para o direito, remansa justamente nos fundamentos do processo compreensivo, intransponível refutação a essa objeção retórica infundada e facilmente infirmada. O círculo hermenêutico e a diferença ontológica – elementos já expressos neste estudo – corresponde ao conteúdo objetivo e total do campo da hermenêutica, superando a separação dual entre texto e norma, sujeito e objeto, validade e eficácia e outras dobras capazes de restringir a reflexão filosófica, a partir da distinção entre ente e o ser. Destarte, mera disciplina regulamentar do uso argumentativo e racional da linguagem, bem assim o vetor puramente epistemológico, evidenciam apenas o lado negativo da compreensão tecnicista, obscurecendo a reconciliação totalizante do contexto fático da existência em si do fenômeno concreto em fusão com a leitura textual jurídica.

Finalmente diante do denominado horizonte prévio, Gadamer refere essencialmente ao fato de a compreensão, interpretação e aplicação corresponderem a

momentos de uma mesma unidade; componentes, assim, incidíveis, não delimitados entre si, de um acontecimento intelectual único. O nível explicativo (motivação) radica potencialmente na ordem judicial, de forma argumentativamente coerente pelo fio condutor histórico da linguagem, esta eminentemente consentânea com os aspectos mais lineares da democracia. De certo, “explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em num nível estruturante (razão hermenêutica) [...]”. (STRECK, 2009, p. 438). Disso infere-se que tanto o nível fático-existencial quanto a normatividade articulam-se plenamente entre si, imersos no caminho do compreender, dentro do processo total da experiência hermenêutica, pois a explicação argumentativa, evento ocorrido apenas porque houve uma pré-compreensão anterior que lhe é antecipada, presta-se ao plano sensível da motivação das decisões como direito fundamental decorrente dos atributos da transparência e publicidade correlativos ao espírito republicano (art. 93, IX, da CRFB/88).³³

3.6 A crítica hermenêutica do direito em direção à resposta adequada: superação das insuficiências do discurso jurídico tradicional

Revisada nos capítulos anteriores a posição de natureza manipuladora proporcionada pelo ato de vontade do comportamento ativista, veremos com maior proximidade o desafio mais decisivo colocado perante o jurista atual. As indagações mais profundas sobre a problemática do método calculista adotado pelo positivismo normativista, por certo, abriu clareira para outra discussão reacendida, mas que se coloca no enraizamento do discurso jurídico cotidiano do senso comum, calcificado na representação de modelos experimentais subjetivos a serem superados.

Notadamente, necessário enfatizar as modificações perpetradas em face dessa estrutura disciplinadora, pelo dirigismo de cartas constitucionais, como a da Alemanha, em 1949; Itália, em 1948; Espanha em 1972; e Portugal em 1976. Acompanhando todo o movimento democrático experimentado nos demais cantos do planeta, no período pós Segunda Guerra, enfrentou o Brasil, de início, no campo prático, a necessidade de solucionar diversas consequências promovidas por essa tendência. As promessas de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de segunda geração, somadas à ampliação sistêmica

³³ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”

do acesso à justiça,³⁴ carregaram consigo a negatividade dessas conquistas. Com efeito, o papel exercido pela jurisdição constitucional emplacou a mencionada discricionariedade judicial, removendo o legislador, em muitos momentos, do centro da decisão política que lhe é tradicional.

Paralelamente à postura proativa do juiz, intervindo nas questões permeadas no espaço factual entre política e direito, incorre a séria possibilidade de ausência de meios satisfatórios de controle sobre o caráter arbitrário de tais decisões judiciais, consoante longamente aventamos anteriormente. Em meio a variados esforços doutrinários houve estudos que percorrem este tema a fim de descobrir o instrumental hermenêutico compatível com o equilíbrio dessas necessidades, solução o que este trabalho igualmente busca encontrar na fonte da viragem ontológica da linguagem na hermenêutica.

Antes de tudo, é imprescindível proceder à tentativa de desobstrução do velamento do papel dirigente da Constituição no panorama desse movimento democrático, permanentemente obscurecido pelo pensamento neoliberal. De fato, segundo expõe a opinião de Rafael Oliveira (2008, p.71): “[...] há no Brasil uma tendência desde os tempos do império de ‘encobrir’ o sentido real da Constituição, resignando-a a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições.”

Partindo do panorama de abertura da clareira no direito, imaginamos a possibilidade autêntica de suspensão dos pré-juízos negativos que obscurece a visão do senso comum teórico de juristas, quem não vislumbram a faticidade no seu caráter problemático, diante da alienação por uma certeza de si, óbvia, mas superficial, a qual responde pelo encobrimento da verdade no seu acontecer mais originário.

Para a tese de Streck, capitaneada na sua “Crítica hermenêutica do direito”, predispõe a estabelecer a clareira no direito; desocultar caminhos; descobrir sendas encobertas pelo senso comum teórico dos juristas; tudo isso corresponde ação de uma hermenêutica ontológica fundamental. A capacidade de remeter o intérprete à solução do velho e do novo impele-nos à busca mais contundente pelo acontecimento apropriador cuja vibração nos envolve, “[...] conduzindo o discurso jurídico ao próprio direito, *tornando-o visível!*” (2012, p. 378).

Sem sobra de dúvida, o constitucionalismo contemporâneo opera num horizonte de incessante reconstrução do fenômeno do Direito Constitucional, em razão da densidade normativa da Constituição. Ressobram razões espalhadas ao longo do texto

³⁴ Como direito fundamental o acesso à justiça expressa conotação ampla, notadamente a partir do advento da Constituição da República de 1988 (art. 5º, inciso XXXV).

constitucional para que, de chegada, o viés antidemocrático do modelo anterior à Carta de 1988 soçobre, sobrepujado por exigências, em situações indicadas na lei, anteviam absurdas em relação aos direitos individuais. Por exemplo, ocorria, antes de 1988, a exigência de prévia postulação de pleitos individuais ou coletivos, a exame preliminar perante a Administração Pública, quem, afinal, exercia o domínio “jurisdição” administrativa, em caráter antecedente à proposição de ação perante o Poder Judiciário.

Justamente com amparo científico no irrenunciável direito de ação,³⁵ Streck oferece a proposta de uma teoria da decisão judicial, desenvolvida em sua obra *Hermenêutica jurídica e (em) crise*, voltada eminentemente à destruição crítica sobre a recorrente forma de interpretação calcificada, cujo discurso teórico controlador esconde as modificações históricas ocorridas em nosso tempo. Leituras disciplinadas por “starndards de conhecimento” encrostados, cuja reprodução incessante simplesmente favorece a fixidez do modo de ser do mundo jurídico torna nebulosa a própria apropriação do acontecimento constitucional do qual inarredavelmente somos parte e envolve-nos enquanto ser-aí, no seu campo referencial de sentidos, justamente por se cuidar de nosso mundo existencial mais próprio. De outra parte, sustentamos que, respaldada num evento subterrâneo de dominação, movimenta-se a sensível crise da justiça em nosso país, perceptível na distância que separa o texto constitucional da realidade daqueles sujeitos cujas condições materiais se apresentam ainda sucateadas e relegadas dos bens e direitos fundamentais. A alienação da interpretação autêntica do direito ocultou velada pelo modo de ser do discurso, em razão da maneira de ser “desde-já-sempre” que, incessantemente, se reproduz no ambiente forense e acadêmico da ciência do direito.

Esse *acontecer* não foi tornado visível, porque, no prévio desvelamento – que é condição de possibilidade deste-tornar-visível –, *impregnado* pelo senso comum teórico (modo inautêntico de fazer/interpretar o Direito), não foram criadas as condições propiciadoras da abertura (clareira necessária e suficiente *para a manifestação do ser da Constituição* (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.). (grifos no texto original) (STRECK, 2012, p. 379).

Pelo percurso transitado no pragmatismo dogmático positivista, constituído essencialmente em países de modernidade tardia – como sói acontece em nosso caso –, os

³⁵ A par da ampliação do acesso ao Poder Judiciário pelo direito à ação, em caso de ameaça ou violação a direito, este poder do estado encarna a responsabilidade inarredável de explanar as razões jurídicas motivadoras de suas decisões, conformemente com propalado desígnio constitucional, o qual eleva a direito fundamental a justificação das decisões judiciais (art. 93, IX).

indivíduos e a coletividade enfrentam o lado negativo de uma distorcida concepção do papel direito. As interferências do olhar antanho (antiquado), somente sofrem retrocessão frente ao desvelamento provocado pela ontologia fundamental e giro hermenêutico, de onde repercutem importantes contributos da leitura de Gadamer, Heidegger e Dworkin.

Em face do entendimento explicitado ainda por Streck:

Em um modelo hermenêutico (Crítica Hermenêutica do Direito) ou integrativo (dworkiniano), sentença e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado. Ronald Dworkin diz que a decisão judicial é um ato de responsabilidade política – e ele o defende nos campos da lógica, da filosofia da linguagem, da teoria da norma, da decisão judicial, da filosofia moral e política, além da metaética [...]. Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses. (2017, p. 36).

Malgrado a influência de diversos parâmetros jurídicos e filosóficos retirados da doutrina de Dworkin, Streck reconhece que, visando efetuar uma aplicação condizente com a realidade dos países de modernidade tardia, a mera reprodução das teorias respectivas seria inviável, uma vez que nesses cenários observa-se como parâmetro o direito europeu continental, e não a *Common Law*. Por conseguinte, adota o autor, em paralelo ao ensinamento de Dworkin, o modelo capitaneado na doutrina filosófica de Gadamer.

3.7 A diferença (ontológica) entre discurso cotidiano e a tarefa criativa da hermenêutica: o acontecer do direito rumo a uma decisão judicial justa

A justificativa para “respostas corretas” não deita suas raízes apenas, na tradição única e exclusiva dos precedentes judiciais. Muito antes, sua finalidade espelha a “fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*. [...] a tese da resposta correta somente é factível a partir da hermenêutica filosófica e, acrescento da Crítica Hermenêutica do Direito.” (STRECK, 2017, p. 36). Aliada à indispensável assertiva de que há uma resposta correta para o direito, a doutrina especializada enfatiza a questão da primazia em apreender algo fundamental à hermenêutica jurídica: a distinção (diferença) entre texto e norma. Na medida em que não há falar em correspondência de um desses elementos sem assimilar devidamente os efeitos do outro, ressoa impossível compreender o texto sem tomá-lo como evento fático. “E não é tarefa do intérprete ‘extrair um sentido oculto do texto’, como defendem algumas posturas axiológicas [...] porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir de seu texto”. (STRECK, 2009, p. 287).

Visto que, em si, o texto representa um fato ou acontecimento, ao mesmo passo em que é viável aventar que o componente temporal (história) equivale à diferença (ontológica), entre o texto e a norma, importa acentuar que ambos os conceitos, evidentemente, não podem ser assimilados, em sua totalidade mais apropriada em separado. Diante da premissa de inexistência de cisão entre os dois conceitos, a diferença ontológica temporal, presente na pré-compreensão, torna então possível o acontecimento apropriador dos sentidos, os quais apenas sobrelevam a partir dos fatos (faticidade). Respeita-se, assim, invariavelmente, o conteúdo básico do texto escrito, pois, afinal, este carrega, em si, o horizonte orientador, herdado pela tradição, como elemento básico e inerente à pré-compreensão.

Em termos resumidos, a ideia conduzida pela doutrina em tela respalda-se na integridade do direito como totalidade, apostando na força vinculadora da tradição, em coerência com os acontecimentos históricos; e, por fim, no distanciamento quanto às discricionariedades relativistas, de julgados meramente pragmáticos. Intimamente conectada à autonomia do sistema jurídico, a noção de respeito ao direito como instituição perene carrega em si, como consequência, a inadmissível divisão artificial entre texto e norma, fato e direito, vigência e eficácia, interpretação e compreensão etc. Logo, o mundo no qual o direito habita apenas pode ser reconhecido a partir de uma fusão de horizontes, cuja condição de possibilidade de aplicação de um texto inarredavelmente supõe um modo de ser consolidado na faticidade real, vista como existência do fenômeno prático.

Portanto, Streck expõe que um texto jurídico da qualidade normativa ápice da Constituição apenas é compreensível, obviamente pela normatização do texto constitucional, ante o acontecimento apropriador seu mais originário, em concreto, no exato momento de sua aplicação. Melhor expressando, o sentido daquilo que na temporalidade se vê escrito na Constituição manifesta-se no seu modo de ser-no-mundo, antecipadamente, precisamente porquanto “não se percebe o texto primeiramente enquanto ‘ser-objeto’. Há um mundo circundante no qual acontece esta manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição.” (STRECK, 2009, p. 296). Devido ao influxo da tradição, o problema jurídico instaurado para o acesso às coisas mesmas, para o acesso às coisas mesmas, para o acesso às coisas mesmas, chega do ter sido (passado) à consciência histórica do juiz, na temporalidade, por uma antecipação de sentido. Considerando que o texto aparece como fenômeno fático em sua historicidade no instante (presente), a antecipação de sentido da qual o intérprete retoma o horizonte de sentido inicial ou mínimo (ter-prévio), sempre acontece pela linguagem na qual nos movimentamos.

Objetivando o desenvolvimento de um diagnóstico adequado para desdobrar um eventual abalo (crise) que acomete o dia a dia tecnocrático do universo forense nacional, o elemento teórico acrescenta, ademais, a premissa de que a epistemologia dessa totalidade reconcilia com o viés refratário cotidiano em relação a conquistas alcançadas na viragem do giro linguístico da filosofia (“linguistic turn”). Esse comportamento em si certamente supera com o ganho filosófico para o direito, tal qual foi gestado na ontologia fundamental da filosofia hermenêutica de Heidegger e hermenêutica filosófica de Gadamer.

Com razão, a doutrina da Crítica Hermenêutica do Direito reafirma que o sobrepujar do esquema sujeito-objeto franqueia abertura para uma revolução radical do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, de acordo com o qual os princípios ingressam no universo do direito dotados da tarefa de clarear insuficiências obscuramente veladas para o exercício construtivo da democracia e implementação efetiva dos direitos fundamentais. (STRECK, 2009, p. 298).

No plano da interpretação jurídica, o critério da tradição transpassa como um referencial incontornável para a leitura dos fenômenos hermenêuticos do direito. Sua autoridade e força envolvem ineludivelmente o universo da vida humana, e de consequência, o campo científico do direito. Contemporaneamente, atentar-se corretamente para os efeitos da tradição implica em inafastável influência sobre a pesquisa e conceituação radical da hermenêutica, em seus diversos movimentos de aplicação. Ao mesmo tempo, isso mais claramente aparece visível nas ciências naturais, com início na fase da escola romântica de Schleiermacher, quem primeiramente reconheceu a autoridade da herança legada na tradição, cujo desenlace representa propriamente posição de validade, independente de fundamentação.³⁶ Já no panorama do direito, a assunção de comportamentos institucionalizados os quais considerem o direito a sério, ou seja, em conformidade com o manancial herdado historicamente em seus costumes, tais posturas enlevam o reconhecimento imediato da importância instrumental dos princípios e institutos consagrados no seu âmbito de conhecimento.

Mas a importância do diálogo aberto expressa-se, nesse ponto, com maior radicalidade, quando nos apercebemos que aquele que deseja compreender “[...] não pode se

³⁶ De acordo com Gadamer, em *Verdade e Método*, a crítica à *Aufklärung* (Iluminismo), realizada pelo romantismo, resume-se em uma forma de autoridade descrita como tradição. “O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”. (2016, p. 372).

entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões.” (GADAMER, 2016, p. 358). Talvez se passássemos a refletir sobre a diferença entre um pensamento que, recorrentemente, percorreu a consciência histórica com certa neutralidade, em relação ao um ponto de vista carregado por prejuízos próprios do horizonte histórico sedimentado absorvido pelo ser-aí, desvele numa clareira nesse momento. Inevitavelmente, emerge, na dialética conduzida na consciência da história efetual, um estranhamento, um “tresloucamento”, por vezes, em cotejo com a opinião do texto, porque nele reside a alteridade presente de um ponto de vista, uma pertença, para a qual o intérprete precisa se mostrar receptivo, já que o objetivo radica em apreender algo.

Haja vista que os argumentos jurídicos e suas respostas não podem, por si mesmos, ser tomados como verdadeiros de antemão, apenas em virtude de certo consenso sobre o discurso proposto, chega-se a um paradoxo inaceitável. Algo sempre aparece para ser compreendido antecipadamente. Vale dizer algo (um texto, uma obra de arte) tem muito a dizer, mas não consegue chegar ao entendimento sem permitir que o fenômeno visto fale por si mesmo. Por isso Gadamer, em *Verdade e Método*, vai consignar que a compreensão guiada metodologicamente procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, diversamente, torná-las conscientes para poder controlá-las. (2016, p. 359). Hermeneuticamente, a verdade jurídica irrepreensivelmente repousa adstrita a pré-juízos válidos (legítimos e autênticos):

A questão portanto não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. (GADAMER, 2016, p. 359).

É em virtude do caráter preconceituoso da compreensão, – aquele mesmo formado antes de baixar qualquer decisão definitiva –, que podemos alcançar o nível mais agudo e produtivo da hermenêutica. O indispensável é o domínio da consciência histórico-efetual, a fim de, humildemente, espancar opiniões prévias pré-prontas, separando expectativas aguardadas, disciplinadas, controladas no método jurídico dos códigos, a exemplo de leis que determinam o peso de cada espécie probatória no processo judicial, ou

caminho condutor traçado pelo legislador a fim de modelar o ato de interpretar o mundo jurídico.³⁷

Assim, o universo jurídico da tradição marca a autonomia institucional do direito. “Tudo que ocorreu na Alemanha, na Itália, nos Estados Unidos, e assim por diante, engendra a ‘tradição constitucional’. Daí que a autenticidade da interpretação exsurgerà da possibilidade de o jurista intérprete *apropriar-se* deste compreendido.” (STRECK, 2009, p. 299). Vale dizer, a resposta adequada, e, de conseguinte, a decisão judicial hermeneuticamente correta de acordo com o postulado encarnado na Constituição, induzem, adiante, a consolidação do projetar deste constitucionalismo democrático constitutivo de direitos fundamentais.

Proclamado, reconhecido e efetivamente realizado no seio das sociedades contemporâneas de desenvolvimento tardio, o constitucionalismo dirigente reintroduz no panorama da teoria encampada, portanto, a noção de interpretação como condição de possibilidade. Sobreleva conspurcado o conceito de leitura meramente reprodutiva do direito, como objeto da interpretação intimamente funcionalizado no sentido do comum teórico dos juristas. Ao inverso, contrariamente, ultrapassam-se os paradigmas metafísicos abstratos (clássicos e modernos). Logo, pela leitura hermenêutica crítica, reafirma-se que a Constituição mesma expressa seu particular modo de ser desde-sempre, porquanto é um escrito existencial, algo projetado no aí. Isto significa dizer que a interpretação de um texto infraconstitucional orienta-se por um projeto ou leitura inicial. Não partimos de algo vazio, do zero, um nada de sentido, como se o texto em examinado fosse “nu”. Muito ao inverso disso, a compreensão legítima do texto legal, mais precisamente de todo o direito em si, subordina-se à pré-compreensão do ser-aí sobre o ser da Constituição, uma antecipação de sentido, do mesmo modo que esta antecipação manifesta uma prévia acepção de um existir, antes mesmo de uma fusão dos horizontes do intérprete e seu texto. Evidentemente, a possibilidade mais verdadeira desse projeto de sentido depende de uma radical recondução temporal dos conceitos jurídicos manifestados no texto (“do sido”), recobrando o intérprete o horizonte fenomênico mais originário em conformidade com a tradição herdada, do passado, a fim de distanciar-se dos modos discursivos cotidianos limitados no falatório cristalizado, para além da mediania diária repetitiva.

³⁷ É Gadamer, uma vez mais, quem indica que a compreensão verdadeira pode caminhar também por opiniões prévias, contanto que não sejam arbitrárias, hipótese em que é possível examinar expressamente a sua legitimação, origem e validade. (2016, p. 356).

De qualquer maneira, é preciso não confundir esse traço inicial do projeto de sentido com um aquiescimento puro e simples à tradição e aos conceitos tradicionais, consoante a leitura existencial-fenomenológica descrita por Marco Casanova (2019, p. 80):

Partindo de uma lida destrutiva com a tradição, que sempre tem em vista incontornavelmente a percepção da necessidade de reconquistar o caráter temporal e histórico de tais conceitos, a assunção primordial da tradição vem sempre acompanhada de uma confrontação com aquilo mesmo que é suposto pela tradição e que permanece constantemente velado para a tradição. [...] Na medida, contudo, em que a tradição se lega de maneira encurtada e em que ela não questiona de saída as bases originárias de suas concepções, essas bases mesmas permanecem constantemente obscurecidas, encobertas, soterradas sob o peso da própria tradição.

Reforçam a fala de Gadamer as palavras de Streck (2009, p. 307), ao reportar a tarefa mais própria do compreender. Este sentido, afinal, “[...] consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas ‘nas coisas mesmas’.” Explanando de maneira mais singular, representa o apreender que a objetividade do círculo hermenêutico abraça; respeito à checagem contínua dos pontos de vista do intérprete sobre algo e como ele se reproduziu; a forma a colocar à prova (checagem) a opinião prévia, conferindo legitimidade, origem e validade à interpretação.

Neste caso, a condição de possibilidade de uma hermenêutica jurídica correta exige, por óbvio, que a interpretação sobre a lei exprima o caráter universal, de sorte a incidir equivalentemente a todos os sujeitos de direito. Sob risco de recairmos numa espécie de absolutismo decisório, imperioso que a igualdade surja, nesse contexto, como pressuposto hermenêutico ideal para a prolação de uma decisão justa:

A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo que estamos às voltas. [...] Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. (GADAMER, 2016, p. 432).

Justamente a ideia de igualdade perante a lei evoca um primeiro constrangimento do intérprete, quem, incontestavelmente, submete-se ao respeito à aplicação adequada, onde se manifestam os sentidos jurídicos. (STRECK, 2017, p. 22). Deveras, quem compreende algo – no caso do direito, a constituição, em primeiro plano, a lei e demais normas jurídicas, num segundo momento – responsabiliza-se em manter intacto o sistema sem atentar arbitrariamente em função de um ponto de vista arbitrário e pessoal. Nesse contexto, a

racionalidade implica dizer que não se abstrai grau zero de sentido numa primeira projeção da compreensão, pois

já sempre estamos operando nesse mundo, que somente nos é acessível pela linguagem e na linguagem. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade jurídica. Porque a lei é uma representação do que ocorre na linguagem pública, isto é, na intersubjetividade. (STRECK, 2017, p. 22).

CAPÍTULO IV – O DIÁLOGO COMO LOCUS HERMENÊUTICO

4.1 A estrutura da linguagem hermenêutica e o diálogo como modo de ser hermenêutico

Correspondentemente ao universo mediador da linguagem, Gadamer (2016, p. 590), em sua obra *Verdade e Método*, expressa que cada palavra relaciona-se com um tipo de totalidade. Deste eixo linguístico central, um universo particular articulável com a língua irrompe com o conjunto de mundo ao qual originariamente a linguagem pertence. Contudo, segundo o filósofo, a fenomenologia-hermenêutica transpõe mais propriamente o caráter finito da experiência humana, cujo movimento subjaz daquela linguagem, situando-o sobre todas as estruturações vivenciais, consoante o contingenciamento do desenvolvimento e formação da língua.

Aliada ao papel exercido por cada expressão linguística no acontecer hermenêutico – quando se mostra parcela de um conjunto articulado em movimento da linguagem –, esta torna factível o exercício incessantemente invariável de um não dito, algo patentemente característico do caráter finito da experiência e vivência humanas e do próprio diálogo.

Conformemente Gadamer destaca, no acontecer da experiência, situa-se o elemento/movimento denominado de “ocasionalidade”, imanente ao senso de abertura, descerrado no diálogo. Ao admitir que todo falar humano é finito, “[...] no sentido de que abriga em si uma infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada.” (2016, p. 591), interpõe, em contraposição à linguística, o esquecimento do momento apropriador da linguagem mais abissal, que justamente envolve o texto e fala, porquanto a ampliação do conceito de texto encontra sua fundamentação na hermenêutica. “A compreensão de um texto, seja oral ou escrito, depende, em todo caso, de condições comunicativas que ultrapassam o mero conteúdo fixo do que nele é dito.” (GADAMER, 1983, p. 281).

Na verdade, a experiência hermenêutica possui o mesmo modo de realização da linguagem, quer dizer, a hermenêutica parte de um horizonte de sentido intermediado pela estrutura da linguagem, na qual se verbaliza a verdadeira conversação entre passado (tradição) e intérprete (presente). Por isso mesmo que Gadamer evidencia:

Nem a consciência do intérprete é dona do que chega a ele como palavra da tradição, nem se pode descrever adequadamente o que tem lugar aqui, como se fosse o conhecimento progressivo daquilo que é, de maneira que um

intelecto infinito conteria tudo o que pudesse chegar a falar a partir do conjunto da tradição. (2016, p. 595).

Haja vista que a força decorrente da tradição interpela o homem, e atrai sua forma de encarar os fenômenos a seu alcance, o verdadeiro acontecer hermenêutico desabrocha justamente pela palavra à que devemos ouvir. Pois, quem é interpelado pela tradição irá ouvir, possibilitar a escuta, quer queira quer não. Por isso se diz que o emprego das palavras escritas não detém a mesma ênfase profunda da linguagem oral. Sempre a essência da escuta foi o modo de transmissão da linguagem na tradição. “Não pode afastar o ouvido, tal como afastamos a vista de alguma coisa olhando noutra direção.” (GADAMER, 2016, p. 596). Se o desejo for atingir o real significado das coisas em si mesmas, imprescindível reconhecer que esse significado reporta-se imediatamente do conteúdo da tradição histórica no mundo circundante – fenômeno que se manifesta e absorve as atitudes compreensivas do ser do intérprete de forma inexorável –,³⁸ conferindo abertura de sentido e possibilidade de diálogo com o receptor da conversação.

No entanto o acontecer hermenêutico repousa no tempo e no lugar da sua apropriação experiencial, onde a interpretação é antecipada por acompanhar o intérprete desde-sempre, e onde o produzir algo racional não parte de nossa ação sobre a coisa, mas, diversamente, da ação interna da própria coisa. Vale dizer, o fio condutor para a concepção de um conceito verdadeiro de um fazer hermenêutico consubstancia o princípio da participação, atenta com escuta cuidadosa, mas não no sentido de criar uma expectativa delimitadora do resultado daquilo que se pretende ouvir.

Com isso, confirma-se a proximidade de nossa colocação com Hegel e com o pensamento antigo, a que já nos referimos. O ponto de partida para nossas investigações foi a insuficiência do moderno conceito de método. Mas essa insuficiência encontrou sua justificação filosófica mais importante na expressa *apelação ao conceito grego do método por parte de Hegel*. Sob o conceito da “reflexão externa”, Hegel criticou o conceito de um método que se realiza como uma ação no âmbito da coisa onde seria ao mesmo tempo alheia a ela. O verdadeiro método seria o fazer da própria coisa. (GADAMER, 2016, p. 598).

³⁸ No que diz respeito à crítica ao conceito objetivo de pertinência, Gadamer enfatiza que, a partir da definição de linguagem, na conjuntura de elemento mediador pelo qual a experiência humana realiza-se, não se pode simplesmente seguir, nem a filosofia da identidade do idealismo alemão, nem a fundamentação cartesiana da ciência moderna. “O fato de a experiência hermenêutica possuir o mesmo modo de realização da linguagem, e que se estabeleça uma conversação entre a tradição e seu intérprete, isso estabelece um ponto de partida completamente diferente.” Partindo da premissa de que a consciência do intérprete não determina ou assimila o que chega a ele como palavra, Gadamer vai propor que esta, portanto, interpela-nos, pela tradição. (2016, p. 595).

De qualquer sorte, a proposta defendida aqui traduz o uso da reflexão pelo fio condutor de uma crítica incisiva quanto ao modelo tradicional e metodológico, tal como conduzido pela metafísica do sujeito. A linguagem sujeito-objeto, dual, carrega consigo um locus subjetivo cognoscente mantido no Iluminismo e no Idealismo Alemão, cujo percurso filosófico estabelecido na teoria do conhecimento partia de um domínio prático ou teórico sobre o objeto para alcance da verdade, como resultado de uma causalidade última. Ao invés de buscar o fundamento causal dos fenômenos, o diálogo hermenêutico abordado trilha por modo de participação observadora sobre a coisa. Não se fala, pois, de um posicionamento ativo do intérprete, tampouco passivo, em relação sobre os fenômenos com os quais lidamos. Absolutamente! O procedimento dialético da hermenêutica gadameriana, precisamente, evolui, pelo elemento da negatividade, sem interposições de pensamentos arbitrários do sujeito cognoscente, abrindo mão, portanto, de ideias preconcebidas ou opiniões reinantes em nosso modo de ser individual.

Novamente, destacamos que o esforço dialético de perguntas e respostas, dotado do viés da negatividade, promove uma filtragem de preconceitos escondidos e ocultos na consciência do intérprete – a qual se interpõe, invariavelmente, mediada pela linguagem –, permitindo, sob a clareira do encobrimento do acontecimento da apropriação, enxergar a inadequação de versões assujeitadoras.

Convém assinalar que o pensar hermenêutico deflui de maneira dialética, em momentos da consciência, suspendendo e separando os prejuízos improdutivos. Com efeito, é preciso a realização da suspensão na filtragem do pensar reflexivo e filosófico na sua mais originária acepção. Ao longo da história ocidental, os preconceitos da filosofia metafísica construíram em verdadeiro dogma a necessidade da correção desenhada no discurso lógico. Imaginar que o pensar da filosofia deveria ser formado, ideal e logicamente, para formação de enunciados verdadeiros definitivos levou à concepção da explicação “psicológica”, a qual meramente reproduz, a esse título justificador, o conteúdo vazio do discurso do mundo circundante.³⁹

Um reverso daquele preconceito, porém, se dá quando se é acometido em meio à *recusa* da interpretação lógica do pensar pela angústia, ou melhor, de que isso colocaria em risco o rigor e a seriedade do pensar e entregaria tudo ao sentimento e ao seu “juízo”. Quem diz, aliás, e quem foi que demonstrou

³⁹ “O fato de a essência do seer nunca se deixar dizer definitivamente não significa nenhuma falha, mas ao contrário, o saber não definitivo mantém precisamente o *abismo* e, com isso, a essência do seer. Essa manutenção do abismo pertence à essência do ser-aí como a fundação da verdade do seer.” (HEIDEGGER, 2015, p. 444).

algum dia que o pensar *logicamente* visado seria o pensar “rigoroso”? Isso só é válido, *se é que é* em geral válido, sob o pressuposto de que a interpretação lógica do *ser* poderia ser a única possível; o que, porém, com maior razão, é um preconceito. (HEIDEGGER, 2015, p. 444). (grifos no original)

Como já referimos anteriormente, mantendo distância das representações comumente reproduzidas no discurso cotidiano repetitivo, sem criatividade, imagens, símbolos, signos constituem essas heranças, carregadas pela própria linguagem, mas, que, no entanto, obscurecem a real e histórica manifestação da própria coisa, em sua essência mais verdadeira. Porquanto não constituem verdade, em sua essência, bem assim a experiência humana, como algo finalizado, absoluto, perfeito e acabado. Bastante oportuna é a colocação de Ivan Domingues sobre o assunto (1991, p. 20):

[...] em Sócrates a verdade é por sua própria natureza filha do pensamento dialético; ela não é uma coisa, mas produto de um ato social, e não pode ser obtida senão através de uma cooperação constante dos homens, numa interrogação e resposta recíprocas (diálogo). Daí a ideia de maiêutica, celebrada em Platão no *Teeteto*. Daí também a importância da *pólis* e da *ágora*. Afinal de contas, as coisas não falam e nada nos podem ensinar. Só os homens...

Mediante a participação no diálogo pela entrega autêntica de si à troca de palavras, à escuta do ouvir aguçado, sobreleva, com efeito, o acontecer de posições e opiniões divergentes, intercâmbio prático, confluyente, ou de posturas antagônicas, donde é viável supor a experiência hermenêutica repousar caracterizada por uma série de movimentos e interjeições, intermediados pela linguagem. De conseguinte, a via imediata ao alcance de uma verdade, entendida na espécie como fenômeno hermenêutico, corresponde ao caminho da comunicação intersubjetiva, propriamente encontrada na arte da dialética socrática, sobre cuja exposição refletiremos mais adiante.

Logo, o olhar – a escuta mais propriamente – volta-se, ao mesmo tempo, para o presente, mas também para todas as consequências que podem advir da aplicação, a qual concretiza o direito em si no plano existencial.

4.1.1 Linguagem como *medium* do saber hermenêutico

Com Gadamer, avulta, em segundo lugar, que a tarefa da compreensão é ressonância justamente para elaboração de projetos de sentido corretos e adequados às coisas em si mesmas de forma circular e coerente. Evidentemente, isto se trata de ousar hipóteses,

notadamente, de acordo com a estruturação da pergunta. Por perguntas previamente dirigidas à confirmação das coisas mesmas – diante de uma objetividade histórica, cultural, religiosa, política, etc. – consistente nas pré-compreensões, opiniões prévias do horizonte de vida do intérprete, colocamos à prova inarredavelmente seus conceitos para fim de confirmar sua legitimidade. (STRECK, 2009, p.307).

Apropriada, igualmente, aparece-nos a opinião de Ricardo Salgado, ao confrontar a metodologia dialética de Larenz – perfeitamente aplicável à ciência do direito –, cuja síntese repousa na tentativa de junção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a hermenêutica jurídica de Emilio Betti. Segundo aquele autor, Larenz, inclusive, extrai, por meio da dialética da pergunta e da resposta, o modelo pelo qual todo e qualquer sentido pode aparecer de um diálogo, conjuntura que surge qualificada perfeitamente em relação à proposta de Gadamer: “o texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente.” (*apud* R. SALGADO, 2019, p. 138). Como pressuposto da instauração inicial do diálogo em questão, devemos ver que decorre, de imediato, a preexistência de pré-compreensões mínimas de conhecimento sobre aquilo que se está a conversar.

Confrontados os termos preambulares da conversa hermenêutica dialógica, demonstrou-se, no tópico anterior, que a figura do homem (ser-aí) diz respeito ao ser absorvido pelo horizonte situacional do mundo que é o seu, cuja realidade objetiva mais própria e radical para seu ser mais próprio o reconduz ao contexto situacional da aparição de suas possibilidades de ser no encontro com o seu mundo (modo de ser). Vale dizer, o caráter marcadamente impessoal e conjuntural, em que se depara o intérprete na totalidade estrutural, absorve-o pela faticidade e linguagem cotidiana impessoal, na qual sua circunvisão, de maneira imediata, o reporta a um território segundo o qual as orientações, normatizações e modos de ser da cotidianidade, inicialmente, já estariam pré-estabelecidos. Aqui, onde o ser humano deixa-se absorver pelo mundo circundante, seguem incessantemente as orientações dos significados tacitamente, de acordo com os sentidos coerentes para cada campo de sentido.

E muito embora não se trate ainda de um momento apropriador de decisão e à escuta da voz da consciência⁴⁰ sobre o *Dasein*, sobrepõe-se em seu horizonte mediano de

⁴⁰ A expressão voz da consciência trata-se de um modo de fala ou possibilidade do discurso, segundo a fenomenologia hermenêutica de Heidegger. Casanova descreve este modo de ser do ser-aí humano experimentado na leitura de Heidegger, na verdade, uma maneira silenciosa de atuar, pois chama o sujeito de volta a si mesmo, exatamente de acordo com a indeterminidade ontológica originária da qual ele é constituído. Essa voz, assim, não opera simples repetição dos discursos sedimentados na cotidianidade, mas, ao inverso,

alguma forma o caráter intersubjetivo da linguagem sedimentada de mundo, onde todos os demais entes, membros e sujeitos com que o intérprete se relacione, objetivamente compartilham de um mesmo estado de coisas carregadas pela mesma linguagem, no *tempo-espaço*.

Porquanto as representações efetivas daquilo que a experiência proporciona ao homem dependem de um diálogo com a tradição, também temos que o horizonte contingente de preconceitos antecipadores de sentido propicia a articulação necessária para que a coisa em questão se desvele. Aliás, consoante propõe Heidegger, o desvelamento das coisas (do ente) precisa ser sondado e fundado em sua disposição no campo de sentidos da totalidade, e como a abertura enquanto tal do encobrir-se (do ser) e esse encobrir-se como ser-aí. (2015, p. 327).⁴¹

De consequência, o homem enquanto ser-no-mundo acha-se vinculado a toda uma tradição cuja herança historicamente constituída o carrega, formando um horizonte a partir do qual se torna possível toda compreensão. Em paralelo ao contexto da tradição, a tese colocada por Gadamer em *Verdade e Método* revela que todo entendimento, da compreensão ou incompreensão hermenêutica, reveste-se de conteúdo mediado pela linguagem, de modo invariável, pois tudo aquilo que é transmitido ao homem pela tradição, o constitui. Isso sucede maximamente na forma escrita de acordo com a qual, simultaneamente, coexistem presente e passado, atualizando a consciência por acesso livre em profusão dos horizontes com o mundo. (2016, p. 505).

4.2 O fio condutor da hermenêutica essencializadora por uma dialética dialógica apropriadora do aí

Diferentemente da dialética tradicional posta com caráter sintético e definitivo, o espectro proposto pela lógica de perguntas e respostas no âmbito deste estudo representa

passa por sobre eles. Confrontando a voz silenciosa da consciência com esse mundo sedimentado, o ser-aí é resgatado para seu lugar de ser, atentando-se para a necessidade suas possibilidades finitas de ser. Visto que essa voz possui uma ligação originária com o aviso da finitude do ser humano, torna evidente para este “[...] a necessidade de assumir a responsabilidade pelo seu ser em situação.” (2019, p. 72).

⁴¹ De fato, o que Heidegger expõe com a verdade corresponde a sua forma mais autêntica de aparecer diante do homem, e para isso, ela requer o encobrimento e desencobrimento da coisa. Ambos são momentos em que ela se manifesta. Mas a abertura irá desvelar a partir da ideia da luz e da claridade em relação ao desencobrimento como uma apreensão e uma “visão”. “Mas a essencialização da verdade originária só pode ser experimentada, se esse em-meio-a-calreado que funda a si mesmo determina o tempo-espaço for ressaltado naquilo de que e para o que ele é clareira, a saber para o encobrir-se. [...] O encobrir-se é um caráter essencial do *seer*, e, com efeito, precisamente na medida em que o *seer* precisa da verdade e se apropria, assim, do ser-aí em meio ao acontecimento [...]” (2015, p. 327).

justamente o fio condutor do modelo dialógico sugerido na leitura de Gadamer. O panorama de abertura apropriadora da interpretação, sem pretensão de definitividade, reluz a entrega autêntica do intérprete à meditação sobre a essenciação do ser, onde as respostas, incessantemente, encontram-se submetidas a novas perguntas, não se circunscrevendo a uma delimitação destinada a um final irretocável e definitivo:

A dialética dialógica não se estrutura sobre a tradicional tríade abstrata de tese – antítese – síntese, que se consumaria no Espírito Absoluto. Ao invés de se contentar com sínteses fechadas e definitivas, a dialética dialógica se mostra e se desenvolve como uma lógica de perguntas e de respostas com traços próprios. De acordo com a lógica da pergunta e da resposta compreendemos um texto quando desvendamos suas perguntas e suas respectivas respostas. Contudo, filosofar não consiste apenas em reconstruir as perguntas e as respostas que deram origem a um texto. O diálogo hermenêutico tem uma lógica própria onde a relação constitutiva entre pergunta e resposta não pode ser determinada arbitrariamente nem pelo sujeito nem pela realidade como tal, ‘exterior’ a ele. (ROHDEN, 2004, p. 195).

Dentro deste campo e espaço, a depender da disposição dos interlocutores, algo vai transparecendo, no acordo entretido pela conversa (retenção). Uma estranheza, tensão ou espanto, muitas vezes, acaba por desobscurecer um pré-conceito, desvendando aquilo que se põe à prova, de acordo com real sentido das coisas. A partir de tentativas de entendimento que se aproximam pelo círculo hermenêutico, o modelo constitutivo em apreço delinea movimento produtor de conhecimento. Contanto que se atentem os parceiros para as suas pré-compreensões, a interpelação decorrente da tradição herdada, bem assim a fusão dos horizontes de sentido (passado e presente).

Outro ponto fundamental ocasionado durante o movimento dialético desta consciência produtiva reside no diálogo do intérprete consigo mesmo. Muito embora a conversa reverbere seu desenvolvimento mais natural entre dois ou mais participantes, o diálogo em tela não cuida apenas daquele realizado entre duas ou mais pessoas, mas também o “[...] diálogo que somos e no qual, ao final, nos sentimos mais realizados, mais felizes.” (ROHDEN, 2005, p. 183).

Depreendida a premissa aberta e construtiva do diálogo, interessa observar semelhantemente aquilo que não se disse expressamente no diálogo escrito ou falado. Na senda do não dito, sobleva parcela relevante das expressões de existenciais mediadas pela linguagem, e não expressas no texto. O exemplo do que acontece normalmente em audiências judiciais – oportunidade nas quais as partes do processo dirigem às testemunhas variadas

perguntas ou mesmo às outras partes do litígio – reproduz o modo corriqueiro de alcançar uma resposta almejada, esperada ou mesmo planejada. Vale dizer, a expectativa propositada do questionamento lançado manifesta, irremediavelmente, algo muito mais próximo àquilo que se deseja escutar, ao invés de permitir transcorrer livremente o diálogo propriamente dito, nas suas últimas consequências. Os inquiridores, em geral, projetam, no mais das vezes, as questões, como se fossem buscar um resultado planejado, visando testar a possibilidade de ouvir uma narrativa que satisfaça suas necessidades separadamente. Por este espectro, visualiza-se um método preconcebido pelo resultado pretendido, sem se posicionar à abertura sincera da escuta, a fim de permitir que ressoe a resposta mediada pela linguagem, e cujo desenvolvimento natural atinge o reconquistar verdadeiro de um fato ocorrido conforme este realmente se produziu na experiência.

Luiz Rohden ilustra exatamente esta perspectiva de parceria mútua entre os partícipes do diálogo, no sentido de uma pergunta ou declaração questionada num tribunal judicial:

o inquisidor ou juiz não querem ouvir o que o réu quer dizer, mas apenas o que eles desejam escutar. Quem responde, nesse caso, procura dar a resposta pedida ou evitá-la, o que não leva nem instaura um diálogo hermenêutico. (2005, p. 185).

Em contraposição à menção ao interrogatório judicial e à parceria sincera emergente do diálogo, talvez, fique mais elucidado o propósito atinente do “acontecer da linguagem”. Tal qual o conceito sintetizado por Hegel, correspondente ao “fazer da própria coisa”, e que Gadamer adota como premissa em sua investigação ao explicar sobre a estrutura da experiência hermenêutica, o diálogo hermenêutico contrapõe-se notoriamente à ideia científica assujeitadora do método. Ao mesmo passo, Gadamer conclui pela impossibilidade de um realizar, sem qualquer esforço, dado que a coisa em si não segue seu percurso sem que pensemos (2016, p. 598):

Esse acontecer é ao mesmo tempo apropriação e interpretação. Aqui, portanto, pode-se dizer com toda razão que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa. [...] Mas esse fazer e esse esforço consistem em não intervir na necessidade imanente do pensamento de modo arbitrário, através de ideias que nos ocorram ou lançando mão desta ou daquela ideia preconcebida.

Avançando no campo dialético de trabalhar a própria coisa, Gadamer redefine, então, o lugar do pensar, rejeitando aplicação de ideias preconcebidas ou lançando mão de atitudes arbitrárias apoiadas tão somente ao nosso desejo. A coisa em movimento pensada

define-se em sua consequência mesma. Dessarte, o sujeito-intérprete procede com a devida separação das representações indesejáveis “que costumam se interpor”, atentando-se estritamente à consequência do pensamento, o qual permitiu que a própria coisa se desenvolvesse, sem interposições a ela estranhas. “Desde os gregos, chamamos a isso de *dialética*”. (GADAMER, 2016, p. 599).

Válido consignar, no entanto, que esse acontecer dialético, justamente por ser alheio à intervenção propriamente de um método articulado experiencialmente,⁴² exsurge da própria mediação da linguagem, contemplada não enquanto gramática, nem tampouco léxico simbólico. Isto significa dizer que, contrariamente à interferência da atuação do sujeito sobre a própria coisa, o movimento do acontecer mediado pela linguagem perfaz da ação da própria coisa que vem à fala, a partir do que encerra sedimentado na história da tradição.

Em conformidade com a postura daquele que se dispõe à participação em um diálogo aberto, igualmente, soblevam, recorrentemente, ao mesmo turno, interferências indesejadas no processo dialogal, impedindo-o de trazer à tona o sentido de cada palavra empregada em diferentes contextos. A alienação social ou política resultante da reprodução sistemática impensada daqueles signos, termos e expressões destoantes da coisa em si e o dogmatismo e ceticismo satisfeitos com seu conhecimento calcificado, conforme a realidade de seu tempo, exprimem posição de quem não quer mais reconhecer. Ostentam, assim, posições diametralmente opostas à *docta ignorantia*, segundo a qual apenas aquele que deseja saber, sabe que não sabe.

Assim, o embalo dialogal produzido, não pela postura de espectador imóvel, mas muito antes, por via da participação, nos leva a refletir sobre nossas próprias posições pessoais em relação a conceitos e pré-conceitos, possibilitando a alteração de pontos de vista que antes nos pareciam verdadeiros. Num estremecimento, o vibrar do significado de um texto ou daquilo que se coloca numa conversação original jamais se compara com um ponto de vista fixo, inflexível de quem intenciona interpor a pergunta no objetivo prévio de visualizar a mesma resposta, num teste apodítico.

Ao atentar-se à importância do próprio horizonte histórico de cada sujeito, respeitam-se os pensamentos do intérprete e do parceiro de diálogo, sem que se cogite,

⁴² Aqui interessa notar que Gadamer dialoga na mesma sintonia de Hegel, ao apontar a crítica que este filósofo fez em relação ao conceito de método, efetivado a partir de uma ação do homem no âmbito da própria coisa, confluindo ambos os teóricos, então, em concordância com o antigo conceito grego de método. “Com isso, confirma-se a proximidade de nossa colocação com Hegel e com o pensamento antigo [...]. O ponto de partida para nossas investigações foi a insuficiência do moderno conceito de método. Mas essa insuficiência encontrou sua justificação filosófica mais importante na expressa apelação ao conceito grego do método por parte de Hegel.” (2016, 598).

todavia, de imposição de perspectivas fixas. Ao inverso, a escuta hermenêutica se apresenta como possibilidade correspondente a uma verdadeira à fusão de horizontes, chegando a um campo de olhar comum, pela linguagem, a partir do que a verdade não constitui propriedade, nem do intérprete nem do parceiro, mas dialeticamente a ambos.

Logicamente, visando implementar um acordo numa conversação, indispensável que estejam os interlocutores utilizando-se de uma mesma via de comunicação, dentro da mesma linguagem. Gadamer, ao explanar sobre o contexto tradução de textos como experiência hermenêutica, reporta exatamente o fato de que depender da translação das mensagens e palavras para outra língua, por um intérprete, “[...] é um caso extremo que reduplica o processo hermenêutico, a conversação: é a conversa do intérprete com o outro e nossa própria conversa com o intérprete.” (2016, p. 499).

Uma vez que não há como imaginar um diálogo com o escritor originário (embora se empregue comumente uma estrutura semelhante), o caso da tradução de textos, portanto, comporta verdadeira interpretação, uma reconstituição do próprio texto, em relação ao qual se projeta outra luz, importando numa responsabilidade por parte de quem realiza essa nova iluminação. No caso dos textos escritos, Gadamer (2016, p. 502) destaca que estes somente podem chegar a falar verdadeiramente por meio da figura do intérprete, quem, sabiamente, reconverte os signos escritos, oferecendo a eles novamente sentido originário.

Sem prejuízo da hermenêutica sobre os signos e a semântica de expressões linguísticas, consoante ventilado acima, o horizonte da interpretação dos textos, bem como o acordo que vai exigir do intérprete o questionar de outro tema, ligado ao movimento da linguagem como elemento mediador universal da compreensão. Rigorosamente, a hermenêutica filosófica jamais escaparia de examinar sobre o pensar da diferença ontológica dos horizontes históricos colocados entre o texto e intérprete, assim como a estrutura dialógica entre parceiros. Isso não afasta a qualidade de conversação pelos interlocutores num verdadeiro diálogo, exatamente por revestir temática imediatamente pertinente à própria essência entre o falar e o pensar:

Bem ao contrário, os problemas da expressão da linguagem já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete. Com isto, o fenômeno hermenêutico se apresenta como um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade faz com que a linguagem se oculte no pensamento. Assim como na conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica que se realiza no *medium* da

linguagem e que, mesmo no caso da interpretação de textos, podemos chamar de “conversação”. (GADAMER, 2016, p. 503-504).

Enfim, o modelo de diálogo hermenêutico cuja explanação acima fora explicativamente delineada apresenta-se diretamente conectado aos ensinamentos extraídos do modo socrático de perguntar, pautado na universalidade moral, a qual será investigada a seguir. Logo, permanece iniludivelmente imperioso atingirmos à apercepção de que o sentido do diálogo, dele retirado ou produzido – independentemente de tratar-se dum texto ou um parceiro em acordo mútuo –, corresponde a algo sempre finito e histórico próprio da existência humana, consubstanciado pelo médium da linguagem.

4.3 A arte do perguntar e o fazer da interpretação

De tudo quanto foi repensado até o momento, duas questões representam fundamentos sobre a ótica e os elementos de base que estruturam a hermenêutica filosófica a partir da leitura de Gadamer, e cuja expressão mais originária interessa à correta interpretação das decisões judiciais. Em primeiro plano, na esteira de uma hermenêutica ontológica, temos a expressão dos componentes do nosso modo de ser inerente à própria interpretação, portanto, ao âmbito de historicidade do intérprete mesmo, pois o ser humano mergulhado na linguagem corresponde à compreensão em todos seus atos. Significa dizer que ele somente essencia-se no universo total da linguagem, a qual lhe confere condições de possibilidade para compreensão em um determinado horizonte de sentido conectado à tradição na qual se insere. Finalmente, em segundo lugar, perguntas e respostas havidas como modelo dialogal reintroduzem a marca da consciência histórico-efetual do sujeito, equivalendo dizer que, “[...] no redespertar o sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete.” (GADAMER, 2016, p. 503).

Pois bem, a dialética de perguntas e respostas parte exatamente da própria estrutura da experiência hermenêutica anteriormente elucidada, em cujos contornos podemos extrair como se constitui a consciência da história efetual, a qual, é bom repisar, dissocia-se da visão de Hegel sobre consciência histórica. Decerto, para Gadamer, a experiência não se destina à formação de conceitos científicos, tendo como lugar de remanso a produção infinita de efeitos. Mais precisamente, significa a mesma representação válida de experimentação de conteúdo variado no tempo, pois comporta sua eficácia até que surjam novas experiências de qualquer natureza, suficientes para contradizer ou completar a anterior. Vista a diferenciação

de conceitos por ambos os filósofos, Ricardo Salgado relembra quanto à posição específica de Gadamer, no sentido de que

[...] a história não seria apenas um caminho para a humanidade seguir na busca de um espírito absoluto; seria, sim, algo que produziria efeitos no homem em qualquer momento de sua vida, principalmente quando este procura a autocompreensão, ou seja, quando o homem procura encontrar sentido para as coisas que é, ao mesmo tempo, um sentido para ele mesmo. (2008, p. 49).

Diante desta elucidação preambular, denota-se que Gadamer (1983, p. 261) defende a capacidade de compreensão, traduzida como uma característica própria do homem em seu modo contingencial de convivência com os demais seres humanos, conjuntura à que se sujeita a linguagem e diálogo em seus campos de representação. Obviamente, o fato de a experiência hermenêutica efetivar-se no território da linguagem – estabelecendo um diálogo da tradição e intérprete – reflete modelo emblemático, envolto na abertura da palavra que lhe alcança, conforme houvesse sido elaborada diretamente àquele. Gadamer propõe, destarte, que “[...] desenvolvemos esse aspecto da questão como a lógica da hermenêutica da pergunta, demonstrando como é que aquele que pergunta se converte em interrogado, e se dá o acontecer hermenêutico na dialética do perguntar.” (2016, p. 596).

De modo paralelo, o acontecer da própria coisa proporcionado pela linguagem no movimento dialético, conformemente acentuamos linhas atrás, induz a uma aproximação íntima com o entendimento hegeliano atinente à hermenêutica. Havendo criticado fortemente a estrutura conceitual de método vigente na ciência especulativa – um modelo cuja ação era estranha à coisa –, Hegel trouxe, às claras, que o pensar significa

[...] desenvolver uma coisa em suas próprias consequências, e é precisamente isso que desde os gregos se chama dialética, ou seja, a arte de dialogar de tal maneira que fica clara a inadequação das opiniões vigentes e se abre espaço para uma ação adequada da coisa. (M. OLIVEIRA, 2015, p. 241).

Para que a consciência, livre do seu bel-prazer, possa contemplar o curso adequado da formação do conceito – de acordo com a natureza própria da substância –, torna-se indispensável abandonar aquela liberdade iluminista, sem restrições. Imperioso é renunciar as interferências voluntariamente introduzidas no ritmo do conceito – sob pretexto de uma sabedoria adquirida anteriormente –, o qual apenas é alcançado a partir da elevação do Si do respectivo conteúdo: “Renunciar a suas próprias incursões no ritmo imanente dos conceitos;

não interferir nele através de seu arbítrio e de sabedoria adquira alhures – eis a discricção que é, ela mesma, um momento essencial da atenção ao conceito.” (HEGEL, 2018, p. 58)

Mediante o modo dialético hegeliano acima, entendemos ser ele afinadamente aplicável aos contornos da hermenêutica filosófica, ressurtindo imprescindível, neste ponto do trabalho, tentar esboçar o conceito de pergunta. No contexto presente, a definição da própria experiência hermenêutica revestida do elemento de negatividade no âmbito da compreensão, consistiria talvez na mais adequada explicação. Menciona-se que a experiência por si mesma denota caráter de negatividade justamente em razão da quebra de expectativa emergente em relação àquele que se dispõe a enveredar por caminhos desconhecidos. Assim, a negatividade representa o retorno consciente de uma expectativa não consumada, já que a experiência tende mesmo a ser dolorosa, ao percebermos que, quando cogitamos sermos dotados de um tipo conhecimento, este argumento não passa de mera ilusão, ignorância ou representação distorcida da consciência. Associada a isso, a linguagem, que encerra todo ato de experienciar, constitui a própria experiência, em nada coincidindo com um objeto do qual possamos comprovar uma verdade ou sobre o qual tenhamos o poder de manipular e modificar sua relação com o mundo exterior a nosso bel-prazer.

A par desta dinâmica em movimento direcionado ao saber (negatividade), a arte de pergunta se mostra, primeiramente, pela abertura prévia de sentido, cuja composição dialogal, inarredavelmente, sobrepõe-se ao simples ato de perguntar corriqueiro e impensado. Neste instante surge, antes de tudo, meio que naturalmente, a premência de uma reflexão a ser desvendada. Será possível compreender o autor melhor que este compreendeu a si mesmo?

A questão colocada em forma de reflexão remonta – diante do que apresentamos na parte geral deste trabalho – a mesma instigação levada a cabo por Dilthey, quando de suas pesquisas sobre a historicidade, experimentou o processo de inversão do entendimento; o recriar o sentimento vivido pelo autor do texto (inversão do processo criador). Todavia, foi somente Heidegger, décadas depois, quem lançou primeiramente uma afirmação de caráter questionador, mais radical, com aplicação, no campo da dialética: “O homem é o ser que constrói a ponte entre o ser que se esconde e o que se revela, noutras palavras entre o não ser e o ser.” (HEIDEGGER, *apud* PALMER, 2015, p. 153). O preceito, aqui, reconduz à manifestação do pensamento verdadeiro de Heidegger, retratando que este raciocínio remansa definido pela revelação daquilo que se ocultava no seu campo de mostração da coisa.

Dito isso, a retomada ao diálogo original e cooperativo, por combinação sincera entre parceiros, revestida sua finalidade pela escuta e abertura dialética, introduz algo

determinante para expressar exatamente que o texto, equivalentemente à conversa verdadeira e aberta, será desvelado em seu ser mais originário.

Segundo ainda a leitura de Palmer (2015, p. 154), uma pergunta impõe-se, no início da obra de Heidegger, acerca da metafísica (“Introdução à Metafísica”), cuja asserção menciona que o perguntar não exige direção a uma mera investigação, permitindo constituir-se em simples forma de revelação. “Por que há o ser e o nada?” seria a primeira pergunta da obra de Heidegger, a qual imediatamente requer a elaboração de outra àquele a quem interroga: “Como se coloca o ser?” E na cadeia de colocação das perguntas, almeja mostrar o filósofo uma discussão, ao que parece, sobre o contexto da abertura de possibilidades de interpretação capazes de desobstruir, desvelar, radicalmente, o discurso cotidiano e irrefletido do aí: “[...] é este perguntar que nos abre caminho desde que, ao interrogar, se transforme (o que faz toda a verdadeira interrogação) e estabeleça um novo espaço sobre todas as coisas e em todas as coisas.” (HEIDDEGER *apud* PALMER, 2015, p. 154)

Com efeito, Palmer em sua obra, intenta, além do mais, advertir para a descoberta constatada por Heidegger, no sentido de que a atividade de interrogar encontra-se imbricada, como elemento fundamental da existência histórica do homem. Porque que a essência da mundancidade do homem comporta o próprio processo de interrogar, ela alcança o ser que ainda não se manifestou, e faz ele revelar-se numa ocorrência total. “Através da interrogação o ser se torna então história.” (PALMER, 2015, p. 155). Realmente, na visão heideggeriana da fenomenologia hermenêutica, o ser-aí na condição de ser histórico e finito que ele é expõe suas possibilidades, temporalmente, na posição de poder-ser, por mostrar e desvelar, mantendo, irremediavelmente, latente o movimento da interrogação, a cada vez.

Explicando o ato de manifestar no encobrimento, como algo essencial à vibração no descortinar do ser velado em um ente, o pensamento heideggeriano discute a diferenciação, pelo pensar, sobre a clareira e velamento, obscurecidos com manto do discurso historiográfico manipulado pela técnica, a matematização e o cálculo, para que o ser das coisas apareça de forma concreta e histórica (inter-relação entre ser, história e personalidade).

A par da interrogação e sua correlação direta com a historicidade humana, Palmer (2015, p. 155) enumera os elementos fundamentais, descritos, na obra *Introdução a Metafísica de Heidegger* (sic):

- 1- A determinação da essência do homem nunca é uma resposta mas essencialmente uma pergunta;
- 2- O colocar desta pergunta é histórico, no sentido essencial de que este interrogar cria primeiro a história;

- 4- Só há história quando o ser se revela na interrogação e com a história surge o ser do homem;
- 6- O homem só se torna ele próprio enquanto ser interrogante e histórico; só deste modo ele é um “eu”. A personalidade humana tem este significado: o homem tem que transformar o ser que se lhe revela na história e tem que se colocar na história.

Partindo da experiência hermenêutica sobre um texto ou obra de arte, por exemplo, vem à tona, antes de qualquer coisa, o viés dialético da conversa aberta, do ser-aí ou intérprete, pairando junto à negatividade intrínseca ao ato de interrogar. O elemento negativo decerto transcende a recorrente expectativa inicial do homem em sua cotidianidade, visto sobrepujar a experiência discursiva imersa naquilo que a consciência aguarda desvencilhar em relação a um determinado ente. Ou seja, o lado negativo atrai a abertura para a verdade do ser, no caso o texto jurídico conforme o plano deste estudo, já que ele somente se apresenta existencialmente em sua realidade a partir do acontecimento apropriador do ser-aí.

Entretanto, aqui se coloca, meio que naturalmente, um questionamento preliminar acerca do que chamamos de expectativa inicial da experiência. É que, antes mesmo de lançarmos uma primeira pergunta atinente a certo fenômeno ou objeto aos quais nos deparamos, todo um horizonte articulado de sentido por nós herdado, em virtude do acervo carregado em nossas pré-compreensões, implicará necessariamente numa influência, acerca da construção dessa pergunta. Mais precisamente, vale dizer que o ser-aí do homem, ser histórico, ao elaborar uma pergunta, já o faz dentro de um circuito mínimo, determinado por sua tradição, cujas crenças, cultura e modos de vida, todos lhe pertencem.

4.3.1 Negatividade da aporia e o saber como reconciliação: via de mão dupla do campo dialogal da pergunta

Neste campo de cooperação experiencial, tem lugar o conhecido modelo de diálogo platônico, pois, da mesma forma segundo a qual Sócrates faria com o que o interlocutor olhasse para a coisa em questão, por meio de perguntas ao parceiro, estas no horizonte da tradição, conduziam à fala a presença do que se encontra em jogo. (OLIVEIRA, 2017, p. 131).

Mediante o campo da negatividade criativa, perpetua, de conseguinte, o círculo hermenêutico compreensivo, sempre aberto a novos questionamentos e inferências superadas pela temporalidade. Posteriormente à projeção de uma pergunta inicial com a absorção de uma resposta pertinente, reabre-se um novo horizonte em que o texto, por sua vez, coloca em

jogo outras interrogações ao intérprete, consolidando um estado de suspensão de seu horizonte de sentido, realizando uma didática completamente diversa dos métodos analíticos experimentais metafísicos. A propósito, convém notar que a característica de abertura da escuta franqueada pela pergunta socrática também confere um papel dotado de conteúdo negativo ao operar a possibilidade de indagação sobre o pré-conceito prejudicial. Os efeitos desse horizonte hermenêutico ressoante e vibrante produzido um dos participantes permite uma quebra na mediania cotidiana do discurso, graças ao acordo e diálogo que até então se estabeleceu.

Outro ponto de importância sobre a experiência do diálogo autêntico reside na preparação para a delimitação reflexiva da pergunta. No contexto do diálogo realizado a contento, o sucesso de uma experiência hermenêutica exige a orientação feita pela pergunta dentro do horizonte de sentido propriamente do assunto colocado em jogo. Ao evitar recaída num vazio discursivo sem resposta, ou ainda, de respostas imprecisas fora do contexto da coisa falada, a circularidade hermenêutica em seu giro produtivo inadmita a permanência de questionamentos, por exemplo, de conteúdos retóricos. Argumentações, ora voltadas a induzir respostas prontas – consoante alhures reportado na situação hipotética de um interrogatório judicial –, representam conjunturas nas quais habita o objetivo dissimulado e velado de induzir respostas, ou meramente defender a opinião pessoal, sobrepondo caráter existencial do ser de um ente.

Com o movimento circular hermenêutico, a pergunta retoma a principal tarefa para o saber, tal como praticado na Grécia antiga, pois a negatividade latente no processo dialético reintroduz a aporia questionadora, a qual imediatamente atrai o elaborar da pergunta, no entanto desenhada ao sentido das coisas.

Isto fica mais claro, quando observamos que existe dentro da própria pergunta um pensamento dialético, em que, ao mesmo tempo, ela pressupõe uma abertura, mas também apresenta uma limitação. Como já dissemos, é a pergunta que orienta a busca pelo sentido das coisas; daí, portanto, esta característica de limitação que a pergunta apresenta. (Ricardo Salgado, 2018, p. 101).

Ora, exatamente a delimitação da pergunta conforme salienta o autor torna possível a realização da hermenêutica mais ampla e adequada ao texto. A linguagem, neste ensejo, medeia o diálogo entre os parceiros de conversação, mostrando a patente incompatibilidade acerca da uma verdade absoluta diante do tema debatido. Acaso o processo hermenêutico partisse de uma representação mecânica dos fenômenos, visando atingir uma

hipótese verdadeira, cairíamos numa lógica vazia, reprodutora de resultados necessários, preparados e já aguardados. Contudo, essa lógica incoerente de assegurar a aparência inalterável dos fenômenos como essencialidades prontas, opera a paralisação do movimento incessante da fusão de horizontes hermenêuticos e suas ekstases temporais, vindo a estagnar a circularidade das etapas da experiência dialógica, encurtando a amplitude da resposta em favor de apenas um ou alguns horizontes compreensivos na tradição.

É nesse aspecto que PALMER (2015, p. 235) evoca na experiência autêntica “[...] uma negação parcial do nosso próprio horizonte e através dela surge uma compreensão mais englobante”. Expressando de outro modo, a via da pergunta e resposta, visto empregar uma relativização de nossa consciência sobre as coisas as quais julgamos conhecer, permite deixar, enfim, que o texto fale, posicionando-o no centro mesmo do debate dialético. Reunindo o terreno histórico do fenômeno na posição de liderança, o leitor, portanto, é quem se contribui para a relação aberta de escuta, de via dupla (relação Eu-Tu), na qual “[...] a herança dirige-se ao leitor e interpela-o, não como algo com o qual ele nada tem em comum mas como algo com quem sustenta reciprocidade.” (PALMER, 2015, p. 200). Com o reconhecimento de que nossos preconceitos nos condicionam historicamente, propiciamos, conseqüentemente, a possibilidade mais originária de reviravolta sobre o elemento negativo do saber, liberando-nos, então, para a interpelação da força empregada pela tradição.

Mediante a condição de abertura e descerramento proporcionada pela reconciliação dos horizontes históricos, temos que o intérprete – quem, afinal, escuta sinceramente e de fato o parceiro (texto) – não passa ao largo das contingências e circunstâncias temporais do próprio texto. O sujeito consciente da condição de possibilidade produzida na abertura dialogal, pela experiência, permite francamente que o texto lhe diga algo. “Mas, por fim, esta abertura não se dá só para aquele a quem permitimos que nos fale. Ao contrário, aquele que em geral permite que se lhe diga algo está aberto de maneira fundamental.” (GADAMER, 2016, p. 471-472). Em resumo, a via de mão dupla da linguagem composta pela verdadeira troca de experiências reconduz a própria abertura para o diálogo.

Aliás, na opinião de Gadamer o reconhecimento que parte do sujeito em situar-se na tradição e a ela estar entregue diz respeito à própria consciência da história efetual – substancial mobilidade da experiência hermenêutica, associada à experimentação do “tu” inerente à relação intersubjetiva. (2016, p. 471).

A propósito da estrutura lógica desta maneira de descerrar o encobrimento dos prejuízos incorporados historicamente, verifica-se que a experiência hermenêutica exprime a

atividade de perguntar como consequência natural da condição participativa do sujeito. Em paralelo, a negatividade dialética radica sua perfeição na ideia de uma experiência consumada, na qual sobrevém, à voz da consciência, o decaimento de nossa finitude e limitação como seres historicamente constituídos. À estrutura da pergunta, assim, se sobrepõe à negatividade mais original e radical do homem que pensa: saber que não sabe (*docta ignorantia*). Provinda do ensinamento socrático, remansa aí, talvez, a mais originária superioridade do pensar, em virtude do perguntar delimitado que possibilita especialmente o acontecimento da experiência hermenêutica. (2016, p. 473).

Nada obstante, imprescindível que, neste passo da pesquisa, esclareçamos a articulação fundamental desta arte do perguntar e suas repercussões para a teoria da decisão. Na medida em que o lançar da pergunta hermenêutica irrompe radicalmente com o modo de ser daquilo que se interroga, decorre que todo questionamento traz inicialmente consigo um sentido orientador prévio de mundo, o qual se apresenta marcante para a preparação adequada da resposta. Por tal motivo, fundamental levar em conta que, dentre as lições herdadas de Sócrates, provavelmente a mais relevante ao tema em jogo diga respeito àquela, cujo preceito remete ao fato de que o ato de interrogar consiste em algo bem mais complexo e profundo do que o mero conhecer da resposta. Decerto, o comportamento corrente do homem no campo de conversação ordinário, de início e na maioria das vezes, ostenta a atitude de cautela argumentativa, com vistas a defender racionalmente uma opinião particular. Não se vai normalmente ao âmago da questão inquirida pela resposta do discurso diário, reportando uma espécie de consciência-para-si (não compartilhada) daquele que responde, cogitando de posição supostamente vantajosa sobre aquele que questiona.

Contudo, inarredável a constatação acerca da viabilidade de separar o discurso autêntico do não autêntico, hipótese resolvida por suspensão consciente dos preconceitos improdutivos, após um arrebatamento extasiante. Em sequência à colocação da pergunta, sua projeção permanece em suspenso, aguardando uma sentença a decidir sobre o questionamento. Nessa senda, Gadamer defende que “o sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. Ele tem de ser colocado em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra.” (2016, p. 474).

A definição mais precisa deste “colocar em suspenso”, destacado por Gadamer, corresponde exatamente à oportunidade de escuta insubstituível, impressão imediata do que se tem a conhecer na experiência. Haja vista a possibilidade de que o lastro histórico da tradição arrebate o sujeito como ser-no-mundo, o ser-aí humano, então, experimentando a arte do perguntar, irá avaliar e filtrar, decididamente, em suspensão reflexiva, quais dos seus

preconceitos potencialmente contribuem na solução caso, separando-os dos prejuízos herdados, capazes de encobrir a manifestação da verdade do ser do qual fala a coisa em si.

Conseqüentemente, Rohden (2004, p. 195) adverte a ocorrência, por vezes, da desistência, na experiência hermenêutica dialógica, “[...] das próprias posições e argumentos e até substituí-los por aqueles que o parceiro apresenta ou que nasce ao longo do diálogo, o que difere, portanto, da dialética do senhor e do escravo.” Firmada na reciprocidade cooperativa autêntica do diálogo, a pergunta contextualizada, colocada de maneira delimitada, transforma, igualmente, o horizonte hermenêutico do interrogado, quem, assim, será posto sob determinada perspectiva de estremecimento extasiante, rompendo expectativas impensadas do modo de ser na mediania dos acontecimentos cotidianos.

Diante o contexto totalizante e circular do processo compreensivo dialógico platônico, Rohden reporta o forte envolvimento da filosofia de Gadamer em relação às dissertações descritas pelo filósofo dinamarquês, Kierkegaard. Ao perceber o perscrutar deste autor no atinente à intensidade dada ao tema da pergunta no procedimento da compreensão, Gadamer, acolhe, justamente, o mesmo panorama dialético da práxis em contraposição ao da abstração do conhecimento. Eis a primazia na escolha de um caminho particular vinculado ao próprio leitor, em contrapartida ao discurso de autoridade do conhecimento especulativo:

Kierkegaard e Gadamer concordam quanto ao emprego do “método socrático” de filosofar. Com relação ao método dialógico ou, mais especificamente, com relação a Sócrates e ao seu método, sabemos que Gadamer adotou o modelo socrático-platônico de filosofar não só por sua ironia e seu caráter “prático”, mas também pela ênfase conferida à noção da pergunta. Talvez esse seja um dos pontos nodais que mais aproxima Gadamer de Kierkegaard, bem como a apropriação dos pressupostos filosóficos mais patentes – Sócrates e Hegel –, ainda que o florescimento dessas sementes não tenha vingado e se desenvolvido do mesmo modo nas suas searas filosóficas. (ROHDEN, 2005, p. 326)

Visto que no campo de pensamento essencialista metafísico inclinamo-nos à recepção das respostas predefinidas como essências, cuja asserção melhor conduza à nossa satisfação subjetiva, importa ter em conta, de fato, o quão relevante se interpõe a filosofia hegeliana no âmago do pensamento hermenêutico de Gadamer. Imersa na centralidade do eu, a subjetividade simples cognoscente perde-se na ilusão retida na consciência para si mesma, e, assim, choca-se com a multiplicidade de possibilidades experienciais. Com efeito, somente produz sentido de conversação, jogo e experiência produtiva a essência em nós mesmos daquilo que é outro, mas nos pertence na conversa:

O diálogo, para Gadamer, é o modo de realização da simultaneidade, enquanto dialética com dialógica, fundamentada na abertura, no confronto, no respeito e aprendizado com o outro retratado admiravelmente pela concepção de amizade, desenvolvida por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*. (ROHDEN, 2015, p. 327).

O que aprendi de Platão, o mestre do diálogo, ou melhor, dos diálogos de Sócrates, compostos por Platão, é que a estrutura de monólogo da consciência científica jamais permitirá, de modo pleno, ao pensamento filosófico alcançar seus intentos. (GADAMER, 2002, p. 21).

Destarte, na visão hermenêutico-filosófica, a pergunta há de ser bem posicionada e refletida. Ou seja, o contexto da experiência realizada, pressupõe a configuração de um espaço de delimitação apto a refletir um sentido preliminar indutor do pensamento orientador da conversação. Eis o sítio último onde reside a essência primordial da dialética do saber perguntar – lugar desvelado no qual o domínio consciente do sujeito sobre os preconceitos atinentes ao seu horizonte histórico do sujeito descerra algo velado.

Visto corresponder ao horizonte de abertura, no qual o desejo de conhecimento sobre algo se sobrepõe, emerge como imprescindível que o intérprete domine o pensar reflexivo. Isso significa buscar a reconciliação entre a negatividade da pergunta (o não saber) com o conhecimento produtivo e positivo, que transcendem à ignorância do não-saber. Sob as mesmas condições, conscientemente, o sujeito ouvinte reconhece o viés produtivo dos seus preconceitos, que habitam junto à pré-compreensão sobre os fenômenos questionados, para, derradeiramente, formular adequadamente a pergunta. Ricardo Salgado, nesse contexto, (2019, p. 103), explica:

Isto traz para a dialética da pergunta (ou arte do perguntar) uma característica muito peculiar e interessante. Na arte do perguntar, apenas aquele que quer saber, ou seja, o que sabe formular e que já tem perguntas consegue o resultado positivo, sendo assim, maior conhecimento.

Por isso, acentua-se o espectro fundamental da relação entre perguntar e saber. Obviamente, a arte da pergunta visa correspondentemente excluir julgamentos incorretos na sua colocação cotidiana mais superficial, corriqueira e fugaz, projetando, pelo caráter reflexivo, o foco sobre o âmbito descerrado da abertura para origem de sentido possível, reverberando, assim, a consequente primazia da pergunta sobre a resposta diante da busca do saber:

uma pergunta é decidida pela preponderância de motivos a favor de uma possibilidade e contra a outra; mas isto ainda não é o conhecimento completo. Só se alcança o saber da coisa ela mesma quando se dissolvem as

instâncias contrárias e quando se desmascara a incorretura dos argumentos. (GADAMER, 2016, p. 476).

Logo, a devida colocação do questionamento proporcionará inicialmente aquela mencionada orientação à direção que toda conversa sincera deseja alcançar, na busca do conhecimento de algo em sua existência mais exata. Enfim, o saber nesse contexto habita na reconciliação dos opostos, por meio de uma trilha dialética, assimilando a existência de opiniões contrárias, tornando viável ao ser-aí humano experimentar possibilidades como possibilidades.

4.3.2 Negatividade da aporia: reconciliando o saber transcendentalmente no ambiente da linguagem pelo “nós” (consciência-de-si)

Partindo rigorosamente do raciocínio dialético das oposições de ideias, infere-se que o método cartesiano ou a própria experimentação calculista, controlada pela técnica, dispensa justamente o primordial componente hermenêutico da historicidade, distanciando-se do efetivo saber e conhecer. Se comparada a mecanicidade metodológica, inerente às ciências naturais, com a experiência hermenêutico-filosófica – caracterizada pela abertura de elementos temporais sedimentados na tradição –, dessume-se o abalo estremeedor de bases filosóficas de pensamento diametralmente opostas. Associada a questão histórica com a reflexão dialética presente no movimento do pensar a pergunta, conclui-se que os preconceitos conscientemente postos em suspensão no processo de interpretação modulam as possibilidades finitas mais originárias de poder-ser do ser-aí, especialmente pela separação entre os pré-juízos impróprios dos próprios (produtivos) na formulação da pergunta.

Primordial registrar que a experiência dialética, por perguntas e respostas no contexto da hermenêutica filosófica, diferencia em grande medida do conceito trabalhado por Hegel visando o saber definitivo e universal dos acontecimentos na história. De acordo com conceito do saber absoluto pela experiência histórica em Hegel, a presunção da verdade de um objeto, sobre qual o homem, um indivíduo particular, participe em etapas do movimento histórico universal, é reconciliada até o alcançar a certeza da consciência-de-si. Consequentemente, a dialética da experiência, para Hegel, leva em conta, mais particularmente, a suprassunção da própria experiência, até atingir a certeza desta consciência em relação ao objeto, culminando na unidade conclusiva do saber absoluto. Diversamente, na visão gadameriana, a experiência perpassa pela quebra de expectativas sobre os planos

cogitados, a revelar a impotência da razão cognoscente do sujeito, assim como os acontecimentos da história que, em geral, desviam-se das imagens subjetivas daquele que está e atua na história. (GADAMER, 2016, p. 485).

Ricardo Salgado (2008, p. 53-54) descreve a diferença versada, no seguinte contexto:

Discordando de Hegel, Gadamer dá a uma dialética da experiência a sua consumação não na chegada de um saber concludente, mas, sim, na por ele elencada como característica primeira da experiência, e o modo pelo qual a coloca como essência de todo homem, que é a total experiência, apresenta-se a uma nova experiência. Daí, o autor dizer: “A verdade da experiência contém sempre referências a novas experiências.”

Em vista do olhar hermenêutico sobre a experiência, portanto, deparamo-nos com o homem como ser finito que se prepara, no seu aí, para os limites de toda previsibilidade. Eis o reconhecer o que é real através do autêntico querer saber, a negatividade, consciência da finitude histórico-existencial, permitindo que a tradição faça valer, em nós, sua força, pelo que nos tem a dizer.

Aqui reside, portanto, o elemento circular da experiência hermenêutica, cujo liame com a pergunta propõe, invariavelmente, um extasiante mergulho pelo movimento de enfrentar opiniões preestabelecidas, significando abrir mão, imediatamente, daqueles preconceitos prejudiciais fixos cotidianos que nos carregam inercialmente para fora do pensar efetivo. Esse horizonte implica em escuta aberta para a imersão no outro, predispondo-se a revelações que, radicalmente, nos impactarão relativamente a pressuposições calcificadas na tradição, as quais, todavia, permaneceram encrostadas no impensado do discurso.

Ainda em primeiro plano, convém observar que a interpretação de um texto cinge-se à compreensão da pergunta que ele nos faz, significando o acontecer, segundo Gadamer, do denominado horizonte do perguntar, cuja órbita de fala vincula-se iniludivelmente a algum tema contextualizado. De certo, todo escrito traz em si um horizonte histórico, um contexto situacional hermenêutico, que argumenta, justifica e presta a responder a alguma pergunta, atentando-se, contudo, para que, diversamente do que se pode imaginar comumente, as tendências de sentido de um texto ultrapassam o que o autor poderia ter em mente. (GADAMER 2016, p. 486). Logo, a tentativa de reconstruir aquilo que o autor pensava cuida-se de tarefa de somenos importância para a hermenêutica, pois os textos existencialmente constituem eventos fáticos cuja compreensão exige uma verdadeira atualização sujeita à verificação de suas possibilidades no presente.

Toda essa reconstrução da pergunta, direcionada ao alcance da pesquisa hermenêutica do saber, conforme se analisou, depende do ímpeto do desejo de abertura para o outro. Tudo isso corresponde a um exercício profundo, disciplinado pela atividade eminentemente consciente do intérprete, a qual pressupõe a liberdade em relação àquele que questiona, numa autêntica conversação. Logo, há entre a escuta sincera uma longa distância em relação a toda tentativa de resguardar o prestígio, vaidade ou mesmo a postura de esquivar-se de opiniões contrapostas à sua, por capricho, revanche ou pela técnica reprodutora de argumentação retórica.

O primeiro passo no estabelecimento desta verdadeira arte exige, de acordo com Gadamer, que “[...] nos assegurarmos de que o interlocutor nos acompanha no mesmo passo. [...] Requer não abafar o outro com argumentos, mas ponderar realmente a importância objetiva de sua opinião.” (GADAMER, 2016, p. 479). Em seguida, a pergunta põe à prova aquilo que se deseja questionar, pela reflexão, suspendendo opiniões preconcebidas e as imagens retóricas do cotidiano; elevam-se as possibilidades sem que as representações falsas possam reprimir a conversação.

Portanto, tomando como premissa a reconstrução do diálogo instaurado pelo texto, cumpre, em especial, ao julgador ao interpretar direito procurar reavivar a crítica em face da leitura meramente tecnicista, desconectada da faticidade, comumente é adotado âmbito do discurso argumentativo dos tribunais e nas grades universidades, pelos operadores do direito. A busca pelo sentido do texto evidentemente ultrapassa a simples evocação de métodos e cânones hermenêuticos, catalogados por uma metodologia fechada. Destoante da projeção dialética – organizada diante da lógica de perguntas e respostas –, o texto não diz tudo nem atua conclusivamente num universo de imagens semânticas pré-concebidas, no qual se elaborariam perguntas, ofertando-se as respectivas respostas decodificadas por signos.

Aliada à entrega plena à escuta autêntica, imperioso ter em conta os efeitos da antecipação de sentido produzidos pela historicidade e pré-conceitos, cuja suspensão vigora neste momento, oferecendo a oportunidade de tornar visíveis as condições de possibilidade do texto. Por conseguinte, no panorama de restauração da pergunta inicial respondida pelo texto, a suspensão dos pré-conceitos sobrevém como a atuação inerente ao círculo hermenêutico, proporcionando o acesso à correta distinção entre os pré-juízos falsos e verdadeiros. Streck explana semelhantemente ideia acerca do assunto, subscrevendo que recai sobre o intérprete o papel de avaliar e por em cheque os seus próprios pré-juízos, “[...] isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.” (2009, p. 358).

Em outros termos mais concludentes, a resposta hermeneuticamente correta ressurre, assim, da pré-compreensão do sujeito-intérprete, como produtora de conhecimento. Na condição de ser jogado, no aí, no mundo, o homem, portanto, passa a ostentar as condições existenciais indispensáveis para efetuar escolhas racionais, universais, compartilhadas conjuntamente com demais parceiros, participantes dessa experiência unitária intersubjetiva englobada pelo universo da linguagem na tradição. No entanto é uma experiência que não se faz sem a arte do perguntar, a qual não prescinde, por sua vez, de incessantemente continuar questionando (pensar). Vale dizer, a resposta estrutura-se a partir de elementos já constantes no fenômeno histórico dado, conforme a história efetual que explora Gadamer na sua obra. Destarte, encontramos-nos diante do acontecimento revelado pela fusão dos horizontes culturais, cuja resposta dialógica exprime o conteúdo do saber hermeneuticamente produzido – após a sincera postura do intérprete pela escuta autêntica, inaugurada com a disposição para um diálogo produtivo. Eis o acontecimento antecipado por um sentido orientador previamente projetado – invariavelmente determinado pelos efeitos de um horizonte de uma tradição específica:

[...] os textos se inserem num autêntico acontecer, exatamente como se inserem os eventos [...]. É o que na experiência hermenêutica havíamos caracterizado como o momento da história efetual. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido. A própria finitude histórica da nossa existência implica estarmos conscientes de que depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente. (GADAMER, 2016, p. 487).

Observa-se que a exposição acima de Gadamer oferece, de modo sucinto, a verdadeira condição hermenêutica da experiência e a construção saber pelo diálogo na tradição, na qual a pergunta constitui elemento inseparável desse movimento. Nesse sentido, ela deve ser iniludivelmente reconstruída a cada interpretação sem qualquer expectativa de chegar-se à verdade perdurável e absoluta. O texto tomado como evento sempre representa resposta a algo que sequer imediatamente tivemos acesso. Consoante a explanação de Álvaro Santa Cruz, Gadamer proporia demonstrar que o

[...] intérprete não se apropria do texto, mas que a interpretação se dá por uma sequência de perguntas e respostas na qual o intérprete deve estar preparado para “ouvir” o que o texto pode lhe dizer. E tais perguntas devem permitir ao intérprete “ouvir” adequadamente o que o texto “pretende lhe dizer”, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ser humano. (2007, p. 84).

Por estas razões, é que se afirma que a compreensão é um ato produtivo de sentido de acordo com a possibilidade oferecida pelos limites do texto, e, nunca, ao inverso, constitui simples reprodução de sentidos, previamente disseminados em discursos anteriores. Por isso Gadamer sintetiza: “aquele que quer compreender pode deixar em suspenso a verdade que tem em mente.” (2016, p. 488). Perguntar não é nada senão suspender, no horizonte do diálogo, as opiniões supostamente cabíveis. Existe um sentido autêntico, nesse ato de perguntar, que é revelado e descoberto ao experimentar as possibilidades. Somente “arriscando” a experimentação de um questionamento aberto à coisa, temos o retorno aos ensinamentos profundos colhidos nos diálogos de Platão. “Quando se pergunta, abrem-se possibilidades de sentido”. (GADAMER, 2016, p. 489).

Precisamente ao que mais interessa, no caso do evento textual da carta constitucional criada por um povo, visualizam-se modos de ser de um determinado tempo histórico. O propósito normativo de soerguer um país menos desigual, adotando-se determinações dirigentes, concretizadoras de direitos sociais, ou também combinando tais estipulações a outras metas de exploração econômica por um mercado livre com respeito à dignidade dos trabalhadores, por exemplo, traduzem a normatizações de um momento da linguagem compartilhada em geral. A formação situacional ou “ocasionalidade” antevista na ideia da faticidade de um país, por exemplo, pode determinar a observância objetiva de certo contexto da tradição sedimentada historicamente. Igualmente pode representar o sentido amplo do processo de construção de nação ou país, de acordo com a ótica de seu povo, ou mesmo ainda, as delimitações dadas nos padrões litúrgicos adotados na religião e aceitos pelos fiéis de um determinado culto.

4.4 A Constituição da República como locus hermenêutico compartilhado

Partindo sempre da leitura da Constituição da República de 1988, salutar salientar que nela surge o local (*locus*) hermenêutico ético onde aflora o acontecer hermenêutico apropriador da experiência do jurista; plano no qual o intérprete-julgador há de fazer atuar a intersubjetividade (diálogo de perguntas e respostas), na abertura do encobrimento da essência da verdade jurídica, que se interpõe, sob a orientação inicial de uma cadeia de sentidos historicamente instituída. (STRECK, 2009, 359).

Percebemos que, ao interpretar um caso factual, a intersubjetividade do fazer hermenêutico é conduzida pela linguagem compartilhada da comunidade jurídica. E em

observância aos postulados herdados pela tradição dessa comunidade, os precedentes judiciais instituídos por cadeia de situações similares, carregam a incidência da responsabilidade, sob a pessoa do julgador, em relação à manutenção da coerência jurisprudencial recorrentemente adotada no tempo. O propósito de levar a sério o direito como instituição autônoma e coesa, decerto, importa em impelir o modo de interpretar mais coincidente com as expectativas compartilhadas por um determinado universo de indivíduos.

Objetivando a estruturação de uma justificação ética da decisão, atualizada heremeneuticamente, porém calcada no contexto amparado nos precisos objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária, sem permissão de preconceitos de qualquer natureza (art. 3º, I e V, da CRFB),⁴³ prevalece, em grande medida, a alteridade da dignidade humana como finalidade última da resposta estatal (art. 1º, III, da CRFB/88).⁴⁴ Remodelando dogmas do passado por ação imperativa do Estado, e conferindo a mais ampla liberdade existencial aos diversos tipos de atributos encontrados no seio social, desde a arte, cultura, meio ambiente natural, até o desdobrar de formas de pensamento ainda recolhidos em si, em virtude do comportamento estatal arbitrário, anterior à Carta de 1988, torna-se imperativa a conformação de uma virada do rumo interpretativo, em comparação ao anterior discurso individualista do modo de ser jurídico, manipulador e mantenedor do “status quo” dominante.

Portanto, compreender o modo de ser do direito brasileiro, pós 1988, repercute inarredavelmente no compreender a Constituição em seu tempo histórico, com suas características mais determinantes como projeto de ser. Com efeito, representa um avançado e altaneiro percurso a ser construído abraçar a postura jurídica da concretização do programa lançado pelo Poder Constituinte, embutido no corpo do texto constitucional.

Retomando a condição especulativo-filosófica de perguntas e respostas, rememora-se, ainda, segundo Gadamer, que o papel atribuído a todo sujeito, na linha de que, por mais precavida e atenta que revele a sua postura, o intérprete não pode ludibriar-se frente às próprias posições prévias e antecipações de sentido. Assim, o filósofo anteviu, pelo movimento dialético, a eficaz pertinência dos testes de prejulgamentos, de modo a considerar em cada hipótese a possibilidade de sua alteração, quando se revele inverídica ou prejudicial à compreensão precisa sobre o texto. O mesmo raciocínio intelectual poderá ser aplicado ao

⁴³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...]

⁴⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

jurista-intérprete acerca do sentido do texto constitucional. A partir do desvelamento proporcionado por uma visão de abertura, apresenta-se possível a “des-ocultação” do sentido que subjaz velado no discurso mediano jurídico. Permitindo que o acontecimento histórico verbalize com toda sua originalidade, as marcas preconceituosas de ordem prejudicial desfazem-se, decaindo o véu que enfumaçava o próprio ser de um ente como fenômeno constitucional, que agora pode mostrar-se expresso.

[...] há que se buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados (*Ereignen*) do Direito, conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, *tornando-o visível!* Numa palavra: *deixar e fazer ver o fenômeno do Direito: é esta a empreitada hermenêutica*, uma vez que, conforme Heidegger, o conceito de fenômeno implica sempre um duplo sentido: *o que de si não se manifesta é condição de possibilidade do que aparece e pode-ser-levado a mostrar-se.* (STRECK, 2012, p. 375-376). (grifos do autor)

Consiste esse exame, essencialmente, na abertura de escuta do intérprete correlativamente ao texto como evento, fato; diz respeito literalmente em auscultar, ouvir aquilo que o texto tem a nos ensinar, de forma radicalmente profunda, levando em conta, às últimas consequências, o ser em si desse ente; exige o desfazimento do discurso cotidiano superficial e impensado da linguagem corrente, tomando como linha de intelecção a suspensão dos prejuízos inautênticos, responsáveis pela limitação de sentido do fenômeno investigado. A coisa, conseqüentemente, deve fazer-se valer, por si mesma, independentemente de qualquer ação subjugadora do intérprete sobre ela. “Mas essa neutralidade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma.” (GADAMER, 2016, p. 358). É preciso, É preciso, antes de tudo, que o ser-aí do intérprete ouça a voz silenciosa da consciência, e abandone seu campo de referência mediano calcado na indecisão decaída no horizonte hermenêutico estagnado, a fim de que todos os sentidos formados pela tradição nesse terreno, sejam articulados pela interpretação cuja responsabilidade lhe caiba a cada instante.

Por via dessa perspectiva de conteúdo produtivo às posições prévias de sentido, efetua-se a separação entre as que realmente correspondem ao senso latente no texto; a seguir o intérprete perpassa à conscientização do processo dialético de perguntas e respostas, proporcionando, uma alteridade ética com o passado,⁴⁵ e permitindo que o fenômeno do ser de cada ente manifeste seu sentido mais próprio, de forma original.

⁴⁵ O caráter ético da hermenêutica consiste em dizer que as opiniões prévias ou próprias do intérprete em relação ao texto não ficam esquecidas. Gadamer expressa o seguinte: “O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação a elas. (2016, p. 358).

Na semântica constitucional, o fosso hermenêutico engessado reflete evidentemente o esquecimento levado a efeito pelo jurista comum. Se vistas as condições mais marcantes da realidade social brasileira, depreende-se com certa facilidade a estagnação hermenêutico-temporal fixada na interpretação individualista codificada do século XIX. Dito de maneira mais expressa, a diferença ontológica, no caso da leitura hermenêutica constitucional representa um modo de pensar não condizente aos projetos, programas, direitos e garantias fundamentais inscritos no respectivo texto da Constituição de 1988, cuja tessitura na verdade, lança um incisivo projetar instaurador de diminuição radical das desigualdades de classe entravadas por via do preconceito, discriminação e exclusão de grupos. A reforma social e econômica descrita no texto de 1988, evidentemente, encontra-se para além do modo de aplicação judicial antevista pelo intérprete ordinário do direito brasileiro, reproduzida sob o viés encurtado de um “teto hermenêutico”.

Ora, o texto constitucional brasileiro elevado à hierarquia superior perante a ordem jurídica, por contradição, sofre um déficit de eficácia sem qualquer razão lastreada no direito em si, ressalvado o emprego da interpretação judicial que camufla a consagração de direitos, implícita ou explicitamente nomeados, acompanhados de seus respectivos instrumentos processuais e garantias de observância obrigatória pelos poderes instituídos.

Depreende-se daí que a tarefa participativa do sujeito na experiência do diálogo constitucional também repercute produtivamente na compreensão, em virtude do emprego de esforços para ouvir o que texto fala na temporalidade do presente. Eis a força compreensiva do movimento circular hermenêutico, em que o todo conversa com as partes e estas com o todo. Neste momento, mostra-se representada a ponte com o passado, pois o texto constitui a resposta a uma pergunta, colocando à prova a opinião prévia do intérprete, a qual, agora, entretanto, recolhe-se em suspenso. Cabe ao jurista levantar dúvida aos preconceitos prejudiciais ao projeto semântico da Constituição de 1988, causando o estranhamento indispensável para que as condições de possibilidade hermenêuticas desvelem o encobrimento manipulador de um novo paradigma democrático que habita o senso comum dos juristas.

Neste recolhimento alienador do poder-ser do intérprete, sobrepõe-se algo extremamente central e indispensável à clara explicação do funcionamento da arte do perguntar. Reconduzida ao questionar do texto, visualiza-se reformulação da pergunta inicialmente projetada, de acordo com o que foi transmitido ao intérprete. Todavia, a superação daquilo que ficou respondido num primeiro momento do passado fica a depender, na atualidade do presente, da compreensão adequada do horizonte histórico, pois o texto mesmo irá reavaliar sua resposta particularmente pela interrogação, segundo a qual

respondemos à pergunta com que a tradição nos interpelou. Isto é, a pergunta reconstruída impulsiona incessantemente o movimento circular em seus campos de sentido possíveis, nunca permanecendo em repouso definitivo, em relação ao seu momento histórico originário. (GADAMER, 2016, p. 487). A partir de então, apreende-se que os conceitos históricos carregados, ao longo do passado temporal, assumem modulações sujeitas às crenças próprias do interrogando, implicando uma reconquista destes conceitos. Eis a fusão de horizontes produzindo seus efeitos mais imediatos na atualidade pela compreensão. Somente bem compreendermos, quando é compreendida a pergunta, correspondendo, em síntese, à resposta dada a algo, cujo sentido, similarmente, não escapa às intenções semânticas do texto.

Finalmente, a constatação do fato de que a dialética de perguntas e respostas expressa equivalência à conversação ou diálogo hermenêutico autêntico configura o próprio diálogo, entre o “eu” e “tu”, do qual trata lógica da experiência de Gadamer. Contudo, neste plano, é imprescindível perceber que a resposta latente do texto repercute justamente da interpelação da tradição histórica que atinge o intérprete, cuja consciência se abriu para a experiência. Independentemente de um saber total, absoluto e irrevogável, essa experiência, sempre em movimento circular, traz novos sentidos para o ser-aí do jurista quem expressará a norma aplicável de maneira atualizada no presente, com novo olhar a cada giro.

4.5 Pergunta e resposta: produto da manifestação da circularidade hermenêutica

4.5.1 Necessária passagem pelo fio condutor temporal do círculo hermenêutico: da historicidade à fenomenologia

O homem apenas consegue compreender alguma coisa, quando questiona sobre ela, permitindo que ela mesma fale. Àquilo que foi exposto anteriormente acerca do saber e implicação da arte da pergunta e resposta como produto do conhecimento filosófico, impõe-se algo que, por si mesmo, permanece interessado diretamente às projeções de sentido que se almejam desvendar em cada situação hermenêutica.

De maneira resumida, o desenvolvimento teórico de um imaginário círculo hermenêutico perpassou a fase do historicismo, tido como técnica interpretativa universal, agraciada pela possibilidade de efetuar a compreensão. Um método propriamente configurado à tradição do conhecimento científico moderno perpassou seu legado, com objetivo de desvendar a verdade em relação a quaisquer modalidades de objetos, textos e formas de comunicação instituídas pelo homem no desenvolvimento das ciências e da arte. Diante do

contexto psicológico estudado no historicismo, a universalidade hermenêutica assegurava a almejada a conquista do verdadeiro, através de um itinerário metodológico, cujo ponto de início projetava um objetivo final, mais especificamente, aquele decorrente da descoberta da intenção do autor do texto.

Bem por isso, Schleiermacher elaborou e modelou a estruturação do círculo hermenêutico, operado por outros autores em contextos históricos posteriores, cujo funcionamento parte de um processo interpretativo por etapas. Nesse caminho intelectual, o intérprete avalia, a cada fase, os atributos do texto em sua adequação em relação à totalidade sua, com as respectivas partes, e vice-versa, estas não de representar o todo, sempre em conformidade com os aspectos objetivo e subjetivo.⁴⁶ Já na doutrina de Dilthey, o círculo sobrepõe a defesa das “estruturas” e “concentração de um ponto central”, mediante as quais se deduz a compreensão do todo, “[...] com isso transporta para o mundo histórico o que foi desde-sempre um fundamento de toda interpretação textual: que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo.” (GADAMER, 2016, p. 386).

Mister atentar que a descrição explícita do círculo hermenêutico, definitivamente, não garante simplesmente a descoberta da constituição psíquica intencional do autor de um texto escrito, ou ainda, permite empreender um método que discorra cientificamente sobre isso. Inversamente, a definição mais apropriada desse elemento circular, na perspectiva e no campo de uma fenomenologia hermenêutica, presta-se a explicar o encobrimento de essencialidades do ser, segundo a descrição ontológica fundamental de Heidegger, cuja retomada filosófica ao tema tornou fecunda a descrição da experiência desse elemento fundamental para compreensão hermenêutica. Particularmente, o filósofo ao diferenciar, ontologicamente, a estrutura do ser de um ente, mostra a diluição do conceito, ao simplesmente se autorizar a descrição do projeto, por uma metodologia dogmática, de inquestionável círculo vicioso, a qual cerra a possibilidade positiva (produtiva) do conhecimento mais originário.

Significa discorrer com precisão que a reflexão hermenêutica inicia-se por esta visão circular, e diante do panorama conjuntural da experiência compreensiva, assumindo o suporte da diferença ontológica, constituída unitariamente, produz-se um sentido ontológico virtuoso da experiência. Virtuoso, porquanto desinteressa, à prática hermenêutica, tão somente reproduzir hipóteses ou testar conceitos predefinidos pela ciência; ontológico, uma

⁴⁶ Rafael Tomaz de Oliveira enfatiza o viés metodológico circular que Schleiermacher introduziu para o fim de atingir a correta compreensão do autor de um determinado texto, evitando os mal-entendidos. A solução adotada cingiu-se justamente ao círculo hermenêutico, capaz de preservar em etapas a correta interpretação do texto. Com isso, Schleiermacher construiu uma abordagem sensivelmente distinta da tradição anterior. (2007, p. 126).

vez que introduz no projetar o sujeito-intérprete (*Dasein*), o qual se movimenta nessa circularidade de acordo com seu modo de ser existencial; por fim, unitária, haja vista que garante a relação entre modos de pensar da filosofia em harmonia com o conhecimento empírico (processo de pré-compreensão).

Reafirmada a questão da pergunta como modelo de projetar o significado mais original das coisas mesmas, permitido, logo, que o texto fale, substancial é visualizar que, no campo da fenomenologia hermenêutica, a interpretação correta evita armadilhas da objetificação originárias do dualismo metafísico. Nesse aspecto, de maneira nenhuma, concordamos que o círculo hermenêutico, enquanto componente representacional da experiência temporal do ser, percorreria os meandros de um método científico ordinário. Bem ao inverso, ele expressa, na realidade, uma posição eminentemente existencial, um modo, um “como”, ou um “enquanto hermenêutico” – designações que retribuem o fenômeno do acontecimento apropriador ou da apropriação a esse processo, cujas delimitações mais próprias serão explicadas à frente.

Aliás, oportuno enfatizar, que, mais tardiamente no cenário metafísico, a figura cognoscente do sujeito explicada na teoria do conhecimento retrata a ciência metafísica que opera exclusivamente sobre critérios analíticos, lógicos, metodológicos. Presta como representação dessa marca ocidental solipsista a “vontade de poder” assujeitadora, de Nietzsche, radicalizando epistemologicamente o individualismo moderno. Em outras expressões, a teoria solipsista permeada na filosofia ocidental promoveu a divisão entre sujeito e objeto, enlevando a categoria idealizadora do “eu penso”, às exigências de conceitos para controle dos objetos, independentemente da relação ou contextualização histórico-social do sujeito existencial com o mundo real. Essa ponte que dá acesso ao sujeito dos fenômenos como visto em nosso estudo constitui justamente a publicização da linguagem que, hermeneuticamente, compõe todo o entorno entre o pensar do ser-aí humano e o mundo descerrado, historicamente sedimentado por tradição.

Após a virada hermenêutica segundo estudos fenomenológicos de Heidegger e Gadamer, não se pode mais, a partir de então, afirmar que o círculo hermenêutico represente apenas um instrumento com a finalidade propícia de esclarecer algo ou descrever objetos, mas torna clara a premissa filosófica de mostrar o acontecer dos fenômenos e o sentido das condições de possibilidade em sua totalidade existencial. Esse direcionamento ontológico implica pertinentemente, na reflexão sobre a articulação da pergunta inicial que fazemos ao texto – objetivando desvendar o ser que, inevitavelmente, dialoga em sua essência com o ente que o envolve. Assim, busca-se, a seguir, a resposta que seja mais apropriada, independente

da reprodução de mero discurso prévio. Assim, o ser-aí na sua finitude de ser tem a possibilidade desvelar o ser mais originário da coisa em si, desconsiderando a questão discursiva mais rasa e superficial, a simples reprodução de conhecimento vicioso, perpassado tradicionalmente pelos dogmas metodológicos e metafísicos da verdade pura. Percursos científicos que apenas preparam o sujeito cognoscente para decodificação de fórmulas e esquemas para confirmação de hipóteses previamente esperadas estão de fora desse cenário hermenêutico, visto que controladas na experimentação epistemológica, e pré-definidas em seus conceitos.

Ao permitir autenticamente que a coisa mesma nos diga algo, e reconduza ao movimento dialogal a tarefa de explicar, dizer, falar, sobre o projeto de sentido mais apropriado, eleva-se o comportamento autêntico do filosofar pela entrega mais inclinada às coisas pelo sujeito-intérprete. Com efeito, elaborada a pergunta, sua antecipação de sentido articulada com a tradição interpõe na conversa certo tipo de orientação, correspondente ao conjunto dentro do qual o desdobramento do diálogo com o texto e reverbera seu ser fenomenologicamente marcado pela tradição: momento no qual a interpretação produtiva mostra sua potência, desconstruindo o caráter metafísico de toda objetificação e controle sobre o ente, cujo ser fora esquecido em seu horizonte mais originário.

4.5.2 O descerramento do ser de um ente como momento necessário na projeção do pensar a pergunta

A atitude do desvelar hermenêutico retoma árdua insistente preparação visando alcançar um encontro decisivo de radicalização em relação ao primeiro momento (visão cotidiana habitual de mundo), cuja sintonia mantém o ser-aí automatizado junto ao campo de sentidos, normalizante e normalizante, perdurando indefinidamente o encobrimento do ser. Todavia, no instante do pensar radical, desconstroem-se as visões de mundo sedimentadas pela tradição filosófica da metafísica. Significa dizer que o entregar-se originário à responsabilidade de ser surge como decisivo, despontando o poder-ser de formular a pergunta pensante, porque “[...] a própria palavra já desentranha algo (conhecido) e encobre, com isso, aquilo que deve ser posto no aberto em meio ao dizer pensante.” (HEIDEGGER, 2015, p. 85).

A partir deste horizonte do questionamento decisivo, Heidegger propõe uma visada negativa, cuja transformação decisiva no próprio homem possibilita o pensar que envolve o questionar sobre as aparências dadas, tornando-o o ser que detém o poder-ser de arrancar capas de sentido sobre a verdade dos demais entes.

Por exemplo, “decisão” pode e deve ser visada de início, por mais que não moralmente, de acordo com o movimento de levá-la a cabo, como ato do homem, até que, repentinamente ela vise à essência do próprio seer, o que não significa agora que o seer seria interpretado “antropologicamente”, mas o contrário: que o homem é recolocado na essência do seer e é arrancado das correntes da “antropologia”. (HEIDEGGER, 2015, p. 85).

Na obra *Ser e Tempo* de Heidegger, a recusa a todos os modos de assegurar-se da reprodução de ideias maquinais emoldura temporalmente o outro início do pensar filosófico. O pensar a coisa mesma constitui a libertação da “condição de possibilidade” de viés matemático; concebe-se a verdade do ser a partir de sua própria essência, pois a lógica da aparência de um ente à vista nada diz sobre a verdadeira condição em que se coloca o ser. A grande questão a ser enfrentada, então, reside em lançar decisivamente a pergunta pelo enfoque do acontecer existencial da coisa (ente), arrancando o enlace cartesiano científico, planejado pelo modelo dualista sujeito-objeto categorizador do ente.

Ao pensar a diferença ontológica entre o ser e ente, o homem (ser-aí) hermeneuticamente promove o encontro, pelo movimento do imergir e submergir, deparando-se com o recuo (encobrimento) propiciador ao descerramento da clareira, do modo de ser pela diferença ontológica. Conforme a explicação de Stein, quanto essa última expressão, o sujeito não age primeiro de maneira consciente, “[...] representando as coisas como seu senhor, para então, mediante uma decisão, renunciar ao domínio das coisas de desenvolver formas de conhecimento mais próximas de sua essência.” (2019, p. 108). Contrariamente, o espaço de encontro marcado pela diferença ontológica proporciona ao homem descobrir a presença de um esquecimento representado nas ciências metafísicas, que encobrem o caráter de mundo, impedindo a percepção do acontecer dos eventos que aparecem e desaparecem junto ao ser-aí.

Aproximando a diferença ontológica à centralidade da experiência hermenêutica, na expressão de Rohden (2005, p. 164-165), enxergamos, de plano, o significado do círculo hermenêutico: ele é um “enquanto” diante do qual se instaura um sentido propício a que o ser velado fale por si mesmo. Com efeito, a cada revisão do projeto de sentido realizado pelo intérprete, é remodelada a rota de um novo lançar da pergunta, com vistas a alcançar maior clareza da unidade do campo de manifestação de sentido. Nenhuma incorreção lógico-científica pode modular a orientação de um projeto inicial de pergunta. A constituição da própria ciência, imbricada por opiniões prévias e no anseio da busca por resultados experimentais adrede cogitados sobrepõe à pretensa imutabilidade das respostas.

Diante disso, cumpre ao intérprete que deseja, de fato, desvendar a verdade que se mostra no fenômeno predispor a readequar esquemas, métodos e cânones de interpretação pré-definidos, inerentes ao arcabouço do conhecimento metafísico. Objetivando apurar, conscientemente, seu modo de ser histórico no mundo, o sujeito experimentado modula suas expectativas caso verifique inadequações, sempre colocando à prova racionalmente, tempo e lugar em que se encontra, com questionar (pensar) as pré-compreensões prejudiciais produzidas pela herança histórica de um modo de pensar filosófico metafísico, no qual se vê inserido.

Associado a isso, a alteridade do texto, por sua vez, faz valer sua força, rigorosamente no momento em que o sujeito a contempla ao acolher receptivamente a opinião do parceiro. É fundamental que se diga que, por outra via, esse contexto encontra-se fora de cogitação na intenção marcada pela figura metafísica do sujeito cognoscente que visa o controle sobre as respostas emitidas. De conseguinte, a constituição situacional dos parceiros envolvidos é também desvendada dialeticamente, à medida que o esforço circular do diálogo vai se desdobrando. “A pergunta dialógica descobre tanto quem pergunta quanto quem é perguntado. [...] Na dialética dialógica refletimos sobre o sentido da existência humana, pois uma ‘vida que não é examinada não é digna de ser vivida’.” (ROHDEN, 2004, p. 197).

Enfim, sempre que entramos no círculo hermenêutico, chegamos com algo antecipado: o sujeito do conhecimento é posterior ao sujeito do existente, de modo invariavelmente na esfera da compreensão, constata-se a antecipação de sentido, já que somos aquilo que nos tornamos pela tradição. (STRECK, 2017, p. 28). Representada na circularidade hermenêutica um porvir incessante, a compreensão – a exemplo de um jogo do qual participamos, profunda e emocionalmente envolvidos –, dá forma à antecipação de sentido; e esta, existencialmente, impulsiona a produção do pensar da pergunta, à medida que compreendemos.⁴⁷ A propósito, confirma Gadamer (2016, p. 388) que a antecipação de

⁴⁷ Neste ponto vale a ilustração de Ruben Alves, quem reexamina, na interpretação, a descoberta, tal qual a formatação de um jogo, pelo lançar do questionamento até sua resposta: “Agora anota os movimentos das peças. Elas se movem de forma absolutamente regular. Tudo isto a simples observação lhe dará. Mas, e a lógica do jogo? Aqui a observação não chega. *A observação sugere mas não dá a resposta. É necessário imaginação.* Foi necessária muita imaginação a Copérnico, Galileu, Kepler, Newton e Einstein, porque o jogo de xadrez que eles observavam era muito complicado. A observação, sozinha, os teria deixado com a descrição do tabuleiro e do movimento das peças. A lógica do jogo tem de ser construída mentalmente, porque ela não é um dado como o são o tabuleiro e as peças. É esta lógica que, invisivelmente, preside o jogo. Quando é que o jogo termina? Peões, cavalos, torres, bispos e a rainha podem ser tomados. Qual é a peça que não é tomada nunca, sendo que o objetivo do jogo é a sua tomada? Aqui você encontrará as pistas para a sua imaginação criadora. A ‘coisa’ a que os modelos se referem não é dada à observação direta. Eles se referem a uma ordem oculta, invisível. Esta é a razão por que, muito embora a observação ofereça pistas para a sua construção, a imaginação é ‘o artista’ que dá forma a esta matéria bruta e informe.” (1981, p. 23). (grifos do autor)

sentido espelha um ato compreensivo, independente da subjetividade do intérprete, uma vez que aquela se determina “[...] a partir da comunhão que nos une com a tradição.”

Uma vez que a mera confirmação de hipóteses pessoais em relação aos textos ainda não reflete um círculo hermenêutico produtivo, sobleva imprescindível atentar para a advertência de Heidegger e Gadamer, para os quais surge uma

circularidade “eterna”, uma inesgotabilidade de sentido, pois todo ato filosófico está determinado permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Nossa tarefa consiste em “descobrir as próprias prevenções e preconceitos e realizar a compreensão a partir da consciência histórica” [...]. (ROHDEN, 2005, p. 166).

Dada a inadequação de propor uma interpretação única e última de um texto, Gadamer insiste que, do intérprete, espera-se assegurar, de maneira consciente, contra a arbitrariedade e de intuições repentinas, estreitezas de hábitos de pensar imperceptíveis, abrindo possibilidades, ao inverso, voltando o olhar para “as coisas elas mesmas”. (2016, p. 355). Apresentado o projeto de sentido estruturado pela pergunta, conclui-se que conhecida a abertura hermenêutica “[...] importa manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem.” (GADAMER, 2016, p. 355-356). De tal sorte, Gadamer citando Heidegger conscientiza o leitor de que

“[...] a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma.” (2016, p. 355).

Em outros dizeres, é preciso perceber que, diante da concepção fenomenológica, vem à tona a postura de colocar-se pronto para a escuta. Para isso, o lançar da pergunta realiza-se sempre num projetar de sentido ao longo do círculo hermenêutico, checando e comparando a correção quanto à predisposição das expectativas, com o objetivo de verificar se elas se confirmam na experiência em sua totalidade (consciência histórica). Evidentemente, a ideia circular, incessantemente feita durante processo hermenêutico, ensinará o teste sobre cada orientação de sentido; assim cada uma das partes ou momentos do discurso hão de confirmar se realmente exprimem a totalidade da experiência hermenêutica.

A par da circularidade do entendimento, avulta-se a realização de um projeto de pergunta adequado no momento de apreensão do fenômeno que vem ao encontro do

intérprete. E aqui tem lugar a explicação acerca dos efeitos da opinião prévia que Gadamer postulou para discorrer sobre o mais adequado diálogo hermenêutico, objetivando que a antecipação de sentido seja sempre à frente checada e confirmada. Aliás, a necessária checagem das consequências da opinião prévia está exprimida na opinião de Lenio Streck (2017, p. 257):

Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao ‘texto’, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova essa opinião a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.

Uma vez que o intérprete sempre há de possuir algum conhecimento prévio, um pré-conceito, uma visão ou opinião anteriormente constituída sobre o assunto, essa delimitação lhe permite ir lançando as questões, de sorte que as expectativas de sentido vão sendo confirmadas ou negadas, no processo de interpretação. Invariavelmente, o projeto de sentido total do texto há de sintonizar-se com o pensar a pergunta corretamente, produzindo a remontagem das partes do discurso ao seu todo racionalmente.

Dessa sorte, o entendimento daquilo que o texto responde irá variar de acordo com a elaboração do projeto prévio de uma pergunta, continuamente revisado ao longo da movimentação do pensamento hermenêutico. Atestando a cada momento a incidência dos juízos prévios, o intérprete efetua a suspensão destes, recuando no tempo a consciência histórica, permitindo exatamente que a distância temporal (fusão de horizontes) promova a condição de possibilidade de uma interpretação hermenêutica correta. Eis o teste consciente, sobre a separação dos bons (produtivos) e maus pré-juízos (improdutivos), incidentes sobre o fenômeno interpretado.

Em virtude desta apreensão de sentidos sobre o fenômeno interpretado, interpõe-se nesse ponto um questionamento de forma naturalmente imediata. Ante a condição humana de seres existenciais e finitos, encontramos-nos dentro ou fora do todo? Ou seja, posta definitivamente a questão temporal como premissa hermenêutica, a compreensão incorpora o intérprete como parte do fenômeno total compreendido?

Pela perspectiva hermenêutico-filosófica, de acordo com a qual o entendimento transcendente à mera objetificação das partes e do todo, sobressalta que, incorporando a linguagem elemento mediador fundamental para a compreensão, o questionamento filosófico mais originário impõe que nos apreendamos, ao mesmo tempo e dialeticamente, dentro e fora do âmbito circular, repelindo qualquer tipo cisão teórica. Tomada essa premissa fundamental, importa apenas notar que, de maneira nenhuma, a ontologia hermenêutica visa separar

momentos ou partes do todo. Considerando que o caráter circular harmoniza-se com esta dimensão ontológica, é de concluir que ficam de fora métodos de conhecimento, pura e simplesmente instrumentalizados por cisão analítica de elementos: sujeito-objeto, vigência-validade, norma-fato, etc., cuja categorização encerra, rigorosamente, apenas instrumental da tradição metafísica moderna.

Decorre daí que o movimento circular articula uma totalidade do horizonte de sentidos, com o qual invariavelmente lidamos na condição de seres racionais. O círculo manifesta-se onde nos situamos “[...] porque na filosofia, não lidamos com a compreensão dos objetos, nem com a compreensão da totalidade dos objetos, mas com o todo do nosso compreender.” (STRECK, 2017, p. 31).

Mais particularmente em razão destas constatações reflexivas, surge meio que naturalmente uma nova dúvida a ser dissipada. De que forma a ideia de circularidade hermenêutica assegura que cheguemos, inevitavelmente, a um entendimento adequado diante do sentido do texto, sem que um mal-entendido inerente à pré-compreensão do intérprete obscureça a compreensão mais originária sobre a coisa posta em questão?

Na verdade, Gadamer justifica a tarefa hermenêutica circular – isto é, avaliada coerentemente, desde o início do giro interpretativo, de acordo com o contexto global de sentido – na perspectiva de que aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas opiniões prévias particulares. À toda evidência, as concepções anteriores pertencentes ao sujeito que empreende a leitura de um escrito devem, na verdade, ser mantidas e não anuladas, durante o processo circular hermenêutico. Contanto que, de forma ativa, o intérprete atue conscientemente diante de suas representações pessoais em relação à contextualização do tema, aquelas não têm o condão de gerar qualquer ruptura, por si mesmas, na linha do conhecimento do objeto que vem à fala. Ao inverso, tais noções prévias reproduzem meramente preconceitos marcados junto ao modo de ser existencial do intérprete, e exprimem a condição de possibilidade da própria interpretação.

Prudente lembrarmos, nesta linha, a conhecida proposição gadameriana expressando exatamente: “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. (2016, p. 358). Isto é, o sujeito consciente da sua ignorância sobre o tema delimitado, ao se abrir para a escuta, não pode se deixar levar pelo arbítrio de suas próprias opiniões. É preciso, ao contrário, permitir que a coisa fale, mostrando-se receptivo à alteridade do texto. A menção da máxima mencionada significa precisamente dizer que, durante todo o circuito compreensivo, atentemo-nos à possibilidade de que os preconceitos não percebidos possam nos tornar surdos para coisa em si. Resulta da própria

natureza compreensiva do homem a incidência constante dos preconceitos herdados pela tradição, sobressaindo exatamente, do reconhecimento deste viés negativo, a possibilidade de ressurgir caráter construtivo e produtivo do movimento circular hermenêutico, para a interpretação e aplicação do direito, desaguando, por consequência, na imprescindível estrutura de abertura da pergunta.

Com efeito, o entendimento do ser-aí humano compõe-se das expectativas herdadas pela tradição. Ao nos depararmos com o texto sempre nos vem à tona propostas de perguntas à que ele se proporia a responder. Cabe, ao intérprete, logo, inquirir de acordo com a perspectiva histórica da tradição – seu modo de ser da atualidade, a cultura, religião, local, ciência e conhecimento – se a pergunta que se mostra como respondida pelo texto, e corresponde, de fato, ao conteúdo de sentido esperado pelo sujeito; ou, caso contrário, com o recuo no tempo (distância temporal), vale atestar definitivamente se foi possível separar algum pré-juízo, operando o obscurecimento do real sentido da resposta.

Relativamente ao aspecto produtivo da interpretação, Paulo César Oliveira (2017, p. 213) relembra a conexão de jogo do movimento imbricado na pergunta lançada e o sentido decorrente do círculo hermenêutico, sobre qual emerge, pela primeira vez, a adequação da pré-compreensão pela própria coisa tematizada, “[...] ao ponto de, em meio a essa leitura conjunta de preconceito e campo de sentido, aparecer o sentido total na fusão de horizontes.” Com efeito, a expectativa de sentido é resultado estrutural da concepção tripartida de horizonte hermenêutico de Heidegger: ter prévio ou posição prévia, o ver prévio ou visão prévia e o conceito ou concepção prévia:

O que Gadamer descreve é o jogo mútuo entre expectativa de sentido e preenchimento de sentido, de tal modo que o preenchimento parcial de sentido libera uma expectativa de sentido que atravessa todo o texto e que, inversamente, o preenchimento de sentido nunca se torna possível senão do contexto de uma expectativa de sentido. A expectativa de sentido remonta neste caso ao próprio leitor; ela é, dito com o conceito assumido por Heidegger, um “projeto”, isto é, a fixação de um âmbito de possibilidades, que pode ser resgatado pela ação concreta tal como o projeto de um arquiteto por meio da construção de uma casa. No entanto, aquilo que no caso do arquiteto se mostra antes como uma exceção, mostra-se aqui como a regra: o projeto sempre precisa ser corrigido uma vez mais no curso de seu resgate. Assim, ele se ajusta às experiências feitas a cada vez na leitura e leva, então, por fim, a uma compreensão daquilo “que se encontra aí”. A “tarefa constante” do leitor é, como Gadamer o diz, “a elaboração dos projetos corretos, substancialmente adequados, que, enquanto projetos, são antecipações que não se confirmam senão ‘junto às coisas mesmas.’” (FIGAL *apud* P. OLIVEIRA, 2017, p. 213).

Finalmente, essencial preconizar, ante o contexto de perguntas e respostas, aquilo que Gadamer anunciou como classe de problemas ou questões susceptíveis de não se colocarem como questionamentos autênticos, visto tratar de trivial abstração das apercepções. “Esse tipo de problema é tão insolúvel quanto toda pergunta que não tem um sentido unívoco, porque não está realmente motivada e muito menos pensada.” (2016, p. 490). Articulando apenas como instrumento de luta retórica sofista para desconcertar o adversário, em Aristóteles, o conceito de “problema” diz respeito a alternativas abertas cujos argumentos repousam no uso tanto a favor de um lado dos lados opostos quanto do outro (alternativas do opinar), ainda que, todavia, permaneçam em sua lógica dialética.

4.6 Pré-compreensão, tradição, linguagem e alteridade: vetores éticos da responsabilidade do julgador

Num diálogo descerrado para com a alteridade do outro, aquilo que o ser de um ente interpretado constitui permite clarear o velamento de sua essencialidade. Eis como se posiciona, em caráter situacional, o ser-aí do intérprete, cuja atividade dialogal comporta o atributo da responsabilidade de ser, a cada vez que se é.⁴⁸ Nesse enfoque do ônus existencial de ser, Heidegger pretende mostrar que a constituição de ser de um ente finito significa, antes de tudo, a impossibilidade de transferir para outrem a responsabilidade de ser sua própria existência, em cada momento que se é, de maneira a desonerar-se do peso da dinâmica intencional do existir. A nosso sentir, essa perspectiva promove para o intérprete o modo mais originário de empregar todo seu poder-ser, suas possibilidades mais decisivas, a cada momento existencial, na reconstrução do texto criado em seu sentido original, ao traduzir, de modo adequado, sincero e fiel, a pertença da tradição. Essa leitura histórica perpassa pelo entendimento histórico e atrai a própria abertura – proporcionada conscientemente pelo leitor em relação com o objeto posto. De outro ao passo, que este reposiciona de volta a resposta, confirmando, nos limites da pergunta lançada, o sentido atribuído sobre si, defluindo o horizonte hermenêutico transcendental de uma linguagem compartilhada.

Ademais, é relevante mencionar que a circunstância de haver expectativas rompidas, durante os projetos de sentido iniciais, de forma alguma, implica em contradição ou em anulação dos preconceitos. O fundamental nesse aspecto corresponde em manter a

⁴⁸ Dizemos aqui a expressão responsabilidade, designando a responsabilidade de deixar recobrar o acontecimento apropriador do ser e sua verdade mais originária como ser próprio e dotado do seu poder-ser suas possibilidades.

permanente abertura com o espectro total dessa circularidade, testando as partes em relação ao todo, de modo que não falte coerência com a totalidade do movimento circular.

Exercício mais originário deste processo hermenêutico, a compreensão, interpretação e aplicação do texto escrito notavelmente direcionam questionamentos ao sujeito, quem por seu turno, antecipadamente, atribui-lhe sentido em razão da pré-compreensão que inarredavelmente acompanha-o. Contudo, a designação de sentido então conferida ao texto, de forma nenhuma, contempla a concepção por um aspecto de instrumentalização técnico-cognitiva, mecânica, ou automática, sob risco de, assim procedendo, admitir imputações de conteúdo, deveras, subjetivas e arbitrárias, deturpando o caráter mais próprio da experiência hermenêutica e os efeitos históricos inerentes à fusão de horizontes.

Destarte, a tradição, na condição de temporalidade representativa do conjunto de efeitos historicamente constituídos num espaço e ocasião singulares, conduz a vinculação do intérprete junto a camadas sedimentadas da cultura, tornando preciso a escuta atenta do texto traga algo decisivo sobre este e o intérprete. No âmbito do direito, o julgador, na qualidade de ator deste processo produtivo de conhecimento, posiciona-se frente a um conjunto de determinações, imagens, conceitos, institutos, construtos e demais práticas definidas na linha temporal. Tanto pelos argumentos doutrinários especializados sobre determinado assunto, como também, à harmonia do conjunto histórico de julgamentos sobre um tema, a tradição presentifica na atualidade a transição condutora de raciocínio harmônico: traduz uma interpelação lógica, incontestavelmente, produzida historicamente e sedimentada por articulação de sentido em razão de um contexto ora específico pendente de solução.

Em vista da atuação harmônica desses fatores no direito, fala-se em responsabilidade de quem hermeneuticamente atribui sentido aos fenômenos e entes do mundo jurídico, com força vinculativa sobre terceiros. Sobretudo no caso do texto legal, sob a forma linguagem comunicacional e semântica, determinados julgadores, conferem, nada obstante, contrariamente, uma posição arbitrária e voluntarista a esta visão, ignorando aquele acervo histórico coerente, ao atrair unicamente para si a responsabilidade sobre verdade do desvelar dos fatos.

A propósito, a alteridade ética, transcendente da hermenêutica ontológica da faticidade, acentua um retorno incessante junto à temporalidade momentos da elaboração e atualização da lei, como antecipação de sentido,

[...] porque dela emanam sentidos que se entreabrem a cada vez. Como se um mais além estivesse sempre retido, a espera de se desfazer, no inevitavelmente aquém do texto jurídico. A solicitação hermenêutica é solicitação de responsabilidade. De responsabilidade infinita. Não há ato de interpretação exauriente, capaz, por assim dizer, de esgotar os sentidos da norma. (CARVALHO, 2018, p. 69).

Aperfeiçoada, com esta linha de intelecção, a leitura hermenêutica que se traduz em responsabilidade pela alteridade do texto inarredavelmente leva em consideração o princípio kantiano supremo da liberdade, já que este atributo fundamental do direito aparece como critério de validade do comportamento do sujeito em respeito aos elementos históricos herdados. A liberdade aqui empregada ostenta o critério kantiano da consciência livre do sujeito sobre a lei moral, como razão de uma máxima de imperativo categórico, portanto não submetida a inclinações externas sensíveis.⁴⁹ Ou seja, o respeito ético efetivado pela leitura do texto jurídico funda-se na própria autonomia do sujeito-intérprete ao observar a sintonia de sua máxima interna com a validez da justiça captada na lei externa. Todavia, em seu lado negativo, revela um contraponto a priori universal, em consideração à razão, retratada na figura do outro (texto), sem a qual seria impossível retomar o conteúdo atualizado e instaurado do objeto.⁵⁰

De fato, conforme haverá de ser explanado adiante, o elemento ético aplicável ao diálogo hermenêutico dessume-se primeiramente num sentido formal. Consolidado na razão universal, independente do resultado de certa experiência, mais interessa notar que a máxima gira em torno do acompanhamento sobre o comportamento transcendental, fundado na razão humana, porém guiado pelo lado sensível imediato externo. É dizer, a ética imanente do imperativo categórico, de que se falará oportunamente, manifesta a regra formal de comportamento própria do ser-aí humano na originalidade do seu mundo. Essa regra é orientada na objetividade da experiência sensível; todavia a experiência é movimento radical dado por intermédio da linguagem, mas ostenta validade e legitimidade, antes mesmo, no plano razão, no pensamento, exigindo a representação de uma forma a priori precedente, sem a qual sequer se poderia falar em linguagem. (SALGADO, 2012, p. 86).

⁴⁹ Consoante a lição de Joaquim Salgado, Kant busca traçar uma diferenciação entre o campo de aplicação do direito e da moral (ética em sentido estrito), revelando, no entanto, algumas características peculiares. Por exemplo a coerção da lei moral vige internamente, diferentemente, do direito, no qual a coerção detém caráter externo, assim como o fundamento na liberdade, deduzida por princípios a priori comuns. Já o imperativo categórico é o superior critério de validade do ético em geral, do direito e da moral, enquanto denota sua origem na vontade pura que legisla para si mesma, sob o pressuposto da autonomia. (2012, p. 75-76).

⁵⁰ Veremos mais à frente no Capítulo V como se operam os modos de imperativo categórico kantiano e seus juízos a priori, independentes da experiência.

Mais particularmente na seara jurídica, imprescindível referir que o panorama hermenêutico da faticidade encerra determinado controle, particularmente em função da prevalência de uma “comunidade de intérpretes”, elemento universal capaz de adequadamente criticar a atribuição de sentido, delimitado pela linguagem compartilhada (transcendental). Em paralelo a esta estrutura estatal, indispensável depreender que, no âmbito de um diálogo ético, cujo valor deita raízes na decisão responsável, portanto no seio da alteridade da linguagem compartilhada na comunidade, desautorizado é trazer, de pronto, uma solução ou sentença, adrede preparada ao diálogo hermenêutico. Eis o motivo pelo qual a vontade racional encerra um controle apriorístico legitimado por lei universal, frente à máxima da conduta ética. Porque diz respeito ao elemento mais relevante no âmbito do diálogo, a figura do parceiro envolvido e, também questionado, lança sua pergunta, responde sobre si mesmo – elevando a importância da dialética como movimento de conversação em relação ao próprio objeto em questão.

De acordo com a lição destacada por Rohden (2005, p. 197), o tema da vida e das decisões justas “[...] nos torna solidários uns com os outros, interessando-nos a própria essência da coisa, isto é, o que para todos é o bem comum, uma vida justa e feliz, constitui o objeto privilegiado da hermenêutica filosófica”. Ao mesmo passo em que se impõe o desenvolvimento de uma conversação profícua e sincera, encontramos-nos submetidos ao seu controle transcendente da linguagem, na medida em que o diálogo autêntico caminha para além de interesses particulares ou móveis internos e voluntários, de qualquer natureza, em confronto com a razão universalizante. Enfim, sob o enfoque mais apropriado da linguagem “comum-unitária” no diálogo hermenêutico, vem à tona a clara ideia de negação, à persuasão retórica ordinária. Isso porque, na arte das perguntas e respostas, o lado negativo do não saber, deságua na imersão reflexiva autêntica do entendimento compartilhado, como fator de racionalidade do pensamento sobre a coisa mesma, conforme elucida Ricardo Salgado (2018, p. 104):

Tem-se de vincular a ideia da arte de perguntar à ideia da arte de perguntar não ao sofista, mas, sim, a Sócrates, em que o resultado à que se chegará em qualquer diálogo que se tenha será o *logos*. Não o *logos* individual, mas, sim, a um *logos* coletivo, um olhar junto, na unidade de uma perspectiva, ou, em outras palavras vai-se chegar à dialética como “arte de formação de conceitos como elaboração da intenção comum”.

Marcado exatamente pela ética e desse *logos* coletivo – cujo envolvimento mais autêntico dos parceiros associa-se à autonomia de cada um e ausência de manifestação capaz de direcionar previamente um resultado –, o diálogo hermenêutico ostenta a

característica de liberdade.⁵¹ “Não podemos antecipar teleologicamente o que acontecerá e produzirá um diálogo”. (ROHDEN 2005, p. 198).

Logo, o diálogo como abertura necessária e suficiente a oferecer conteúdo produtivo da conversa estabelecida com intenção de escuta, considera o outro na temporalidade, acrescentando “[...] uma lógica própria, em que as regras do diálogo conjugam-se com a liberdade e criatividade humanas.” (ROHDEN, 2005, p. 198). Propriamente em seu ângulo de respeitabilidade da historicidade e contexto temporal que contempla o entendimento hermenêutico criativo, resta inviável ao sujeito-intérprete alterar sem constrangimento a diretriz daquilo que está em causa: o fenômeno compreendido, o acontecimento.

Continuando com a propensão dialogal de Rohden, notemos que o entendimento calcado na responsabilidade interage imediatamente e necessariamente a alteridade (texto, obra de arte, pessoa, tradição, etc.). Emanada daí inexoravelmente o componente elemento ético fundado, intersubjetivamente, no respeito à alteridade rumo à verdade, diante do conceito universal do nós:

Desse modo, a verdade que emerge no diálogo hermenêutico apresenta-se como uma moral (um modo universal de pensar e de agir). Isto implica que é na relação com o outro e na instituição do nós que vivenciamos nossa própria particularidade em uma contínua *transformação* (pessoa e social), que não é auto-anulação. (ROHDEN, 2005, p. 200). (destaque no original)

Por certo, na visão compartilhada da hermenêutico-filosófica e fenomenologia hermenêutica, a respeitabilidade à alteridade sobreleva, em qualidade e intensidade, a interconexão ética de transformação no processo compreensivo. Eis porque aqui superamos a individualidade subjetiva e teleológica das ciências empíricas, cuja instrumentalização do acontecer visa limitar o sentido da transformação dialógica, onde não se alcança, no entanto, sequer os rastros históricos da tradição.

Voltado o espírito da conversa para a figura do parceiro, confere-se, destarte, uma abertura desprovida de intenções arbitrárias em face da linguagem imanente do diálogo. Nesse sentido, toma relevância a posição ética, preocupada com o envolvimento do sujeito no processo hermenêutico, cujo equilíbrio efetivamente comporta maior significado às perguntas

⁵¹ É importante ilustrar a ideia de liberdade Para Hegel, no âmbito do espírito livre: “A vontade livre efetiva é a unidade do espírito teórico e do espírito prático: *vontade livre que é para si mesma como vontade livre*, enquanto ela se suprassumiu o formalismo, a contingência e a limitação do conteúdo prático rotineiro. Ela suprassumir da mediação que aí estava contida, essa vontade é a *singularidade imediata* posta por si mas que ao mesmo tempo é depurada na determinação *universal* da liberdade mesma. Essa determinação *universal*, a vontade a tem como seu objeto e meta enquanto ela se pensa, sabe esse conceito seu, é *vontade* enquanto livre *inteligência*.” (2017, p.274) (grifos no original)

do que às respostas, humanizadas na ideia socrática de saber que nada sabe. Conforme acontece na sucessão de séries de um jogo, em que o posicionamento dos jogadores, desde o início, se volta à sintonia harmônica da participação do conjunto, não se cogita, nesse ambiente, da manipulação experimental dirigida a resultado predefinido que tende a se confirmar por ato controlador do sujeito. Pelo contrário, a totalidade do nós proporciona a produtividade da transformação pela conversa, ao se somarem pontos de vista, opiniões e soluções, refletindo-se sobre o pensar da verdadeira objetividade hermenêutica.

4.7 O ser-aí projetado no horizonte histórico da linguagem e o “como hermenêutico” enquanto atualidade compreensiva na separação de pré-juízos legítimos e ilegítimos

Anteriormente durante nossas explicações, havíamos discorrido sobre o caráter de projeto jogado do ser-aí, em sua naidade originária. Vimos que o ser-aí, projetado na abertura do seu mundo, constitui seus modos de ser na temporalidade e os conquista, conforme as possibilidades que se dão, e nos limites herdados pelo sido.

Visto ser inadequado simplesmente falar numa existência anterior, que viabilize um acervo substancial do ser-aí, antes mesmo deste existir, conclui-se que apenas sendo, obviamente, o ser-aí descortina a abertura de um campo de possibilidades existenciárias. À medida que acontece a experiência existencial junto ao círculo hermenêutico, todo o sido, isto é, a relação imediata com o horizonte histórico herdado por tradição permite ao ser-aí – conquistando seus modos de ser – trafegar significativamente por um campo de interpretação, cuja antecipação, em meio à ocupação, sempre o requisita, a fim de o *ser-aí* realizar seu poder-ser, assumindo a si mesmo como fundamento de suas ações.

De acordo com a filosofia existencial de Heidegger e a contribuição da própria hermenêutica filosófica, o homem é marcado por uma incompletude ontológica originária, significando dizer que é destituído de uma determinação prévia por natureza. Porque “[...] não é social, político, animal, deveniente, não é dotado de genoma, de fenótipo, não se relaciona com o meio ambiente através de sinapses cerebrais, não tem raça, credo, etc.”. (CASANOVA, 2013, p. 84). Isto é, o ser-aí (*Dasein*) trata-se de ser totalmente indeterminado em si, contudo, vê-se lançado imediatamente no horizonte histórico marcado pela tradição. A partir desse lance jogado, o ser-aí, de saída e na maioria das vezes, deixa-se absorver pela manifestação significativa dos entes em sua circunvisão em meio a um projeto originário, dentro de um espaço temporal, o qual se denomina mundo, orientando-se, portanto, pela conexão de sentidos decorrentes da disposição dos demais entes em sua totalidade.

Essencialmente, importa perceber que, para o homem, vem à tona uma possibilidade única de conquista “[...] de uma medida em relação aos entes intramundanos, aos outros *seres-aí* e a si mesmo.” (CASANOVA, 2017, p. 186). Haja vista encontrar-se desprovido de faculdades originárias de como ser, a atribuição de um projeto de sentido depende necessariamente de um movimento contínuo de possibilidades que são invariavelmente atualizadas por meio da interpretação. A tais viabilizações, chega-se pela disposição de um horizonte constituído na tradição histórica, em meio do qual o ser-aí se vê abruptamente lançado, mais precisamente num mundo que é o seu. Determinado pelo movimento da faticidade, no universo materializado por características concretas, e não, contrariamente, pensado de forma abstrata, um conjunto de entes dispostos em articulação, compõem uma rede referencial circunvisiva e lógica, cuja sistematização direciona o ser-aí, inexoravelmente, para a aparição em seus campos de mostração às situações fáticas. De acordo com estas premissas semânticas, o homem familiariza-se, cotidianamente, com a disposição de uma série utensiliar interconectada no campo de sentido determinante às suas interpretações cotidianas, no qual, normalmente, se deixa absorver.

Em tal contexto temporal, ocorre a denominada hermenêutica da faticidade, cuja descrição objetivamente propõe a articulação do fenômeno ontológico do ser-aí com seu tempo, colocando em foco suas características mais fundamentais. Jean Grondin, por exemplo, reconhece que a proposta de Heidegger é orientada na elaboração das próprias possibilidades de existência do *Dasein*, “mas é a própria existência que cabe elaborar a hermenêutica da sua própria faticidade e que, em certo sentido, ela pratica de maneira mais ou menos *inconsciente* pelo fato de já viver no interior de algumas interpretações.” (2012, p. 41).

Todavia, mais que nunca, é preciso ao ser-aí humano liberar-se da sonolência das interpretações alienantes do seu ser, em meio às ocupações automatizadas das tarefas diárias, numa tendência de desoneração da responsabilidade ser o que se é. Tornar efetivamente atento o seu próprio ser à inescapável preocupação desviante do seu caráter mais expressivo, e expulsar a alienação profunda que o reconforta, mas que, assola a si mesmo, constitui a proposta radical da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, enquanto espaço tomar a interpretação como possibilidade de ser o ser finito que se é em seu caráter existencial. (GRONDIN, 2012, p. 42). Por conseguinte, a elaboração de uma hermenêutica da faticidade possibilita a interpelação da própria existência finita de ser, de acordo com a assunção mais autêntica da responsabilidade do ser-aí, em posição fundamental para a tomada de suas decisões, numa temporalidade que é a sua. Não se admite, por outro lado, que a essência do ser simplesmente se deixe carregar pelas significâncias cotidianas, nunca

questionadas. Para além disso, a conjuntura existencial finita do ser-aí-intérprete põe em questão justamente o modo de ser deste que carrega consigo, no veio da tradição herdada, uma extensa carga de conceitos prévios e pré-juízos, formados objetivamente, no horizonte temporal, os quais respondem pela antecipação de sentido no entendimento.⁵²

Não se pode negar que a tarefa própria da hermenêutica consista por em jogo o despertar do ser-aí justamente à decisão em relação às possibilidades de ser que o se é, ante seus modos de ser a cada instante, evidenciando o desdobramento das posições compreensivas e antecipações de sentido. Eis o “como hermenêutico” ou enquanto da compreensão, visto que sempre estamos interpretando o mundo. A fenomenologia ontológico-existencial de Heidegger traz à tona exatamente o acontecer interpretativo que resulta dos sentidos articulados no horizonte hermenêutico de manifestação dos entes em geral pela faticidade:

A descoberta do ente como ente, portanto, não se dá exclusivamente no projeto compreensivo do sentido, em virtude do qual o campo de possibilidades se descerra. Tal projeto depende antes da atualização de si em meio à dinâmica de realização da interpretação. [...] É só na interpretação, portanto, que algo aparece enquanto algo, porque é só na interpretação que algo plenamente vem ao nosso encontro a partir de um campo compreensivo que se torna expresso. Estamos aqui diante, então da famosa noção do “como hermenêutico”. (CASANOVA, 2017, p. 186-187).

Conseqüentemente, depreende-se a presença de algo previamente compreendido, de forma antecipada; primeiramente, pela compreensão que seja capaz de viabilizar a atualização interpretativa de cada possibilidade. Segundamente, algo aparece enquanto algo, ou “enquanto” ou “como hermenêutico”. Mais precisamente, significa dizer que o ser-aí atualizando temporalmente os significados emergentes do campo de manifestação, efetivamente participa interpretativamente do movimento historicamente constituído na totalidade. Sucede daí invariavelmente a noção primordial de que as coisas não aparecem como elas realmente são em virtude de um enunciado singular qualquer do ser-aí, mas dentro de um conjunto harmonioso do círculo hermenêutico.

Por sua vez, a constituição mundana de sentidos que se apresenta no próprio campo de mostraçãõ historicamente sedimentado reúne a significação existencial própria dos entes, todavia acobertada no conforto do esquecimento alienado do ser-aí impróprio, que se

⁵² Decerto a partir da leitura posterior a Dilthey, já no início do Século XX, o estudo da hermenêutica sobrepuja à premissa de que não existe *tabula rasa* no âmbito compreensivo do sujeito, tornando uma “[...] disciplina que deve rejeitar o subjetivismo da interpretação, a fim de fundar a pretensão de objetividade das ciências humanas. Aqui se pressupõe que não se pode entender ‘objetivamente’ a não ser que sejam descartados os pressupostos do intérprete e de sua época.” (GRONDIN, 2012, p. 50).

deixa absorver nessa lida normalizante e normatizante: “A cotidianidade mediana, portanto, é precisamente determinada por um esquecimento da faticidade, e, por conseguinte, por uma tendência inercial para o descuido e o descaso com tal faticidade.” (CASANOVA, 2019, p. 75). No entanto é preciso que o ser-aí seja chamado de volta para si mesmo, para sua condição fática correspondente ao seu poder-ser mais próprio, de acordo com a qual ele pode assumir plenamente seus modos possíveis de ser, a cada vez, de acordo com o espaço existencial de realização de si.

Na verdade, a rede compreensiva mesma é conduzida por antecipações de sentido, ditadas pelo cuidado de si no horizonte da própria existência. Assim, o ser do intérprete, necessita enlevar e lançar-se de seu ente, para que, descerrando o obscurecimento do abandono do ser, ele possa uma vez mais ser ele mesmo, e então se permitir hermeneuticamente e desvendar, na mais plena originalidade, a verdade do ser dos entes que lhe vem ao encontro:

É preciso então franquear um novo acesso a ela. Para tanto, Heidegger propõe seguir o método fenomenológico, que, inicialmente, supõe um sentido proibitivo: tudo o que será dito dos fenômenos deverá ser objeto de uma legitimação direta. Ora, a dificuldade com o ser é que ele não se mostra, e a questão foi atualmente abandonada, tendo ficado recoberta pela problemática da teoria do conhecimento. (GRONDIN, 2012, p. 43).⁵³

Posta acima a questão da possibilidade fenomenológica da aparição de algo enquanto algo, permitindo que a própria coisa fale, confirma-se o fato de que a compreensão, na condição de fenômeno próprio do movimento existencial do sujeito, origina-se do horizonte histórico de sentido onde o intérprete encontra-se existencialmente situado, colocando em jogo seus pré-conceitos e antecipações prévias de sentido. Eis então que surge um relevante questionamento, impulsionado de forma imediata. Mas, já que a aparição de algo enquanto algo, permite que a própria coisa fale, haveria aí um tipo de inversão de paradigma, uma vez que aquilo que se alienou, escondeu-se na história da metafísica, não se vê?

Reportando ainda à lição de Jean Grondin, despertamos para o fato de que o esquecimento reproduzido na teoria do conhecimento científico nada tem de casual. “Esse recobrimento se funda, realmente, numa autodissimulação da existência, que, ao ocultar o tema do ser, busca, sobretudo, esquivar-se de seu ser finito e mortal.” (2012, p. 44). Em suma,

⁵³ “Trata-se de outra maneira de dizer que não existe *tabula rasa* do entendimento. Ora, contudo é essa ideia da *tabula rasa* do entendimento que a metodologia científica quis impor à hermenêutica do século XIX, especialmente com Dilthey.” (GRONDIN, 2012, p. 50). (grifos do original)

reverbera na explicação de Grondin o “como” da virada existencial pensada por Heidegger, isto é, o discurso de um duplo esquecimento na história da metafísica. O primeiro, ligado à construção mesma de um encobrimento, a partir da conjuntura intencional pelo encanto da técnica calculista e maquinação sem limites, niilista, superficial carente de fundamento; o segundo, acoplado ao tema do esquecimento da sua própria existência como ser “[...] isto é, o esquecimento de si mesma como tarefa e como projeto [...]”. (2012, p. 44). Em ambas as hipóteses de encobrimento, Heidegger propõe sua destruição, a partir de uma reconquista, um redespertar, visando pôr a descoberto os motivos pelos quais se velou o ser, quando deixou de abordar o tema filosófico fundamental da existência e finitude.

Ao mesmo tempo, o conhecido processo de fusão de horizontes capitaneado na obra de Gadamer proporciona o descerrar na sua funcionalidade mais exata, dentro desse mesmo contexto radical da filosofia analítico-existencial de Heidegger. Explicitando que o homem, ao compreender, vê-se afetado, interpelado pela pertença à tradição – independentemente do que se interpreta (um texto ou uma obra de arte) –, ele põe-se no lugar do outro, para compreendê-lo em sua originalidade mais verdadeira:

Acreditamos estar compreendendo quando vemos a tradição a partir do ponto de vista histórico, isto é, quando nos deslocamos à situação histórica, procurando reconstruir seu horizonte. [...] Surge então a questão de sabermos se essa descrição atinge realmente o fenômeno hermenêutico. Existirão aqui realmente dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende se deslocar? [...] Nesse sentido, será que podemos dizer que existem horizontes fechados? (GADAMER, 2016, p. 400-401).

Frente a tais questionamentos, Gadamer mesmo responde a questão por ele colocada, discorrendo tratar estes horizontes de uma espécie de trajeto no qual trilhamos cotidianamente em nossa história, carregando conosco toda nossa identidade cultural, religiosa, familiar, etc. E, juntamente com o homem, o horizonte histórico sedimentado confere sentido às coisas mesmas, pois o intérprete transita precisamente, no “[...] horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento.” (GADAMER, 2016, p. 402).

Ao se atribuir ao horizonte do passado a determinação da tradição, assujeita-se o intérprete uma ascensão à totalidade do movimento compreensivo circular, bem assim à proporção da operação consciente, num esforço pessoal daquele que compreende. Surgida a tensão proveniente do encontro com a tradição, a consciência histórica do intérprete assume a tarefa de distinguir, separar e colocar em jogo os preconceitos que aquele traz consigo desde-

sempre. Evidentemente, neste processo de tensão, sucede o que Gadamer chama de “situação hermenêutica”, em cujo momento opera-se justamente a fusão desses horizontes históricos, do presente e passado, mediados pelo intérprete – situação fundamental na qual nos distanciamos de eventual equívoco, causado por nossas opiniões prévias, particulares e pessoais, em especial valores inerentes à nossa cultura e também ao nosso modo de ser. Bem por isso, decisivo, à tarefa fenomenológica existencial, o comportamento de não dissimular a presença natural dessa tensão, um estranhamento da essenciação do ser que nos diz algo. Contrariamente, o que mais importa, aqui, subjaz na consciente suspensão dos prejuízos capazes de obscurecer a totalidade do verdadeiro que se mostra na compreensão.

Assim, de uma forma meio que automática, surge uma pergunta elementar. Como adequadamente distinguir pré-juízos legítimos daqueles ilegítimos que obscurecem a verdadeira essência do ser, tornando inviável o entendimento? Decisiva é a proposição de Jean Grondin (2012, p. 70), para quem os preconceitos não legítimos, indesejáveis, cuja racionalidade do intérprete cumpre superar, remetem a Gadamer quando realiza a descrição de um retorno histórico do sujeito no passado. Logo, a distância temporal aparece como modo imprescindível de realizar

[...] a triagem entre os bons e os maus pré-juízos. Vemos isso, por exemplo, na arte contemporânea, mas também em filosofia: como distinguir as contribuições importantes e originais daquelas que o são menos? Aqui, só o recuo no tempo oferece algum socorro, permitindo aos grandes progressos emergirem e se fazerem valer. (GADAMER, 2016, p. 405).

Por esse viés, Gadamer irá reapreciar o funcionamento do ato intencional da aplicação hermenêutica. Segundo o filósofo, este passo remonta novamente à fusão de horizontes, a partir da consciência histórico-efetiva, resultando em tema central da hermenêutica. (2016, p. 405). Em paralelo, para Jean Grondin, há que se entender o passado, sem abandonar o horizonte do presente, afastando, sem mais, os prejuízos prejudiciais do intérprete: “É, na realidade, traduzir o passado na linguagem do presente, onde se fundem os horizontes do passado e do presente. [...] Mas essa fusão do presente e do passado também é, mais fundamentalmente, a do intérprete com aquilo que ele entende.” (2012, p. 73). Evidentemente, a conclusão pensada por ambos os autores implica em manter o respeito ao acervo cultural herdado pelo intérprete.

Ainda de acordo com Grondin, Bultman chega a propor que os pré-entendimentos, a fim de que deságuem no adequado entendimento, não devem simplesmente ser eliminados, mas ao inverso, suspensos, e levados ao nível consciente, provando-os, um a

um, por meio do texto. Portanto, diante desta visão, a participação efetiva do intérprete comporta aquilo que efetivamente é dito, distanciando-se o sujeito de uma mera posição “estetizante” do entendimento. Este modelo participativo aproxima-se deveras da dinâmica de um jogo, cujo objetivo reacende o movimento da existência da própria coisa, como possibilidade. Isso porquanto, a partir da mais originária apercepção de nossa existência, como entes cujo ser se apropria de acontecimentos presentes na totalidade do mundo, viabiliza-se a revelação, semelhantemente, da alteridade outro, independente de uma resposta a ele predeterminada. Trata-se do caminho pelo qual o intérprete conscientiza-se, provando-o, e permitindo “que o entendimento possa ser questionado pelo texto e que, dessa maneira ele possa ouvir sua reivindicação (*Anspruch*).” (GRONDIN, 2012, p. 58-59).

De tudo que foi coligido no presente tópico, deparamo-nos a um ponto conclusivo, segundo o qual a pré-compreensão orientada pela própria coisa transparece no mais das vezes no acontecimento apropriador compreensivo, marcado como um dos modos primordiais do “enquanto hermenêutico”. Enfim, quanto mais pormenorizadamente o intérprete aproxima-se da distância dessa coisa como um ente questão, na clareira do encobrimento mais expressivo daquele ente, os contornos hermenêuticos do diálogo irão compor a dimensão compreensiva autêntica. No mais, pelo diálogo hermenêutico, a suspensão das pré-compreensões mais enlevadas para plano do direito permite que o ser-aí do intérprete, a partir decisão tomada pela abertura de uma totalidade de mundo, coloque a formulação decisiva para a essência da verdade do ser do caso em apreciação.

4.8 Primazia da pergunta enquanto experiência hermenêutica na aceção da “concepção prévia da perfeição”

Vimos anteriormente que a estrutura do círculo hermenêutico desenvolvida na doutrina de Schleiermacher tinha o objetivo de preservar o sentido original do texto, e, conseqüentemente, atingido estava o objetivo de alcançar a posição compreensiva que o próprio autor conferiu a certo escrito. O famoso adágio, “entender o discurso, de início, ao bem e, posteriormente, melhor que seu autor”, retoma precisamente o próprio modelo de reconstrução das partes pertencentes à unidade, pensada por aquele filósofo; a expressão assim denominada compatibiliza-se à hermenêutica psicológica, cuja característica eminentemente procedimental e formal, compunha, enfim, um ideal analítico específico das ciências da natureza, a exemplo de uma via de explicação genética – vertente genética e psicologizante brotadas no início do século XIX. (GRONDIN, 2012, p. 29).

Todavia, imperioso relembrarmos que a consciência sobre a questão histórica do texto, escrito ou falado, fora esquecida durante várias décadas, apenas sendo retomada posteriormente mediante a reformulação teórica do círculo hermenêutico por Heidegger. Este pensador foi quem, em meados do século XX, dotou à expressão uma feição ontológico-existencial, contribuindo com decisiva transformação para a ciência da hermenêutica.⁵⁴ Notável, neste caminho, é a análise de Gadamer (2016, p. 388), ao confirmar que a descrição heideggeriana traduz a permanente movimentação da pré-compreensão, ao longo do processo interpretativo, quando os elementos das partes e o todo não se dissolvem, realizando sua constituição mais autêntica.

Similarmente, temos a descrição feita por Rafael Oliveira consignando que Heidegger, na verdade, efetuará uma modulação tão profunda no processo hermenêutico, a ponto de o sentido mais ordinário desse campo de estudo encontrar-se sujeito a uma destruição radical em sua estrutura essencial. Com efeito, “[...] Heidegger estabelece um novo lugar para a hermenêutica e para o *Círculo Hermenêutico* de Schleiermacher. O nome da obra causa já impacto: *Hermenêutica da Faticidade*.” (2007, p. 126).

Antes mesmo de recolocarmos as implicações primordiais do caráter ontológico da hermenêutica da faticidade com foco na primazia da pergunta, sobrevém, no momento, a necessidade de expor outras consequências da experiência hermenêutica no campo da fenomenologia. Mais de perto interessa a explanação do conceito formulado por Gadamer, atinente à “concepção prévia da perfeição”.

Partindo do conceito de círculo hermenêutico, temos que a concepção exposta por Gadamer origina-se propriamente de uma releitura transformadora do conceito de círculo hermenêutico na nova e atualizada percepção introduzida por Heidegger. Conforme destacado anteriormente, a antecipação de sentido da pré-compreensão sobre as coisas na totalidade, permanentemente, corresponde à captação total do entendimento; já conjunto do todo e suas partes, conseguintemente, em nenhum momento se desvanece, não se interrompe, sequer, pelo alcance do entendimento sobre o objeto, alcançando aí, aliás, sua realização mais autêntica. (GADAMER, 2016, p. 388). Essa compleição compreensiva heideggeriana, de conseguinte, remanesce desprovida de atribuições fixas, objetivas ou subjetivas, necessárias; tampouco exprime natureza formal, substancial ou metódica. Contrariamente, transita eminentemente no

⁵⁴ O elemento da existência em Heidegger predispõe certo saber, uma intenção determinada por expectativas e diante de certa conceitualidade. Isto é dizer que, nesta percepção, a conjuntura do entendimento circular para emana da concepção de ausência de *tabula rasa* do entendimento, em forma de alguma antecipação prévia, distanciando-se da metodologia hermenêutica desenvolvida no século XIX, principalmente por Dilthey. (GRONDIN, 2012, P. 50).

espaço herdado da tradição que o intérprete a leva sempre consigo, espalhando seus efeitos positivos mais originários na compreensão, frente ao modo de ser, num eterno retorno contínuo. Cinge-se, logo, a um processo de incessante intercâmbio da experiência com o ente em sua totalidade, instaurando a formação da apreensão de sentido, no rumo da participação plena do sujeito, consciente de sua própria existencialidade, no acontecer comunicativo com tradição.

Nada obstante, relevante ter em mente que, concernentemente ao aspecto do funcionamento do círculo hermenêutico, uma dinâmica distinta ressurge ainda. Trata-se notadamente dos esforços de escapar incessantemente às opiniões prévias do intérprete, que insistem em se instituir, de algum modo – retomando a opinião prévia –, quando do surgimento da proposta de pergunta a ser lançada ao texto.

Explicando melhor essa descrição, Gadamer enfatiza que, evidentemente, ao iniciarmos a conversa com interlocutor parceiro e escutarmos sua fala, ou ainda, ao fazermos a leitura de alguma carta, livro ou outro documento escrito, tomamos a plena consciência de que, a princípio, aquilo exposto à nossa sensibilidade imediata cuida, na verdade, da opinião ou ponto de vista do parceiro de conversa, ou o autor do escrito, e não ao contrário, nossa própria opinião. Do ponto de vista fenomenológico, entretanto, é indesejável supor que, à medida que tomamos essa consciência, tal noção permita facilitar a compreensão, notadamente em virtude de encontrarmos-nos atentos à separação daquilo que aparenta constituir a opinião do autor do texto e a nossa pré-compreensão. Muito antes contrariamente, explicita Gadamer que essa pressuposição conduz, na verdade, a nova dificuldade a ser ultrapassada, porque as opiniões prévias obstativas à adequada compreensão podem permanecer despercebidas, portanto, em latente inconsciência. (2016, p. 357).

Ante as consequências instauradas na modulação circular sugerida por Heidegger, aflora, portanto, para a lição de Gadamer, como sucedâneo, a ideia denominada de concepção prévia da perfeição. Gadamer atribui a ela uma espécie de orientação preliminar recorrente em toda compreensão, contudo sem negar o componente formal imanente da unidade de sentido perfeita; representa um caminhar procedido de maneira contínua, participativo, gradativo, porém não indutivo, no propósito último de atingir o raciocínio hermenêutico perfeito, pleno e completo, mas adequado conforme a verdade de seu tempo. Melhor dizendo sobre essa orientação, Gadamer almeja, por uma diretriz transcendente, guiada por expectativas de sentido, a cada caso, formar uma indagação ao sujeito-intérprete, cuja finalidade cinge-se a manter a relação deste com a verdade do objeto investigado. Logicamente, a desilusão desta experiência reluz sua negatividade, justamente em virtude do

recorrente estremeamento sobre expectativas articuladas no espectro hermenêutico. Diante disso, sucede a dor, espanto, choque, angustia e sofrimento inerentes da finitude humana, revelando os limites, tal como um quadro total, pertinente à antecipação de sentido.

De qualquer modo, o percurso da experiência finita do compreender humano, de forma alguma, significa admitir pura e simplesmente a constituição de um plano dogmático da vivência hermenêutica do sujeito em virtude do seu viés transcendente. Ao inverso, abstraída a negatividade e sofrimento atinentes à abrupta quebra de expectativas frente à interpelação da situação hermenêutica, vem à tona a estrutura da historicidade cuja aderência ao ser-aí revela os delineamentos incompletos mesmos no campo lógico do saber. “Na experiência os poderes que o homem tem de actuar e os planos racionais que faz encontram os seus limites.” (PALMER, 2015, p. 200).

Justamente, porque o caráter dialético guarda pertinência com a negatividade de toda interrogação verdadeira, o direcionamento negativo desta experiência perfeita impulsiona o intérprete a perpassar por num plano no qual ele antecedentemente apresenta algum conhecimento do assunto em questão. Talvez, em razão disso, Palmer haja destacado que a interrogação lançada ao texto equivale à diluição da negatividade, defluindo no conteúdo impreciso. “Isso sugere a famosa ‘docta ignorantia’ socrática que revela a verdadeira negatividade subjacente a toda interrogação.” (2015, p. 201).

Mediante a dialética de pergunta e respostas, o propósito socrático perseguido reverbera o questionar sobre o impensado das crenças habituais de seu “[...] interlocutor para posteriormente, assumir sua ignorância e buscar um conhecimento verdadeiro. O método socrático busca afastar a *doxa* (opinião) e alcançar a *episteme* (conhecimento).” (MENESES, 2019, <https://www.todamateria.com.br/metodo-socratico-ironia-maieutica/>).

Essencial notar que, dos diálogos platônicos, a ironia socrática sobressai como elemento de descoberta, destinado ao revelar a verdade que habita no ser. O procedimento adotado, pois, introduz o processo de obscurecer e clarear, justamente conforme o pensar mais essencial e originário da fenomenologia hermenêutica. O tom irônico de encobrir as ações ou qualidades positivas e virtuosas constitui caminho aplicável à esfera filosófica que potencializa e proporciona o grau mais enfático apreensível à consciência do homem: a sabedoria. “Por conseguinte, neste plano, a ironia será o ocultamento da própria sabedoria: ‘só sei que nada sei’.” (RODRIGUES, 2019 p. 34-35). Sócrates, a nosso ver, atua escondendo seu próprio conhecer, porém, seu comportamento indica, na verdade, algo de magnânimo,⁵⁵ espelhado na

⁵⁵ “O homem magnânimo, tomando o caso da magnanimidade mencionado por Aristóteles, ou seja, a posse da fortuna, é aquele que sabe em que situação ou lugar e diante de quem expressar as qualidades e méritos

humildade, inteligência no trato e distinção a diferentes tipos de pessoas, de parceiros de diálogo, visando a possibilidade de escuta e interlocução verdadeira. Isto é, a atitude dialógica socrática imediatamente produz o conhecimento prático de quem realmente deseja saber, permitindo a abertura da escuta e do pensar alheio, tomando verdadeira distância do raciocínio sofista da época, levado na base da argumentação vazia de conteúdo.

Essencial perceber que a ironia de Sócrates e seu modo de articular ironicamente provocam aceção próxima ao produto da hermenêutica ligado à antecipação de sentido. Repousa no jogo dialógico a imprescindibilidade de compreender a natureza do tema discutido, para que seja viável o aprendizado. De fato, a postura platônica preconiza a unicidade dos momentos de compreensão do ensinamento:

Se deve prestar a mesma atenção ao como e ao quê. [...]. Ao menos em um começo, se deve prestar mais atenção à forma do que à substância, dado que o significado da substância depende da forma. Se deve suspender o interesse por questões mais sérias (as questões filosóficas), a fim de se focar no estudo da questão meramente literária. (RODRIGUES *apud* STRAUSS, 2005, p. 82).

Com a perspectiva dialética da negatividade, a falsidade poderia ser afastada com a aparição de uma verdade. Em síntese, o modelo parte da ironia, que significa perguntar fingindo não saber (negatividade), afastando eventuais pré-conceitos ou pré-compreensões existentes no acervo da tradição, inerentes ao mundo do interlocutor. Segundo esse processo, aquele que questiona sobre algo, intencionalmente, busca colocar-se numa posição de humildade, derrubando suas crenças e demonstrando seu não saber sobre o tema inquirido. Seguidamente, aparece como critério de pesquisa pela verdade, a maiêutica. Esse método reproduz a etapa da arte da pergunta equivalente ao “parto”, quando se esforça por dar a luz, revelando o conhecimento que não se encontra naquele que questiona, mas no próprio o interlocutor, visando que este formule o seu próprio conceito sobre o tema.

Na verdade,

Sócrates compreendia que as ideias já estão dentro das pessoas e são conhecidas por sua alma eterna. Entretanto, a pergunta correta pode fazer com que a alma se recorde de seu conhecimento prévio.
Para o filósofo, ninguém é capaz de ensinar alguma coisa a outra pessoa. Somente ela mesma pode tomar consciência, dar à luz a ideias. A reflexão é a forma de atingir o conhecimento.

relacionados à sua pessoa, a fim de não gerar impressão inadequada ou constrangimento aos seus pares.” (RODRIGUES, 2019, p. 34).

Por isso, é importante concluir a maiêutica. Nela, a partir da reflexão, o sujeito parte do conhecimento mais simples que já possui e segue em direção a um conhecimento mais complexo e mais perfeito. (MENESES, 2019).

Diante do questionamento sobre temas simples, Sócrates coloca em evidência pontos contraditórios que se aportam no pensamento do interlocutor, chamando a atenção em face de preconceitos provenientes da tradição. Para tanto, faz uso da forma da maiêutica, tornando ativa e participativa a reflexão do parceiro de diálogo, quem irá por si mesmo, chegar a concordar conclusivamente com a contrariedade do seu pensamento anterior. Conseqüentemente, temos que a imanente tarefa da hermenêutica é guiada por esses limites de sentido. É algo muito similar à teoria de Gadamer, na medida em que o campo da hermenêutica fenomenológica ostenta o caráter de universalidade do entendimento sobre algo como algo – este gira em torno essencialmente do ter-prévio, ver-prévio e conceito-prévio tratados na ideia da maiêutica socrática.

Na hermenêutica filosófica, o intérprete, diante de cada hipótese, deparar-se-á frente a uma unicidade de conteúdo diverso, de sorte que não há um guia ou um método para todas as “ocasionalidades”; isto porque a elaboração de respostas definitivas congelaria os sentidos, sequestrando a temporalidade do ser. De qualquer modo, a apreensão feita sobre o texto assume expectativas de sentido (antecipação prévia de sentido), de forma transcendente, diante de um conceito *a priori* do entendimento. Logo, Gadamer menciona que,

da mesma forma que o destinatário de uma carta compreende as notícias que esta contém e vê as coisas, de imediato, com os olhos de quem escreveu, dando como certo o que este escreve, e não procura, por exemplo, compreender as opiniões particulares do escritor, também nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto. (2016, p. 389).

De qualquer sorte, o filósofo apenas sugere que o conteúdo captado pela compreensão pressupõe invariavelmente um conhecimento prévio do assunto. A saber, o sujeito deve ser versado, em alguma medida, acerca da coisa em questão, deixando para segundo plano a opinião pessoal originária do elaborador do texto. A imediatidade com o fenômeno que vem à fala mostra-se decisiva para a disposição compreensiva, pois a hermenêutica parte da premissa de que aquele que quer compreender vê-se determinadamente atrelado ao discurso fático temporal, contemplado pela atmosfera do campo de sentido articulado pela tradição.

Nada obstante, admite Gadamer uma segunda situação, cuja exigência recai em um novo esforço compreensivo mais apurado. Trata-se da hipótese na qual o sujeito reconhece saber menos do que o seu parceiro de diálogo, tal qual o texto ou a obra de arte transmitida haja induzido supor que houve malogro em torno do processo compreensivo por parte dele.

Eis então apresentada a concepção prévia da perfeição que expõe Gadamer. Segundo tal pressuposto, seria recomendável que o intérprete – conhecedor em alguma medida da questão perquirida – enfocasse seu projeto de aplicação justamente na manifestação da coisa mesma, e não, inversamente, almejar, em primeiro plano, a elucidação sobre a opinião pessoal do interlocutor, embora, evidentemente, esta também faça parte do processo unitário compreensivo:

Também aqui se confirma que compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa. A partir daí determina-se o que pode ser realizado como sentido unitário e, com isso, a aplicação da concepção prévia da perfeição. (GADAMER, 2016, p. 390).

Em face desse componente da teoria gadameriana, torna-se possível questionar sobre o “enquanto” da aplicação da arte da pergunta e resposta em relação ao próprio texto jurídico. Volvendo à reflexão de como ela se estabelece num horizonte de opostos, de saber e não saber chega-se a conclusões também sobre o acontecimento factual dos fenômenos, na concretização da norma. Nesse traçado, o panorama da concepção prévia contribui sobremaneira para que enxerguemos uma vez mais o horizonte de prejuízos materializados nos discursos repetitivos, prévios de sentido, escondendo o indispensável envolvimento da polaridade dialética do vir à fala do texto.

Representado tanto pela assunção do fenômeno da pertença à tradição, assim como preconceitos produtivos (positivos) inerentes ao modo de ser do intérprete, o fenômeno do direito não escapa aos pressupostos dialéticos da concepção prévia da perfeição. Na verdade, sobrepõe-se neste horizonte uma nítida tensão entre sujeito e objeto. Além disso, a força de conexão da tensão se expressa na manifestação da alternância entre estranheza e familiaridade, brotando a diferença ontológica, em cujo espaço (entre) a tradição naturalmente interpela junto à linguagem, colocando em questão, enfim, “[...] a objetividade da distância pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. *Esse entremeio (Zwischen) é o verdadeiro lugar da hermenêutica.*” (GADAMER, 2016, p. 391) (grifos do autor). Logo,

Gadamer propõe um locus mediano, um ponto de equilíbrio referencial, onde a hermenêutica encontra espaço de realização para que o objeto de conhecimento, na acepção da perfeição, seja lido sempre de acordo com a orientação lançada pela pergunta. Por advir da forma rígida escrita, reflui a imprescindibilidade de elevar o texto para o diálogo afastando-o da alienação natural encrostada impensadamente no discurso: tarefa hermenêutica em movimento consciente, em que o texto interroga o intérprete e este o interroga.

Sem embargo do emprego que Gadamer faz em relação à designação “perfeição”, na acepção teórica em tela, deflui a inexistência de caráter absoluto ou perfeito da pergunta. Se poderia cogitar aí de um paradoxo. Contudo, a suposta contradição resolve-se no vigor dialético pleno, portanto, negativo, inerente à conversação hermenêutica, cuja noção primordial remonta ao não saber, mas, ao mesmo tempo, presumindo-se algum conhecimento prévio sobre o tema proposto.

De tudo quanto foi visto, resulta a conclusão de que a concepção prévia da perfeição expressa que, muito embora a experiência dialogal considere a postura de abertura para a conversa – o desejo sincero dos interlocutores para o conhecimento sobre a coisa –, os limites da interrogação devem ostentar bem delimitados para pergunta feita ao texto. Palmer ressalta que “este fenômeno levanta o problema de procurarmos a questão exacta”. Isto porque “o ponto de vista a partir do qual a questão se coloca pode estar errado.” (2015, p. 202).

Na dialética estabelecida hermeneuticamente em vista de determinado tema jurídico, o horizonte de significação do texto constitui a questão perfeita, sobre a qual a compreensão relaciona-se: entre o dito e não dito (silêncio) na tessitura textual. Leva-se em consideração que o texto responde justamente a certo questionamento anteriormente articulado por uma pergunta. Cuidando-se de uma resposta a certa questão prévia, inexpugnável o acontecer do texto que, de forma indireta, discursa algo como não dito, ao mesmo tempo, ultrapassando o mero recalque superficial do ente:

Não nos devemos satisfazer com uma mera explicitação daquilo que já está explícito no texto; o texto deve ser colocado no horizonte interrogativo que o fez nascer. R. G. Collingwood ao actuar na interpretação histórica segundo este princípio diz-nos que para compreendermos um evento histórico temos que reconstruir a questão à qual as acções históricas das pessoas dão resposta. [...] Como nos indica a crítica empreendida por Gadamer à consciência histórica, o horizonte significativo adentro do qual um texto ou um acto histórico se situam, é abordado interrogativamente a partir de nosso próprio horizonte; e quando interpretamos não abandonamos nosso próprio horizonte, antes o alargamos de modo a fundi-lo como o do acto ou com o do texto. (PALMER, 2015, p. 203).

Apreendido o passo histórico, a resolução da negatividade e dos contrários (saber e não saber) interconecta-se durante o processo hermenêutico dialético de perguntas e respostas. Os opostos unem-se finalmente para formar um evento de fusão de horizontes constituídos pela estrutura experiencial da pergunta-resposta, etapa em que obviamente o intérprete no encontro com a tradição, toma consciência do resultado, do dito e não dito, em razão do entendimento circular hermenêutico, reconhecendo que as coisas não eram segundo se cogitava na representação imediata inicial (concepção prévia), mas, diversamente, se formam completamente na resposta ao texto.

Aliás, reiteramos o ponto de vista de Gadamer ao expor que, muito embora os preconceitos e opiniões prévias revelem-se presentes no âmbito da própria consciência, tais componentes jamais se colocam à livre disposição do sujeito. “O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos.” (2016, p. 391).

A par do efeito produzido pelas opiniões prévias e da tradição dito por Gadamer, uma pergunta por demais intrigante interpõe-se, de imediato, meio que de forma espontânea. Bom, mas se os pré-conceitos e opiniões prévias realmente não se encontram à livre disposição do julgador, por dizerem respeito justamente ao modo de ser do *Dasein*, lançado no mundo sedimentado por tradição histórica, logo, qual o caminho que a hermenêutica filosófica dispõe para distinguir diferença entre os preconceitos produtivos e dos improdutivos? Vale dizer de uma maneira mais direta, decisivo é saber como clarear a nebulosidade para a correta compreensão do fenômeno exposto ao julgamento pelo magistrado, evitando atuar com mal-entendidos em sua decisão. Posta essa questão, convém apreender adequadamente o rumo inicial que se toma para a separação dos falsos conceitos (prejuízos), em relação aos entendimentos prévios, dotados de cunho positivo (produtivos) para a compreensão, cujo enlace recai justamente na distância temporal.

A resposta para este questionamento, não dispensa, no horizonte hermenêutico, a lógica da pergunta e resposta, e tampouco impõe a perquirição sobre se o autor originário concebera, conscientemente, o verdadeiro sentido do seu texto após sua divulgação aos leitores. O que importa realmente é admitir que, ao se chegar ao entendimento, alcança-se por certo uma compreensão melhor, uma vez que o sentido de um texto ultrapassa sempre seu autor, e não apenas ocasionalmente. (GADAMER, 2016, p. 392). Objetivando alcançar o entendimento histórico do seu criador, a tarefa primordial da hermenêutica romântica,

consoante apurado no capítulo inicial deste estudo, residia na mera reconstituição do sentido conferido inicialmente pelo autor originário do texto; a compreensão, diante disso, guiava-se pelo brocardo compreender melhor o autor do que ele mesmo se compreendeu. Entrementes, a visão hermenêutica fenomenológica, por sua vez, sobrepuja este cenário romanesco, e perpassa por um acontecimento transcendente, tendo em vista que dela é pressuposta a articulação de sentido dentro de um encontro com a tradição. A interpelação à pertença da tradição descerra, ao questionamento da pergunta, a visão hermenêutica do presente projetada de acordo com os efeitos da história efetual no passado.

Mediada pelo sujeito e a linguagem, os quais alcançam um “compreender melhor”, a dialética da pergunta-resposta, portanto, joga sua luz sobre a supremacia da interpretação atualizada do texto, e remonta a fusão de horizontes históricos. Esta leitura distancia-se daquela posição romântica do Iluminismo, e, contrariamente a ele, propõe uma diferença de natureza histórica. “Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma.” (GADAMER, 2016, p. 392). Expressamente tudo isso expõe que a insistência de relutar pelo encontro de uma correspondência perfeita daquilo que o autor originário do texto desejava apresentar a determinado público leitor de sua época recai em discurso vazio e sem movimento existencial articulado por sentidos. Tampouco há ressonância hermenêutica, senão histórica, a tentativa de descobrir quais efeitos foram produzidos pelo do texto junto a seus leitores de seu tempo histórico.

Em vista deste panorama, intuitiva é a mudança do itinerário ontológico que Heidegger conferiu à compreensão, descrevendo-a como um “existencial”, porquanto surge aí a negatividade dialética de contrários, entre o passado e o presente (diferença ontológica). No caso do estudo da decisão judicial, a reprodução atualizada do sentido da norma na sentença subjaz pelo fio condutor da interpretação. Consoante esclarecido anteriormente, do intervalo histórico na diferença temporal, frutificam os efeitos objetivos (história efetual) em virtude dos quais avulta a alteridade como ponto determinante da hermenêutica, haja vista a ocorrência de uma dissolução das diferenças, constituída em identidade.

Correlativamente à analítica existencial do homem, como ser-aí jogado no mundo, temos que a interpretação exprime perfeitamente a situação de existencialidade do intérprete, em vez da racionalidade pura. Diante da finitude temporal inerente ao ser-aí, sucede a ressonância plasmada na diferença ontológica, entre o ser (faticidade) e ente (texto), repercutindo no caráter de jogado do ser-aí a vibração da mais originária necessidade de

projetar-se para o verdadeiro. Isso impõe a conclusão de que, ao contrário das ciências epistemológicas, a racionalidade “[...] nunca se produz de uma maneira plena transparente ou do ponto de vista de um espectador imparcial”, pois a condição existencial do homem finito encontra limites em sua condição histórica.⁵⁶ (STEIN, 2008, p. 82).

Recolocando o que expusemos acerca da temática da distância temporal e respondendo à questão acima interposta, afere-se, no plano da ontologia hermenêutica de Heidegger em sua analítica existencial, a racionalidade transcendental sobre o tema fundamental do tempo, no espaço da finitude do aí humano. A resposta acerca dos verdadeiros preconceitos (pré-conceitos produtivos), capazes de tornar inteligível a compreensão frente ao ser do objeto, e por outro lado, os prejuízos indesejáveis radicam precisamente nesta temporalidade. De plano, adiantamos que, invariavelmente, a unidade da dinâmica temporal entre o passado, presente e futuro, empresta ao ser-aí do homem a reconquista da possibilidade mais original do seu existir. Significa afirmar que o ser-aí, em virtude de seu caráter temporal e sua indeterminação ontológica originária, encontra-se, a todo instante, reformulando o passado, atualizando-se no presente, e antecipando o porvir, de acordo com os limites reais emergentes de ser em seu tempo. Em razão desse eterno retorno ao passado, com vistas à constante atualização temporal na existência, podemos adiantar, desde já, que, ao falarmos do aspecto unitário das ekstases⁵⁷ (passado, presente e futuro), resgatamos, ao mesmo tempo, invariavelmente, o que chamamos anteriormente de antecipação de sentido em relação ao por vir (futuro). Fato é que as narrativas do passado, o ter sido, direcionam, em certa medida, a antecipação de sentido do que está prestes a vir (porvir), conduzindo justamente o ser-aí à decisão primordial de ser frente às possibilidades que aparecem de ser que o se é. Por isso a consciência formada hermeneuticamente na experiência reflete temporalmente a própria consciência histórica, destinada a guiar a

⁵⁶ Bastante elucidativa é descrição proposta por Stein (2019, p.72), quando conceitua a racionalidade tal qual resplandece na teoria revolucionária de Heidegger, com a questão fundamental do tempo, como *Temporalität*, cuja expressão envolve o “[...] horizonte de manifestação do ser, isto é, funciona como princípio organizador porque é posto como elemento ativo de distinção e organização que articula o mundo numa estrutura determinada de manifestação do ser [...]”. Segundo o autor, Heidegger encontrou racionalidade nessa temporalidade, que exerce o lugar, horizonte e espaço de distinção e separação de todos os modos de ser não próprios do ser-aí, e ao mesmo tempo, a racionalidade que permite compreender e justificar a racionalidade das ontologias regionais. Heidegger, ainda de acordo com Stein, também apresentou um “[...] princípio ativo de organização que podemos chamar transcendental não clássico ou existencial, a partir do qual a filosofia passa a trabalhar com uma racionalidade que nasce da condição de ser-no-mundo do ser-aí como cuidado [...]”.

⁵⁷ Valendo-nos novamente das lições de Robson Reis, destacamos um direcionamento orientador para o significado da heideggeriana da expressão ekstase, partindo sempre da negatividade ontológica do *Dasein*: “A temporalidade originária não forma uma série, mas sim uma multiplicidade unificada de momentos estruturais que Heidegger denomina ekstases. Estes momentos são identificados por termos temporais usuais (presente, passado e futuro), apesar da advertência em relação ao significado próprio que eles adquirem na temporalidade originária.” (2005, p. 109).

compreensão, cujo destaque aparece na alteridade em relação à posição de abertura ao outro sempre envolvido com a primazia dos efeitos da tradição. (GADAMER, 2016, p. 395).

Nesse contexto, a estrutura da pergunta emerge guiada junto à própria suspensão de preconceitos, visto que, ao suceder o estremecimento por ela produzido, essa vibração ou tensão pelo encontro de horizontes históricos de sentido põem em primeiro plano o modo de ser compreensivo mais próprio do julgador.

A par da suspensão dos preconceitos, a estrutura da pergunta traz possibilidades que ressurgem da sua própria originalidade, da condição de possibilidade transcendente do compreender histórico. Reconciliando o passado com presente, e realizado o processo de história efetual, o compreender histórico respeita a condição própria do sujeito e do outro, como parceiro.

Correlativamente à exposição da experiência hermenêutica, percebemos anteriormente, sob a lógica da pergunta, que o movimento da negatividade produtiva enseja a abertura para novos questionamentos e interpretações estabelecidas no tempo. Implica um novo horizonte para que o texto também desdobre suas interrogações ao intérprete, empregando uma suspensão necessária dos preconceitos deste,⁵⁸ carregando as heranças do passado. Assim, o processo dialético circular hermenêutico traz consigo elemento da escuta franca, da vontade de conhecer pela negatividade, que se movimenta na fenda aberta do diálogo. Diferentemente da atitude de inclinar-se ao filosofar radical e franco, aparece a tradicional teoria metafísica do sujeito, a qual apenas enseja discursos calcados na repetição e confirmatórios dos resultados científicos pré-definidos.

Sobretudo a par desse desejo de saber, a modulação da postura do sujeito para a escuta talvez implique um corte mais profundo e decisivo. Dessa sorte, ela atrai o movimento da experiência hermenêutica do *seer*, para o seu campo apropriado, onde habita o caráter radical de fenda (entre); de descerrar o encoberto na clareira do ser, junto ao abrigo do diálogo sobre a verdade; o surgimento, anteriormente velado, de um comportamento profundo da mudança de conceito ou opinião. A experiência hermenêutica existencial ou ontológica constitui-se, justamente nesse linde, um verdadeiro princípio filosófico, impulsionador para a base do filosofar. (ROHDEN, 2005, p. 79). Em verdade, na experiência, o “pensar e pensado,

⁵⁸ Em estado de suspensão, seu horizonte de sentido, opera na compreensão uma didática completamente diversa dos métodos analíticos de experiência. Ora, a mediação proporcionada pela linguagem, neste momento, proporciona a ocorrência de uma fusão de horizontes, tornando a verdade, em parte, como pressuposto questionável, inclusive sob pena de significar algo contraditório, em cujo conceito representaria imunidade a transformações por um dos horizontes compreensivos, tornando uma das visões inalterável.

sujeito e objeto são uma unidade. Se é seu pensar, e se pensa seu ser”. (RABUSKE, *apud* ROHDEN, 2005, p. 79).

Frente às constatações sobre a experiência como modo de ser do sujeito, o fundamento que se estabelece como norte hermenêutico reconcilia-se em sua negatividade, ao se comparar com o método meramente descritivo de uma experiência da ciência moderna, cujos testes são controlados, e só apresenta respaldo científico caso se confirmar certo resultado previamente delimitado. Melhor suscitando o debate jurídico permeado correntemente no senso comum do jurista, concluímos que a tese socrática das perguntas e respostas teria praticamente nenhum espaço de aplicação no contexto da repetibilidade técnica. Assim, na teoria do conhecimento científico calcada no cálculo, não há, de fato, lugar para historicidade, pois somente se procede à experimentação calculista do método e pela recolocação de conceitos acéticos, cujo terreno epistemológico reconhece seu emprego apenas a segurança almejada em suas teses.

Do ponto de vista mediador entre passado e presente a experiência hermenêutica convoca, contudo, elementos atinentes da Fenomenologia do Espírito de Hegel, para quem a compreensão histórica não se resume à reconstrução do passado, mas integra a dialética especulativa com o presente, graças à mediação do sujeito por sua consciência. Decerto, na perspectiva gadameriana, a experiência sempre acrescenta e transforma o conjunto do saber, pois o pensador cogita pela inviabilidade de repetição de uma mesma experiência, e nesse diálogo, a ela volta a si mesma, conscientizando-se de si, para, a seguir, galgar um novo horizonte hermenêutico mais abrangente. Portanto, deparamos com a produtividade da experiência ante o papel exercido pela maiêutica socrática da negação em relação à alteridade experienciada.

Destarte, admitir que a definição de experiência em Hegel espelhe os pressupostos de uma hermenêutica fenomenológica condiz perfeitamente com a busca da verdade na filosofia hermenêutica. No escólio de Luiz Rohden, coube justamente a Gadamer desenhar dialeticamente, de modo perfeito, a conversação, por meio da qual a consciência dialoga consigo mesma, tanto em seu saber como em seu objeto. Mencionando textualmente Gadamer, Rohden explana: “a experiência tem a estrutura de uma inversão da consciência e é por isso um movimento dialético [...] na verdade, a consciência que experimenta quando avança de um ao outro: dá-se a volta.” (2005, p. 87). Correspondentemente à inversão experimentada pela consciência, torna-se concebível que a produtividade hermenêutica tem lugar na alteridade existencial. Entretanto, a diferença de concepção entre ambos os filósofos reside em que, para Gadamer, a consciência não constitui medida absoluta da experiência,

contrariamente ao que Hegel havia preconizado na *Fenomenologia do Espírito*, ao afirmar que a experiência é aquilo que a consciência faz consigo mesma.

Neste passo o indubitável resplandece marcado no projeto hermenêutico da faticidade, que, por meio da própria experiência do ser-aí, coloca em suspensão a relação de prioridades possíveis entre pensamento e experiência, sem considerar “[...] como prelúdio à cientificidade, ao Espírito Absoluto, mas como próprio de ser da hermenêutica filosófica que se mostra em suspensão (*Schwebe*) através do jogo, imanente ao círculo hermenêutico, do diálogo [...]” (ROHDEN, 2005, p. 92).

Efetuada finalmente um breve esboço histórico acerca do pensamento da experiência, temos que, em Husserl, o movimento fenomenológico distanciou-se da tradição metafísica, afastando a relação sujeito-objeto. Mas a trajetória da relação ainda reveste da descrição desse nível na consciência transcendental, concebendo a ligação entre sujeito-objeto como constituinte da própria experiência. (STEIN, 2019, p.78). Já, num segundo momento, a ontologia fundamental de Heidegger retransmite a relação existencial para o âmbito da experiência filosófica, a partir de uma concepção compreensiva do *Dasein*. De acordo com a ótica heideggeriana, a compreensão parte da existencialidade do sujeito. Assim, antes mesmo de problematizar a questão do conhecimento pela razão, pela sensibilidade e inteligibilidade, o seu movimento transcendental é sintetizado por um modo próprio (enquanto) do conhecimento dessa experiência humana de acordo com seu universo, mundo e cultura dentro de uma pré-compreensão do mundo prático. Trata-se de apropriar o acontecer transcendental da compreensão do ser-aí pelo ser, como sobressalta Stein,

[...] tanto do ser-aí como do ser enquanto tal, que passava a constituir o lugar do sentido para qualquer descrição das coisas, dos outros e de si mesmo. [...] Há, portanto, uma experiência transcendental originária que surge do nosso modo de ser-no-mundo e que permite situar a relação do sujeito em face de um objeto que constitui todo o espaço do conhecimento empírico. (2019, p. 78-79).

4.9 A dialética socrático-platônica e sua instrumentalidade no horizonte da hermenêutica filosófica e fenomenologia-hermenêutica

Conforme assinalamos anteriormente, a hermenêutica como ciência filosófica, engajada na procura do saber revelador da verdade e acesso ao mundo que nos rodeia, dispensa para Gadamer a estruturação formal de seus conceitos e conteúdos por métodos, destinados a alcançar o verdadeiro sentido dos fenômenos tal como eles nos são apresentados.

É preciso deixar que as coisas falem por si, de sorte que elas produzam seu significado a depender do horizonte histórico da tradição onde se encontra. Nesse aspecto, a limitação imposta pela racionalidade das ciências empíricas escondeu a interrogação acerca do ser dos entes, manifestação encontrada na viragem por meio da linguagem – atmosfera natural da finitude humana e terreno no qual exterioriza o acontecer da vida prática, como a temporalidade, a arte, religião, filosofia e a historicidade onde perpassam essas unidades.

Dessume-se que a proposta alicerçada na filosofia de Gadamer comporta um caminho muito similar à dialética socrático-platônica, como modelo dialético de estabelecer um acordo pelo diálogo aberto, destinado a desconfigurar as camadas superficiais decantadas do sempre-dito, discursos retóricos e supostas verdades incessantemente reproduzidos na tradição. No terreno da finitude do homem, a obra *Verdade e Método* articula exatamente do modelo filosófico dialogal-participativo da arte da pergunta e resposta.

Desde sempre inseridos e lançados no mundo eminentemente linguístico, o nosso ser-aí interpreta todos os fenômenos que lhe aparecem e também cientificamente, antes mesmo de qualquer tematização limitadora por discursos adrede preparados. Livres de dominações infalíveis do saber científico – sem, contudo, ignorar sua importância para a tradição filosófica –, o olhar para trás, na temporalidade do sado, é atitude decisiva na contemplação da poesia e imaginação platônicas; tornando consciente, hoje, algo que foi esquecido, desde os pré-socráticos, ao alcance da visão total hermenêutica em que se movimentam palavra e conceito.

Consoante a própria investigação da história da filosofia antiga, é visível que o modelo hermenêutico-filosófico vem à tona como modo ineludivelmente legitimador para a compreensão: “faz parte da experiência elementar do filosofar que, ao procurarmos compreender os clássicos do pensamento filosófico, esses pensadores imponham uma pretensão de verdade que a consciência contemporânea não pode rejeitar nem sobrepujar.” (GADAMER, 2016, p. 30). Nesse sentido, o horizonte grego do pensar, através de perguntas e respostas, é revelador à experiência hermenêutica. Na medida em que jamais se articula com a ideia meramente sistemática baseada em fundamento último indispensável para o filosofar, ou tampouco um princípio supremo suficiente para desvendar a realidade. Pelo contrário, os diálogos platônicos iluminam a reflexão participativa impelida à elevação da consciência dos parceiros.

Enfim, todos os componentes da dialética platônica compatibilizam com o próprio conceito buscado pela hermenêutica filosófica à abertura do compreender, fluindo invariavelmente a partir da negatividade (*docta ignorantia*), e possibilitando decifrar o plano

da colocação da pergunta, então destituída do conhecimento absoluto disponível; distanciam-se os horizontes de respostas esperadas, repetidas, dogmas, discursos retóricos. A rigor, a eliminação da argumentação retórica dos sofistas para a dialética encontra-se mediada pelo desenvolvimento do método socrático da pergunta e da resposta.

O diálogo prepara a dialética. Diálogo deriva de *diálogoszai* que significa conversar. Porém, não se trata de um conversar de qualquer modo ou sobre qualquer coisa. Implica saber discernir especialmente entre o bem e mal, entre o verdadeiro e o falso. A noção de dialética pressupõe o saber distinguir e classificar, a partir dos princípios racionais presentes no pensamento humano (alma). (PAVIANI, 1995, p. 735).

Nesse passo, é indispensável rememorar as fontes, a dinâmica, além de outras características notáveis que envolvem a dialética socrática de perguntas e respostas, representadas nas obras de Platão e Sócrates como imitação dramática da vida da pólis associada à argumentação teórica:

O diálogo socrático é um método dinâmico utilizado por Sócrates, há séculos atrás, consistindo num processo de pergunta-resposta com a finalidade de destronar o falso saber – as opiniões (*doxa*), dogmas, preconceitos – e construir um saber, que progressivamente se aproxime da verdade. (DIAS, 2014, p. 35).

De forma abreviada, visualizam quatro momentos ou características primordiais no diálogo socrático, que compõem um marco indispensável para a conversa filosófica reflexiva: ironia, conhecida “aproximação dialogal”, interrogatório ou *elenchos*, dialética e a maiêutica. A exemplo, temos o instrumento da maiêutica que se constitui, originalmente, em empreender uma linguagem consagrada de forma que as várias etapas a percorrer pelo pensamento, no conhecimento de si mesmo e da realidade, transcendente à que se busca identificar. (AZEVEDO, p. 277, 2003).⁵⁹ O *elenchos* ou interrogatório consistia no método de encontrar a fidelidade transcendente quanto ao teste da validade nas conclusões atingidas em razão do diálogo e na relação interpessoal deste; o objetivo era purificar as falas opiniões, por refutação.

Antes de tudo, essencial explicar o contexto histórico que transcorria no cenário grego de Atenas. Havia entre os filósofos sofistas uma busca incessante pelo domínio do conhecimento a fim de atingir posição social de destaque nas classes políticas da cidade,

⁵⁹ Na “fidelidade a essa linguagem feminina da criação filosófica que o mestre velado do Banquete toma aqui também o rosto feminino da maieutria ‘parteira’, embora numa graduação subtil que marca já o distanciamento ao discurso posto nos lábios de Diotima.” (AZEVEDO, p. 277, 2003).

em que pese vigorar uma força de instinto natural na formação e manutenção da família. No entanto, durante um período longo, o sistema político e econômico era baseado na posição elevada do homem individualmente, e “[...] a evolução que sofreu nas grandes cidades da Grécia a foi convertendo cada vez mais em instrumento de agitadores sem escrúpulos.” (JAEGER, 2013, p. 850). A educação (Paideia) encontrava-se, naquela época, envolta nas mãos de homens denominados sofistas. De fato, a obra dos sofistas pertence, sobretudo, à esfera formal da retórica, produzindo esta, na área da educação grega, forte influência didática, pois se consubstanciava em meio de ação política.⁶⁰ No entanto, a retórica desses homens reclamou seus direitos, implicando em fecunda oposição e emulação vigorosa. (JAEGER, 2013, p. 348).

Outro traço fundamental que merece ser repensado sobre os sofistas consiste naquela segundo a qual estes ostentavam para a população sua condição de mestres

[...] vindos de fora da cidade que se gabavam de possuírem discípulos. Faziam-se cobrar pelos seus serviços. A educação ministrada pelos sofistas versava sobre artes ou disciplinas específicas. Seleccionavam o seu público, normalmente filhos de cidadãos abastados que procuravam instrução. (DIAS, 2014, p. 35)

Retomando propriamente à arte da investigação dialógica no horizonte do reconhecimento de uma conversa descentralizada, sem líderes, resta clarividente que a representação de uma autoridade, tutor, ou professor, responsável por repassar o conhecimento, repousa insubsistente em relação ao filosofar mais originário. Ao contrário, a investigação segue o caminho dialogal da participação de ambos os sujeitos, uma técnica que valoriza a transmissão de conhecimentos, mas no lugar de colocar o mestre como uma autoridade senhora do saber, temos o discípulo apresentando um papel de verdadeiro conhecedor, pois o diálogo não se resume a um vai e vem de perguntas e respostas. Ao contrário, a dialética socrática induz o condutor da conversa a fazer como que o leitor a conscientizar-se das regras do jogo.

De acordo com Jaeger, a proposta seguida por Platão consiste em pôr-nos nas mãos um enigma, deixando a nós resolvê-lo, porquanto entende que a sua solução se encontra de um modo ou de outro ao nosso alcance. Isto é, buscar incansavelmente impelir o avanço sobre cada um dos momentos conscientes do pensamento compõe um raciocínio,

⁶⁰ Como cita Werner Jaeger (2013, p. 349), “a conversão da educação numa técnica é um caso particular da tendência geral do tempo a dividir a vida inteira numa série de compartimentos separados, concebidos com vistas a uma finalidade e teoricamente fundamentados num saber adequado e transmissível.”

evidentemente, condizente com a prática hermenêutica, conduzida pela participação ativa do interlocutor:

A grande descoberta poética de Platão é que a pujança impulsionadora das autênticas investigações científicas, que avançam para a meta por rumos sempre novos e surpreendentes, encerra um altíssimo encanto dramático. Em especial os diálogos de investigação, quando dirigidos com segurança metódica, superam qualquer outra forma de transmissão de ideias em força sugestiva e em estímulos para espicaçar o pensamento ativo de quem os vive. (JAEGER, 1995, p. 621).

O templo da dialética em Platão mais do que a técnica de pergunta e respostas, decerto, serve à preparação mediada nos diálogos, somada ao desenvolvimento da sabedoria. Portanto, obras como *Teeto*, *Sofista* e *Crátilo*, incorporando a totalidade do processo do pensar (unidade na multiplicidade). A finalidade de Platão reside na produção do conhecimento, separando falsos discursos retóricos, numa espécie de disputa ou debate praticado com os sofistas, demonstrando a estes suas próprias armadilhas.

A passagem da argumentação retórica dos sofistas para a dialética é mediada pelo desenvolvimento do método socrático da pergunta e da resposta. O diálogo prepara a dialética. Diálogo deriva de *dialegeszai* que significa conversar. Porém, não se trata de um conversar de qualquer modo ou sobre qualquer coisa. Implica saber discernir especialmente entre o bem e mal, entre o verdadeiro e o falso. A noção de dialética pressupõe o saber distinguir e classificar, a partir dos princípios racionais presentes no pensamento humano (alma). No *Crátilo*, Platão mostra que só o dialético sabe interrogar e responder. No *Fedon*, mostra que quando se fala faz-se referência a uma "essência" de cuja existência se fala nas interrogações e nas respostas. Isto quer dizer que não é qualquer diálogo (conversa) que pode ser qualificado de dialético. A dialética supõe o abandono do método seguido pelos filósofos naturalistas pré-socráticos, isto é, requer a substituição das causas naturais pela procura da "causa verdadeira", a renúncia da percepção sensorial pela visão intelectual e "intuitiva" dos "Princípios", do Demiurgo (ou Inteligência) e das Idéias. (PAVIANI, 1995, p. 730).

Apreendido o horizonte dialético socrático, suas características e objetivos, aparecem para nosso estudo, portanto, duas questões primordiais. São temas decisivos, que interessam à descoberta da resposta hermenêutica mais originária, com vistas ao fenômeno da decisão judicial e sua aplicação para o direito. A primeira trata-se da preparação do diálogo para o raciocínio dialético, sistema filosófico desenvolvido classicamente para a distinção e separação entre o que é o bem e o mal; sobrepõe-se o propósito de gerar uma reflexão mais apurada sobre o fenômeno textual, a partir de seus efeitos no presente da aplicação.

Bom, decididamente, o emprego prático da dialética socrática ao presente estudo reverbera de maneira mais imediata no comportamento de oposição representado por Sócrates, voltado sistematicamente em desnudar os argumentos e “saberes” configuradores da prepotência inconsistente sofista. Os constantes diálogos platônicos carregam a técnica conhecida como maiêutica criada por Sócrates, e cuja funcionalidade primordial gira em torno de incutir no pensamento do discípulo o que nele já habita de forma esquecida. A partir daí o aluno predispõe-se a produzir, por si próprio, as respostas verdadeiras, diante de reminiscências presentes na memória: conhecimento do seu próprio saber. Em tal contexto heterodoxo, Sócrates posicionava-se, no diálogo, distanciadamente ao saber almejado, e “[...] por princípio ou por rigorosa impossibilidade, não o transfere a ninguém, antes procura obtê-lo de outrem através do seu método favorito, assente no sistema da pergunta/resposta – a dialética.” (AZEVEDO, p. 265, 2003).

Tomemos a título de exemplo o que sucede na obra do *Ménon*, de acordo com a qual o conhecimento põe-se em evidência por parte do escravo (Mênon), entretanto Sócrates não faz mais do que o auxiliá-lo em elevar a consciência o encontro com a verdade com saber inato e latente que habita no interior do parceiro:

Mas há a perfeita noção de que [...] Sócrates teria podido, no papel que tradicionalmente cabe ao mestre limitar-se a explicar o teorema de Pitágoras mediante inferências lógicas e diagramas – tal como, no início do diálogo, não tem dúvidas em dar definições concretas e rigorosas de *schema* “figura” (76a) e de *chroma* “cor” (77d). Contudo, não é esse o conhecimento que Sócrates procura ao longo do diálogo e sim se a virtude pode ensinar-se (*ei didakton esti*, 86e), isto é, se constitui objeto de um saber capaz de transmitir-se ou se, pelo contrário, é “inato” [...]. A aporia, portanto, mostra uma vez mais que estamos perante o “saber transcendente”, cuja inacessibilidade justifica o paradoxo socrático: “só sei que nada sei”. (AZEVEDO, 2003, p. 272-273).

Vale referir que a principal característica do modelo socrático repousa mais diretamente na proposta da reconciliação em termos do conhecimento pretendido entre o nada e o saber (negatividade), em perfeita harmonia com próprios meios de reflexão, portanto, ambos não implicam na contradição do todo. Instaura-se, com efeito, uma dialética que aposta na disponibilidade anímica livre do discípulo, em que este não figura como mero receptáculo de transmissão das informações do mestre. Isso significa dizer que a livre participação na experiência do conhecimento constitui-se elemento essencial, no suspender do procedimento de perguntas e respostas. É indispensável que o discípulo esteja preparado para introduzir e interiorizar o saber. Logo, advém uma preparação que se dirige ao campo da pergunta.

Sócrates então não ensinava o saber ao interlocutor, mas lhe instigava a pensar, e esse sujeito então descobria aquilo que o diálogo propunha responder. A ironia, por sua vez, compunha a arte de indagar, dissimulando a ignorância do mestre, ao passo que mostrava iniludivelmente ao discípulo que sua ignorância era apenas aparente.

De outra parte, podemos mencionar que o fenômeno da aporia aparece como elemento negativo, em virtude de ausência explicação propriamente quanto à incapacidade de abranger as diversas hipóteses postas hipoteticamente pela linguagem, cuja lógica se opõe à complexidade da realidade. É o não saber. Descobre o indivíduo interlocutor, seguindo o método dialético, por óbvio, a inviabilidade de acesso à totalidade do conhecimento, de abarcar todo o real à que a intuição e senso comum associam. (AZEVEDO, 2003, p. 266). Com efeito, ao arte socrática⁶¹ praticada na maiêutica consubstancia certa postura de ironia, ao usar evidentemente da contradição lógica causada pela aporia.

Haja vista consistir em experimentação, preparação ética e existencial, Gadamer em diversos textos reconduz o tema da *therapeia* da alma, criada no contexto dialogal socrático, principalmente ao articular com o conceito grego *phrónesis* (saber prático). De fato, a hermenêutica filosófica estruturada em *Verdade e Método* traça seu fio condutor a partir desse estranhamento articulado no filtro do “não saber”. Até mesmo a fé – ainda que suas manifestações não sejam palpáveis, materializáveis ou visíveis –, dominada pela luz da vibração na alma humana, leva à compreensão e revelação da verdade. Enfim, concordamos com a explanação de Megale ao concluir que o espírito humano e conhecimento científico, na realidade, associam-se harmonicamente à filosofia, para formar uma atmosfera de totalidade hermenêutica:

Renunciar ao conhecimento acumulado pelo estudo das ciências não significa passar uma esponja sobre os saberes delas auferidos. Temos consciência do que apreendemos com a ciência e não pretendemos esquecer o acervo acumulado e o que ainda adquiriremos ao longo da vida. Renunciar ao saber científico é não tomá-lo como exclusividade e rejeitá-lo quando a ciência impedir o alcance do ser humano, pois não será da ciência o único conhecimento que habitaremos para compreendermos a vida com o outro. (2016, p. 62).

⁶¹ Discorrendo sobre o diálogo socrático, Jaeger remonta o fato de que seu modelo não pretende exercer a arte lógica da definição sobre problemas éticos, constituindo-se o caminho o “método” do *lógos* para se chegar a uma conduta reta. “É claro que a palavra ‘método’ não basta para caracterizar o sentido ético do processo. A palavra tem, contudo, origem socrática e caracteriza acertadamente o procedimento natural que o grande virtuoso do interrogatório converte em arte. À primeira vista, este ‘método’ parecia-se muito, exteriormente, a ponto de se prestar a confusão, com aquela mestria na esgrima das palavras que se desenvolvia por aquela época a ponto de se tornar uma arte.” (2013, p. 564).

Antes de tudo, o conhecimento ontológico-existencial acontece nesta experiência dialogal extasiante e de alto impacto, notadamente quando simplesmente resta evidente a impossibilidade de fixarmo-nos em respostas prontas e aguardadas pelo interlocutor. Neste plano, ressurreta clara a perda da posição de exclusividade (autoridade) do sujeito cognoscente dono da verdade controlada e calculada. A longa história da metafísica, desde seu início, trabalhou com a autonomia das soluções dadas pelos deuses, ou, posteriormente, legou ao sujeito cognoscente o saber absoluto dos objetos; pressupõe um alcance imediato da consciência, um conhecer-para-si, uma determinação simples que é um Eu, que se forma na relação consigo mesmo dentro de uma totalidade ideal (espírito subjetivo).

Dissolvida pela experiência ontológico-existencial da virada linguística, no processo do aprender e compreender, a consciência reabre os ouvidos ao indivíduo, ao Outro, parceiro de diálogo. Empreendendo um paralelo junto à lição hegeliana, passamos, então, para uma segunda etapa da realidade, quando percebemos o Espírito Objetivo, sem consciência da unidade total, mas que já reflete sobre si em relação ao Outro independente (consciência-de-si), nada obstante apenas externamente. A impossível imposição de opiniões sobre a tarefa do experimentar coloca em evidência as pré-compreensões do intérprete subjetivas e objetivas da situação existencial do participante no diálogo, pelo caráter negativo do pensar. A experiência ontológica que almeja Gadamer trazer para articulação do saber não ostenta qualquer espaço para a razão determinadora. Muito contrariamente, a experiência do saber de perguntas e respostas deita suas raízes no fazer prático emergente do próprio diálogo. Aqui nesse último estágio da elevação do espírito do intérprete, este suspende seus preconceitos, os separa, retornando para-si com esta experiência completa da finitude, observando que toda a natureza é ele mesmo; o Outro, quem perde sua aparência e autonomia distante, e torna-se o próprio intérprete, em sua consciência absoluta unitária, acerca do verdadeiro tal como ele é apresentado no diálogo:⁶²

A temática central dos diálogos platônicos girava em torno de um saber prático, expresso pelos gregos no conceito da *phrónesis*, à base do qual,

⁶² No caso apresentamos um sintético esboço comparativo da proposta de Hegel no caminho dialético do conhecimento. O Filósofo, em sua Enciclopédia das Ciências Filosóficas, V.III., depreende que “o desenvolvimento do espírito é este: 1º) O espírito é na forma da *relação a si mesmo*: no interior dele lhe advém a totalidade *ideal* da ideia. Isto é: o que o seu conceito é, vem-a-ser para ele; para ele, o seu ser é isto: ser junto de si, quer dizer, ser livre [É o] espírito subjetivo. 2º) [O espírito é] na forma da *realidade* como [na forma] de um *mundo* a produzir e produzido por ele, no qual a liberdade é como necessidade presente. [É o] *espírito objetivo*. 3º) [O espírito é] na unidade – *essente em si e para si* e produzindo-se eternamente – da objetividade do espírito e de sua idealidade, ou de seu conceito: o espírito em sua verdade absoluta [É] o *espírito absoluto*.” (2017, p. 29). (grifos do autor)

segundo Gadamer, se teria erigido a concepção propriamente dita de sua Hermenêutica filosófica. E Gadamer não hesitaria mesmo em afirmar – numa auto-avaliação de sua obra filosófica – que seus estudos sobre a filosofia grega representariam a parte mais autêntica de suas investigações. (FLICKINGER, 2003, p. 177).

Expressando de um modo reconciliador a dialética socrática, a prática de articular a feitura do diálogo distancia-se do conteúdo eminentemente técnico, consistente na *techné*, de ordem meramente instrumental, habilmente constituído nas figuras retóricas, forçando no processo judicante um determinado resultado por convencimento, independentemente da veracidade.

Explicitado o fio condutor da hermenêutica dialogal da pergunta e resposta como fio condutor dos estudos de Hans-Georg Gadamer, extraímos o objetivo mais consentâneo da hermenêutica filosófica, mediante o qual a compreensão do sujeito-intérprete na verdade não constitui resultado daquilo que ele deseja voluntariamente. O que se impõe, ao invés, diz respeito ao nosso modo de ser no mundo, a cada instante, a partir do que somos determinados, desde-sempre, pela constituição de nosso ser historicamente, apontando, de conseguinte, para algo além do que pensamos e queremos. (STEIN, *apud* STRECK, 2014, p. 286).

Aliás, retornando, ao que Gadamer mesmo problematizou, verifica-se que o ponto de vista científico ocidental proclama, até os dias de hoje, a supressão dos eixos naturais da historicidade, sufragando uma espécie de tradição objetiva (forma da realidade de mundo a produzir o produzido por ele – liberdade como necessidade). (HEGEL, p. 29, 2017). Sob a influência de uma pureza metodológica que se diz livre de toda aplicação subjetiva, a ciência “representa saltar por cima da tarefa de mediar o outrora e o hoje, o tu e o eu [...]”. (GADAMER, 2016, p. 437). Ainda que o cientificismo reducionista estabeleça a experiência como método de prova ou demonstração de algo previamente dado, pelo ensinamento exposto pela hermenêutica filosófica, ao contrário, radica a compreensão na diferença em relação ao ato de herdar e afetar-se pelo horizonte histórico-compreensivo.

Demais, o conteúdo referido pela expressão herança corresponde ao ato de tornar-se responsável, no contexto compartilhado de valor sobre a alteridade, adquirindo a tomada de decisão para inúmeras possibilidades heterogêneas e sem unidade. Consoante preleciona Ligia Saramago (2004, p. 74), “dessa herança fazem parte todos os conceitos forjados na e pela tradição, e por mais que estes sejam questionados ou mesmo recusados, jamais poderão ser, contudo, ignorados.”

Como continuidade objetiva de uma história, no caso do direito, por exemplo, Dworkin preconiza o conceito de sua integridade, a título de prática inspirada na tradição, por via da qual a interpretação mostra a coerência intersubjetiva de várias decisões jurídicas encadeadas entre si no tempo. Esta impressão, mais do que representar a exigência do conhecimento das leis criadas há um século, ou acolhidas como válidas pela geração anterior, deriva do reconhecimento da continuidade histórica e a interpelação das decisões:

O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei” [...]. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa [...]. (DWORKIN, 2014, p. 274).

Vale dizer, o autor demonstra que o direito exige dos juízes que estes mantenham a coerência de determinada linha de interpretação adotada no passado: hermenêutica que se transmite na processualidade história, sem quebras bruscas de sentido em seu conjunto, sob risco de frustrar o caráter linguístico compartilhado pela comunidade jurídica. Para isso, é preciso oportunizar, à leveza da voz que canta uma escuta, ouvidos guiados pela alteridade; os quais, na escuridão dos preconceitos, permitem a dissipação das certezas construídas pelo dilúvio logístico da informação diluída, porém surda, superficial e indiferente acerca da própria voz do ente que fala sobre seu ser.

Diante do primado da integridade, não se impele involuntariamente o respeito à calcificação imutável de determinada interpretação conferida no passado, elaborada, por exemplo, há mais de um século. De maneira nenhuma! O conceito de integridade desenvolvido por Dworkin, muito similar à descrição da pertença à tradição defendida em Gadamer (2014, p. 273), responde a uma coerência de princípio adotada em uma etapa histórica da comunidade. Assim a versão antiquada de uma solução seguida, no passado remoto, pode cair no desuso hermenêutico, porque a tradição, tal como qualquer outro elemento da totalidade, está sujeita ao movimento da consciência histórica.

Exemplificando mais precisamente a fluência do respeito à tradição, Dworkin, na obra *Império do Direito*, alude ao “terreno fértil” de um “romance em cadeia”. Em havendo um grupo de escritores que pretendem criar uma novela em série, revela-se indispensável que, a cada capítulo encerrado, a seguir, sobrevenha um posterior, cuja narrativa convalide a história ilustrada no capítulo anterior, sem irrupções desconexas. Dessa metáfora, emerge justamente o componente da responsabilidade à que cada um dos escritores assujeita-se. O modelo oferece irretocável comparação sobre o afluir das decisões judiciais no

tempo, de sorte que, em assim sendo, sobrevenha a recondução unitária e coerente das normas jurídicas, tal como se idealmente houvesse apenas um autor para todas elas.

Rigorosamente, a hermenêutica filosófica e a fenomenologia hermenêutica, por via do giro linguístico e diferença ontológica, são ciências capazes de sobrepujar, na aplicação do direito, a dogmática e operacionalidade do silogismo metafísico conceitual do direito. Usualmente adotados no Brasil, são atributos positivistas que, com suas cisões metodológicas, rompem toda a conectividade desse histórico jurisprudencial íntegro e coerente. Perpassadas na academia pela filosofia da consciência, as divisões, mais conhecidamente denominadas esquemas – sujeito-objeto, texto-norma, fato-direito, vigência-validade – abandonam no esquecimento o acontecimento apropriador da norma. (STRECK. 2009, p. 165). Mediante o ensinamento sobre o conjunto histórico de decisões coerentes, conforme discorre Dworkin, e a questão da responsabilidade com a herança transmitida no texto, a quebra de coerência (cisão), assim, reintroduz uma vazia leitura apodítica ou solipsista do direito.

Escondendo o caso concreto da sua faticidade, a metafísica pensa o ente superficialmente, sem se preocupar com a manifestação existencial do ser que lhe acompanha. Imprime-se um indesejável percurso distanciador sobre a diferença ontológica! Por intermédio de um critério controlador característico das ciências ocidentais, que apenas repete a figura simbólica entificada, o campo interpretativo do direito, nesta mesma senda metafísica, à deriva, navega compreensivamente pela superficialidade do comportamento cotidiano e maquinal (operador). Ao buscar o sentido mínimo dessa figura semântica da norma positivada, alcança-se ordinariamente um relance perfunctório, equivalente à análise cartesiana de subsunção por cisão entre fato e direito, refletindo, pois, o campo tecnicista da manifestação prática do direito como evento ou fato, por uma ótica externalizada em relação ao acontecimento apropriador.

De acordo com a lição de Streck, esse olhar metódico representa para o direito nada menos que os anseios da tradição exegética do positivismo normativista dentro do cenário acadêmico brasileiro, fator que, atualmente, [...] “redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.” (2009, p. 161).

Sob horizonte diverso, todavia, o projeto fenomenológico da hermenêutica de Heidegger apresenta o escopo de superar a metafísica clássica, entre ser e pensar, introduzindo outro início a partir de uma nova relação na qual a centralização da historicidade impõe a diferença ontológica, para destruir o encobrimento essencialista reproduzido pela metafísica. O radicalismo da reflexão propriamente filosófica, e não apenas lógico ou psicológico, articula, portanto, no espaço da ontologia fundamental constituída por aquele

filósofo, a conquista de uma estruturação originária do ser, a fim de permitir a manifestação da faticidade. O movimento elucidado no pensamento pré-socrático, cuja posição do ser não simplesmente identifica-o com um ente, apresenta, agora, não uma designação convencional. Contrariamente, a aproximação da origem mais explícita do ser, revela a meditação sobre sua verdade, fora da confusão metafísica entre ser e ente, do primeiro início do pensamento ocidental. Heidegger deseja, na claridade da obscuridade profunda da origem metafísica, refletir sobre a extinção velamento hegemônico que perdurou até então, na era do cálculo e da maquinação. (STEIN, 2019, p. 66-67).

No caso do direito, a insuficiência científica que transpassa a ótica metafísica reproduz-se no seio da discussão sobre o funcionamento – o modo de ser – da teoria pura de Kelsen, na contemporaneidade, diante da estruturação lógica do positivismo normativista na ciência do direito. Eis por que a doutrina kelseniana, assim como as teses de outros pensadores positivistas, evocam a hipótese, sem justificção filosófica suficiente, sobre a possibilidade de o intérprete-juiz dizer, de forma discricionária e solipsista, qual é o direito aplicável; considera-se, para tanto, sobretudo, a edificação do sistema normativo lógico-transcendental escalonado em degraus hierárquicos. Com a delegação do poder de dizer o direito, a responsabilidade do magistrado, relativamente à operação subsuntiva do texto ao caso concreto, confirma a tese do esquecimento do ser propugnada segundo o projeto do pensar fenomenológico de Heidegger. Remansa justamente a falha (velamento) sob a perspectiva do pensar metafísico, no âmbito do positivismo, como elucidada Streck (2009, p. 169):

“[...] face às insuficiências/limitações das regras, face aos ‘casos difíceis’, face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra (s), *o positivismo permite que o juiz faça a ‘melhor escolha’*. O direito é, assim, apenas a moldura na qual serão subsumidos os ‘fatos’ (*como se fosse possível separar fato e direito*).” A propósito, o mesmo autor ainda refere que o sistema jurídico tenta controlar as decisões, “[...] por discursos, *prêt-a-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais.” (destaques do autor).

Forjada essa construção do direito posto, infere-se que a hermenêutica do direito, no contexto jurisprudencial ordinário, ainda é conduzida, reiteradamente, sob a simples pesquisa sobre o alcance e extensão do sentido normativo cristalizado do texto, tal como elaborado, sem a devida atualização. Invariavelmente, temos que a autoridade judiciária, por delegação estabelecida por tal concepção, fica incumbida de dizer o direito, em

definitivo; porém, a sentença aplicada, representada por um ato de vontade, recolhe-se no seu interior (para-si), de acordo com a escolha subjetiva do juiz, sem reconciliar-se com o Outro, isto é, o mundo do ser, no qual este se manifesta faticamente na sua existencialidade.

Todavia, no acontecer apropriativo hermenêutico, em meio à retração e abertura do ser, em cada momento da consciência, as percepções sobre os fenômenos mostram-se por si mesmas no âmbito temporal do ser-aí, em sua existência mais própria, uma vez que não se admitindo sobre ele uma natureza originária humana ou definitiva.⁶³ De acordo com Marco Antonio Casanova (2015, p. 181), rompida a tradição metafísica, o giro hermenêutico volta-se para um “ente que pode acolher as indicações da história e dar voz às suas determinações [...]”, visto que o sujeito passa a assumir nesse acontecimento apropriador o peso de decisões históricas que o ser-aí agora se encontra incessantemente no aí que é o dele. Vale dizer, somos sempre poder-ser, de acordo com o mundo onde estamos jogados, cujo horizonte de possibilidades faticamente concretizáveis revela-nos por uma correspondente abertura de sentido, segundo certos limites dados numa rede referencial utensiliar; estes limites dizem respeito a um campo compreensivo que se abre numa totalidade de significados herdados na tradição, a partir dos quais a interpretação opera, tornando viável que a possibilidade aconteça de fato; este campo circundante nunca nos aparece de forma ilimitada, já que se liga a um tempo-espço histórico sedimentado. (CASANOVA, 2015, p. 187).

Logo, na hipótese do texto com o qual o intérprete dialoga, será revelada a correspondente essência de forma historicamente situada, exatamente consoante verbaliza Gadamer: “toda palavra já é, ela mesma, uma resposta, e levanta sempre uma nova pergunta.” (*apud* SARAMAGO, 2004, p. 68). Neste aspecto epocal, o campo de sentido delimita, continuamente, a cada leitura, nunca definitivamente, o contexto situacional da própria condição histórica articulada com a tradição. Haja vista que o acervo do horizonte histórico transmitido junto ao ser-aí reverbera na interpretação – a variar conforme o tempo em que o leitor está inserido –, essa mesma interpretação introduz efeitos na experiência e nos modo de

⁶³ Há uma breve explicação feita pelo autor (2015, p. 181) acerca da funcionalidade do acontecimento apropriativo, criada na teoria de Heidegger, cuja articulação adere ao caráter hermenêutico histórico, que se está a desenvolver. O papel fundamental desse elemento apropriador do ser-aí humano funde-se com o conceito heideggeriano de “cuidado”, cuja operacionalidade determina o ser sendo, com o desvelamento e retração do ente na totalidade. “Deixar-se apropriar pelo logos histórico é a partir da escuta, ao que foi e continua sendo, dar voz à medida ontológica de todos os comportamentos presentes e preparar para ao mesmo tempo o solo para o que está por vir. Uma tal tarefa dá-se exatamente no momento em que o ser aí se apropria de si mesmo enquanto ser-aí. [...] Uma vez que a constituição de seu próprio se dá em sintonia com o surgimento de um aí em meio à retração do ser, ou seja, em meio à determinação de um fundamento histórico ele mesmo em última instância infundado, o ser-aí não se deixa mais apenas absorver no aí, mas guarda o aí [...] passa muito mais a assumir o papel da guarda, do acolhimento, do abrigo de sua essência.”

ser do sujeito. Afinal, justamente no plano da experiência, a antecipação de sentido, orientada pelos preconceitos que envolvem o intérprete, repercute sobre a diferença da interpretação autêntica ou inautêntica. Em vista disso, reafirmamos a assertiva de Gadamer consignando que uma das condições para a compreensão produtiva de juízos autênticos habita na consciência plena sobre os efeitos da pertença à tradição.

4.10 A aplicação do direito sob a arte da pergunta versus o aprisionamento da verdade do ser deste ente

No início do capítulo tratamos do fenômeno pré-compreensivo, preparando para que, neste momento, prossigamos debruçando sobre o problema da aplicação do direito, no contexto da hermenêutica confluyente com a arte da pergunta e resposta. O propósito, pois, não se resumirá em discutir repercussões desse movimento dialogal da hermenêutica filosófica, unicamente a partir da leitura gadameriana – cujo panorama constitui para os objetivos da pesquisa fundamento da composição da interpretação da decisão jurisdicional.

Como já dissemos incessantemente, abertura de um horizonte de sentido estará sempre delimitada a uma rede de significâncias, cuja realização no tempo permite o modo de ser do seu aí, a partir de seu descerramento por luz e sombra, aparecimento e ocultamento, desvelamento e velamento. Porque não somos poder-ser de modo constante e intermitente, a relação do ser humano com seu ambiente não se apresenta imediatamente de forma fenomenológica evidente. De início, o ser-aí se vê absorvido por essa atmosfera sedimentada por sentidos, imaginando que ele é um ente como os demais, marcado por propriedades originárias subsistentes, tal como se fosse uma natureza do homem. Destarte, o ser-aí se comporta numa espécie de positividade tácita de suas atividades do dia a dia. Todavia, ele precisa reconquistar sua indeterminação originária assumindo a responsabilidade de seu poder-ser finito, para que consiga experimentar e realizar os seus modos de ser, de acordo com a transcendência da historicidade que constitui a essência da faticidade.

Dizer isso, contudo equivale a dizer que não há apenas uma modulação da temporalidade originária na temporalidade cotidiana, mas também uma modulação da temporalização em sua ligação originária com o mundo. Na medida em que o ser-aí se temporaliza, o mundo conquista sua temporalidade propriamente dita. A análise da temporalidade ekstática do existir humano, portanto, encontra aqui propriamente o seu *télos* estrutural [...]. (CASANOVA, 2019, p. 201).

Nesta perspectiva, o importante está em elucidar, no nível hermenêutico, o enunciado qualificado de forma produtiva, realizada pelo conceito, diferentemente do âmbito do apofântico (lógico-compreensivo), cuja manifestação aparta-se dos pressupostos da temporalidade histórica e linguagem, e como condição de possibilidades compreensivas dos fenômenos.

Mediante o modo de articulação do campo de mostração do mundo em nossa volta, e notadamente dos aspectos referentes ao fenômeno do direito, o horizonte histórico de sentidos do texto jurídico nos impele em direção a um “enquanto”, um modo de ser, olhar ou escuta direcionada para o problema dessa seara científica, de sorte a trabalhar com os conceitos jurídicos consolidados semanticamente, radicalizando-os, e ousando a construção de novas possibilidades hermenêuticas. A proposta gravita em torno de destruir capas de sentido encrostadas no tempo pela repetição reiterada dos discursos, nas relações dominantes sociais, fora de um nível, como se mencionou, eminentemente apofântico, voltado às atitudes controle, do cálculo metafísico, mas, ao inverso, das maquinações e experimentações científicas de resultados lógicos. Inexistindo algo subjetivo assujeitador, as perguntas colocadas fundam-se para além da conformação sujeito-objeto, evidenciando o papel da linguagem, pelo contexto de intersubjetividade compartilhada. Logo, surge a indisponível transcendentalidade ao controle individual correlativamente aos sentidos, coisas, figuras semânticas, construtos tradicionais e inúmeros componentes do universo do nosso direito.

Consoante reafirma Rafael Tomaz de Oliveira, o desvelamento dos conceitos jurídicos representa adequado exemplo de questionamento do ser do direito, exatamente porquanto “nessa medida, modifica-se o *modo* de colocar a pergunta e a precisão de olhar para o problema e identificar nele as pseudo-questões, implicando a libertação de uma ideia naturalista e ingênua sobre o direito.” (2008, p. 43).

Algo permanece, no entanto, sem solução explícita, após todas as críticas dirigidas ao modelo jurídico voluntarista e discricionário. Aos auspícios do positivismo normativista – posteriormente delimitado pela leitura equivocada pós-positivista, modelo, cujo desenho ainda permanece arraigado no discurso repetitivo e impensado –, permanece a forma calcificada irrefletidamente no horizonte mediano do conhecimento, na lida cotidiana forense, retroalimentando cristalização do discurso em nível apofântico.

Aliado a isso, conforme estudos realizados, o modelo metafísico clássico possibilita a conformação das premissas científicas experimentais de controle sobre os fenômenos, consolidando um falatório excessivamente obscuro e encoberto, obstaculizando a manifestação mais originária dos acontecimentos no plano prático. No âmbito do direito, o

automatismo ínsito às atividades forenses no presente, encurta o campo de possibilidades mais próprias do ser-aí do intérprete, em cada um de seus modos de ser, sempre decaído no contexto situacional impróprio, dependente de um movimento de consciência para a atualização respondida pela interpretatividade mais originária do seu poder-ser. Tendemos então a tomar os conceitos, imagens, expressões e signos, carregados tradicionalmente pelo direito, como se eles estivessem sempre dados (desde-sempre-assim).

A partir disso, sem se dar conta, as atitudes operadas pelo profissional jurídico, passa de uma posição, automaticamente, para outra, sem qualquer tipo de reflexão sobre as relações existenciais de sentido.

Esse automatismo, porém, induz em erro, uma vez que não nasce senão de uma calcificação oriunda da presença discreta do sentido. Não é que aos poucos tudo vai se tornando já dado e o sentido, então, não se faria mais presente. Ao contrário, é justamente aqui que o sentido se mostra como estando mais presente do que nunca. (CASANOVA, 2015, p. 185).

O porquê da razão dominadora do sujeito sobre o objeto do direito – desconsiderando a existencialidade histórica do ser do ente –, enaltece a aparição essencialista deste. Com percuciência, Streck pondera o seguinte: “trata-se, pois, de uma forma rebuscada de positivismo, uma vez que o Direito passa a depender de discursos adjudicadores e do protagonismo do poder do intérprete.” (2017, p. 132). A saber, no âmbito dos tribunais, com a modernidade nascedoura no século XX, sobrevêm, nela forjado, um modelo absorvido acerca da maneira tecnicista de controle abusivo sobre a coisa, conhecido como “paradigma epistemológico da consciência.”

Concluindo com o enunciado daquele autor, as teorias positivistas do direito que “[...] apostam no Privilégio Cognitivo do Juiz, mesmo as que buscam suprir esse discricionarismo com doses matematizadas de argumentação jurídica, continuam reféns desse sujeito assujeitador que emergiu na Modernidade.” (STRECK, 2017, p. 133). Na realidade, a construção ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência de métodos, procedimentos, cânones hermenêuticos objetivadores prestaram apenas ao aprisionamento do fenômeno jurídico em sua faticidade. Constituindo estes esquemas procedimentos partilhados unicamente por um setor especializado e elitizado da sociedade, desejando a permanência do *status quo* que lhe interessa, e proteção escamoteada à eventual reação frente ao poder instituído. Entretanto, “o método chega tarde diante do fenômeno da compreensão.” (2017, p. 143), exatamente porquanto o ser-aí se relaciona constantemente com o mundo ao seu redor; ele sempre compreendeu a articulação de sentidos incorporada em seu campo existencial pela

tradição; e possui uma visão preliminar de sentido projetada (presença à vista), absorvida em determinação com seu mundo fático. Modulando-se de acordo com o modo de ser dos entes que lhe vem ao encontro, o ser-aí, portanto, está constantemente atuando e interpretando as propriedades desses entes de acordo com nexos existenciais específicos, que dão sentido à realidade que lhe é apresentada, conforme a apreensão das substâncias articuladas pela linguagem.

4.11 O meio ambiente da linguagem ante o fenômeno dialogal do acontecer hermenêutico como quebra de possibilidades na interpretação jurídica

Contudo, foi Gadamer o filósofo quem proporcionou, para a hermenêutica jurídica, uma possibilidade radical transformadora, e talvez, o mais exemplar contributo do horizonte filosófico histórico para o procedimento de interpretação judicial. Remodelando o significado sistemático do romantismo hermenêutico, sufragado na unidade interna formada pela interpretação e compreensão, o filósofo de Marburgo extraiu a conclusão de que o caráter de linguagem equivaleria a um terceiro elemento hermenêutico, mediador entre texto e norma, inerente ao pensar.

Num sistema prévio de possibilidades por signos, o acontecer pela linguagem diferentemente põe em jogo o significado semântico da palavra; e efetiva o buscar e o encontrar palavras corretas com o movimento mediado pela linguagem. A mera reprodução de sentido distancia-se desse caráter de linguagem, pois se trata de procedimento impossível no panorama da hermenêutica filosófica, que a cada giro renova a apreensão de sentidos. A compreensão produtiva é a força motora que assegura o movimento orientador da pergunta (ter prévio) que se lança sobre o objeto, justamente em virtude da temporal antecipação de sentidos conferida pelo intérprete na decisão.

No entanto, consoante Gadamer sustenta (2016, p. 406), houve um arruinamento para conquista dos objetivos pela velha tradição hermenêutica no concernente à autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, muito mais preocupada que estava em garantir a sistematização do entendimento por métodos seguros:

Na velha tradição da hermenêutica, que se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, esse problema ainda ocupava um lugar sistemático. O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas intelligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e durante o pietismo se acrescentou

como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação (por exemplo, em J.J. Rambach).

No campo da interpretação judicial, o fenômeno do mundo prático (faticidade), vai impor, contudo, com enlevada primazia, no tempo e espaço ocupados pelo sujeito-intérprete. Sob o risco de relegar ao segundo plano o atributo da legitimidade democrática do Estado de Direito, o mundo prático, isto é, a faticidade dos elementos práticos dotados de sentido articulará, no campo de mostraçãõ do intérprete, papel fundamental na circunvisão sobre os fenômenos jurídicos; da mesma forma, cada particular existência humana, acenará a um universo que lhe corresponde, e que lhe é descerramento de mundo. Semelhante movimento aparece no campo jurídico, via linguagem, somada ao fio condutor da tradição, revelado pela experiência hermenêutica.

Considerando que os postulados kelsenianos da teoria positivista promovem à cisão em duas partes do movimento hermenêutico-compreensivo, criando artificialmente o ato de vontade e ato de conhecimento, resta, de plano, abandonada, no terreno do esquecimento do ser, a explanação coerente a explicar a escolha na formação da interpretação da decisão judicial. Sem justificação teórica suficiente, defendeu Kelsen, a propósito, que a aplicação do direito, pela autoridade, desaguasse em ato de política judiciária, envolvendo autorização para questões de moral e ideológicas. (STRECK, 2017, p. 19). A solução das demandas postas em juízo, atribuída a critério exclusivo da vontade solipsista dos ocupantes de tribunais, culmina por ser entregue, unicamente, à consciência pessoal do magistrado; tal horizonte comporta a conclusão de que, no atinente à aplicação do direito, a teoria em tela restou construída sob premissa errônea.⁶⁴

Mostra-se justificado, portanto, o inconformismo de autores como Streck, ao apontar a incoerência do modelo kelseniano, abraçado, ainda nos dias atuais, pela academia brasileira do direito: “[...][de que modo] podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório, deixamos uma ‘margem de atuação’ para a livre escolha do juiz? Isso é possível num Estado Democrático de Direito?” (2009, p. 435). Da mesma sorte, o mesmo autor critica a falta de reflexão, no meio jurídico em geral, acerca da preconização dogmática de métodos interpretativos compartilhados entre juizes e operadores, cujos procedimentos funcionam como recursos de argumentação retórica para fundamento das

⁶⁴ Ferraz Jr. critica a posição teórica de Kelsen, quando este passa ao largo de aspectos fáticos relevantes que se encontram na subjetividade das pessoas sobre as quais o direito incide. “Em que medida os fatores subjetivos devem ser também levados em conta? Kelsen nos diz que eles devem ser abstraídos pelo jurista e tão somente levados em conta se e quando a própria norma o faz. [...] Por seu caráter restritivo, a teoria de Kelsen recebe a objeção de empobrecer o universo jurídico.” (2019, p. 71).

decisões judiciais. Logicamente, estas condições impostas pelo pensamento metafísico, nas quais buscaria uma neutralidade acerca da obtenção da verdade, sempre chegam tarde demais. Na medida em que o ser-aí ao se deparar com algo a interpretar, já compreendeu, seria ao menos paradoxal transmutar a própria compressão para ato de vontade, divergente dessa pré-concepção filosófica. Melhor enfatizando, potencializa-se sempre no compreender uma antecipação de sentido prévia sobre algo, e a qual nenhum método pré-concebido com finalidade de traçar o caminho da compreensão consegue a envolver, pois se encerra fluente no nível de conhecimento hermenêutico.

Portanto, os métodos de interpretação recebem diversas e severas críticas da doutrina por sua potencial ocultação da subjetividade do intérprete, na medida em que cada método pode conduzir a um resultado interpretativo diverso e a escolha do método é realizada livremente pelo sujeito. O método chega tarde diante do fenômeno da pré-compreensão. (STRECK, 2017, p. 143).

Conforme frisamos ao tratar da teoria racional de Alexy, concluímos que esta se encaixa como método de discurso prático em geral. A tese da integração empregada pelo autor redundaria necessariamente aos apelos da argumentação jurídica, mas com utilização de discurso prático suficiente para corrigir “desvios” do discurso jurídico numa dimensão axiológica. Mas em que pese todo arcabouço silogístico desenhado e a técnica da ponderação destinada à solução de conflitos entre princípios, seu desiderato deságua na ideologia de “concepções de mundo”, tal como ainda ocorre no cotidiano forense, sem a discussão ou problematização da racionalidade prática do direito “domesticado”, de maneira consentida:

Chega a ser preocupante pensar na estrutura do ensino do direito e no modo, cada vez mais “objetivo”, com o qual o direito é manipulado. A postura daquele que ensina e daquele que aprende não consegue se desvencilhar do corte estritamente tecnocrata que caracteriza o modo de se fazer direito no Brasil. Operamos sempre com uma ficção: o discurso jurídico produzido academicamente em sofisticados programas de pós-graduação que debatem com profundidade uma série de questões jurídicas e aquele discurso que o mercado impõe aos cursos de graduação e ao dia-a-dia do foro. (R. OLIVEIRA, 2008, p. 187).

Em razão desta imprestabilidade metodológica pura, introduz-se o modelo de perguntas e respostas, conforme propusemos neste estudo, conflagra suporte filosófico hermenêutico coerente da interpretação judicial diante da filosofia hermenêutica do direito.

Decerto, o procedimento discursivo retórico comporta certo tipo de equivalência a um manual de instruções ou “passo a passo” explicativo para se chegar à

verdade das coisas. Ao inverso, a dialética responsiva dialogal, estudada por Luiz Rohden (2004, p. 198), desacolhe esta pressuposição:

Ora, o argumentar que segue uma ordem cronométrica chega geralmente tarde ou cedo demais truncando a fluidez do movimento dialético dialógico. O tempo apropriado das perguntas e das respostas não pode ser fixado a priori e só saberá perguntar ou responder, filosoficamente, quem jogar o jogo dialógico e esforçar-se por tecer uma rede relacional entre dizer e ouvir tal como acontece na amizade. Nesta encontramos o medium no qual todas as exigências e condições da dialética dialógica podem efetivar-se.

Numa palavra, a compreensão no direito, naturalmente, gravita em torno da reconstrução da pergunta que o texto legal nos impõe, de imediato, no momento presente de sermos atingidos por ele, e não ao tempo originário de sua construção. (R. SALGADO, 2018, p. 108).

4.12 A arte da pergunta no descerramento da verdade dos modos de ser do direito

Neste tópico já nos é viável descortinar o problema da discricionariedade pela via da arte da pergunta. À luz da proposta gadameriana acerca da lógica da pergunta e resposta subsiste a orientação para o desvelamento dialético dos fenômenos colocados em questão, sem nos esquivarmos, obviamente, de críticas suscitadas em face do projeto hermenêutico filosófico e da ciência fenomenológica, sempre, de forma sintética.

Conforme já explicitado anteriormente, entre fato e texto, resulta uma relação unitária mediada pela linguagem, fator existencial faticidade que opera conjuntamente com o processo de interpretação e aplicação, para o surgimento da norma jurídica. O ato de compreender – seja um escrito textual, seja qualquer outro fenômeno da vivencial – implica, ao mesmo tempo, em aplicação e efetivação (concretização). Por este motivo a faticidade hermenêutica articula na temporalidade com os efeitos dos sentidos antecipados pelo intérprete em relação ao texto quando este é objeto da experiência. O acontecer interpretativo apropriador que sucede no campo do direito consubstancia uma finalidade cooperativa dialogal de estabilização social da convivência humana em todas as suas dimensões, produzida pela aplicação e concretização da norma (universalidade). Sobreleva, logo, como incompatível à ciência hermenêutica, qualquer discurso superficial, capaz de abstrair da aplicação seu respectivo viés intersubjetivo compartilhado do horizonte histórico. Por isso, o reforça Raimundo Falcão, reiterando que a hermenêutica

não foge, por outro lado, a uma configuração normativa, na medida em que intenta obter frutos-de-utilização em prol da melhoria da sociedade dos homens, nas suas diversas dimensões: sociais propriamente ditas, políticas, econômicas, morais, jurídicas, estéticas, etc. Numas áreas, sua atuação tem mais espaços e maior eficácia. É o caso, para exemplificar, das áreas jurídica e política, onde é mais adequado falar-se em direcionamento do sentido, do que no tocante, ainda para exemplificar, à área estética. (2013, p. 98).

De acordo com o autor, estabelece-se a verdade filosófica pelo sentido constituído no horizonte articulado temporalmente, como fonte inesgotável de interpretação; de conseguinte, é fundamento da hermenêutica e cumpre ao intérprete aplicar e proceder à sua escolha, alternativamente, no conjunto imenso de opções possibilidades, caso a caso. A exemplo disso, o movimento da compreensão humana dinamiza seus efeitos em virtude da uma fusão de horizontes do passado com o presente, de sorte que, a cada leitura realizada de um texto, este pode se mostrar de maneira diversa, muito embora as palavras e os significados nele escritos permaneçam intocáveis.

No caso da hermenêutica filosófica, o momento da aplicação representa operação universal permitida pela linguagem, e trata-se de ato a respeito do qual o texto efetivamente ganha sua normatividade. No horizonte hermenêutico do direito, a os efeitos da lei aderem a todos os sujeitos como comunidade jurídica unitária, a título de significação coerente à temporalidade do ser daquele (direito). Dado que a linguagem emergente da comunidade proporciona uma dimensão compartilhada transcendental, de forma intersubjetiva, o seu caráter igualador, de situações similares, torna a consciência jurídica de seu tempo-espaço incidente entre todas as pessoas submetidas a mesma ordem universal legislativa. Posta a premissa segundo a qual o texto do direito fala a partir de sua universalidade, via linguagem conversada de forma hermeneuticamente transcendental, conclui-se que a aplicação normativa, de cada caso específico ou mesmo hipotético, a ele retorna de maneira atualizada com a aplicação concretizada pelo o horizonte do presente.

Na medida em que sucede a intersubjetividade no terreno da comunicação, por uma linguagem comunitária integrada, a *applicatio*, inevitavelmente, impulsiona seu constrangimento sobre o intérprete para que este siga o itinerário de que fala a coisa, obstaculizando as subjetividades exclusivamente inerentes ao capricho desejoso ou emotivo do julgador. A leitura judicial particularista, cuja atividade desatende aos sentidos pertinentemente constantes nos enunciados constitucionais, encontra-se sujeita às críticas doutrinárias consistentes, em vista de demasiado nível discricionário levado a cabo na prolação da decisão absurda, em equivocada vulneração à relação transcendente à *comunidade* da linguagem.

É papel precípua da doutrina criticar os equívocos dos que detêm o poder de dizer e constituir o Direito. Na medida em que a própria Constituição Federal estabelece, no artigo 93, IX, que as decisões mal fundamentadas são nulas, o Supremo Tribunal, por exemplo, não tem o direito de errar por último. E, por isso, uma doutrina jurídica crítica pode impedir que más decisões, compreendidas como fruto de uma racionalidade ideológica subjetivista/discricionária (ambas são faces da mesma moeda) se repitam. O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, e, portanto, não é aquilo que o tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é. (STRECK, 2017, p. 43).

Logo, refere Lenio Streck (2017, p. 21) que “quem quer compreender um texto deve deixar que o texto lhe diga algo”. Isto significa dizer que àquele quem se coloca no propósito de realmente compreender, recebe a tarefa de aplicar o direito como ele se apresenta, agindo de forma que se permita aguçar a escuta para o diálogo com o texto: o fenômeno (texto e fato) reverbera sua existência, independente de capas reprodutoras de sentido ou discursos superficiais dados previamente, e justamente por isso, contudo, direcionados a velar a essência da verdade produzida pelo texto.

Na realidade, descerrar determinados obstáculos (pré-juízos) incidentes sobre a leitura correta do direito recai como responsabilidade do jurista atento; permitir a manifestação da verdade do ser que se lhe apresenta; proporcionar a projeção da sonoridade mais originária que compõe ressonância à Constituição é mediação exercida pelo campo de possibilidades decisivo do ser-aí. O experimentar hermenêutico-filosófico contribui, assim, para o acontecimento justo da aplicação, e para que esta possibilidade surja como produto mesmo da expressão mais autêntica da antecipação de sentido introduzida pela pergunta que predisponha questionar algo sobre algo:

Quando o intérprete se depara com um texto, há já um sentido que se antecipa. Mesmo quando falamos do Código de Hamurabi estaremos aplicando de algum modo um sentido a uma coisa. No campo da interpretação do Direito, isso quer dizer que não existe texto sem norma (sentido) e tampouco norma (sentido) sem texto. (STRECK, 2017, p. 22)

Invertendo um pouco o enfoque sobre a correta aplicação e interpretação do direito, essencial comentar que, vez por outra, avultam certas críticas doutrinárias contra a filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica, que, subjugando-as de irracionais,⁶⁵ esbarram em argumentos ociosos, insubsistentes e desatualizados. Ao aventar a pecha de que a

⁶⁵ Álvaro Ricardo de Souza Cruz mostra-se inconformado com essa crítica, ao defender a linha de que o suposto subjetivismo, da hermenêutica filosófica de Gadamer e da filosofia hermenêutica de Heidegger, inviabilizaria o conteúdo ético na argumentação jurídica por irracionalismo. (2007, p. 24).

hermenêutica jurídica seja estruturalmente impotente para adentrar no exame de fatos reais, resumindo-se à interpretação de textos legais, a título de recurso meramente auxiliar da práxis jurídica, certos críticos ignoram a historicidade como fenômeno temporal aplicável à ciência do direito. Sem embargo da suposta imprecisão aduzida contra o paradigma hermenêutico, não se pode assumir como eficientes tais objeções, consoante veremos a seguir.

O relativismo operacionalizado nas teorias positivistas que atacam a hermenêutica filosófica apenas faz sentido ao articular premissas falaciosas, de acordo com as quais o direito seria entendido como aquilo que os tribunais emitem em suas decisões. De fato, soa absurda à fenomenologia tal possibilidade. A temporalidade, historicidade e finitude do homem quando articuladas no campo compreensivo do ente na totalidade, diversamente, vedam a multiplicidade de respostas a critério da vontade do julgador; equívoco este provocado, todavia, por paradigmas solipsistas presos a enunciados prescritivos de controle, mecanicistas e metódicos, bem como regras e cânones, os quais velam, por trás de seu discurso, a vontade de poder e a arbitrariedade reproduzida pelo sujeito cognoscente; resta escondido o ser do ente, nesse horizonte, impedido de afinar a vibração de seu ser diante da faticidade: aquilo que se encontra pré-compreendido pela experiência do fenômeno jurídico. Para Gadamer o que realmente importa à hermenêutica jurídica envolve, mais detidamente, a reflexão sobre a distinção entre hermenêutica do direito e o papel comumente realizado pelo jurista: “Querer renovar no plano da ciência moderna a velha verdade e a velha unidade das disciplinas hermenêuticas seria defender uma tese paradoxal.” (GADAMER, 2016, p. 427).

Dito com outras expressões, entre os dois campos da compreensão hermenêutica, há uma distância, contudo os interesses discutidos em ambas ocupam o mesmo objeto, uma vez que os textos jurídicos somente podem ser tomados em sua existência historicamente. Decerto tal apreensão exprime total coerência, na medida em que a hermenêutica jurídica visa retomar o autêntico procedimento das ciências do espírito:

Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. (2016, p. 430-431).

Assim, pensando sobre a experiência da verdade circunstancial do caso, Gadamer, em *Verdade e Método*, enfatiza a descrição histórica reproduzida na hermenêutica

do direito, acentuando a diferença ontológica sobre os papéis exercidos entre as figuras do jurista e a do historiador do direito:

Não me pareceria suficiente limitar a tarefa do historiador do direito à “reconstrução do sentido original do conteúdo da fórmula legal”, e ao contrário, dizer do jurista, que “ele deve, além disso, pôr aquele conteúdo em concordância com a atualidade do presente da vida”. Uma tal delimitação implicaria afirmar que a competência do jurista é mais ampla, incluindo em si também a tarefa do historiador. [...] Como o historiador ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico. (2016, p. 428).

Para apreender esta diferença ontológica entre o acontecer de um sentido jurídico e a reconstrução da sua objetividade histórica, revela-se crucial atentar justamente à *applicatio*, ao momento atualizador e concretizador da lei.⁶⁶ Na medida em que somente se pode atingir o sentido total do texto jurídico procedendo à sua intermediação com o presente, decorre como decisivo reavaliar a ideia ordinária difundida, na práxis forense, de que o sentido jurídico do texto legal conteria uma orientação unívoca e imutável. “É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado.” (GADAMER, 2016, p. 428).⁶⁷ Afinal, conhecer a legislação, certamente, envolve atentar-se à pré-compreensão inescapável ao jurista; porém, a linguagem meramente lógico-conceitual espelhada na lei revela o nível superficial semântico daquilo que é pré-compreendido, permanecendo um espectro ainda distante do âmbito total de profundidade hermenêutico, emergente da lei justa e universal carente de atualização com o presente.

Evidentemente, não se dispensa peremptoriamente a perquirição sobre o conteúdo histórico originário e tampouco a norma captada pelo legislador, na etapa de criação da lei. Com efeito, a fase de elaboração legislativa traz ao sistema jurídico contornos delimitadores dos valores sociais de uma época, pinçados e elevados a seu critério, a partir dos fatos de ocorrência entendidos então como relevantes. A propósito, este horizonte

⁶⁶ Interessante a visão de Rodolfo Felipe de Carvalho acerca do movimento permanente na totalidade do direito, conduzido pela interpretação (2018, p. 67): “pela letra mediante a qual se manifesta, a lei não se enraíza, não se finca no tempo e no espaço, não se positiva definitivamente, numa espécie de sono dogmático profundo, antes se predispõe ao movimento, ao traslado, ao deslocamento, que só o processo hermenêutico, pela iniciativa do interprete-leitor e capaz, no entanto, de operar.”

⁶⁷ O tema descortina a tradição acerca da práxis jurídica na qual ao longo dos tempos procurou-se descrever um método de interpretação jurídica por critérios puramente históricos. “Assim como Schleiermacher não via problema algum em que o intérprete tivesse que se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre o o sentido originário e atual. O tempo se encarregou de demonstrar com suficiente clareza que do ponto de vista jurídico isso é uma ficção insustentável.” (GADAMER, 2016, p. 428).

histórico temporal do sido (passado) retorna ao nós da atualidade (presente), ante a aplicação individualizada da lei concreta, momento no qual se sobrepõe a efetiva solução jurídica pela decisão judicial. Ainda no que concerne ao aspecto temporal, denota-se mais propriamente a indispensável antecipação de sentido do porvir (futuro), momento em que a aplicação jurídica expressa expectativa sobre as consequências diante da tomada de decisão a ser realizada.

Nesse passo do processo hermenêutico, vem à tona a fundamental diferenciação da comparação entre o exercício hermenêutico do jurista e a tarefa normalmente desencadeada pelo historiador do direito. Como avaliamos anteriormente, o intérprete do direito acompanha a atividade de seu pensamento hermenêutico, investido de uma responsabilidade ética impelida pela linguagem intersubjetiva compartilhada (transcendental). A comunidade da linguagem como mediação necessária na interpretação e a força da tradição, associadas àqueles elementos impulsionam o constrangimento epistemológico do aplicador, consubstanciam o terreno transcendental universalizado em que se articulam os sentidos da norma. Logo, a orientação constrangedora e ética da linguagem sobre o poder-ser do juiz marca o comportamento mais originário de possibilidades sobre a solução jurídica da decisão, hermeneuticamente condizente com o direito vigente, sempre em respeito à integridade e harmonia do sistema. Dado que inexoravelmente a aplicação produzirá inevitáveis efeitos no mundo concreto, essa visão universal mantém intacto o sistema, “na sua tarefa prático-normativa, quando procura ‘assegurar a sobrevivência do direito um *continuum* e salvaguardar a tradição de pensamento jurídico.’” (BETTI, *apud* GADAMER, 2016, p. 430).

Uma vez que o processo circular hermenêutico inevitavelmente exprime seu viés produtivo – malgrado estejamos raciocinando em nível teórico –, é salutar reafirmar sua influência diante do ato de aplicação. Consoante Streck (2017, p. 21), talvez daí sobrevenha o contributo mais peculiar da teoria filosófica de Gadamer à aplicação na hermenêutica jurídica,⁶⁸ afinal, “[...] nunca nos banhamos na mesma água do rio”, rigorosamente, porque sempre estamos amparados pelo movimento do círculo hermenêutico, fundado na historicidade e no caráter finito de ser do *Dasein*, incessantemente interpelado pelo conjunto de elementos significantes no campo de mostraçõ dos entes. Em razão disso, apresenta-se plenamente coerente ao campo da hermenêutica filosófica, relembrar a perspectiva de que compreender consiste em três movimentos sucessivos, compreensão, interpretação e

⁶⁸ No contexto de uma hermenêutica filosófica, importante não confundir seu conceito com o da hermenêutica jurídica, cujo parâmetro distancia-se mais do que aproxima dos critérios tradicionais de interpretação da dogmática do direito, tal como o gramatical, sistemático, teleológico, histórico etc. “Também não se pode confundir a hermenêutica jurídica com as teorias da argumentação jurídica ou qualquer teoria lógico-analítica, que possuem nítido caráter procedimental, tratando, pois, de outra racionalidade, que é apenas discursiva.” (STRECK, 2017).

aplicação. Vale dizer, não há falar numa divisão ou cisão de componentes ou momentos intelectivos. Estamos sempre interpretando, em vista da nossa própria condição humana finita e fática, aberta a novas experiências, que vão se acumulando em nossa consciência histórica.

Emerge daí a estrutura hermenêutica racional da decisão justa, fundada numa perspectiva compartilhada da linguagem. Descrita a partir dos campos de sentido reunidos faticamente na abertura de mundo, sobrevém a solução atualizada do caso, em relação à diretriz legislativa de origem. O resultado final desse processo transcendental, ético e consciente de poder-ser no presente remansa na materialização efetiva do universal, a partir da reconciliação com o caso individual atualizado e posto a julgamento.

Conforme pudemos verificar nos capítulos anteriores, o texto não se confunde com a norma, na medida em que correspondem a coisas ontologicamente distintas no horizonte de abertura do intérprete. Refletindo a norma jurídica em produto da interpretação e aplicação, aquela apenas surge, posteriormente, com o fato concreto ou ainda a hipótese imaginária solucionada, momento no qual o horizonte de sentido histórico do intérprete funde-se com o do texto. Levando em consideração o processo unitário da aplicação, esta fusão de horizontes resume-se justamente no que revela Gadamer (2016, p. 406): “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.” De fato, ao intérprete do direito recai a responsabilidade mais originária de compor na temporalidade do presente os conceitos, imagens, significados e fórmulas tradicionais afirmados e cristalizados repetidamente no cotidiano jurídico, ensinadas na e praticadas irrefletidamente no automatismo mediano do cotidiano forense. A reprodução superficial impensada daquele conjunto de sentidos sedimentados no tempo comporta um ciclo de dominação do saber por controle e métodos rígidos sobre a verdade no direito.

Visto que a pré-compreensão do intérprete, situada no acervo cultural da tradição do *Dasein* é indiscutivelmente histórica, a fenomenologia hermenêutica impõe ruptura radical sobre critérios eminentemente insuficientes a conferir resposta correta sobre o fenômeno existencial do direito. Frente os efeitos da história e linguagem, encontram-se situações impeditivas capazes de obnubilar a verdade do texto. Todavia, a aposta que se faz, pela via hermenêutica filosófica e ontologia existencial, reside justamente em seguir a consciência histórico-efetiva, aniquilando o mito da interpretação pura e dedutiva da lei, abrindo, portanto, possibilidades, de reinterpretções a cada nova relação com o horizonte circular hermenêutico.

Consoante elucidada Ricardo Salgado (2018, p. 125), uma teoria da aplicação pressupõe o encontro hermenêutico de dois textos jurídicos, o deôntico da norma e o informativo, que descreve o fato concreto. Diferentemente da linha adotada por Gadamer, aquele autor defende que, na aplicação, sucede, precipuamente, o teste da razão, segundo o qual o sentido definitivo da norma efetiva-se na dimensão justa da decisão. (J. SALGADO *apud* R. Salgado, 2018, p. 126). Esta é a concepção filosófica expressada por Joaquim Salgado, para quem, na etapa da aplicação, ressurgem justamente aqueles dois momentos temporais do passado e presente. Por isso, o ato silogístico configura, por via da argumentação, movimento dependente do teste racional do julgador que confere ao fato particular depreendido empiricamente a conotação universal da lei aplicável.

Coerentemente com a visão de Joaquim Salgado, maximamente voltada para um desenvolvimento dual da aplicação, Ricardo Salgado dispõe que

O processo de aplicação implica numa subsunção do fato à norma, ambos postos como *quaestio*, *quaestio facti* e *quaestio iuris*, a serem revelados no processo e sintetizados na decisão. O fato e a norma são, portanto, os objetos da aplicação das partes e do aplicador; este na figura do terceiro neutro na medida em que busca a racionalidade da sua decisão, o que significa controle dos impulsos passionais e objetividade (como, por exemplo, distância e vinculação a uma norma jurídica objetivamente dada) e imparcialidade [...]. (2018, p. 127).

O segundo plano da aplicação aparece, nessa linha, como momento da raciocinante da decisão judicial: ato de aplicação no qual o julgador depara-se com a *quaestio* (*quaestio facti* e *quaestio iuris*). Aqui, resulta indispensável, na linguagem democraticamente desenvolvida na consciência jurídica, o discorrer do julgador, de maneira fundamentada, sob a égide lógica, de acordo com o direito vigente, sob pena de cair-se num resultado decisório *contra legem*. O ato da aplicação judicial transmite a ideia de valoração das consequências concretas da questão posta, por atualização da lei, sempre em coerência com o critério conferido pelo legislador na época de sua elaboração:

A aplicação do Direito percorre todos esses momentos, mas encontra sua realização ou efetividade no momento pragmático, especificamente na função prática, segundo o cânone fundamental da hermenêutica da atualização. Neste caso, segundo a linguagem, o sentido verdadeiro da norma vai ser dado no contexto da aplicação, ou no contexto da fala (Saussure) ou no contexto da linguagem efetivada (Wittgenstein). (R. SALGADO, 2018, p. 128).

Explicando de outra maneira, para ambos os autores acima, no âmago da decisão judicial, a aplicação ressurgue marcada por um trajeto dicotômico que corresponde ao

encontro entre fato e norma, mediado racionalmente pelo julgador, terceiro desinteressado das partes em litígio. Conformando a igualdade perante a lei, o processo judicial, nesse sentido, instruído por provas e sob o crivo do contraditório entre partes, constitui premissa dessa perspectiva de justiça na aplicação racional. Desde o início desse processo – da delimitação da antecipação prévia de sentido até a aplicação do direito –, perpassa necessariamente a assimilação compreensiva da norma geral imediata e sua incidência junto ao fato ocorrido e depurado racionalmente pelo julgador, cuja decisão conflagra na aplicação concreta que recompõe a tessitura universal do sistema.

Recapitulando, espelham, dois resultados estatais importantes sob essa ótica. O primeiro consiste no critério criativo do legislador: aqui a valoração é captada a partir da relevância dos fatos sociais, de acordo com a necessidade, oportunidade ou espontaneidade originária; a essência da criação não exige qualquer justificação formalizada sobre os critérios determinantes, por parte do órgão criador. Todavia, a ordem jurídica naturalmente obriga a distinção e separação de hipóteses abstratas sobre fatos determinantes valorativamente para as relações estabelecidas em certo tempo histórico de um povo. Ao adquirir formação legislativa toda a sistematização do conjunto legal comunica-se racionalmente às categorias e institutos doutrinariamente pensados na ciência jurídica. Da mesma forma como ocorre na aplicação judicial, portanto, na elaboração da lei, encontra-se também presente a razão prudencial

[...] que é a razão que prevê as consequências de uma conduta, e que fundamentalmente gera essas consequências segundo uma escala de valores, portanto pondera axiologicamente essas consequências; ao fazê-lo, considerando-as de valor positivo ou de valor negativo, incorpora-as numa norma de ação e ao mesmo tempo imputa uma consequência jurídica à conduta segundo um princípio de igual peso, como, por exemplo, no caso de conduta negativa. (J. SALGADO, 2006, p. 147).

Já o segundo momento gira em torno do procedimento de aplicação concreta da lei, sobre o qual nos aprofundamos especificamente nesta pesquisa. Mediados por terceiro neutro, os fatos compreendidos pelo caso individual colocado em exame são interpretados, culminando na solução justa do conflito de interesse, cuja decisão retorna, efetivada e reconciliada, ao horizonte universal do direito. (J. SALGADO, 2006, p. 139).

Visto isso, sucede, neste complexo da compreensão, o percurso dialético transcendente, efetuado no âmbito da decisão judicial, cujo movimento reflexivo garante seus aspectos da justiça formal – representada pela imparcialidade do julgador (terceiro neutro), pelo critério de subsunção do fato à norma e pela racionalidade objetiva imanente das razões adotadas:

O ato de hermenêutica na aplicação não é um caminho para frutificar o arbítrio, é totalmente objetivo, intelectual. O aplicador tira de elementos objetivos e não da subjetividade volitiva ou vontade subjetiva o sentido da norma; os elementos de decisão são objetivos e, estando dentre eles a norma, sua decisão é objetiva [...]. Se é aplicação, é extraída de elementos objetivos, fundamentada racionalmente, não sendo definidor o elemento volitivo [...]. (J. SALGADO, 2006, p. 139).

Do outro lado do processo de aplicação, o conteúdo da justiça material repousa no momento em que a justiça se consuma efetivamente, reproduzindo os efeitos da lei na atualidade, sem que se fale em lei nova ou criação da lei pelo juiz no caso concreto. Isto é, na aplicação, ocorre a efetivação da norma

[...] na forma de máxima subjetiva pela qual a universalidade abstrata da norma se encarna na particularidade (em si mesma abstrata) do fato empírico, para efetivar-se como universal concreto, isto é superação do universal e do particular, na forma de síntese da lei e do fato, na máxima do aplicador, a sentença, na unidade de ser e dever ser. (J. SALGADO, 2006, p. 186).

Relativamente ao panorama de aplicação da decisão, vale enfatizar que a experiência hermenêutica, evidentemente, assegura que prepondere a objetividade de seus efeitos durante processo de efetivação do direito. Esta, por sua vez, “[...] é todo o processo que vai do fato dado à norma, pela valoração, e da norma à efetividade do direito, formando esse círculo progressivo o direito no seu conceito.” (J. SALGADO, 2006, p. 186). Nesse horizonte composto pela justiça concreta da decisão, a dúvida (*docta ignorantia*) inerente ao âmbito dialogal de perguntas e respostas surgirá suprida na racionalidade emergente da decisão.

De acordo com Ricardo Salgado (2018, p. 116), sobrevém o entrelaçamento entre esse modo de compreensão pelo diálogo aberto e a fusão dos horizontes hermenêutica, como imaginada por Gadamer. Esse terreno dialogal intersubjetivo acontece na forma de conversação,

[...] na qual um tema chega à sua expressão, não na qualidade de casa minha ou de meu autor, mas de coisa comum a ambos. Vê-se no texto acima claramente a questão da intersubjetividade hermenêutica, uma vez que a conclusão a que chega e a compreensão não é de um sujeito, mas, sim, de dois, autor e o intérprete, cujo meio é a linguagem.

Na medida em que o percurso de interpretação expressa seu caráter objetivo, pela aplicação atualizada da lei de forma racional pelo terceiro neutro, não podemos dizer que

é empregado impreterivelmente certo método ou cânone intelectual isolado, mas prevalece, ao contrário, a delimitação compreensiva articulada pelo fio condutor da linguagem. De outro vértice, a explicação dada acerca dos pressupostos de aplicação intermediada por elementos e cânones objetivos – tal qual idealizados por Joaquim Salgado – supera o critério de subsunção metodológica positivista, por afastar a discricionariedade do juiz. E o conteúdo da aplicação, no escólio de Joaquim Salgado, claramente, vincula-se a efetiva realização do direito na concretude real, conforme o conceito de justiça, sob pena de emissão da decisão fadada à nulidade. Por isso, de acordo com autor, há dimensões diversas da interpretação. Assim, interpretar a lei apenas para que ela seja aplicada comporta uma diferença em relação à dinâmica da interpretação com força estatal para fazê-la cumprir. Ao interpretar a lei, o Estado representado na figura do juiz, emite a decisão final do conflito de interesses, como ordem a favor do sujeito de direito. “Não há uma nova norma, mas a efetivação da norma na forma de máxima subjetiva, pela qual a universalidade abstrata da norma se encarna na particularidade (em si mesma abstrata), para efetivar-se como universal concreto [...]” (J. SALGADO, 2006, p. 186).

Dito isso, para o filósofo, a justiça material aparece nessa etapa como atualização da lei junto à solução de um caso prático, claramente delimitado de acordo com as consequências da advinda aplicação no mundo concreto, conformando-se ao conceito de justiça:

Em razão disso, fechando definitivamente a questão da hermenêutica, da busca do significado da lei, tendo em vista sua autonomia no que se refere ao seu conteúdo objetivo, o que se entende por essa força (*vim*) e potestade (*potestatem*) da lei é dado primeiro na sua consequência, pois somente na aplicação, pelos seus efeitos, que têm de ser justos, mostra ela sua força e potestade [...]. (J. SALGADO, 2006, p. 187).

A partir de então temos que a atualização concretizada da lei sintoniza-se à justeza do direito, com o equilíbrio dado pela razão, buscando dar sentido sempre diante das consequências fáticas cogitadas pelo julgador no mundo. Justamente a hermenêutica faticidade compõe o escopo deste panorama temporalizado na equidade do direito pela atualização da lei, segundo o significado do texto em sua valoração em tese:

A *interpretatio* não pára aí, adentra o real e seu significado axiológico no momento da aplicação, pois se trata não apenas de entender o texto da lei, mas compreender o seu significado nos efeitos práticos produzidos na vida das pessoas, num *hic et nunc*, em que a universalidade da lei se efetiva na particularidade do fato. (J. SALGADO, 2006, p. 191).

Vale dizer, logo, que há um campo prático espelhado na conversação do sujeito com texto envolvido no diálogo compreensivo, direcionando a fusão marcada pelo encontro de dois momentos distantes no tempo (passado e presente) à qual será conferido o significado que, efetivamente, realize a universalidade do direito. A orientação filosófica de coerência, sobre princípios de justiça formal, indica que a contextualização do conceito normativo visa apenas objetivamente tornar concreta a justiça material: “A regra é, destarte, o invólucro formal da vontade que positiviza o direito, que é já universal em si, e se torna universal, refletido na forma do conceito, na lei, como ideia desenvolvida no espírito ético [...]” (J. SALGADO, 2006, p. 103).

Evidentemente, o julgador não cria direito novo, mas apenas concebe a efetivação do direito, pelos dados temporalmente marcados no presente. Os elementos materiais fáticos postos em questão e discutidos no processo judicial, contudo ainda espalhados, desconectados dentro do todo, somente de forma reunida apresentar-se-ão disponíveis, para, sobre si, articularem a reconstrução dos fatos (fato + lei geral), mediados na instrução processual:

A aplicação desenvolve, assim, nos seus momentos essenciais, averiguação do fato pelo qual se forma o juízo de verdade, da sua existência, por meio da reconstituição feita pela prova na fixação da controvérsia, na determinação da norma aplicável, até a formação do juízo de decisão fundado no argumento, ou seja, decisão objetiva ou racional. [...] O processo é um movimento dialético em que fato e norma, particular e universal, se condicionam, mutuamente, até o resultado em que ambos são superados nas suas respectivas unilateralidades, gerando o direito reconhecido na decisão, ou, num outro modo de expressar, “revelados no processo e sintetizados na decisão”. (J. SALGADO, 2006, p. 126).

Colocando a questão sobre outros dizeres, temos, destarte, que a dimensão compreensiva ou hermenêutica aparece delimitada pela a manifestação dialética racional efetuada também durante o percurso processual, marcado pela a objetividade dialética entre fatos verificados na instrução e lei aplicável ao caso, que superando o conflito diante do direito, resultarão na norma da jurídica emitida pela decisão judicial. A reunião das provas logicamente concatenadas com argumentos e discutidas entre partes e juiz, até o momento da efetiva interpretação judicial, num percurso de perguntas e respostas, não comporta na aplicação “visões de mundo” e “subjatividades” desconhecidas dos autos e não debatidas anteriormente. Aliás, sempre salutar mencionar que “[...] antes de qualquer raciocínio subsuntivo/dedutivo, ocorre a pré-compreensão em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o nosso processo de atribuição de sentido.” (STRECK, 2017, p. 231). De conseguinte,

as etapas conscientes ou momentos desse processo de interpretação judicial ficam delimitados pela objetividade da pré-compreensão.

A propósito, do percurso objetivo destacado no horizonte da justiça formal da aplicação, sucede a adoção de uma máxima transcendental, em superação à pura consciência moral de Kant. Assim, a máxima ética eleva-se, à lucidez da consciência jurídica, no momento da interpretação, introduzindo a conformação do significado empírico concreto, com a lei abstrata, onde justamente reside a razão prudencial socialmente esperada:

Desse modo, há um imperativo categórico da aplicação na técnica romana, pelo qual a máxima conseguida pelo aplicador, extraída do fato e da sua razão prudencial, enquanto aplicador que recebe essa função do sistema, portanto como tal institucionalizada [...]. (2006, p. 138).

Na justiça material, por sua vez, o processo de interpretação em si implica na concretização do direito, tornando norma contida na decisão em ordem imediatamente exigível. Isto é, o momento universal concreto da aplicação vale-se da sentença aparelhada pela coercibilidade para a efetivação da lei criada pelo legislador, agora, atualizada em juízo. Logo, o resultado do justo, obtido, com vistas a solucionar um conflito de interesses apresentado no processo judicial, é efetivado materialmente de forma universalizante. A saber, essa efetivação trata-se da autêntica entrega, ao sujeito de direito, cuja norma da decisão retorna à lei universal e abstrata; isso representa o fato de que, ao proferir sua sentença, o juiz apenas atualiza a lei,⁶⁹ não criando uma nova norma, mas contrariamente, confere efetividade, racionalmente e objetivamente, ao direito vigente e geral, em forma de uma máxima individual, “[...] pela qual a universalidade abstrata da lei se encarna na particularidade (em si mesma abstrata) do fato empírico, para efetivar-se como universal concreto [...].” (J. SALGADO, 2006, p. 192).

Em face do exposto neste capítulo, essencial repisar, portanto, que aderimos novamente à doutrina de Joaquim Salgado (2006, p. 192), ao reportar que a *interpretatio* presta-se a pôr termo ao conflito de modo justo, culminando na prolação da decisão. Num momento do movimento circular produtivo de intelecção, o sistema eleva-se ao ponto de vista da consciência jurídica e dialoga (relaciona-se) com o mundo exterior a si mesmo,⁷⁰

⁶⁹ Ricardo Salgado (2019, p. 108), na mesma linha, rememora a posição explícita de Gadamer, ao consignar que o filósofo deixa evidente a necessidade de uma atualização na compreensão, em virtude da própria característica de sua percepção histórica como eventos, como acontecer. Logo, destaca que Gadamer vê na “continuidade do acontecer” algo próprio da tradição histórica e do progresso, e em havendo a incidência de uma hermenêutica circular, não há cogitar em fechamento algum de horizonte histórico de sentido.

⁷⁰ Nesse ponto interessante seria comparar a segunda fase da Antropologia, da alma natural, citada por Hegel em sua *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (V. 3), ao revelar, primeiramente, que a consciência objetiva depende

retornando à confiabilidade implicada pela coerência intersubjetiva da linguagem, cooperativa, reconciliada pela responsabilidade judicial, em respeito ao próprio sistema, assegurada pela fundamentação racional.

de uma primeira sensação imediata, porém o sentido, ao mesmo tempo, representa a conexão universal das coisas, remetendo para além da singularidade sensível e presença imediata. “Quando me elevo ao ponto de vista da consciência, relaciono-me com um mundo exterior a mim, com uma *totalidade objetiva*, com um *círculo*, que se concatena dentro de si mesmo, de objetivos emaranhados que se me contrapõem.” (2011, p. 109).

CAPÍTULO V – CONTRIBUTOS DA DIALÉTICA TRANSCENDENTAL KANTIANA PARA A DECISÃO JUSTA NO CONTEXTO DA LINGUAGEM COMPARTILHADA

Utilizando o arcabouço teórico da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer a título de suporte fenomenológico para o processo de interpretação e aplicação do direito na decisão judicial, percebemos as múltiplas vantagens científicas, aptas a possibilitar a concretização de uma decisão justa na contemporaneidade. Durante o percurso adotado no estudo, a linguagem apresentou-se como o fio condutor da interpretação jurídica, revelando-se a via intermediadora semântica entre o direito e ontologia existencial da faticidade, liberando as camadas cristalizadas na sedimentação dos significados de textos, imagens e construtos marcados historicamente na tradição jurídica.

Mais especificamente na dialética da arte da pergunta, de conteúdo socrático-platônico, a hermenêutica filosófica reverberou a abertura de sentido a partir da escuta franca e sincera do intérprete, interpelado irresistivelmente pela tradição histórica de seu tempo, cuja herança herdada forma os campos de sentido dos fenômenos que se interpõem faticamente. Evidentemente o modelo de chegada à verdade do ser desse ente (essenciação do ser do texto), o qual fenomenologicamente vem à tona imediatamente no momento da aplicação do direito, carece de atualização histórica, pelo encontro dos horizontes temporais do passado e do presente. Conquanto passado (ter sido) e presente (atualidade) se interpenetrem diante da correspondente fusão de horizontes, a formação da decisão judicial historiciza-se definitivamente com um olhar de antecipação de sentidos em relação ao futuro. Decerto, as repercussões circunstanciais concretas da decisão como ordem estatal por força da lei, compõem-se tanto da articulação da justiça formal, como da justiça material, esta determinantemente marcada pela atualização concreta do presente.

Justamente no enfrentamento das circunstâncias provocadas pela consumação da ordem judicial, entendemos ser indispensável, a título de adequação teórica das hipóteses de aplicação da decisão, o emprego do teste moral do imperativo categórico kantiano, junto a esse ambiente transcendental da linguagem compartilhada. Depreendendo-se que o ser-aí do intérprete, em sua existência concreta mais originária, jamais se vê desconectado das circunstâncias morais e éticas. Assim, de início e na maioria das vezes, essas primordiais manifestações, constituídas em seu mundo histórico, marcam de compreensivamente a constituição deste meio ambiente significativo que orienta inexoravelmente a interpretação

durante todo seu percurso, inclusive e impreterivelmente, no momento final da efetivação material da ordem judicial encartada na decisão. Por isso, a relevância do teste do imperativo categórico de Kant como elemento teórico essencial destinado a averiguar a justiça da decisão a ser prolatada, consoante veremos a seguir em detalhes.

Desse modo, como questionamento hipotético a priori, o teste moral assegura acerca do conteúdo hipoteticamente emergente da decisão, para desvendar a aceitabilidade desta por qualquer pessoa no ambiente comunitário da linguagem ante o sentido da norma atualizada no porvir.

De fato, o horizonte histórico de acordo com o qual o intérprete encontra-se vinculado inexistente espaço para escolhas fora dos sentidos mediados pelo caráter comunitário do direito e intersubjetividade consubstanciada na linguagem. Remansa no constrangimento epistemológico do tempo histórico, a interpelação da tradição na condução da resposta jurisdicional democraticamente idealizada e sintonizada com uma expectativa razoável no seio do Estado Democrático, a ser assegurada e respeitada. Em vista desse compromisso compartilhado, a orientação das antecipações de sentido experimentadas pelo ser-aí do intérprete resulta imediatamente envolvida com o conteúdo ético sobre os efeitos da decisão.

Considerando o fato de necessariamente o intérprete refletir sobre sua própria condição histórica no momento da aplicação colocando em questão sua própria existencialidade como ser no mundo, invariavelmente surge como temporalização do futuro o porvir, antecipando, de acordo com o horizonte do passado e do presente, as prováveis repercussões da sua decisão no campo prático.

Nesse contexto, acreditamos que o ideal kantiano da razão pura, ao submeter o elemento incondicionado ético às regras internas do entendimento, oferece à hermenêutica filosófica da decisão judicial orientação reflexiva, ao menos a priori, reconciliando a universalidade do direito atacado, na unidade temporal pelos modos de sua realização. Vale dizer como outras palavras, que, a partir do uso consciente do teste kantiano moral, torna-se viável a recomposição do direito, na fase da aplicação da decisão judicial, quando, num só momento, passado, presente e futuro reencontram o horizonte hermenêutico universal do direito.

Evidentemente, a experiência do fazer hermenêutico envolve a participação efetiva do ser-aí no curso da interpretação a partir da interpelação da tradição. Dialogando com o fenômeno prático posto em jogo, o reforço teórico ético-transcendental devolve à abertura da experiência, provocada por perguntas e respostas, o envolvimento transcendental da razão prática, com a antecipação dos efeitos da decisão; refutam-se eventuais aparências da

imediatez do pensamento raciocinante, que tenham surgido e permanecido mal resolvidos na consciência histórico-efeitual, durante o trajeto do processo hermenêutico; e possibilidades de compreensão potencializam-se.

Conduzir adequadamente a pergunta, nos limites de seu conceito, a cada etapa da interpretação – conforme a proposta de solução justa para o caso – significa, certamente, colocar em jogo o conteúdo moral do imperativo categórico, como fundamento para a checagem racional da situação hermenêutica no presente, com vistas ao porvir, em atenção às consequências a serem provavelmente provocadas pela decisão. Destarte, sobrepõe-se a um só tempo a objetividade da lei universalmente válida no momento concreto da aplicação, pela mediação de uma linguagem intersubjetiva, cujo horizonte histórico envolve a consciência jurídica do julgador:

A consciência individual do aplicador, consciência moral então tornada consciência jurídica, assume uma universalidade objetiva pela referência a uma norma universal; é subjetiva, mas decide-se como consciência que controla as emoções e as opiniões meramente particulares do seu exercício na forma de um eu transcendental, que por ser transcendental, é *ad alterum*, pela transsubjetividade, e se torna a um só tempo particular e universal, ou seja, consciência de um eu que é um nós [...]. (J. SALGADO, 2006, p. 129).

Por isso, vale aqui lembrança de Georges Pascal, ao informar que ideia de Kant vai além da experiência dos fenômenos em relação à razão:

É que as sínteses operadas pelo entendimento na experiência não bastam à razão; o mundo empírico não nos satisfaz, visto não ser mais que um conjunto de fenômenos, e não um todo único. A exigência da razão é a de representar-se o universo como uma totalidade acabada. (2018, p. 92).

Em diversos momentos deste estudo, demonstramos a inconsistência da tese encartada no positivismo, como arrimo científico no âmbito da interpretação dos fenômenos jurídicos de forma adequada. Consubstanciada na aposta do ato de vontade da autoridade estatal julgadora, a explicação positivista repercute determinadamente para proporcionar voluntarismos, decisionismos e discricionariedades no âmbito da decisão judicial. Como visto, o indesejável modelo exegético interessa à justificação ativista dos juízes, cuja postura foi conflagrada durante o pós-positivismo sem limites imaginados para o voluntarismo. Assim, reiteramos que a proposta do raciocínio de Kant, como indicado acima, radica justamente no esforço de afastar os mal-entendidos incorporados nas pré-compreensões dos intérpretes, cujo encontro com a tradição resulta em medida eficaz à finalidade de contribuir com o modo de ser da interpretação adequada e responsável com o direito.

Pela via paradigmática da linguagem comum e intersubjetiva, a interpretação jurídica, alinhada aos atributos da coerência, institucionalidade, horizonte histórico, além do indispensável constrangimento judicial, projeta-se no campo da decisão judicial, cujo modo de compreender sobrepuja o balizamento hermético do positivismo jurídico e de outras teorias dele originadas, ainda fundadas no malfadado critério discricionário do ato de vontade.

Falar, afinal, em superação do modelo decisionista contempla a imprescindível desconstrução do pensamento solipsista do sujeito cognoscente, sobrepondo a este a hermenêutica da faticidade, especialmente porque a própria aplicação implica em produção de efeitos práticos no mundo fenomênico. Contudo, a síntese (unidade) de toda compreensão jurídica imersa nessa concepção da hermenêutica deve, inegavelmente, considerar as repercussões concretas da decisão judicial, diante da reconciliação a um só tempo das etapas do entendimento na consciência, individual e compartilhada do direito, distanciando o julgador de suas opiniões pessoais, paixões, desejos internos e outras inclinações sensíveis.

5.1 As condições de possibilidade na dialética transcendental de Kant

Consoante diz Gadamer (2016, p. 426), a tarefa do intérprete em atribuir sentido ao texto, peremptoriamente, implica similarmente na incidência dos efeitos do texto transmitido a si mesmo, e sem afastar “[...] a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação.” Concretizável de forma universal – independentemente do tema ou assunto jurídico discutido no processo judicial –, a lógica transcendental de Kant oferece satisfatoriamente suporte reflexivo determinante ao ato de aplicação justa do direito, como máxima do imperativo categórico.

Visto que o entendimento segundo o pensamento kantiano consiste na característica primordial de o homem produzir representações ao lado da sensibilidade, cujo poder está em recebê-las, ambos os elementos unem-se, em seu uso prático, tornando equilibrada a solução da decisão do intérprete, a partir dos raciocínios próprios da razão. Tanto um quanto outro momento corresponde a descrições filosóficas fundamentais do conhecimento; isto é, sem a sensibilidade, o objeto não é dado; sem o entendimento não é pensado. (J. SALGADO, 2012, p. 28).

Realmente, para a Kant, o processo perceptivo do entendimento inicia-se junto à sensibilidade, que capta os fenômenos no mundo real. A articulação das formas somente será organizada no entendimento diante das intuições; estas, de sua sorte, abrem espaço às sensações; ao passo que estas ainda desconectadas, entretanto, de qualquer raciocínio

unificado do mundo fenomênico, distanciam a clareza da compreensão. Melhor dizendo, o entendimento revela-se insuficiente, por si só, de conhecer as coisas em si; mas aí se denota algo de interesse à percepção, em vista de uma antecipação simples da experiência. Já o conceito não apresenta sua origem na sensibilidade, pois as regras que possibilitam sua formação resultam do entendimento, o único capaz de realizar sínteses. (R. SALGADO, 2008, p. 31). Ainda com Joaquim Salgado, denota-se que a lógica geral exclui de sua análise todo o conteúdo, porquanto versa apenas das formas do pensamento, ao passo que a lógica aplicada vai estabelecer regras uso do entendimento em situações subjetivas. Com essa perspectiva, a lógica transcendental é a única que vai determinar como ciência a origem, extensão e o valor dos conhecimentos a priori. Isto é, o conhecimento transcendental vai permitir (a priori) a aplicação hipotética das categorias, mediante certas representações (intuições ou conceitos). Por isso, a definição de transcendental não se confunde com o a priori exatamente, mas o seu emprego e possibilidade a partir do conhecimento. (2012, p. 29).

Portanto, aqui reside um ponto fundamental da preocupação kantiana sobre a lógica, diante da qual o filósofo efetua uma transformação na estrutura de estudo do conhecimento comum. É que a lógica transcendental busca, nessas condições a priori da sensibilidade, formular juízos puros do entendimento, incrementando a lógica de conteúdo. Considerando que o espaço e tempo consistem em formas e representações puras – que permitem a captação dos fenômenos exteriores –, deles decorre o indispensável pressuposto para o conhecimento sobre os objetos.

Reportando-nos a uma breve descrição sobre o método dialético transcendental – sem nos aprofundar à teoria filosófica de Kant –, cabe-nos apenas direcionar, nos moldes propostos neste trabalho, a reflexão acerca da ideia de uma decisão jurisdicional justa com embasamento na racionalidade dessa teoria crítica.

Essencial destacar que o desenvolvimento básico da teoria kantiana fundamenta-se em descobrir os limites do conhecimento seja ele racional ou empírico. Para isso, buscou o filósofo, em sua obra, refletir sobre os termos e limites impostos à metafísica, superando-os, pela reflexão transcendental, a partir de procedimentos críticos da razão pura, a fim de preparar um percurso de uma certeza eminentemente matemática.

Diante de seu interesse teórico, surtia em Kant o duplo impasse representado na derivação cujo racionalismo provinha do dogmatismo, de um lado, ao passo que, paralelamente, caberia refutar o comportamento cético do ambiente anglo-saxão pesquisado notadamente por David Hume. A dúvida girava em torno da seguinte reflexão: o conhecimento é imanente ao sujeito que conhece, ou ele deriva de uma fonte externa

fundamentada na experiência? (R. OLIVEIRA, 2008, p. 101). A imanência do conhecimento naquela quadra histórica pressupunha um racionalismo cartesiano e o dogmatismo de Hume, cujo impasse pôs Kant a rechaçar o posicionamento, articulando o pensamento da ação transcendental, denominada pelo filósofo de revolução copernicana. Erigiu, então, à filosofia, em Kant, o fechamento de uma tendência secular dogmática no sentido da concepção “[...] filosófica tradicional de se colocar, entre duas vias fundamentais, a via dogmática e a via cética.” (CASANOVA, 2013, p. 43).

Enfim, consideramos que, a partir do projeto da filosofia crítica kantiana, floresce o novo parâmetro sobre a lógica fixada para o conhecimento da verdade, haja vista que a metafísica tradicional impingia, à possibilidade do entendimento, a exclusão do próprio objeto de cena, inserindo-o num campo exclusivamente dogmático, como uma espécie de negativo cético, que vivia incessantemente à custa deste. (CASANOVA, 2013, p. 43). Em outros termos mais sumarizados, temos que, “[...] para Kant, quando se coloca a pergunta pelos limites do conhecimento, o que se procura é determinar quais são as condições de possibilidade da razão pura e da experiência [...]” (R. OLIVEIRA, 2008 p. 102). Destarte, com a teoria crítica de Kant, as condições de possibilidade do conhecimento filosófico passam a ser pensadas transcendentemente, separadas, do mundo empírico, mediante critério de idealidade pertinente ao reino universal dos fins.

De resto, a dialética transcendental rompeu, igualmente, no direito, o dogmatismo racionalista e abriu rigorosamente portas para conhecimento da verdade em si, destruindo os fundamentos metafísicos radicados no direito natural. Ela ainda viabiliza espaço para a teorização de um direito ideal, com suporte histórico e real, segundo as máximas da liberdade, fundamentada no interesse puramente moral.

5.2 O teste do imperativo categórico de Kant e sua pertinência moral para a hermenêutica jurídica

Examinada, desde o início do primeiro capítulo a questão da subjetividade judicial, a investigação procurou acompanhar e criticar, no plano hermenêutico do direito, o problema da legitimidade dos atos decisórios, na perspectiva do ato de vontade do julgador. A partir daqui, vem à baila a necessidade de realizar um recorte decisivo, reportado ao aspecto filosófico do dever ético que invariavelmente recai no ato de aplicação, concretizado pelo intérprete, como ser dotado de razão e vontade. Nada obstante saibamos que o sujeito-intérprete possa ostentar inclinações sensíveis, estas, certamente, não podem determinar o

modo de ser da compreensão, devido ao caráter objetivo histórico da tradição. Logo, a proposta discutida neste capítulo pretende justamente dissipar a anterior asserção do realismo positivista, segundo o qual o direito seria aquilo que os tribunais dizem que é, elevando, para além dos limites do direito, o ato de vontade, como potência máxima dos desejos e ambições pessoais do julgador.

Ao imergir a reflexão sobre a questão ética aplicável à filosofia hermenêutica, Gadamer pondera que, segundo Kant, o único modo eficiente de preencher o conteúdo do conceito ético diz respeito ao questionar mesmo sobre a sua universalidade incondicional.

O único modo de uma vinculatividade ética no qual se poderia fundamentar uma ética, para ele, era a incondicionalidade do dever, que se mantém fiel ao mandato contra todo interesse e inclinação. [...] Seu imperativo categórico quer ser compreendido como princípio de toda moral justo porque nada mais realiza do que a forma da vinculatividade da lei ética. (1963, p. 171).

Assim, em que pese ser natural a apercepção acerca do exercício de uma boa conduta, a maneira prática realizada de o homem julgar as ações alheias não confere segurança confiável de um resultado. Imperioso à ciência perquirir e buscar regras do dever, a fim de proteger a moral de eventuais ataques perpetrados pelas próprias inclinações sensíveis da vontade humana. Em vista desse problema, Kant estruturou o conceito de dever como fundamento a priori na *Metafísica dos Costumes*, levando em conta seu conteúdo não empírico, na exata medida em que, na prática, diversas ações analisadas mostram inspiração no capricho ou amor-próprio do agente: “quando se trata de valor moral, o que importa não são as ações exteriores que se vêem, mas os princípios internos da ação, que não se vêem”. (PASCAL, *apud* KANT, 2018, p. 125). E nas próprias expressões de Kant, explicando a intrínseca vinculação da autonomia da verdade à moralidade, atingimos o conceito segundo o qual “a *moralidade* é pois a relação das acções com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio das suas máximas.” (2007, p. 84).

E o que é então que autoriza a intenção moralmente boa ou a virtude a fazer tão altas exigências? Nada menos do que a possibilidade que proporciona ao ser racional de participar na legislação universal e o torna por este meio apto a ser membro de um possível reino dos fins, para que estava já destinado pela sua própria natureza como fim em si e, exactamente por isso, como legislador no reino dos fins, como livre a respeito de todas as leis da natureza, obedecendo somente àquelas que ele mesmo se dá e segundo as quais as suas máximas podem pertencer a uma legislação universal (à qual ele simultaneamente se submete). (2007, p. 78-79).

A toda evidência, da experiência, não se confere universalidade ao dever como conceito empírico, ao passo que a moral guarda o conteúdo de ideia, ínsita ao mundo dos fins, e não considera aquilo que é. Ao cumprir essa modalidade ideal, a moral situa-se no plano do dever ser, importando mais apreender se o comportamento foi perseguido de acordo com a razão moral a priori, independente da realização consecução da finalidade desejada. Como uma ordem da razão ou um ideal, a moral, logo, não se apoia nos costumes ou no caráter do homem, dirigido pelo propósito de construir uma filosofia com regras universais de determinação para elevar o conceito de dever.

Porque a moral ostenta uma característica legisladora, a vontade, por sua vez, coloca-se em relação de subordinação à primeira; vale universalmente para todo ser racional, contanto que este possa agir sem algum tipo de coação em seu prosseguir. Equivale a dizer, a vontade pura demonstra no agir humano o exercício da liberdade submetida a uma lei racional. Kant designa essa origem imediata da razão como “fato da razão”, pois dela temos consciência imediata.

Em virtude disso, Joaquim Salgado relembra que o querer ostenta idêntico conteúdo em relação ao ordenar. Ou seja, a liberdade atuante (vontade livre) constitui lei racional, definindo Kant o “fato da razão” também com outros termos como consciência da liberdade, consciência da lei moral, momentos dialéticos equivalentes, “mesmo porque liberdade e lei moral referem-se uma a outra”. (2012, p. 123).

5.2.1 Imperativos categóricos e hipotéticos

Pressupondo a característica universal da lei moral como princípio formal, esta não se reduz, entretanto, simplesmente num imperativo, pois essa lei deixa de apurar o que move a vontade em si. Ao considerar, contudo, o fato de o ser-aí do homem constituir-se de um ser que, além de racional, encontra submissão às inclinações da sensibilidade, o imperativo ou mandamento, surge como expressão universalmente cabível, dado que o cumprimento da lei moral pelo homem opera sempre com sacrifício. Assim, chega-se a inferência de que

[...] a região sensível está sempre a obstaculizar a plena realização da lei moral. Fosse o homem apenas razão (vontade pura não perturbável pelos sentidos, santa), então não apareceria a lei moral sob a forma de imperativo, um mando que coage, como: “tu deves”, mas seria a pura espontaneidade da ação do ser racional. Como o homem é formado de razão e natureza (esta com impulsos e inclinações), de parte inteligível e de parte sensível, é

necessário que esta se submeta à esfera racional e que a razão domine totalmente a região sensível humana, para que seus atos sejam morais, visto que a lei moral tem origem exclusiva na razão. (J. SALGADO, 2012, p. 123).

A partir deste contexto, colhe-se que o conflito entre razão e sensibilidade, precisa, de acordo com a teoria kantiana, desse constrangimento capitaneado por imperativos categóricos, expressados por um dever ser, de forma incondicionada por força coativa (dever ser).

É relevante consignar que, como máximas ou princípios, os imperativos surgem precisamente para o homem, pois se encontra imediatamente envolvido num mundo sensível. Divididos em classificações, os imperativos consolidam princípios objetivos, consequentemente, válidos para todos os seres racionais, indistintamente. São determinados em categóricos e hipotéticos; estes quando relacionados a uma relação de meio e fim, isto é, um meio ao alcance de uma determinada finalidade de interesse do agente realizador do ato; os primeiros – cuja delimitação emprega-se mais de perto a este estudo – correspondem a uma ação incondicionalmente boa, sem relação a um fim específico, ressalvada a própria ação em si mesma.

Diante essas duas formas de determinação da ação como princípio de vontade boa, focamos, contudo, no imperativo categórico, cuja representação pode ser oferecida da seguinte forma: “age sempre segundo aquela máxima cuja universalidade como lei possas querer ao mesmo tempo podes querer ao mesmo tempo [...]”. (KANT, 2007, p. 80):

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. (KANT, 2007, p. 50).

Na mesma esteira, Miguel Reale (2002, p. 660) elucida, com excelente precisão: “são imperativos categóricos aqueles que, de maneira imediata, prescrevem uma ação como sendo por si mesma objectivamente necessária, e não como simples meio para se atingir certo fim.” Vale reconhecer, pois, que, em havendo imperativos categóricos aos quais não podemos nos subtrair, infere-se necessariamente existência de uma liberdade que nos torna possível o cumprimento do dever. Atuando conformemente à lei universal de conduta, denota-se a autonomia da vontade relacionando-se harmoniosamente com lei moral, na medida em que a prática do dever reintroduz a própria ideia de liberdade. Esta liberdade,

aliás, provém juntamente com a consciência imediata do dever moral do homem, já que a ação que concorda com a autonomia da vontade comporta permissão, ao tempo que, com ela discordando, redundando em proibição. (KANT, p. 84, 2007).

Diferentemente dos preceitos jurídicos de cunho heterônomo e instrumental, vale dizer, destinados ao cumprimento de ordens gerais e externas, os imperativos representam fins em si mesmos, pois o homem é livre, porque deve, e não, inversamente, porquanto ressurja o dever em razão da liberdade:

Eis, pois, como o imperativo categórico é o fundamento da moral kantiana. Quando um imperativo vale por si só, objetivamente, sem precisar de qualquer fim exterior, dizemos que é um imperativo autônomo. A Moral é autônoma. Os imperativos morais prescindem de qualquer outra justificação. São fins de si mesmos. Quando a Moral diz "não mates", não precisa de qualquer outra justificação. O próprio imperativo moral basta-se a si mesmo, não requer outra finalidade, senão aquela que se contém no próprio enunciado. Os preceitos autônomos, que se bastam a si mesmos, por conterem em si próprios a sua finalidade, são preceitos morais. (REALE, 2002, p. 661).

Constituindo os imperativos, pois, regras objetivas válidas para todos os seres racionais, conclui-se que independem de máximas, representadas por leis internas, particulares a cada homem que determinariam a vontade deste. Desse modo, a lei moral dispensa a sensibilidade e experiência: “[...] uma vontade boa determina-se a si mesma, e sem recorrer a móveis empíricos, e sem preocupar-se com o prazer ou a dor que possam resultar da ação, e que, aliás, variam de um indivíduo para outro.” (PASCAL, 2018, p. 136).

Em síntese, o imperativo categórico radica sua essência fora mesmo da experiência, visto que esta significa mostrar como são, mas não, como devem ser as ações, independentemente de um objetivo específico. Vale dizer, o resultado de uma ação intrinsecamente moral, constante do dever ser, de conseguinte, espelha a proposição prática a priori e formal, porque diz respeito a um conceito universal, independente de conteúdo, motivos e fins, ressalvado o respeito à própria ação.

Não é toda e qualquer dimensão do dever ser que pode funcionar realmente para Kant como uma medida necessária para a ação. Buscar uma ação em função dos efeitos positivos da ação sobre a comunidade, em função daquilo que se tem a ganhar em termos do modo como os outros nos tratam quando agimos de certa maneira ou em função do caráter impositivo com que um certo conjunto de normas é estabelecido para nós não é suficiente para fundamentar propriamente a ação moral. (CASANOVA, 2013, p. 30).

Essencial, no entanto, consignar que o imperativo categórico, por ser sintético, torna indispensável a demonstração da sua possibilidade, porquanto “em todo juízo sintético aparece um terceiro componente que torna possível a ligação do sujeito com o predicado que não lhe pertence, mas que lhe é acrescentado.” (SALGADO, 2012, p. 136). Novamente, o elemento da liberdade, como pressuposto da ação do homem, vem à tona como ligação entre a vontade racional e o mandamento externado pelo imperativo. De acordo com a dialética transcendental de Kant, toda e qualquer determinação fática da vontade, submete-se aos princípios fundamentais da experiência, uma vez que a manifestação dos desejos do homem só faz confirmar a imersão deste no mundo fático fenomênico. Demais, as manifestações inerentes ao mundo inteligível junto ao qual nos encontramos lançados, também se mostram cunhadas ao senso de justiça pela ótica da liberdade – dar a lei a si mesma pela razão. (GADAMER, 1963, p. 172).

De outro lado, existem certos conceitos destinados ao uso puro da razão a priori, cuja legitimidade de seu emprego pede o exercício de dedução, pois “[...] a prova da experiência não basta para legitimá-los”. (J. SALGADO, 2012, p. 33). Em termos comparativos com a aplicação lógica da interpretação na ciência do direito, em havendo uma relação jurídica independente da experiência, imprescindível é proceder à dedução de certos conceitos para buscar fundamentos legitimadores, independente dos fatos.

A esta perspectiva dedutiva, responde com clareza Joaquim Salgado (2012, p. 34): “se as categorias como as intuições puras se referem aos objetos de modo inteiramente a priori, vê-se que a dedução de que se servirá será a transcendental, pois a sua relação com objetos nada pede à experiência.” Obviamente, a unidade do entendimento é incapaz, de isoladamente, ultrapassar o encadeamento coerente de fatos, mas a racionalidade do pensamento pode fazê-la, porque o permite o poder de síntese, “[...] mas a sua atividade assenta em conceitos, e não em intuições; a unidade a que visa deve ser total, definitiva.” (PASCAL, 2018, p. 91). Com efeito, o raciocínio vai apurar, no uso da lógica, a proposição particular sob uma condição geral, desempenhando a capacidade de o intérprete a julgar, “[...] tomando por matéria não as representações, mas as proposições; portanto, é levar mais longe a busca da unidade do que com o só entendimento.” (PASCAL, 2018, p. 91).

A par desse acompanhamento introdutório na racionalidade do dever moral, confiamos ser inteiramente pertinente elevar à consciência jurídica do julgador, como oportunidade primordial ao momento hermenêutico de aplicação e concretização material, especialmente a fim de separar as boas das más pré-concepções que interferem,

inarredavelmente, na efetivação material da justiça a ser dada diante do caso posto em julgamento.

5.3 As condições de possibilidade hermenêuticas e critérios transcendentais de decidibilidade para aplicação do direito na contemporaneidade

Visando conferir justiça e correção à decisão judicial, de modo que esta seja fruto eminentemente do horizonte histórico compreensivo herdado pelo julgador em seu mundo, e não, contrariamente, fruto da manifestação exclusiva das vontades do intérprete, essencial adicionar, no processo de aplicação do direito, uma estruturação suficiente e determinante, a afastar, por razões óbvias, possíveis arbitrariedades provenientes do desejo pessoal do magistrado.

Nesse sentido, como viemos dizendo, importante é apurar se uma sentença ou decisão ostenta a característica de justeza, sempre na perspectiva de um horizonte de sentidos constitucional e democrático, a partir da cogitação sobre as consequências que dela serão derivadas. Diante desse contorno inicial da ideia moral kantiana, trataremos justamente das implicações racionais do teste do imperativo categórico sobre uma solução livre de desejos e inclinações individualizadas, visando aprimorar com maior consistência o resultado da justiça, a partir no momento hermenêutico de aplicação da decisão.

Conforme sobejou explicitado ao longo do estudo, o ato de interpretação se perfaz a partir de um acervo pré-compreensivo e histórico dado ao ser-aí, cuja constituição existencial, jamais, possibilita-lhe mesclar fatores internos ou psicológicos à aplicação do direito. Ao inverso, conforme vimos acima, o movimento hermenêutico responde pela solução da decisão judicial temporalmente, a partir da fusão de horizontes culturais. Nada impede, todavia, que nesse percurso venham se agregar elementos contemplados nas ciências jurídicas, cujo ingresso intelectual se antepara na ideia de totalidade do horizonte histórico interpretativo, o que ocorre, por exemplo, com o emprego formal do cânone da atualização da lei.⁷¹ Compõe esse resultado objetivo o elemento hermenêutico da consciência da história efetual de Gadamer, manifestado precisamente a partir da fusão daqueles horizontes

⁷¹ No contexto da interpretação jurídica, o filósofo Emilio Betti foi quem indicou, para a interpretação das ciências, e assim, do direito, os cânones hermenêuticos de caráter objetivo e subjetivo. Dentre os cânones subjetivos, o da atualidade vem à tona, conforme leitura que lhe confere Maria Helena Megale, com a seguinte consistência: “[...] é preciso voltar a atenção para uma realidade que existe em todo o processo hermenêutico: a inevitável subjetividade daquele que interpreta e a necessidade da compreensão objetiva. O intérprete, ao empenhar-se em conhecer o objeto, não se submete a um processo mecânico e passivo, embora se ponha numa atividade de abertura congenial, como afirma Betti.” (2005, p. 145-170).

históricos da época da elaboração texto jurídico, em seguida, atualizado ao tempo da aplicação do direito, mediante a reconstrução consciente dos fatos. Essa objetividade, no caso do direito, condiz, inclusive, com o cânone da autonomia da lei em relação a qualquer abstração do denominado ato de vontade do legislador,⁷² além de ser atestada por uma exigência de caráter lógico-transcendental.

Tomando como premissa a ausência de cisões entre níveis de discurso no direito – de fundamentação e racionalização –, associada à ideia da intersubjetividade da linguagem, temos que a hermenêutica reúne em si as condições de possibilidade ao conhecimento das múltiplas visões de mundo, inclusive, acolhendo postulados da lógica e metodologia científica. Conseqüentemente, ao nosso sentir, reverbera adequada a afirmação de harmonia e compatibilidade técnicas entre o conhecimento especulativo da filosofia transcendental kantiana e a hermenêutica filosófica, esta mediando o conhecimento como unidade de um saber dirigido à revelação da verdade independente de métodos científicos delimitadores.

Exatamente na trilha da observação acima, Raimundo Falcão adverte que, no aspecto total da hermenêutica, sobressaem regras internas e externas. As primeiras, ligadas aos contornos da individualidade do sujeito-intérprete, vão ao encontro do cuidado com o qual ele há de se ocupar,

[...] a fim de que o sentido não se transvie perdido em meio a raciocínios deturpados por falhas de origem ou de desenvolvimento. Em tal aspecto, as diretrizes subministradas pela Teoria do Conhecimento, os ensinamentos da Lógica e o saber epistemológico são de incontestável utilidade. As segundas dizem respeito ao que se posta fora dos meandros do intelecto e da racionalidade, a exemplo do cabedal de que o intérprete precisa ter – incluídos aí o conhecimento de ciências outras que não apenas a jurídica e de disciplinas afins ao saber hermenêutico – e de algumas balizas voltadas à adequada escolha do sentido que melhor atenda às finalidades da interpretação. (2015, p. 262).

O acompanhamento hermenêutico, a partir da desmistificação do método, portanto, assume para si a autoridade da tradição junto ao evento factual do texto jurídico,

⁷² O cânone objetivo da autonomia, considerado também como da imanência do critério hermenêutico, exige superioridade do sentido imanente da declaração, em confronto com a letra abstratamente considerada. Megale igualmente explana: “a letra, embora constitua o veículo ou a roupagem da mensagem, é menos importante do que esta, razão pela qual o intérprete a deve buscar e colaborar com a sua apreensão. [...] No campo do Direito, o reconhecimento da autonomia do objeto leva o intérprete a considerar não a letra da lei, mas a sua *ratio*.” (2005, p. 145-170). Para Joaquim Salgado, ao relembrar a linguagem de Betti, tematiza, com característica similar, haver uma finalidade prática e independente da norma em relação ao seu criador, revelando ausência de disposição de vontade deste sobre aquela, “[...] pois não é o direito que decorre da regra, a regra é que se faz a partir do direito, segundo a mensagem de Paulo [...]”. (2006, p. 197).

resguardando a aplicação da atribuição de sentidos arbitrários aos textos ou qualquer dispensa ao emprego de recursos argumentativos na explicação de suas conclusões.⁷³ Logo, fundamental atentar que a linguagem cumpre, na visão hermenêutico-filosófica, o papel delimitador no plano dos efeitos reproduzidos pela teoria do conhecimento no campo metodológico-epistemológico, ante o processo da própria aplicação do direito. Determinando, todavia, o campo de sentidos por onde transitamos a linguagem hermenêutica, nesse aspecto, acentua a diferença ontológica vista no emprego mecânico ou metafórico de uma linguagem não-natural, portanto, construída.

Por isso concordamos com STEIN, ao introduzir a explicação sobre o papel da diferença ontológica, encoberta pela metafísica que,

[...] em lugar de enfrentar a diferença, no nível formal, prático, duplica os mundos (o sensível e o supra-sensível) e estabelece relações instáveis e oscilantes entre esses dois mundos, ao situá-los no coração da linguagem comprometida, desse modo, com o dualismo, remetendo sempre à metáfora. (2004, p. 290).

De qualquer forma, ampliando o espaço de legitimação cognitiva e enfrentando o significado das pré-compreensões, a linguagem hermenêutica mesma dá suporte à definição dos limites de sua pretensão de universalidade sobre a verdade, descortinando certas tendências voltadas à postura subjetiva e controladora por imposições dos objetos e estruturas metodológicas que enrijecem o caminho compreensivo do julgador. (STRECK, 2009, p. 438).

Diante do aspecto delimitador fenomenológico de aparição do ente enquanto ente, sempre existe a responsabilidade de quem diz algo sobre algo. No caso da sentença judicial, a responsabilidade política do membro do Poder Judiciário condiz com a linguagem da comunidade jurídica da qual ele mesmo faz parte. Assim ocorre o mesmo em relação ao direito e a coletividade, vindo à tona uma atribuição de sentido compartilhado que correspondente à questão posta em jogo, sobre o que é o direito, uma vez que não vivenciamos sozinhos no mundo. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Há um enlace mantido com a tradição, e a continuidade histórica compartilhada do fenômeno jurídico forma temporalmente a antecipação do porvir em relação à universalidade e integridade do direito já interpretado e compreendido.

Destarte, no âmbito do ambiente hermenêutico intersubjetivo do direito, cumpre ao intérprete sempre atentar a dois espectros diversamente decisivos ao tempo de

⁷³ Streck (2009, p. 437), ao responder a acusações infundadas contra o processo hermenêutico explana, inclusive, que a teoria do conhecimento representa um passo importante na tradição filosófica, significando a possibilidade de superação da simples submissão do saber “[...] a uma espécie de ditadura do objeto (metafísica clássica).”

efetuar a fusão de horizontes de sentido nesse diálogo de perguntas e respostas. O primeiro diz respeito à manutenção dos critérios ou razões que coerentemente estruturam o direito captado pelo legislador ao elaborar a lei. Em segundo plano, conforme atestamos neste capítulo, as consequências possíveis, no nível de aplicação concreta da lei, comportam um teste a priori de adequação à lei moral universal. Neste último caso, efetiva-se a justiça material, pela aplicação, ultrapassando, definitivamente, a mera *interpretatio* aristotélica,⁷⁴ preocupada apenas com a objetividade revelada no texto legislado. (J. SALGADO, 2006, p. 192).

Importa dizer, nesse contexto, que a aplicação do direito, evidentemente, corrobora, até certa medida, a premissa aristotélica de conteúdo moral, haja vista que o papel desempenhado pela fenomenologia-hermenêutica jamais visa somente captar o conteúdo de uma lei geral. Isto é, ao intérprete, não convém apenas imergir sobre os aspectos herdados de um contexto histórico da tradição. Para apreender bem o sentido e o significado do texto pela linguagem, o sujeito “[...] não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação.” (GADAMER, 2016, p. 426). De qualquer sorte, este pressuposto hermenêutico de acordo com qual o sujeito participa do diálogo com texto concretamente não retira a preocupação, ora posta em questão, de forma a priori. Existencialmente, o ser-aí do intérprete condiciona suas decisões mediante também uma antecipação de sentido, temporalmente projetada, de forma transcendental, universal e aplicável em situações hipoteticamente equivalentes de julgar.

Mas o que se deseja atestar com uma suposta transcendentalidade? De onde ela parte? Onde se pretende chegar por meio da colocação dessa questão a priori, junto à aplicação do direito em si? Bom, mas vários contextos no universo do direito, mais imediatamente no campo interpretativo, convergem junto à preocupação hermenêutica do dever moral kantiano, exatamente por envolver um pensamento prático, nada obstante circundado pela forma. Exemplificativamente, podemos citar momentos em o imperativo categórico encontra-se presente. Primeiramente, a legitimidade de uma decisão judicial, iniludivelmente, radica sua sustentação no respeito às regras imanentes ao sistema jurídico em vigor. Associada à legitimidade, tem-se, como pressuposto de legalidade da decisão, o respeito ao postulado do devido processo legal de acordo com o qual se assegura às partes

⁷⁴ Gadamer explica que, na hermenêutica de Aristóteles, radica também um critério ético no momento de aplicação das leis. A *epieikeia* justamente trata da atenuação da lei num caso concreto, quando fica claro onde o problema da hermenêutica encontra seu verdadeiro lugar. “A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” (2016, p. 419).

igualdade de condições para o exercício da ampla defesa, uso dos recursos e meios probatórios legais. Finalmente, sobrepõe-se a indispensável presença de um terceiro neutro, distante do conflito, a quem compete a atribuição constitucional de decidir o direito aplicável com carga definitiva. Enfim, a solução decisória marcada pelo traço da adequação no Estado democrático determina-se, de acordo com todos esses momentos de observância à justiça formal, cujo pressuposto moral do imperativo categórico conduz a legitimidade dessa ideia sucessivamente até o resultado final da aplicação da decisão, com o olhar direcionado aos seus efeitos imediatos, perfazendo a concretização da justiça material.

Percorrido o itinerário interpretativo por perguntas e respostas bem como posta a ideia de justiça formal e material no direito, surge, assim, como inexoravelmente imprescindível, a definição de um princípio a priori moral, à guisa de imperativo categórico, para alcance do julgamento plenamente justo. A proposta gravita justamente no sentido de afastar todos os eventuais empecilhos arbitrários que possam girar em torno de inclinações do julgador, especialmente quanto às consequências prováveis a serem reproduzidas pela decisão. Destarte, a expressão mais conveniente à aplicação da solução judicial justa, diante da proposta então exposta, seria a seguinte, consoante expressão de Joaquim Salgado: “julga de tal forma que tua sentença possa ser erigida em lei universal para as mesmas condições do caso julgado”. (2000, p. 100). Pertinente notar, com isso, que o julgador, além de atentar-se para o plano empírico e dogmático das leis, ainda está sujeito a se perguntar sobre o cumprimento dos pressupostos filosóficos inerentes tanto à ideia de justiça formal, no percurso dos atos processuais. Confluentes esses dois planos, questiona-se, finalmente, acerca do cumprimento pela decisão do postulado metadogmático transcendental, inerente à moralidade em si objetivamente exigida do julgador, no que toca à justiça da sentença e as condições concretas possíveis no seio do ambiente democrático, fator que revela a justiça material, na concretude da norma judicial aplicanda. Logo, retomamos às mesmas lições antes destacadas no Capítulo II, quando ponderamos acerca da própria descrição dos fundamentos das decisões em sua aplicação, avaliando se estas contemplam a observância ao plano metadogmático quanto às condições de transcendentalidade. (J. SALGADO, 2010, p. 96).

Ao preconizarmos as condições transcendentais de possibilidade na aplicação do direito, temos os contornos delimitadores da valoração do ato pelo magistrado. Disso ressurgem um acompanhamento do dever ser moral sobre o livre convencimento judicial, somado ao conteúdo compartilhado da linguagem imanente do espaço democrático, fundado na responsabilidade.

Correlativamente à teoria da decisão, mostra-se indispensável a avaliação fenomenologicamente transparente do percurso traçado pela interpretação judicial. Não importa se realizadas, por etapas ou separadamente, as condições de decidibilidade, colocam-se numa ótica não puramente técnica ou lógica, mas, diversamente, desdobrada de modo suficiente a empreender o diálogo perfeito da norma proferida com a realidade democrática, de acordo com aquilo que diz o texto em sua verdade mais originária. Este processo hermenêutico transcendente sobre o fenômeno jurídico que se manifesta presta-se justamente a aferir a legitimidade da decisão judicial, em sua aplicação mais prática quanto possível.

No que diz respeito à moralidade, portanto, a decisão orienta-se na mesma sintonia reverberada junto ao projeto constitucionalmente desenhado para o estado democrático, ao permitir, pela linguagem comunitária, a coerência da fundamentação do direito universalizado, e agora reconciliado no conteúdo das decisões dos tribunais (art. 93, IX, da CRFB/88). Nesse nível, as condições de possibilidade da decisão elevam-se a diretrizes fundamentais, interligadas ao pensamento hermenêutico que proporciona a diferença ontológica inerente à manifestação do acontecer hermenêutico entre o ser e ente, pela linguagem transcendental. Logo, sobrepõe-se, no campo ético da teoria da decisão judicial, o máximo respeito ao conjunto de três elementos filosóficos fundamentais pertencentes à ideia de justiça no mundo contemporâneo, conforme lições de Joaquim Salgado: justiça formal, justiça, material e transcendentalidade das condições da decisão.

Posto isso, sobressai que a decisão cuja aplicação corrobora perfeitamente a condição transcendental a priori precisa ser checada, não no plano empírico – momento posterior à produção dos resultados emanados da sentença –, mas, ainda, no âmbito discursivo e especulativo, na hermenêutica, lugar propício à realização do teste de verificação ético, no que toca à razoabilidade do édito judicial (filosofia do direito).

Paralelamente, importa notar que o fundamento de aplicação do imperativo categórico retirado do eu transcendental kantiano, a nosso ver, poderia ser equiparado à atividade desempenhada pelo terceiro neutro no Direito Romano. De fato, essa figura jurídica da *actio* romana expressa que o julgador, apresentando a autoridade do Estado, envolve em si todas as características próprias para deflagrar o ato de aplicação isenta da lei (justiça formal), estando, logo, incondicionada a quaisquer móveis ou inclinações atinentes a finalidades pessoais. Em outros dizeres, isso significa que, para a formação da decisão justa, torna-se indispensável a presença do sujeito desinteressado, relativamente à causa posta a julgamento. Nesse sentido, o imperativo categórico proporciona ao órgão julgador a aptidão irrepreensivelmente suficiente de prolatar a decisão aceitável, de forma universal – pelas

partes ou por qualquer interessado que se encontre em posição idêntica a estas. Afinal, as condições a priori de aceitabilidade “[...] não são algo abstrato, embora sejam formais, pois se destinam a uma situação empírica possível.” (J. SALGADO, 2012, p. 97).

Crucialmente, estamos convencidos de que a orientação desse modelo transcendental a priori preserva os pressupostos teóricos inerentes ao terreno da ciência hermenêutica filosófica quando da aplicação direito. Decerto, a proeminência científica da hermenêutica postulada por Gadamer serve-se da totalidade disponível à compreensão, a partir contribuição de outros campos do conhecimento e das ciências, que ampliem o horizonte da experiência do intérprete. Inexiste, a nosso entender, incompatibilização teórica suficiente para não confiar o meio transcendental a priori na aplicação da decisão judicial.

Especialmente no campo das ciências jurídicas, não estamos a propor, pura e simplesmente, a desconstrução da concepção tradicionalmente estruturada nas grades de ensino das universidades do país. Muito menos almejamos subtrair radicalmente o modo de fazer da hermenêutica do direito em sua metodologia ou sobre os critérios e cânones de interpretação. Absolutamente. A preocupação da investigação ora realizada remonta à reflexão filosófica sobre as consequências produzidas por comportamentos fundados em voluntarismos decisórios, estes frutos, sim, da teoria metafísica do conhecimento, que olvidam sobre a faticidade existencial do ser dos entes na totalidade. O velamento do pensar sobre a verdade do ser, do ponto de vista fenomenológico-existencial, sobrepujou a atitude, sem limites, no que tange à tese positivista, cientificamente lógica, sobre a expressão da vontade emitida pelo órgão julgador do Estado, originando possibilidades hermenêuticas absurdas sobre os fenômenos particulares do direito, em vez do existencialmente verdadeiro.

Tanto a dialética transcendental especulativa articulada com a hermenêutica gadameriana ultrapassa a teoria pura do conhecimento epistemológico, justamente por servir à interpretação da totalidade experiencial do saber, acessível ao ser-aí humano. Coerente ao plano da hermenêutica filosófica, a linguagem transcendental oferece um traço compatível com o campo metodológico científico, no entanto, não simplesmente limitada a ele. Contanto que a totalidade do conhecimento experiencial do sujeito não repouse atrelada a fórmulas herméticas de controle, a hermenêutica, nesse contexto transcendental, não aprisiona os sentidos sobre a verdade daquilo que aparece. Realmente, o entorno existente entre ciência especulativa e hermenêutica mostra que seria incongruente afirmar haver barreira de linguagem na relação a ambos os campos do saber. Dito isso, emerge como que de modo imediato a conclusão de que o horizonte do conhecimento transcendental, nele englobada a

máxima do imperativo categórico, integra a própria compreensão do intérprete, desde sempre. Esta alusão coaduna, na menção de Ernildo Stein, ao epílogo descrito por H. Shnädelbach:

O passo para a *universalização* do problema hermenêutico, sob pressuposições históricas, porém, foi dado no momento em que as condições subjetivas de compreensão, nas quais o compreendente sempre se encontra, são reconhecidas como o horizonte no qual *todo* sentido compreensível já sempre se situa. Com isso, o pensamento *transcendental* é integrado na teoria da compreensão, e, em consequência disso, o que é o nosso objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece. Aplicado à problemática da compreensão, significa que as condições históricas, sob as quais *nosso* poder compreender tem um significado *constitutivo* para aquilo que nós cada vez compreendemos e para o fato de que não há razão para excluir quaisquer condições de compreensão – sejam as da *ratio*, da intuição e da inspiração –, criam uma situação teórica nova, na medida em que qualquer penetração no sentido transcendental de nossas condições históricas de compreensão do sentido como tal atinge não apenas o elemento histórico e, com isso *qualquer* situação de comunicação. (2008, p. 133).

Com efeito, a atitude de compreender, interpretar e aplicar subsiste mesmo onde a regra jurídica fixa e estabelecida apresenta valor vinculante e irrevogável, depreendendo-se que ambas as ciências mencionadas (teoria do conhecimento e hermenêutica) conjugam diferentes critérios de entendimento racionais, porém não incompatíveis, no nível da interpretação. Não existe razão sem sentido, ou pensamento, sem compreensão, portanto. Dito de outro modo, a instigante questão do conhecimento humano, tradicionalmente articulada na filosofia ocidental, pressupõe algo anterior antecipadamente pensado pela hermenêutica no âmbito da pré-compreensão. Por isso, vez por outra, menciona-se acerca da “transcendentalização da razão hermenêutica” como uma “historização da Filosofia transcendental”. (STEIN, 2008 p. 134).⁷⁵ Na verdade, os paradigmas da consciência e representação não excluem o significado ontológico-existencial dos modos de ser do ser-aí humano lançado no mundo.⁷⁶

⁷⁵ A discussão sobre a reviravolta proposta pela ontologia existencial de Heidegger não escapa do questionamento da interpretação transcendental da compreensão feita pelo filósofo, haja vista que sua hermenêutica exprime abrangência universal da compreensão. A sua estrutura universal revela-se na concreção da compreensão de caráter histórico. (GADAMER, 2016, p. 353).

⁷⁶ Pensamos que Ernildo Stein foi suficientemente preciso ao discorrer sobre o abrir do panorama do fenômeno atinente ao problema do mundo da vida prática (faticidade), fundamentando racionalmente o *a priori* e seus critérios do conceito do mundo da vida: “Quando hoje temos ocasião de constatar uma ‘virada’ na forma filosófica de estilo e na situação da discussão, isso não ocorre porque teríamos a anunciar uma mudança de paradigma que a tudo transformasse, nem falamos nesta mudança de paradigma que a tudo transformasse, sem falamos de paradigma como uma estratégia de teoria para derrotar outro paradigma. A mudança de paradigma que se anuncia em determinado grupo de filósofos ou em determinada obra fundamental deve-se muito a certas inércias históricas, ainda que também contribuam para esta ‘novidade’ de paradigma, as condições privilegiadas e de gênio de um filósofo.” (2008, p.126).

Por sua parte, as condições de possibilidade a priori transcendentais da decisão retomam as premissas de um imperativo moral, que funcionará como máxima universal ajustável no campo da aplicação da decisão estatal. Reconciliando as inclinações sensíveis do intérprete à transcendentalidade da linguagem no nível dos significados da *comum-unicidade*, a máxima kantiana influi incontestavelmente na averiguação racional, no instante da aplicação e concretização da norma, tornando, assim, eficiente modelo teórico para acompanhamento empreendido pelo próprio julgador, durante todo o caminho hermenêutico de compreensão, interpretação e aplicação do direito, até sua provável concretização no mundo real. Este teste conformativo moral acontece com o rigor de princípio universal (dever ser) que vai materializar-se expressamente nas razões de decidir justificadas, ao longo do texto argumentativo da sentença ou decisão, perfazendo, nesse mesmo passo, o cumprimento do anseio constitucional fundamental (art. 93, IX da CRFB/88).

Evidentemente, aqui aparece o interessante deslinde acerca da aplicabilidade da filosofia transcendental kantiana sobre o conteúdo da decisão judicial, no foco propriamente inerente à sua relação com o juízo determinante e o juízo reflexionante ou reflexivo. Mediante esse modelo de concretização do direito, o propósito kantiano aparece aqui, como dialética de juízo determinante e reflexivo, representado na crítica à faculdade de julgar. Isso porque a aplicação da decisão judicial resulta do percurso interpretativo, a partir da universalidade da lei geral, até seu instante final, culminando na avaliação do julgador acerca da aceitabilidade prática da sentença diante dos fatos dados no processo judicial. Ricardo Salgado defende esse duplo juízo,

na medida em que aplicação procede de uma lei universalmente dada, mas ao mesmo tempo a partir do fato também dado, é que se eleva por um juízo reflexivo a um juízo de decisão, que exige aceitação universal, mas que não coincide com um imperativo categórico, pois nesse caso, não se voltaria à lei e se permaneceria na subjetividade do aplicador. Assim, uma decisão totalmente pragmática, terá necessariamente de passar também para o nível da filosofia transcendental. Porém, se a intenção for a de se discutir o conteúdo jurídico em questão, terá que se fundamentar em princípios hermenêuticos [...]. (2018, p. 133-134).

No direito, podemos dizer que o uso da razão comporta o papel de distinguir verdadeiras e falsas compreensões segundo a operação reflexiva na multiplicidade (juízo reflexionante), ante as prováveis consequências produzidas pela prolação de determinada decisão. Elevado o particular dado, os fatos experimentados, o julgador chegará reflexivamente ao nível geral, o qual o individual faz parte.

Conseqüentemente, no âmbito de aproximação a hermenêutica pragmática, pode-se remontar o raciocínio de aplicação, ao nível da filosofia transcendental. No propósito de atingir a observância da máxima do imperativo categórico, afastam-se as inclinações subjetivas que atuam internamente em vulneração ao nível da aceitação universal. De certo, os elementos formadores de uma hermenêutica filosófica, condizentes primordialmente com as proposições de Gadamer, serão satisfeitos justamente na efetuação dessa dialética, cujo percurso foi constituído, inicialmente desde a primeira pergunta adequada e delimitada ao fenômeno posto. Logo, a cada passo do processo hermenêutico, procede-se à depuração dos prejuízos falsos e verdadeiros, por perguntas e respostas, mantendo, ao mesmo passo, o questionamento sobre as condições de possibilidade, sob o crivo do imperativo moral universal. Com efeito, sem embargo da atribuição de sentido hermenêutica ao texto legal incidente ao caso concreto, sobreleva observar que o respeito ao critério de universalidade da lei moral kantiana irretocavelmente afigura-se como baliza teórica para a máxima ética individualizada pelo intérprete:

o dever ser subjetivo da máxima deve conformar-se com o dever ser universal do imperativo categórico. A ação moral se resume, com isso, em elevar o individual e subjetivo ao plano do universal e objetivo (válido) do imperativo categórico. (J. SALGADO, 2012, p. 77).

Em outras palavras a universalidade dada pela lei da razão, independente da experiência (juízo sintético a priori), recai como elemento balizador de justiça na decisão judicial, antes mesmo do exame sobre prolação da sentença; trata-se de um dever ser ético supremo de convivência comunitária num ambiente idealmente pacífico. A idealidade aqui representa a consumação gradativa e paulatina conquistada pela consciência jurídica, no Estado Democrático, constituída conforme uma meta ou programa do devir, assegurando valores constitucionais fundamentais, aceitos universalmente entre os povos. De toda sorte, o que importa, no âmbito da concreção de uma decisão judicial justa, remansa na repercussão prática de respeito àquele dever universal representado pelo imperativo, garantindo que o ato de aplicação não seja causa de afecções dos sentidos e inclinações do sujeito, injustificadas no pela linguagem empregada no seio dessa comunidade.

De qualquer modo, encontramos-nos mais confortáveis, nesse contexto, por seguirmos o suporte da lição de Joaquim Salgado, no sentido de que, no nível transcendental e filosófico, a pergunta hermenêutica gira em torno das condições de aceitabilidade geral, no tempo e espaço, de uma determinada comunidade de pessoas, submetidas às suas leis e constituição. Significa afirmar que ostenta a qualidade de justa a decisão judicial proferida por

terceiro desinteressado, que seja legitimamente escolhido ou constituído legalmente com tal poder decisório estatal, podendo seu julgamento ser aceito incondicionalmente, por qualquer pessoa, conforme os critérios prévios definidos numa ordem jurídica de determinado povo, tempo e lugar. De acordo ainda com Joaquim Salgado, “ou se escolhe que o terceiro decidirá tirando ou construindo a norma a partir do caso concreto, ou que decidirá tomando parâmetros preestabelecidos de observação obrigatória ou não, rígida ou flexível”. (J. SALGADO 2012, p. 99). Aqueles critérios, evidentemente, variam de conformidade com a linguagem estabelecida e os fatores valorativos, históricos, políticos, culturais e até mesmo éticos, imanentes a uma determinada sociedade.

Malgrado referirem-se a condições formais de possibilidade, tais critérios reportam a algo não abstrato; antes, destinam-se a uma situação de possível ocorrência, numa relação interpessoal, portanto, transcendental. O imprescindível consiste em pensar que a decisão possa ser aceita como justa, pelas partes envolvidas e por qualquer outra pessoa cuja condição possa ostentar posição situacional de receptora dos efeitos da decisão equivalente.

Diante desta estrutura da aplicação transcendental a priori, o juiz colocado funcionalmente na posição de terceiro neutro, dotado de autoridade estatal, aplicará o direito segundo o sentido da moral universal, cuja fórmula, necessariamente, deverá seguir uma máxima do sujeito julgador, em vista do pressuposto universal da norma (imperativo categórico). Essa orientação contribui para o panorama de aplicação, de qualquer modo, tanto como juízo determinante de um princípio universal ou geral, quanto de um caso concreto (juízo reflexivo),

[...] não se cinge a um dedutivismo abstrato, nem a um construtivismo anárquico; é ao mesmo tempo determinante ou dedutivo e reflexivo ou mesmo indutivo; determinante se há universalidade presumida da lei e reflexivo se não há lei, mas o costume ou princípios éticos paradigmáticos. (J. SALGADO 2012, p. 99).

5.4 Um propósito transcendental para a decisão judicial constitucionalmente adequada

Apreendida a concepção a título de reforço teórico à teoria da decisão, com sustentáculo filosófico do imperativo categórico, calha perfazer a devida reflexão se este juízo moral realmente comporta implicações hermenêuticas produtivas sobre pré-juízos autênticos e inautênticos. Por isso, sinaliza Lenio Streck (2017, p. 234) que “pré-juízos ilegítimos geram projetos de sentido ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é que interpreta corretamente.”

Neste território, é prudente relembrar que o direito, manifestado na linguagem, tem sua hermenêutica orientada pela pré-compreensão, nela percorrendo todos os significados imagens, construtos e signos que se movimentam no campo normalizante e normatizante do sedimentados. Refletindo decisivamente sobre o projeto de sentido para a decisão, todo o horizonte histórico marcado pela tradição também é constitutivo do ser-aí do intérprete, e por isso, considerado ao instante de aplicação o questionamento do julgador sobre consequências práticas, e que exigem o teste de compatibilização de acordo com o valor moral compartilhado pela linguagem.

Com efeito, a intersubjetividade linguística do direito (linguagem comum), distancia-se do propósito meramente pragmatista, segundo a qual as implicações da decisão são vistas como meramente úteis, ou seja, sua determinação presta-se a interesses de setores e domínios de poder (economia, finanças, política, religião): territórios ou áreas do conhecimento que se orientam, objetivamente fora do campo existencial da ciência do direito, concebido como instituição dotada de integridade e autonomia, na linha teórica de Ronald Dworkin. Ao inverso disso, o jurista põe-se na posição de inequivocamente reinterpretar o que diz o texto, afastando radicalmente, no instante da aplicação, conceitos cristalizados indevidamente no tempo e retóricas vazias, postas pelo impulso repetitivo, irrefletido e superficial; constitui marcas provenientes da posição ativista, no ambiente atual de seu universo temporal, sobrepondo a história em cadeia institucionalizada no direito.

Dessa forma, segundo vimos anteriormente, o aspecto moral incondicional trabalhado no imperativo categórico apresenta-se como suporte lógico-hermenêutico, adicional à perspectiva constitucional concretizadora, fundada com o viés democrático. Consoante a linha filosófica de Gadamer, inclusive, em última análise, não se almeja revelar ou estabelecer uma teoria técnico-instrumental de regras destinadas à interpretação do direito.

[...] sua preocupação é, antes, comprável à postura transcendental: como é possível a compreensão? Só que Gadamer parte de Kant para ir além de Kant, na medida em que pretende precisamente mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história. [...] É no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido. (2015, M. OLIVEIRA, p. 227).⁷⁷

⁷⁷ Composto certa harmonia com a anotação acima, Ricardo Salgado visualiza, no campo da comunicação kantiana do eu transcendental, um liame de conteúdo universal da hermenêutica filosófica, em que pese manter-se aquela vinculada imediatamente ao sujeito cognoscente, desprovida mediação linguística pela historicidade da experiência.

Sufragada a harmonia do pensamento gadameriano ao ponto de vista transcendental da linguagem na totalidade, considera-se, de outra parte, equivocada a retomada irrestrita, aos aspectos fundamentais da filosofia transcendental kantiana. Isto é, não é prudente aceitar que, independente de qualquer experiência, o sujeito cognoscente possa de forma racionalizar através de regras do entendimento, de sorte a alcançar a unidade pela razão prática, reconciliando a unidade transcendente à subjetividade cognoscente, por conceitos a priori, independentemente de qualquer experiência. Sem embargo da aproximação em relação à crítica de Kant, temos por correto que, a variar pela interposição de conceitos matemáticos e categoriais, voltados unicamente a constituir a unidade a partir da multiplicidade de elementos articulados no horizonte da filosofia da consciência, esta rigorosamente separa-se dos objetivos estruturais da hermenêutica filosófica. A saber, trata-se da problemática reducionista do homem às suas faculdades puras e a priori, conforme sinaliza Marco Casanova:

O projeto kantiano da filosofia crítica visa incessantemente a uma demarcação do espaço de pleno funcionamento da razão pura e a uma nova fundamentação da razão. Todavia, essa demarcação e fundamentação nascem elas mesmas de um movimento de alijamento constante da dimensão empírica do existir humano. (2013, p. 37).

Todavia, seria despropositado simplesmente, diante da perspectiva totalizante da hermenêutica, desconhecer a racionalidade operada pelo movimento ético-moral representado pelo dever ser moral kantiano. Este se compõe de componente, a nosso ver, eminentemente, reconciliador para os terrenos do conhecimento em discussão – hermenêutica filosófica, ontologia existencial, fenomenologia hermenêutica –, promovendo, ao nosso sentir, a obstrução de subjetividades voluntaristas indesejadas no instante de aplicação prática do direito. Em suma, o conteúdo moral do imperativo categórico, como máxima universal incondicionada, aparece como passo reflexivo decisivo, destinado a solver a negatividade da indeterminação ou surpresa advinda de valoração eminentemente arbitrária, no contexto da decisão judicial, procedimento então marcado na tradição recente da ciência do direito pelo ato de vontade, elaborado pelo positivismo normativista kelseniano.

Por outro lado, a estruturação do positivismo, pensado por Kelsen, radica seu suporte numa espécie de procedimento controlador e verificador dos mecanismos da decisão; no entanto, quando se pensa no limites e resultados advindos faticamente a partir da decisão, relega-os ao vazio teórico. Isto é, sustentado pela confiabilidade num sistema de normas escalonadas, Kelsen culmina em excluir a reflexão sobre o conteúdo da decisão judicial e

qualquer tipo de sindicância democrática, logo, redundando efetivamente no relativismo pragmático posto nas mãos do julgador.

Já mais recentemente plano do pós-positivismo do século XX, a estrutura de controle limitada ao mundo fático com suas nuances e modelações, assujeita-se ao mesmo delírio interpretativo, cujo paroxismo reside na indeterminação sobre o direito, considerado tudo aquilo que o positivismo havia almejado excluir de sua esfera de atenção. (R. OLIVEIRA, 2008, p. 173).

Sendo assim, o que se almeja, no caminho desta reconciliação científica transcendental, ancora-se na correta aplicação racional do direito pelo juiz; no instante temporal de atualização da norma jurídica (concretização), torna imperioso o visar, determinado pela máxima kantiana (juízo sintético a priori), cuja incidência mobiliza a ação de julgar, autônoma e incondicionada às inclinações sensíveis. Significante da independência aos desejos sedutores da natureza sensível, a escolha efetivada na decisão pelo juiz, neste contexto, há de exprimir a substância da máxima racional, livre de qualquer vontade destinada a um fim específico, ressalvado unicamente o respeito à lei universal moral, mostrando clarividente empregabilidade junto ao horizonte hermenêutico.

Enfim, posicionamo-nos conformemente à asserção de que são os “[...] pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornam-nos surdos para a coisa de que nos fala a tradição.” (STRECK, 2017, p. 234). Eis a posição situacional hermenêutica na qual emerge inexorável a viabilidade do respeito à moral kantiana. Podemos então almejar, durante o processo de interpretação, promover a checagem final, no âmbito da *applicatio*, fazendo uso da razão independente de qualquer experiência pelo juízo sintético a priori, haja vista que o imperativo categórico constitui conceito de moralidade sob as condições de entes racionais finitos. (HÖFFE, 2005, p. 198). Advém nesse ambiente o papel depurador do emprego imprudente – por arbitrariedade, equívoco⁷⁸ ou erro –, de algum desses pré-juízos falsos/inautênticos na decisão; perquire-se se o ato constitui tarefa intransigível contra as percepções e desejos que costumam seduzir o comportamento do julgador, inadvertidamente ou não, provocando atitude incompatível à integridade e coerência do direito. Entendemos que afirmativamente. Uma vez que a linguagem funciona na compreensão como elemento (intersubjetivo) mediador, em determinado horizonte tempo e espaço (a priori compartilhado), a proposta propugnada por nós orienta-se ainda na trilha de remover, desse cenário, o caráter

⁷⁸ Lenio Streck ademais vai destacar que este equívoco subjaz da ausência de atenção ao pré-juízo que age subrepticamente, sem que saibamos, mas que o erro será alertado, suscitado, a partir da interpelação da tradição com o intérprete. Demais há a tradição que age ilegítimamente, num *modus* interpretativo do senso comum teórico dos juristas, muitas vezes operando, em confronto imediato com a Constituição. (2017, p. 234).

do puro capricho e daqueles voluntarismos indesejados subjetivos, incompatíveis ao ambiente ético, apontando para a figura do agente julgador o ônus da responsabilidade funcional, no sentido de impelir a este o comportamento de conformidade com a autonomia, unidade e integridade do direito.

Instaurado o percurso dialógico da pergunta e resposta, no plano hermenêutico-judicial, o magistrado se vê impelido a, novamente, na aplicação material do direito, efetuar a devida suspensão dos pré-juízos inautênticos, na medida em que, voltada à produção de efeitos no mundo real, a aplicação da decisão acompanhada do teste moral transcendental, resulta da mais originária prática intersubjetiva, e, não, diversamente, ato volitivo isolado do sujeito cognoscente.

Finalmente, conveniente relembrar que, conforme reporta Lenio Streck (2017, p. 269), os prejuízos identificados e percebidos no curso da interpretação culminam, na verdade, a condições de possibilidades indesejadas aptas a impedir uma resposta correta para direito aplicando. Contudo, os pré-juízos não percebidos colocam o julgador em posição de surdez para o processo interpretativo, mantendo o intérprete em estado de dominação pela capa de sentidos. No caso do presente estudo, o que for experimentado, por via da arte da pergunta-resposta, poderá compor a fusão de horizontes para uma interpretação adequada. Ao mesmo tempo, todavia, a mesma experiência apresenta potencial para deflagrar inúmeras inconsistências prejudiciais à produção de sentidos, a serem afastadas: 1) mera reprodução de decisões jurisprudenciais calcados em ementários que escondem a singularidade dos casos; 2) os *habitus* desde-já-sempre e o como-sempre-o-direito-tem-sido (“tranquilidade tentadora”); 3) papel da doutrina que pouco se deixa seguir por uma dogmática caudatária de decisões dos tribunais; 4) validação em métodos apofânticos para a solução do direito.

Isso exatamente implica em condições transcendentais aplicáveis à hermenêutica filosófica que, em Kant, reconciliam-se na experiência diante do mandamento moral universal a priori, independente de qualquer pressuposto (sem exceção e necessariamente). Destarte, o critério filosófico da ética kantiana no direito, frente à razão da aplicação judicial da decisão, proporciona compatibilidade entre dois objetivos semelhantes.

Com isso o imperativo categórico está na sua base como conceito e como padrão de medida último, por conseguinte, como o autêntico critério moral. Por mais abstrato que o imperativo categórico possa soar, ele significa a forma suprema de toda a obrigatoriedade, o grau da racionalidade prática. (HÖFFE, 2005, p. 203).

CAPÍTULO VI – LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE ÉTICO-JURÍDICA DA DECISÃO JUDICIAL

6.1 Linguagem como abertura para a alteridade solidária pelo diálogo hermenêutico

Ao tratar acerca do papel da linguagem como *medium* hermenêutico, por meio da qual a comunicação transcorre e o diálogo, Gadamer relembra, no texto *Linguagem e Compreensão*, que o assunto, na modernidade, sofre críticas sem debates mais detidos por grandes filósofos. Particularmente associadas às tentativas de entendimento entre blocos políticos de nações, gerações ou ainda em múltiplas áreas da ciência, têm-se visualizado uma série de discordâncias fundamentais, na colocação das palavras e a idealização de seu significado uniforme. Até mesmo por conta dessa dimensão dissidente, “persiste o antagonismo que faz da linguagem algo comum e que, não obstante, permite o surgimento de sempre novos impulsos para a transformação desse comum.” (1970, p. 150).

No entanto, é Gadamer mesmo quem rebate esse falatório, a partir de uma ideia de acordo com qual o êxito de tratativas e conversas oficiais ou não que caminham para uma solidariedade ética assujeitam-se à comunhão unificada de compreensão: “tudo que é justo e se considera como justiça exige, por sua natureza, essa comunhão, que se instala na compreensão recíproca das pessoas.” (1970, p. 148). Usando outra forma de expressar, uma lógica enunciativa empregada cotidianamente no discurso culmina por obscurecer a essência da linguagem comum e compartilhada. Justamente nesta atmosfera, a linguagem, como elemento mediador de transmissão da experiência da consciência coletiva desempenha seu papel não por enunciados semânticos isolados, mas contrariamente, por uma unidade de sentidos e movimentos que se antecipam à compreensão.

Opinião similar é referendada por Luiz Rohden (2004, p. 193), ao discorrer sobre o modelo dialógico efetivado na dialética gadameriana, como primado da linguagem responsável por provocar o envolvimento dos partícipes no movimento reflexivo do filosofar; onde se não esgotam as possibilidades de contínuas perguntas e respostas em relação aos fenômenos. Malgrado esse panorama experiencial, o campo de estudo hermenêutico, contemporaneamente, é constituído exatamente pela mediação da linguagem entre o ser e o mundo, aproximando as diferenças ontológicas de compreensão, das dualidades do entendimento, além dos mal-entendidos (compreensão e incompreensão). Em razão desta tensão e do estremecer da verdade essencial revelada, reacende a decisiva percepção da

função da linguagem no horizonte da solidária participação entre interlocutores parceiros, no nível de amplitude do horizonte hermenêutico compreensivo e abertura dialógica com o texto.

Consoante essa premissa dialógica de Gadamer, implausível crer na existência de um vácuo ou vazio, na mediação da linguagem, entre aqueles que dialogam predispostos ao conhecer autêntico. Realizar a pergunta significa dar sentido a pergunta orientando a conversa. “Sabe-se que não há nada mais difícil do que ter que responder às chamadas ‘perguntas imbecis’, isto é, perguntas colocadas de modo tão dissimulado que não indicam nenhuma direção unívoca de sentido.” (1970, p. 159). Eventual desentendimento decorrente do verdadeiro significado de expressões, demoradamente encrostadas durante o decurso do tempo como “democracia” ou “liberdade”, toma perante a conversa a falsa percepção de projeção de sentido ao ambiente ideal amistoso. É que, muito provavelmente, ainda não se aperfeiçoou a tentativa de estabelecer a linguagem comum entre os sujeitos da conversa. Afinal, a preparação do lugar hermenêutico onde se promove a interlocução dialogal origina-se da natureza mais elementar do meio ambiente linguagem, caracterizada pela intersubjetividade comunitária da comunicação, fundada na solidariedade, significando, resumidamente, amizade em si:

Ela poderia ser denominada de política “doméstica” a ser ampliada, concetricamente, para as demais esferas da vida (ética, política, cultural). Nesta mesma perspectiva trilha a hermenêutica filosófica cujo horizonte último é a concretização da solidariedade. (ROHDEN, 2004, p. 208).

A propósito da circunstância solidária mencionada, Gadamer aprofunda seus questionamentos acerca do movimento proporcionado pela linguagem como meio para a compreensão nos seus mais diversos campos – imergindo especialmente no horizonte da conversa, cuja teia de significados radicar-se-ia externamente ao âmbito contingencial e cotidiano, a exemplo da leitura silenciosa do texto escrito, segundo a qual Platão sintetizou como essência do pensamento.

Nesta ótica, a linguagem faz da mediação um modo especial de expressão do homem (ser-aí) em relação à verdade do ser de um ente. Por um espanto extasiante, a admiração vibrante, ou ainda o ver-se sem palavras diante da coisa em si, etc. aparecem a como ocasionalidades nas quais sobreleva o início do esforço de nossa compreensão; a provocação do pensar hermenêutico-fenomenológico incita a pergunta autêntica, comportando algo originário na comunicação comunitária, portanto, transcendental e compartilhada; a morada do ser, na linguagem, é fonte donde se origina a existencialidade, o mais pulsante dos fenômenos ontológicos em seu movimento no mundo descerrado do aí. Por isso, Gadamer

reafirma a premissa que “[...] todo esforço de querer compreender começa quando nos deparamos com algo estranho, provocante e desorientador.” (1970, p. 143). Logo, do diálogo hermenêutico, repercute no falar sob o prisma do desvelamento da essência de um ser escondido no abismo entre ele e o ente. Ao radicalizar com a inquietude originária provocada pela pergunta bem refletida e orientadora de sentido, seu impacto reverberador envolve o arrebatamento e êxtase, no seio da dinâmica compreensiva do ser-aí, justamente ante a interpelação da tradição impondo o questionar filosófico sobre aquela diferença abismal.

O esforço incessante de perguntar e responder, de forma compromissada e envolvente, de certo, carrega no seio da linguagem o estabelecimento de vínculo autêntico pela interface comum dos partícipes. Mediante essa conexão os interlocutores abdicam-se de qualquer postura predeterminadamente preparada para incutir sobre o fenômeno em jogo um resultado esperado ou planejado, mas, ao inverso, entregam-se ao movimento auto-implicativo ação comunicadora:

Para que aconteça um diálogo hermenêutico, os parceiros devem “entregar-se a ele”. Entrega que não significa auto-anulação, mas que leva à instauração de um sentido que vai sempre além dele mesmo, exigindo que os parceiros se auto-impliquem e se desdobrem nele. O sentido instaurado no transcurso do diálogo não pode ser imposto ou pré-determinado por alguém ou por um dado externo. Em outras palavras, não se ‘executa’ um diálogo hermenêutico como se executa uma tarefa ou se fabrica um determinado produto. Entregar-se ao jogo dialético dialógico significa necessariamente jogá-lo (tomar posição) e assumir a imprevisibilidade dos riscos decorrentes deste movimento teórico-prático conceitual, auto-implicativo. (ROHDEN, 2004, p. 193).

De maneira nenhuma se nega que, a partir de tal exaltação, se frustra uma expectativa, justamente em razão de um grau de conhecimento prévio o qual absorvemos e em nosso meio linguístico. A variar de acordo com anterior entendimento sobre determinado assunto, o processo de penetração da palavra dita pelo parceiro torna a nossa compreensão algo árduo e oblíquo, soerguendo uma barreira indesejável. Todavia, o papel exercido pela linguagem tem o condão de promover o restabelecimento aparentemente insuperável e suficiente para o desconcerto no entendimento, unificando os lados em oposição. A unidade alcançada solidariamente no diálogo, antes dividida pela imediatez da palavra, reconcilia a percepção de algo como algo, para então conservar a orientação do comum acordo da verdade em determinado horizonte de sentido. Dessa forma, resplandece a conclusão de que, no traçado dialógico da linguagem, o conversar encarna o instante conciliador de dois opostos, e

jamais significa passar ao largo do outro (alteridade), justamente porque “[...] edifica-se um aspecto comum do que é falado.” (GADAMER, 1970, p. 147).

6.2 Postura da abertura no movimento mobilizador do pensar dialógico na linguagem transcendente

Decisivamente, ao abordarmos acima algumas situações nas quais conceitos e conteúdos referentes ao modo matemático, calculado, tecnicista de conhecer a verdade sobre algo, descerrou-se o fenômeno histórico disseminado pela ciência metafísica ocidental, que imobiliza a problematização do pensar filosófico sobre a existencialidade do ser dos entes. A reprodução irreduzível da técnica científica no circuito acadêmico, tornando a aprendizagem universitária modelada, eminentemente no discurso fixo do falatório, rebaixa a atividade do ensino a momentos diletantes da desocupação, abandonando a reflexão filosófica de nossas vivências práticas mais comuns. Na ciência jurídica, a despreocupação, em preparar o pensar refletido sobre uma atmosfera dialógica, revelando a diferença ontológica a cada vez que se é, talvez seja o principal motivo de incessantemente se chegar a uma mesma objetividade artificial de suas proposições dominadoras, pois “[...] a formulação rígida tem que de certo modo colocar-se no movimento da conversação, um movimento em que o texto interroga o intérprete e este o interroga.” (PALMER, 2015, p. 202).

No entanto, ainda existe uma postura primordial e dignificante, a ser experimentada, que habita no vivenciar a prática real dos fatos, distante dos silogismos matemáticos concebidos para formar certezas e confirmar valores específicos.

Dignificante, neste panorama, é o significado do acontecer do diálogo original e verdadeiro por essa experimentação vivencial: cuida-se da existência finita que mobiliza a transformação de ambos interlocutores, mediante a proposta de solidariedade ética que permeia a experiência hermenêutica. Dessa feita, entendemos em conformidade com Gadamer, no sentido de ser imprescindível adotar uma ideia de justiça em comunhão transcendente, dissolvendo as oposições, já que o êxito de um diálogo sucede quando ele não revolve ao dissenso imobilizador que lhe deu origem. Portanto, o estabelecimento de um acordo sobre o uso de uma mesma linguagem, compartilhada na conversação, conserva as possibilidades de ser da compreensão recíproca:

uma solidariedade ética e social só pode acontecer na comunhão de opiniões, que é tão comum que já não é nem minha nem tua opinião, mas uma

interpretação comum do mundo. Tudo que é justo e se considera como justiça exige, por sua natureza, essa comunhão, que se instala na compreensão recíproca das pessoas. (GADAMER, 1970, p. 148).

No panorama do uso da linguagem mútua, necessário que intérprete esteja disposto, de conseguinte, a ouvir e enfrentar uma nova experiência transformadora (êxtase arrebatador) em relação à mera aparência inicialmente reluzida pelo objeto, cujo movimento prossegue até o encontro consciente com aquilo que se manifesta a partir de uma alternância dialética mútua de velamento e desvelamento pela abertura da escuta. Isso reflete exatamente a estrutura verdadeira da arte da pergunta e resposta, cujo pensar reúne a diferença ontológica entre ser e ente, no movimento do acontecimento apropriador. Em razão dessa reestruturação ontológica, removem-se as capas de preconceito enclausuradas em figuras de aparências por essências de entes, cujo ser revela sua mostração. Diferentemente do desenho expresso na ciência metafísica por dimensão compartimentada entre sujeito-objeto, temos a revelação vibrante existencial do ser em sua faticidade. Esta descobre a verdade do ser, e confirma que o universo do direito, semelhantemente, encontra-se sujeito ao diálogo. Tradicionalmente estabilizado na mediania da estagnação hermenêutica, no encurtamento de sentidos, a ciência do direito, no mais das vezes, permitiu a cristalização hermética dos discursos de entificação. Por meio da matematização controladora de resultados, a dinâmica da mecanização tecnicista proporcionou o suceder incessante de essências representadas em figuras, signos, conceitos imagens, etc., tornando delimitado e encurtando o campo hermenêutico de sentidos. Imposta pela ciência jurídica essa dinâmica torna encoberta toda a faticidade por onde se movimentam os entes (o texto), que se manifestam no respectivo horizonte fenomenológico. Essa linguagem controladora acaba funcionando independente da realidade experimentada. Porém, “[...] a ferramenta não é decisiva, porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que viria a ser ‘desacoplado’ pelo intérprete.” (STRECK, 2009, p. 233).

Reportando ao campo prático do direito, é de interesse fundamental o exemplo rememorado por Rafael Tomaz de Oliveira, ao citar a doutrina de Dworkin tratando do conteúdo e conceito dos princípios no direito:

Isso implica: os princípios têm, desde sempre, um caráter transcendental, porque diferentemente das regras, nos remete a uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos: nosso contexto de mundo, de vivências primárias que constituem a significatividade do mundo. (2008, p. 200).

De qualquer ângulo em que se contemple o traço dialogal da conversa hermenêutica, constata-se ser indispensável o pensar, pois, sobre o intérprete recai a

responsabilidade de penetrar junto ao próprio tema colocado em jogo, na existencialidade finita de seu mundo prático. Nesta senda, ficam completamente rejeitadas argumentações retóricas vazias (capas de sentido), as quais se prestam unicamente a recolher pontos de vista eminentemente encrostados no tempo. Logo, a dimensão matemático-tecnicista comporta o risco de implodir a autonomia do direito – o qual se prestaria argumentativamente (sofisticamente) a prestar serviço ao domínio de interesses escusos –, e enclausurar o sentido dos fenômenos interpretados pelo ser-aí humano, desde-sempre, tornando seu sentido originário inacessível.

No aspecto da cooperação de abertura dialogal, contrariamente à esfera de imposição de valores particulares, o percurso conflui na interlocução fundada na amizade, tratada na obra aristotélica como corolário do princípio da caridade:

É condição e exigência para que ocorra um diálogo autêntico aquilo que D. Davidson chamou de ‘princípio da caridade. De acordo com esse princípio procura-se avaliar as palavras e os pensamentos do outro, ao modo do que ocorre na tradução que procura maximizar o acordo em torno de alguma interpretação. Assim, sob a regência do ‘princípio da caridade’, minimizamos a ‘hermenêutica da suspeita’ e maximizamos o valor do acordo no diálogo, o que pressupõe uma imbricação entre vontade e bondade. Pensamos que esta condição resgata e evoca, no âmbito filosófico, a noção de amizade desenvolvida por Aristóteles, como um princípio que deveria reger a argumentação filosófica. (ROHDEN, 2004, p. 195).

Na perspectiva ética da linguagem comum, pública e comunitária, remansa, portanto, a atmosfera da compreensão harmonizada pela verdade de algo que necessitamos, invariavelmente confiar e fortificar.

Ante o transcurso do diálogo experienciado pelo juiz em sua tarefa decisória, cabe-lhe, então, reconhecer a força herdada pela tradição no horizonte histórico sedimentado pela linguagem. Por isso, “toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo.” (STRECK, 2009, p. 26).

6.3 O não dito como condição possibilidade do diálogo hermenêutico

Objetivando atingir o sentido original, circular e total do modelo de perguntas e respostas, surge como decisivo o fenômeno jurídico implícito no diálogo. Nesse âmbito, o não dito, invariavelmente, envolve alguma das dimensões da resposta encontrada durante a conversa. Com isto, queremos significar que aquilo expressamente mencionado no discurso,

por mais conceitual que pareça, ainda não corresponde ao significado total e verdadeiro de uma conversação hermenêutica; de alguma afirmativa colocada no diálogo, sempre se esconde na estrutura da argumentação jurídica algo não dito.

No horizonte circular hermenêutico, a conversa expressa conotação especulativa permanente enquanto articulam-se as possibilidades da linguagem frente ao sentido captado. Como observa Manfredo Araújo de Oliveira, “dizer entender-se significa sempre conservar juntos o dito e a infinidade do não dito na unidade de um sentido.” (2015, p. 243). A marca característica do horizonte do pensar hermenêutico, na totalidade do ser, joga exatamente com a metonímia do dito e não dito, do velado e desvelado, superficial e profundo, luz e sombra, conduzindo a reflexão de perguntas e respostas para o campo da finitude prática do ser-aí. “Isso quer dizer que aquilo que se mostra no ente é sempre apenas uma parte que remete ao todo, e não uma figura ou uma imagem de uma completude que já existe perfeita em si.” (STEIN, 2019, p. 45-46).

Assim, o discurso, a argumentação e o falatório refletem, em suas entrelinhas, memória, história, tradição e cultura, originadas de uma conexão perpassada por etapas de outros discursos, diálogos e demais formas de entendimento, que indefinidamente se repetem ou modificam superficialmente. Essa repetição ou modificação não é necessariamente intencional, consciente, nem imediata. (MITTMAN, *apud* SILVA, 2008, p. 40). À hermenêutica cabe determinar o modo como se dá o sentido a essas formas semânticas meneadas na linguagem. De fato, as proposições de natureza eminentemente discursivas permanecem, na verdade, como sendo o desafio do pensar filosófico hermenêutico, ao colocarem à prova a diferença ontológica entre texto e norma, no propósito de solver as cisões indesejáveis que escondem o sentido atual do que é falado e mostrado.

O movimento circular virtuoso da interpretação determina e orienta exatamente o caminhar para essa ótica compreensiva, graças à antecipação de sentido que o ser-aí na temporalidade confere sentido ao fenômeno pertinente pelo encontro dos horizontes históricos. Mas sempre fica algo não expresso, a partir da leitura encurtada da repetição lógica e analítica mecanicistas, haja vista a própria finitude existencial que caracteriza o ser-aí do homem. Aquilo que é mostrado na linguagem conceitual lógica cinge-se a uma superfície enrijecida, ainda vazia de significado, cuja abertura somente aparecerá efetivamente na hermenêutica da faticidade, a qual oferece o modelo que dá sentido, em cotejo com aquilo que já foi inevitavelmente compreendido. Logo, o aspecto não dito integra o discurso humano constituído por sua multiplicidade linguística, porém se mostra justamente no movimento

incessante de desvelar e revelar do fenômeno hermenêutico circular aberto, por de trás da evidência semântica mais imediata do texto.

Em face do caráter de historicidade no qual nos envolvemos, a dialética de perguntas e respostas, consoante acentuamos notadamente no Capítulo IV, interpõe a possibilidade de o sujeito realizar a filtragem de conclusões prévias de sentido prejudiciais à verdade do fenômeno com o qual ele interage. Da ampliação de horizonte que se formou, no entanto, sobressai sempre uma nova possibilidade, cuja mobilização inicia-se novamente, da parte para o todo dentro do circuito hermenêutico de questionamento sobre a coisa mesma, a qual se vela e desvela, dialogando sobre sua existência. Trata-se do papel hermenêutico de problematizar o não dito, porquanto, no acontecer apropriativo do fenômeno que aparece, subsiste algo muito mais originário do que aquilo então expressamente explicado pelo interlocutor. Ao inverso da enunciação permeada sinais e signos linguísticos reiteradamente reproduzidos pela metafísica tradicional, a linguagem ética da alteridade, diversamente, corresponde à “[...] linguagem filosófica que não se esgota em palavras – no dito, no enunciado lógico –, mas se desenvolve por sermos com os outros, que é nosso ‘estar no-mundo’ próprio [...]” (ROHDEN, 2005, p. 290).

Elevando à suspensão os pré-conceitos ao longo do percurso de perguntar e responder no diálogo (velamento e desvelamento), os conceitos e dogmas manifestados até então como verdades inequívocas vão se mostrando sujeitos a sofrer nova interpretação, ante a ação dos prejuízos produtivos junto à adequada compreensão hermenêutica. Ao fazer liberar efetivamente as camadas de sedimentação petrificadas sobre coisa, os pré-conceitos produtivos promovem o “descortinar” do ser do fenômeno na orientação da resposta correta, efetuando o giro total do saber sobre o dito e não dito no texto. Permitindo experimentar nova verberação do fenômeno que fala, portanto, o ser-aí do intérprete apura, agora, o sentido mais originário, articulado no campo descerrando do ente na totalidade, em plena sintonia com a temporalização atualizada no instante da aplicação, quando se desvela o não dito, velado no horizonte compreensivo encurtado.

Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o dito sempre carrega consigo o não dito, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*). Portanto, para a hermenêutica, não faz sentido procurarmos determinar – de maneira abstrata – o sentido das palavras e dos conceitos, como as posturas analíticas de cariz semântico fazem, mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa sempre explicitado. (STRECK, 2009, p. 89).

Deveras, diante do caráter dialogal da hermenêutica da faticidade, estabelece-se uma conexão ética comum, independente da situação hermenêutica em que nos colocamos na temporalidade. Isso faz com que a condição fática do ser-aí na temporalidade forneça a releitura da tradição nas ciências em geral, nas quais algo sempre fica retido em sua manifestação. Na perspectiva da linguagem hermenêutica total, levamos conosco a possibilidade de estabelecer a relação comunicativa na alteridade, tornando claro o poder-ser do intérprete, a cada vez que se é. Isso tem implicação confluyente com a questão da responsabilidade, nos dizeres de Ligia Saramago (2004, p. 75):

[...] responsabilidade diante daquilo que não se mostra como já decidido, responsabilidade como *resposta* a um outro que já se mostra, desde sempre insuperável. E não apenas isso: é uma exigência que nos obriga a negociar nossa cota de liberdade, tornando-nos, nessa negociação, cúmplices de uma tradição que nos submete e determina. (grifo da autora).

Ainda de acordo com a concepção elaborada pela mesma autora, a proposta acolhedora de Gadamer converge à posição mencionada, devido à abertura do ouvir silencioso e ao compreender, na temporalidade unificada entre passado e presente (2004, p. 75):

o acontecer hermenêutico possibilita que entre a tradição e seu *leitor* – este, no sentido a que nos referimos em Derrida – se estabeleça um diálogo, uma conversação que nos é legado não se perpetue como fechado, mas que, estando sempre posto em jogo, se manifeste em sua atualidade inesgotável e em renovadas aberturas de sentido.

Ainda sobre a freada do processo consciente de apreensão dos fenômenos pelo jurista-intérprete (suspensão dos preconceitos), desejamos deixar claro que o círculo hermenêutico desempenha condição de possibilidade crítica, na comparação entre o dito e não dito experimentado no discurso linguístico.

Insta averiguar que a compreensão total evoca os elementos mais próprios da responsabilidade política do juiz no exercício de sua atividade primordial da interpretação do direito. O compromisso ético e dever funcional, emergentes diretamente da linguagem constitucional, ressurgem como resultado da autonomia institucional histórica do direito, infundindo na consciência do julgador o liame de mediação da linguagem pública, suficiente a efetuar o constrangimento interno compatível com a temporalização da compreensão na atualidade.

Círculo hermenêutico significa antecipação de sentido, pré-compreensão que deve ser suspensa para deixar que a linguagem pública constranja o elemento

interno do intérprete. Agrega-se, aqui, a questão da responsabilidade política do juiz. Filósofo e psicanalista não têm responsabilidade política quando falam sobre Kant. Juiz quando decide, não faz simples escolhas: tem responsabilidade. E deve fundamentá-las a partir de elementos objetivos, constantes em uma estrutura chamada direito, que compreende Constituição, leis, regulamentos, jurisprudência, doutrina. Além disso tudo, há ainda a questão da integridade do direito, que age como elemento constrangedor diretamente, como as seis hipóteses pelas quais um juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei. (STRECK, 2016, p. 392).

Subsiste algo, de fato, que nos vincula à herança da tradição cuja transmissão nos revela inevitável. É nesse sentido, inclusive, que Hegel designa o conceito de eticidade cujo desenvolvimento opera a ideia de um modo de vida clássico, herdado na tradição em determinado tempo e lugar: “a sabedoria e a virtude consistem em viver conforme os costumes do seu povo”. (*apud* J. SALGADO, 2012, p. 109). Por óbvio, sobressai a articulação de um regramento institucional comunitário do direito junto a esse modo de vida instituído historicamente, que paira no horizonte temporal a partir da linguagem compartilhada, sobrelevando o caráter coletivo (um nós) do conceito e transcendental.

Sob esse aspecto, o caráter humanista da tradição é representado pelo “tu” da linguagem, pois o que herdamos do acervo histórico de nossa tradição fala por si mesmo no movimento existencial e na postura do vivenciar. “A tradição é um verdadeiro interlocutor” diz Gadamer, ao discorrer que a percepção do objeto da experiência exprime o traço significativo do ser-aí, e tornando tal experiência um fenômeno moral tal qual um fim em si mesmo. (2016, p. 468). O equívoco surge ao se pensar que o outro ou a própria tradição encontram-se sob o controle do intérprete, ou igualmente ao tentar assenhorar-se do passado, a partir de condutas que negam o comportamento histórico-vivencial daquele que, alienadamente, se imagina seguro sobre a contenção de seus preconceitos. Para estabelecer o diálogo responsável e fundamentalmente hermenêutico, de acordo com o que já argumentamos ao longo do estudo, é preciso apresentar a postura própria, possibilitando o reconhecimento da disposição sobre o reverberar do outro, deixando valer em mim algo contra mim. (GADAMER, 2016, p. 476).

No campo da interpretação jurídica, a colocação da postura ética ao submeter o intérprete à plena abertura à alteridade do texto, sobretudo ao sentido que se depara ante seu encontro com faticidade, produz a mensagem atualizada ao instante temporal. Enfim, é crucial que a postura inicial de entrega e envolvimento do julgador deságue na situação hermenêutica participativa. Superar a postura preventiva traz consigo o conteúdo propositivo de escuta e reintroduz a possibilidade de que o texto diga algo, oportunizando a emissão de uma resposta normativa extraída na historicidade temporal atualizada do aí.

Diante da visão do pré-racional, não-tematizável, Luiz Rohden, propõe que a realidade transcendental recupera seu modo comportamental de agir, participar, conhecer acerca o dito e não dito, razão pela qual, na modernidade, “o fundamental passa a ser não mais o ser ‘em si’, mas o ser para nós.” (2005, p. 258). Significa dizer que a tradição filosófica metafísica, desde a Grécia antiga, almejou atingir a interpretação que distinguisse apenas o essencial do acidental, de modo a assegurar o conhecimento reprodutivo metafórico e por experimentação que representam inevitavelmente numa verdade preconcebida antecipadamente.

Universalizados os enunciados linguísticos em proposições predeterminadas, eles tornam-se capas de sentido em que se esconde não apenas o que foi dito, mas principalmente o não dito. “O jurista, inserido em um *habitus dogmaticus*, não se dá conta das contradições do sistema jurídico. As contradições do Direito e da dogmática jurídica que o envolvem não aparecem aos olhos do jurista [...]” (STRECK, 2012, p. 40). Jamais se enfrentou tão radicalmente antes a filosofia de Heidegger, o problema da diferença ontológica, desconstruindo o pensamento científico metodológico alienante e preconcebido na imediatez da resposta científica. Tampouco se descerraram os modelos filosóficos contemporâneos escondidos nas contradições das ideologias que se imiscuíram propriamente no que estremece no fosso entre o essencial e o inessencial dos fenômenos e da compreensão. O domínio do conhecer do sujeito sobre o objeto, segundo Rohden (2005, p. 258), recai na superficialidade da coisa, e “do ponto de vista hermenêutico, o saber não tem esse escopo prático-utilitarista, mas plasma-se como um saber para compreender, situar-se e ser melhor como ser humano como um todo.” Iniludivelmente, ao buscar a interpretação adequada ao intérprete impõe-se provocar a suspensão de suas intuições repentinas e hábitos representacionais presos ao junto aos pré-conceitos não percebidos, voltando-se às coisas mesmas. Relevante é “manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem.” (GADAMER, 2016, p. 356).

Intimamente associada à questão ética, convém ao intérprete, desejando realmente superar as contradições do fenômeno que lhe vem ao encontro, atentar para que a partir da leitura inicial de um determinado texto, já se obtém um sentido prévio, o qual, inexoravelmente, exige revisões ao longo do percurso de perguntas e respostas. De fato, consoante Gadamer expõe (2016, p. 356), “[...] a interpretação começa com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados.” Ou seja, tais projeções iniciais de sentido serão remodeladas, de maneira constante, durante todo o processo de intelecção, de sorte que

as opiniões preconcebidas sobre determinado tema, vão sendo revistas, até se confirmarem nas próprias coisas.

Visto o aspecto ético da alteridade, mediado na comunidade da linguagem, conclui-se pela não aceitabilidade da colação de opiniões arbitrárias pelo intérprete; pois “diante de qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem.” (GADAMER, 2016, p. 356). Tanto no caso da hermenêutica voltada para as ciências do espírito em geral, assim como a ciência do direito particularmente, cumpre afastar do campo compreensivo do intérprete os mal-entendidos e prejuízos improdutivos, capazes de esconder a coisa em sua totalidade, e interromper a escuta atenta aos traços primordiais do fenômeno em si.

Como ressaltado ao longo da exposição investigativa, as condições que facilitem a compreensão dependem de um giro hermenêutico do horizonte de compreensão, como condição de possibilidade da tarefa de aplicação do direito pelo. No entanto, as compreensões mal realizadas, infelizmente, podem passar despercebidas, e escapam do devido constrangimento. A consciência histórico-efetual do intérprete, então, emprega toda sua potência com vistas a revelar a alteridade num horizonte hermenêutico do texto propriamente dito, efetuando, coerentemente, o resgate institucional do direito por meio da abertura:

A questão essencial repousa em conferir efeito à abertura à opinião do outro, num desafio de caráter ético, impedindo que o arbítrio das suas próprias questões prévias obste o alcance da correta depuração das expressões interpretadas, num determinado contexto total de sentido: “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”. (GADAMER, 2016, p. 358).

Correspondentemente ainda à via da linguagem ética, temos que o legado de um texto estabelece inevitavelmente uma leitura circular sempre por vir (devir), criativa, inovadora, inventiva. Isso ocorre, justamente na medida em que a própria condição de possibilidade mediada pela linguagem pública, sobre a qual estamos imersos, reflete um horizonte de liberdade responsivo com o outro. Contudo, diversamente do que sucede do comportamento passivo de decifração de signos e sinais,

nenhum texto pode eleger como *necessária* alguma leitura particular de si mesmo (o texto das leis talvez seja o mais claro exemplo aqui: as leis tentam excluir qualquer leitura outra que não aquela “intencionada” pelo legislador, tentam constranger a leitura a *essa única* leitura, mas demonstram, nos

extraordinários esforços que se encontram ali envolvidos, a impossibilidade mesma desta tarefa). (BENNINGTON, 2004) (destaques do autor).

Fazendo uso de expressão diversa e mais resumida, significa exprimir um contexto da alteridade do texto que, na fenomenologia hermenêutica, expressa fatalmente um acontecer da própria coisa, um vir à fala daquilo que se historicizou na tradição, concomitantemente à apropriação e interpretação a partir da atividade que aflora do movimento da própria coisa. Entretanto, não há como negar a presença do esforço criativo da subjetividade daquele que atua o pensar, dentro de uma perspectiva histórica de ser-no-mundo. O fato é que esse esforço procede-se de modo não discricionário, arbitrário ou ilegítimo. Assim, o fenômeno experimentado também não

“[...] segue seu curso sem que nós pensemos. Pensar, porém, quer dizer precisamente desenvolver uma coisa em sua própria consequência”, distanciando-se das “representações ‘que costumam se interpor’ e ater-se estritamente ao pensamento.” (GADAMER *apud* ROHDEN, 2005, p. 263).

Aliada à questão do horizonte de possibilidades de sentido, a abertura de mundo experimentada pelo sujeito-intérprete no acontecer da própria coisa retém seus limites na faticidade, manifestada, portanto, na unidade da temporalidade. Assim, focada no princípio da alteridade, essa articulação de sentidos ininterruptamente se abre ao ser-aí do intérprete, ao longo do percurso interpretativo de modo atualizado, diante da antecipação do porvir, retomando o horizonte histórico do passado. Lembra Marco Casanova (2017, p.183): “o que faz sentido em um campo de possibilidades específico não vem à tona imediatamente em toda a sua extensão e pujança, mas precisa ser antes paulatinamente atualizado enquanto possível.”

Posto isso, visualiza-se precisamente a tarefa de proceder à interpretação, pelo método fenomenológico-hermenêutico concebido por Heidegger, cujo modo de ser confere potência e atualidade ao projeto de sentido de algo como algo. Intransponível desfazer o encobrimento constituído pelos prejuízos sedimentados num determinado horizonte histórico. Mais particularmente, cumpre dizer, nesse sentido, que, na contextualização da compreensão total permeada de eticidade pela alteridade, o sujeito não se configura senhor-possuidor do texto faticamente dado. Consoante se percebeu, na lida cotidiana forense, por exemplo, e na maioria das academias universitárias de direito, os profissionais tecnocratas procedem à leitura puramente dogmática, superficial e abstrata do texto legal, reveladora de um horizonte encurtado do campo de sentidos da faticidade. Assim, sacrificam-se os projetos constitucionais mais elevados do direito concebidos para a construção de uma sociedade reveladoramente menos desigual, ignorando o constrangimento epistemológico fático da

marginalização social excessiva, permanecendo velado, pela contínua reprodução técnica mecanizada, o texto democrático de solidariedade que se põe em jogo.

De tudo quanto fora explicitado acerca do comportamento reconhecidamente condizente com a convivência ética em cuja linguagem encontra-se imerso sujeito-intérprete, plausível inferir que não se cuida de assumir um compromisso neutro daquele que busca respostas no texto. Muito antes o contrário, coabitamos um universo transcendental da comunicação linguística envolvido pela tradição, uma *comum-unidade*. Constituiria em algo completamente inconcebível, destarte, tornamo-nos reativos no concernente à força instituidora dessa tradição, cuja escapatória legitimamente não nos é possibilitada no descerramento de mundo histórico sedimentado.

6.4 Uma meta transcendental de justiça universal a partir da decisão judicial

Fechamos a abordagem teórica a ser acompanhada junto ao horizonte hermenêutico de interpretação do direito, por contornos orientados ao propósito de concretização efetiva do direito democraticamente pensado como integridade e instituição autônoma.

Intermediada pela aplicação da decisão judicial, a ideia de justiça constitutiva dos direitos fundamentais desse horizonte interpretativo habita inevitavelmente junto aos aportes teóricos da hermenêutica filosófica, mediante os quais pudemos checar também sua marca ética por uma linguagem pública e transcendental. A partir daí, está tematizada a ponte que interliga o ser-aí do julgador ao seu modo de ser mais adequado diante do papel de conformar continuamente, pelo processo hermenêutico compreensivo, o anseio de justiça universal (igualitária), ao menos, conforme defende Gadamer, na perspectiva de igualdade da lei perante os sujeitos de direito submetidos ao mesmo sistema jurídico. Aliás, este resultado de concreção paulatina, sempre parte da efetividade da decisão judicial dotada de exigibilidade, em favor do sujeito de direito, por representar a universalidade imanente da lei (um nós).

Ainda responde pelo modo de ser do julgador a postura compreensiva consciente acerca da alienação cotidiana da experiência jurídica velada na tecnicidade mecânica ensinada nos meios acadêmicos e ambientes forenses, atualmente reprodutores de discursos vazios sobre o que se mostra no fenômeno do direito como totalidade. Porém, visando nos aproximar elevadamente de um ideal universal de justiça, não apenas no país, mas, igualmente, no âmbito internacional dos povos e nações, acredita-se que a

processualidade histórica do direito conduzirá esse modo de se, à maturidade da consciência jurídica. Dissolvendo as contradições inerentes ao esquecimento cerrado do ser do direito na totalidade, inclusive, ao não dito do texto jurídico, a dialética exatamente faz a mediação com a realidade da experiência, acompanhando paulatinamente o resultado da razão jurídica, que vem na história ultrapassando, concretamente, o momento meramente subjetivo da consciência, alcançado a unidade do movimento objetivo da realidade jurídica. (J. SALGADO, 2006, p. 24).

Atualizar adequadamente a lei jurídica aplicável depende, por esse viés globalizante, do incessante reencontro da razão prática com a teórica. Nesse mesmo passo, a legitimidade da decisão judicial determina-se coerentemente pela razão jurídica, desde a origem até as suas consequências. Melhor expressando, a decisão legítima é aquela que concretiza valores fundamentais de um tempo, enraizados pela consciência jurídica transcendental. Corresponde, portanto, de alguma forma, àquela decisão que contribui para a constituição de uma justiça universal (um nós concreto), que torna possível replicar, no instante temporal da atualidade, a materialização de sua aplicação a todos os sujeitos de direito, no âmbito formal da Carta das Nações Unidas.

Consoante arremata Joaquim Salgado (2006, p. 260):

Sujeito universal aqui entendido analogamente ao sentido cosmopolita de Kant, portanto como sujeito de direito “globalizado”, em todo o espaço da Terra, a que se reconhecem direitos universais atribuídos a todos os seres humanos, já insertos na consciência jurídica dos povos civilizados e formalmente positivados na Carta Universal, que coloca como centro de interesse a paz universal.

Dizer isso, de forma alguma, implica em desarmonizar com os propósitos da pesquisa, tampouco escapa sequer dos suportes experienciais de uma hermenêutica filosófica, calcada na ontologia existencial heideggeriana. Consoante se reafirmou durante a investigação, os modos existenciais de ser articulados na filosofia hermenêutica proporcionam a experiência totalizante de mundo. Logo, a ideia de justiça universal, no pensamento científico do direito, transforma o próprio modo compreensivo de interpretar e desvelar em sua totalidade o ser desse ente em sua projeção de sentido.

De qualquer sorte, ainda com Joaquim Salgado,

[...] a efetivação da justiça começa pela consciência da atribuição universal dos valores imediatamente concernentes à pessoa humana ou pessoa moral, igualmente a todos, declarados universalmente na lei ou na constituição e que se encontra na sua efetivação o momento singular da sua fruição, assim

também a declaração universal dos direitos do homem, contida na Carta, somente encontrará efetividade no momento da fruição dos mesmos direitos fundamentais por todas as pessoas de todas as nações. (2006, p. 260-261).

Em outras palavras, apreende-se que, transcendentemente, o terceiro neutro protagonista envolvido na aplicação da decisão judicial compõe, na construção atualizada do direito, papel mediador de todo o diálogo disposto na experiência da consciência histórica. Por meio da arte da pergunta, a solução jurídica concretiza-se a partir da articulação do intérprete com seu tempo, tornando a justiça universal condição possibilidade mais originária em favor do sujeito de direito.

O ponto de chegada dessa justiça verdadeiramente corresponde a algo a ser atingido, e ainda que leve algum tempo para que a força da solidariedade jurídica vivifique toda sua pujança, o Estado, na voz emergente do juiz, incorpora a consciência histórica, pelo *maximum* ético – componente abstrato formal que materializa e dirige o projeto antecipado de sentido: a efetivação norma jurídica no mundo contemporâneo segundo a universalidade do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dividindo em seis capítulos ou etapas sequenciais, procuramos posicionar, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, o papel da fenomenologia hermenêutica quanto à aplicação e estruturação da decisão judicial, conformando sua interpretação junto ao fio condutor dialogal da arte da pergunta.

Inicialmente, a título de abordagem dos estágios percorridos pela ciência hermenêutica, desdobramos seu trajeto histórico até o ponto de chegada da viragem desse campo de pensamento filosófico, de acordo com o denominado giro linguístico, devido ao novo paradigma de mundo a partir da linguagem. A seguir, no segundo e terceiro capítulos, buscamos refletir sobre o modo como se desenvolveu a aplicação da hermenêutica junto à teoria do direito, começando a descrição pelo estudo do ambiente positivado, até atingir a projeção, que mais originariamente interessa à pesquisa, do ideal de justiça na contemporaneidade no panorama do constitucionalismo. Na quarta etapa, imergimos nos desdobramentos da linguagem contemplada na experiência hermenêutica dialogal, evidenciando seu traço dialético na formulação de perguntas e respostas para o desvelamento da verdade no campo do direito. Na quinta etapa, intentamos mostrar a contribuição moral hermeneuticamente possibilitada pelo teste do imperativo categórico kantiano, para a concretização do direito, no momento de aplicação da decisão judicial. Ao final, no sexto capítulo, confrontamo-nos, brevemente, com o panorama ético possibilitado na visão da intersubjetividade da linguagem. Com o enfoque transcendente da linguagem na hermenêutica, brevemente, idealizamos um horizonte de universalização do direito entre os povos, no porvir, a partir da meta do ideal de justiça, associada à contribuição da hermenêutica filosófica e à tarefa da decisão judicial.

Para alcançarmos efetivamente uma perspectiva de justiça da decisão com foco estruturado na linguagem, foi preciso tomar consciência acerca da influência dos diversos elementos fundamentais da hermenêutica filosófica, cuja projeção espraia seus efeitos diretamente ao ato de aplicação, interpretação e compreensão do intérprete. Nesse sentido, restou revelado que o provimento jurisdicional justo – idealmente marcado pela confirmação de expectativas razoáveis em determinando tempo histórico e contexto de mundo – não se prende a um roteiro metodologicamente preestabelecido, nem tampouco um modelo doutrinário-científico específico ou sequer pela observância de cânones hermenêuticos e formas fixadas legalmente.

Diante da imersão detida nas obras *Verdade e Método*, de Gadamer, e *Ser e Tempo*, de Heidegger, confirmamos que o horizonte histórico do *Dasein* define de antemão toda a abertura temporal de ser no mundo, a partir da qual se movimenta a compreensão, por sedimentação de sentidos, proporcionada pelo campo de disposição fenomênica conjuntural dos entes com os quais nos relacionamos em nosso mundo. Conforme se percorre junto ao caráter transdisciplinar explicitado por Gadamer em *Verdade e Método*, denota-se que a compreensão constitui nada mais que o traço produtivo de ser na tradição, sempre de acordo com a temporalidade histórica na qual se encontra o intérprete. Independentemente da observância a cânones científicos, preestabelecidos com objetivo de efetuar a aplicação e atualização da lei, na seara da interpretação jurídica, previamente, notamos relevante traço de que o horizonte compreensivo já se dá antes mesmo do efetivo encontro com os objetos os quais interpretamos. Assim, a teoria heideggeriana contribui nesse aparte compreensivo de projeto de mundo abruço do *Dasein*, e coloca em jogo o pensar questionador sobre todas as aparências científicas dadas, especialmente no horizonte histórico da tradição metafísica. Levando às últimas consequências a temporalização dos modos de ser do homem, jamais se admite que a essência do ser dos entes seja concebida historiológica ou antropologicamente, ou seja, desconsiderado o tempo em seus modos de ser. Logo, a conquista mais originária do ser-aí acontece pela veemente interligação da sua constituição existencial de acordo com seu caráter histórico, superando-se o esquema cartesiano de sujeito-objeto. Possibilitando a reconstrução do pensamento jurídico, de forma produtiva, a diferença ontológica fornece a possibilidade de compreensão do ente na totalidade, sem dualismos metafísicos, divisões ou cisões, a exemplo de fato e direito, texto e norma, vigência e eficácia.

Repensar a teoria da decisão judicial, de sorte a compatibilizar seus pressupostos teóricos, diante do influxo reflexivo da filosofia hermenêutica e da fenomenologia ontológico-existencial, implica em uma radical mudança relativamente ao pensamento sobre os modos de ser do direito, rejeitando, de início, as delimitações mecânicas do positivismo jurídico, bem assim todos os demais teoremas dele originários e aplicados, até os dias atuais, tanto na ciência como na prática. Por isso, intentamos colocar em jogo o indispensável debate acerca da releitura sobre velhos conceitos e padrões de sentido pré-dados, encrostados, que se encontram, desde sempre, impensada no seio da linguagem do cotidiano forense, em seus mais variados contextos de estudo e trabalho. Adotando o modelo argumentativo da Crítica Hermenêutica do Direito, então elaborada pelo jurista Lenio Streck, visualizamos sua possível aproximação, compatibilização e aplicação às teorias filosóficas de

Heidegger e Gadamer, direcionadas ao campo do estudo do direito, e, conseqüentemente, da decisão judicial.

Justamente o parâmetro empregado na teoria de Streck possibilitou a nossa pesquisa enfrentar inconformidades hermenêuticas do direito, que evidentemente vão de encontro à legitimidade democrática do texto constitucional. São atitudes e comportamentos judiciais voluntaristas, decorrentes do modo de interpretação jurídica formado na tradição positivista, principalmente a partir do positivismo-normativista kelseniano. Firmado no ato de vontade do julgador pela compreensão autêntica do direito, o positivismo-normativista, carrega em si suas inconsistências epistemológicas, dividindo ato de conhecimento (tratado pela ciência do direito) e ato de interpretação da judicial (interpretação autêntica). Conciliado à moldura teórica explicitada na obra de Kelsen, o padrão discricionário, então desenhado para a figura do juiz, redundou no exercício de política judiciária criadora de direito novo. Pelo denominado “intérprete autêntico”, o positivismo-normativista viabilizou a concretização do puro relativismo judicial por meio de escolhas casuísticas, variáveis moralmente, de indivíduo a indivíduo, tornando ameaçada, pelo menos, a concepção histórica da separação entre os poderes. Decerto, a modulação da lei por ato volitivo do juiz acarreta o indesejável artifício de delegação de parcela do poder político ao Judiciário, envolvendo a possibilidade de escolha, pelo julgador, no enfrentamento das questões morais e ideológicas debatidas no seio da comunidade. Precisamente nesse ponto confluem para o objetivo da pesquisa as soluções adequadas à decisão judicial, encampadas pela Crítica Hermenêutica do Direito, mediante as visões fenomenológico-hermenêuticas de Heidegger e Gadamer.

Vista a incompatibilidade da atitude científica de enclausurar as normas jurídicas por via de esquematizações, cálculos e métodos matemáticos ou mesmo permitir o esconder acerca do real sentido de ser do texto em sua existência, entram em cena como possibilidade fenomenológica no plano da filosofia do direito os aportes descritivos da hermenêutica da faticidade. Trazendo à luz a percepção de que não há coisas em geral, a faticidade se liga à singularidade dos fenômenos e aos sentidos, em oposição a universalidades que contenham todos os sentidos antecipadamente definidos, ocasionando, por certo, cisões indevidas, tal qual construídas no seio do positivismo entre texto e norma. A mera reprodução de sentido de textos jurídicos distancia-se do caráter de linguagem articulado na fenomenologia hermenêutica.

Mediante essa crítica à reiteração de digressões, argumentos e discursos preestabelecidos, procuramos desvelar o próprio desenho estruturado na retórica predominantemente empregada na cotidianidade da cultura jurídica do nosso País. Afinando a

imersão na entrega à escuta pelo diálogo, libera-se o aparecer mais originário do sentido dos seres que vêm ao encontro, oportunizando historicamente ao intérprete a maneira de pensar pela faticidade, cuja verdade habita na singularidade fática do mundo concreto. Pensar o impensado, ouvir o falado, desobstruir camadas de sentido cristalizadas no tempo torna possível, pela primeira vez, reescrever hermeneuticamente o direito, retomando o acento da temporalidade entre passado, presente e futuro. Aliás, o elemento unitário dessa temporalidade coloca sempre em questão o próprio contexto situacional do Estado Democrático, cujo modo de ser é matizado existencialmente no texto da Constituição da República de 1988, cuja ressignificação de sentidos entrelaça a experiência fenomenológica de ruptura com o positivismo em suas variadas formas.

Aqui residem temporalmente tanto o sido, a atualidade e o porvir do fenômeno do direito na contemporaneidade. Os projetos de sentido enlevados na compreensão do hermeneuta vão encontrar guarida nesse horizonte temporal, mediante o qual, irredutivelmente, já pré-compreendemos de acordo com a herança histórica do passado; no mesmo passo, ao interpretar, atualizamos no instante o significado de mundo junto à conformação do ter sido, com o presente; e, assim, imediatamente projetamos essa mesma interpretação ao futuro, numa antecipação de sentido do porvir.

Vivenciando o cenário do constitucionalismo contemporâneo, no qual os textos constitucionais consagraram compromissos, planos, objetivos e metas dirigentes de futuro para a sociedade, a fenomenologia hermenêutica possibilita ao intérprete conferir ao texto os sentidos fáticos de concretização dos direitos fundamentais e projetos de conformação prática a esses objetivos. Voltando-se para suas possibilidades finitas de ser, pela primeira vez, o ser-á do julgador confronta-se com seu campo existencial histórico, reconquistando no tempo o seu papel de significar o direito segundo o que diz o texto. Em outros termos, a redução do olhar jurídico privatizado – culturalmente aplicado a determinado horizonte histórico individualista-liberal – carece evidentemente de releitura prática, de acordo com a ordem constitucional inaugurada em 1988, cuja hierarquia posicional no sistema reconduz temporalmente essa visão tradicional petrificada e vetusta, para o instante da atualidade, projetando para o porvir a compreensão, aplicação e concretização adequadas dos códigos e demais textos legislativos.

Por outra via, vimos que a postura caracterizada pelo senso comum teórico dos juristas é marcada eminentemente por “essencialidades” e repetições de “interpretações codificadas” no tráfego do automatismo modulado pela mediania da tradição encurtada. Eis, portanto, o cenário ideal das teses judiciais impensadas, recalçadas por círculo restrito de

domínio sobre o modo de ser do direito, a partir da configuração hipostasiada do texto, por interpretações geralmente tidas como válidas, sem qualquer confrontação mais direta e imediata diante dos fenômenos emergentes do caso concreto. Correspondendo tal comportamento, no mais das vezes, ao mero emprego de construtos teóricos e imagens enrijecidas no tempo – já em desuso e extraídas do ambiente jurídico de nações cujos horizontes temporais, diferentemente do panorama brasileiro, perpassaram pelo ciclo histórico de concretização dos direitos fundamentais –, constatamos facilmente que esse estado de coisas hermenêuticas merece ser devidamente repensado.

Com este panorama de pesquisa, veio à tona, no horizonte do campo investigado, quase que maneira imediata, o problema do esquecimento velado daquilo que, contraditoriamente, se tem pelo acesso no texto jurídico da Constituição da República de 1988, cujo traço principal é marcado, pela realidade social brasileira, iniludivelmente diversa do contexto temporal e existencial das nações do norte. Todavia, os países situados a oeste do continente e América do Norte, inexoravelmente já percorreram inteiramente o ciclo de amadurecimento jurídico imprescindível à consolidação histórica do horizonte democrático do direito constitucional. Assim, orientação que tenciona a leitura crítica da hermenêutica contribui, decerto, para o revolvimento de uma abertura de reflexão filosoficamente combativa, cujo escopo vai de encontro ao terreno discurso impensado. Por este caminho aportam a reprodução automatizada e a lógica mecânica, cujo traço marcante habita na perspectiva “desoneradora” e desatenta do ser-aí, acentuada na tranquilizante postura mediana e dedutivista de aplicação subsuntiva dos códigos e leis, cujo texto enrijeceu-se temporalmente, implicando em sua imprestabilidade ao horizonte hermenêutico da atualidade no direito constitucional.

Diante desse panorama, emerge como adequadamente formulada a concepção de experiência, em Gadamer, como modelo de interpretação para o direito. Seu pressuposto teórico condiz em evitar que uma posição prévia opinativa, quer dizer, um pré-juízo induza o sujeito, irrefletidamente, a uma argumentação distorcida ou em um mal-entendido, escondidos da verdade por capas de sentido. À medida que nos aprofundamos no horizonte da pesquisa hermenêutica, detectamos exatamente que os contornos da decisão judicial comportam, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, o viés teórico mais próximo a uma ruptura teórica e científica em face do positivismo kelseniano, tornando mais patente a constatação de que o ato de vontade representava, no mais das vezes, postura relativista e de viés discricionário, inadmissível no ambiente democrático.

Mediante a colocação deste horizonte científico, foi possível evidenciar que a arbitrariedade ativista do Poder Judiciário, ainda configuradora das decisões judiciais no Brasil, destarte, impõe-se de modo equivocado em seus fundamentos, devido à ausência ou comportamento que se oriente para uma posição de promover a suspensão do pensar filosófico, sem sequer se dar conta da marca encrostada dos preconceitos herdados por tradição encurtada. Porém, esse encurtamento do horizonte hermenêutico, do senso comum dos juristas, já vem associado a ares de racionalidade, recalcados na sedimentação argumentativa de discursos ociosos, vazios e impensados.

Partindo da possibilidade autêntica de suspensão dos preconceitos e afastamento daqueles pré-juízos negativos ou improdutos, vislumbramos, durante a descrição da investigação, a mobilidade do pensar hermenêutico pela experiência das coisas mesmas, tal como aparecem para nós, na modalidade dialética de resposta a uma pergunta orientada pelo entendimento. Diferentemente, das argumentações teóricas sintonizadas na mediania tranquilizadora do cotidiano e no senso comum teórico automatizado, o pensar hermenêutico, de outra forma, estabelece na linguagem do ser a mobilidade que possibilita o intérprete conhecer as coisas mesmas em seu ponto de vista problemático, liberando as diversas camadas rígidas que acobertam temporalmente a verdade que vibra no seu acontecer mais originário.

Tais condições de possibilidade nos levaram pontualmente ao pensamento platônico-socrático, fundado na dialética de perguntas e respostas como ponto decisivo ao saber hermenêutico, principalmente pela negatividade da ignorância (*docta ignorantia*). A partir do desenvolvimento desta reflexão filosófica de abertura para o outro, vimos, principalmente, que as implicações mais originárias desse modo de pensamento dialogal – estruturado na participação pela experiência da escuta silenciosa – levam-nos justamente para o fecho da transcendentalidade das condições da decisão, com respaldo moral em Kant, consoante explicaremos a seguir. De fato, à racionalidade da decisão judicial, sobrepõe o envolvimento de uma conversação profícua e sincera, versada na entrega à abertura do silêncio, da escuta e do ouvir o outro. Explicitamos que a perspectiva da decisão hermeneuticamente dialogal caminha para além de interesses particulares ou móveis internos e voluntários, de qualquer natureza, que se posicionem em confronto com a razão universalizante, transcendental, por via de uma linguagem *comum-unitária*. De qualquer forma, junto ao enfoque da arte da pergunta, no diálogo hermenêutico, o elemento de negação, afasta a persuasão retórica sofisticada, tornando o diálogo marcado pelo viés participativo do intérprete. Logo, concluímos que o lado negativo do saber consiste na

profundidade reflexiva desse intérprete em vista do entendimento, fator originado imediatamente da racionalidade do pensar hermenêutico sobre a coisa mesma. Enfim, fazendo escólio da doutrina de Ricardo Salgado, a linha de estudo adotada apreciou que a ideia da arte de perguntar condiz com a racionalidade do pensamento socrático, e não o sofisticado. Calcado aquele no *logos* coletivo e não no *logos* individualizado, difunde-se o olhar junto de unidade dialética como “arte de formação de conceitos como elaboração da intenção comum”.

Justamente porquanto, na perspectiva estudada, o diálogo hermenêutico se dá por perguntas e respostas no respeito à alteridade, a ideia universal do nós aparece como componente fundamental. Não constituindo auto-anulação, mas, inversamente, reconfigurando a transformação produtiva, via o entendimento circular, experimentamos a primazia do imperativo categórico kantiano aplicado à teoria da decisão judicial, como reflexão determinante junto a esse ambiente transcendental da linguagem pública. Pela primeira vez, o intérprete confronta-se com os prováveis efeitos a serem reproduzidos a partir da sua decisão, avaliando se aderem, razoavelmente, às expectativas do direito posto no tempo-espaço da *comum-unidade* sujeita às suas consequências.

Ao considerar, contudo, o fato de o ser-aí do homem constituir-se de um ser que, além de racional, submete-se às inclinações da sensibilidade, o imperativo, mandamento ou máxima, surge como expressão universal, dado que o cumprimento da lei moral pelo homem opera sempre com sacrifício. Porque a moral ostenta uma característica legisladora, a vontade, por sua vez, coloca-se, então, em relação de subordinação à primeira. Assim, chega-se a inferência de que por obstaculizar a plena realização da lei moral, o instinto sensível humano, no entanto, sofre os efeitos da racionalidade ínsita ao pensamento, os quais interpelam desejos, impulsos e inclinações para que esta parte emocional submeta-se à esfera racional. Imerso no mundo coletivo e compartilhado por outros seres, porém dotado de mediações sensíveis. Por isso, estabelece-se a máxima universal que representasse ao sujeito uma ação objetivamente necessária, independente de qualquer outra finalidade.

De fato, o ser-aí do homem em seu modo temporal de poder-ser jamais se vê desonerado de assumir, a cada vez que se é, os comportamentos morais estabelecidos na abertura de mundo. Jogado no seu aí de maneira abrupta, o ser-aí já é suas pré-compreensões; e estas irão inevitavelmente, de maneira antecipada na temporalidade, conduzir o sentido moral de acordo com a existencialidade, no mundo histórico herdado e compartilhado por linguagem comum, onde transitam as relações entre demais seres-aí. Inarredavelmente, percebemos, portanto, que o intérprete-julgador em seu contexto situacional de mundo convive com a unidade circundante de outros seres-aí, os quais se comunicam junto a mesma

tessitura moral, um a priori compartilhado, independente de experiência prática específica, o que confirma a indispensável reflexão de antecipação de sentidos, diante os efeitos da aplicação hermenêutica do direito no caso em particular

Importa registrar que a questão da aplicação da moral universal no direito não somente mostrou a possibilidade, junto à fundamentação de uma dimensão mais precisa, base ou espaço no interior do qual transitam os contornos da decisão judicial em seu meio linguístico. Toda a herança histórica de mundo temporaliza a marca auto-interpretativa do *Dasein*, cuja compreensão habita muito para além da simples a suspensão dos pré-juízos improdutivos do pensar hermenêutico. O traço metateórico da linguagem hermenêutica explicita, na verdade, que invariavelmente nos movemos sobre algo metafísico como a moral, e, que, para ser revelada, em sua forma mais originária, requer uma confrontação direta, pelo diálogo da negatividade (o não saber) junto à coisa experimentada. A fim de revelar a verdade do ser vivenciado no ente, o qual, no caso do direito, trata-se do texto, a compreensão hermenêutica radical se traduz possível, mediante a quebra estremeceadora a todas as essencialidades que transitam no seio histórico de uma tradição, mas escondem o sentido do ser. A diferença ontológica permitirá, uma vez mais, mostrar que moralidade kantiana expressa algo muito para além da vontade interna do sujeito, ou do emprego dos signos imagens e construtos, inclinados pela vontade, para reproduzir uma finalidade.

Empregar a via do teste moral do imperativo categórico, pensado por Kant, carrega, para o processo hermenêutico da aplicação, o estágio último de decisão, que gira em torno de promover a contenção equilibrada, segundo o dever moral, dos impulsos passionais do julgador. Traçando o critério transcendente para a decisão, de fato, o aplicador irá empregar o questionamento final, a fim de avaliar se a decisão a ser proferida comporta conteúdo hipoteticamente aceitável, por qualquer pessoa, sujeita pertencente ao ambiente comunitário da linguagem universalmente reverberada pelo sentido da norma jurídica.

Decerto, vimos que, para Kant, o único modo eficiente de preencher o conteúdo do conceito ético universal corresponde à pergunta objetivamente necessária, marcada pelo cumprimento incondicional do dever ser, independente de qualquer finalidade. Em conformidade a essa máxima universal, o imperativo categórico se coloca, a priori, no plano do dever ser, independente da consecução de qualquer finalidade desejada, a vontade, portanto, coloca-se em relação de subordinação. De maneira imediata e objetiva, o teste do imperativo categórico estabelece, portanto, que a ação, necessária e objetiva por si mesma, configura, no terreno da hermenêutica jurídica, a condição de possibilidade de justiça plena da decisão judicial. Nesse cenário, restou patentemente comprovado que a máxima universal em

questão sobressai como o inverso da teoria kelseniana, ao descrever o ato de vontade do julgador, como delegação dada pelo legislador ao juiz, de livre escolha, no âmbito de uma moldura legislada.

Aparecendo mais evidenciada essa oposição, o teste moral contribui para o acerto hermenêutico da decisão judicial, no aspecto transcendental, em suas possíveis consequências. De fato, o homem é livre (aqui figurado na pessoa do magistrado), em vista do dever universal ético que lhe cumpre observar, e não, inversamente, o dever apareceria em razão de uma liberdade positivada previamente, condicionada pelo Poder Legislativo. Eis a contribuição filosófica da teoria kantiana para a orientação hermenêutica ética da decisão judicial, numa concepção compartilhada da linguagem. Afinal, encontramos-nos imersos, a cada vez que somos, num horizonte de mundo comum, no qual as máximas racionais movimentam-se invariavelmente, de maneira aceitável por todos, pela via da linguagem, permitido transparecer fenomenologicamente a compreensão de algo como algo, a priori.

Exemplos desse pano de fundo processual consistiriam no seguinte. Ao proferir uma sentença, o magistrado – atento ao conteúdo universal do imperativo categórico – assujeita-se ao dever moral que obstrui a inclinação sensível de prolação de determinada decisão, ora fundada em preconceito pessoal seu, e por ele percebido, em razão de raça, etnia, preferência sexual, ou outra discriminação infundada. Ou ainda uma decisão na qual o julgador valha-se de um ponto de vista pessoal emotivo, cujo envolvimento e reação sensível não se possam justificar expressamente (desafia os padrões mínimos de prova), retrata a quebra com a vinculação objetiva à máxima universal kantiana. Em ambos os casos o julgador transborda da expectativa do contexto comunitário herdado por uma linguagem compartilhada.

Segue o fio condutor da pesquisa, nessa linha, a pergunta que conscientemente faz o intérprete, acerca das possíveis consequências a serem produzidas a partir da iminente decisão judicial, no sentido de aferir a validade universal em face das circunstâncias fáticas na qual é dada. Logo, chegamos à conclusão de que o aspecto a priori da decisão – situado diante da condição de exigibilidade do imperativo categórico – não significa um retorno ao conteúdo performático da filosofia e ciência metafísica. Colocada a explanação acerca do viés transdisciplinar hermenêutico e totalizante do entendimento, somada ao contexto objetivo da temporalidade histórica, o imperativo categórico sinaliza, em realidade, o apreço pela universalidade da ética, em cuja morada adormece a linguagem comunitária e fática do direito como componente histórico e objetivo de um tempo.

Buscando apartar a ideia de que o julgador haveria de comportar-se simplesmente como um *tertium* desinteressado na questão posta em juízo, vimos que o diálogo acontece como locus hermenêutico, impelindo justamente a figura humana do intérprete a atuar, de modo que o conflito de interesses seja resolvido por decisão esperada e construída pela via comunicativa da linguagem. Assim, descortinamos definitivamente o ser histórico que habita na figura do intérprete. Percebemos que a escuta dirigida ao saber contextualiza o real e mais originário sentido hermenêutico da linguagem no acontecer da experiência, recaindo o peso da tradição histórica sobre responsabilidade do magistrado.

Em virtude da objetividade inerente ao conteúdo temporal articulado na tradição, a efetiva participação do hermeneuta no diálogo converge em componente adequadamente primordial ao propósito da interpretação justa. Neste cenário do acontecer pela escuta atenta, emergiu marcadamente o fio condutor da nossa investigação. O transparecer pleno sobre o caráter experiencial da dialética de perguntas e respostas de matriz socrático-platônica tornou, a nosso ver, factível a preparação para a sabedoria um processo do pensar na totalidade. Sem interposições de pensamentos arbitrários do sujeito, e abrindo mão, portanto, de ideias preconcebidas ou opiniões reinantes em nosso modo de ser, a negatividade do ato de perguntar traduz o comportamento mais propício ao intérprete na construção da decisão judicial. Na medida em que a conversação dialética propõe o afastamento de todo e qualquer resquício de falsa superioridade e prepotência sobre o conhecimento daquilo que se põe em questão, o horizonte hermenêutico compreensivo do ser-aí se expande, ao conscientizar-se da abertura dos entes na totalidade, e, conseqüentemente, para a alteridade do conhecer verdadeiro.

Diferentemente da dialética tradicional representada na forma triática (tese, síntese e antítese), a conquista da verdade jurídica idealizada na investigação exprime movimento circular contínuo de perguntas e respostas, nunca evidenciadas de maneira definitiva e imodificável. O ponto culminante identificado no estudo, que coloca à prova a verdade questionada, reside em sua retenção extasiante, a parada para a escuta ao estremecimento reverberado pelo desvelamento de uma premissa torta, falsa, encrostada no tempo, mas que, no entanto, permaneceu empregada como verdade, repetidamente, na sua impensada colocação. De conseguinte, podemos afirmar que a mera reiteração de conceitos, argumentos, teses, etc. povoados no horizonte da prática forense, igualmente, obscurece o sentido do que aparece historicamente nas configurações dos conteúdos jurídicos práticos e fatos colocados em jogo a cada vez.

A partir do modelo produtivo de perguntas e respostas, resta possível concluir que o texto jurídico – correspondente a uma pergunta feita no ter sido – aparece temporalmente do presente, na atualidade do aí em que habita o intérprete. Todavia, essa temporalidade jamais se desconecta da dupla tensão proveniente do choque entre passado (ter sido) – que carrega todo horizonte da tradição – e o futuro (porvir) – este oferecendo sentido antecipadamente ao que eventualmente sucederá em relação aos modos de ser finitos e as prováveis consequências. Esse caráter temporal unitário, que entrelaça passado, presente e futuro, mostra o caminho hermeneuticamente compreensivo da humanidade, e um sentido para o homem como ser finito que é, de início de na maioria das vezes. Essa unidade temporal habita harmonicamente com a fusão dos horizontes do texto e do intérprete, que dá sentido e significado ao que sempre vem à fala.

Nada obstante, na dialética da arte do perguntar, o ponto que marca efetivamente o pensar filosófico encontra-se delimitado pela negatividade do sujeito finito em saber que nada sabe (*docta ignorantia*). O fundamento central dessa participação dialética, logo, diz respeito ao meditar filosófico finito de forma consciente e totalizante, na posição de entrega, afastando preconceitos e inclinações pessoais herdadas no horizonte temporal. Portanto, somente o intérprete que realmente deseja saber – porque, na sua condição finita de ser, é consciente de que não sabe – conseguirá chegar a um resultado produtivo e positivo cuja verdade é desvelada, justamente na abertura meditativa do silêncio, da escuta e por meio da suspensão dos seus preconceitos prejudiciais ao entendimento.

De toda a explicação propusemos oferecer ao âmbito da justiça da decisão judicial, não podemos, de forma nenhuma, esquecer de considerar que, na condição de julgador, o intérprete, como ser finito que é, passa a ostentar o poder-ser que é o seu. Nesse sentido mais autêntico, a compreensão surge meditativamente das possibilidades finitas de ser, a cada vez que se é, porquanto, assim, o intérprete se propõe ao esforço particular e constante empreendido a efetuar escolhas racionais, universais e compartilhadas no seio da linguagem. Conjuntamente com os demais parceiros participantes dessa experiência unitária, intersubjetiva e contemplada na linguagem da tradição, a experiência do julgador realiza-se, baseada na arte do perguntar, a qual não prescinde, por sua vez, do incessantemente continuar questionando (pensar), na interminável luta pelo que ama.

Uma vez que a verdade da resposta judicial na hermenêutica constitui-se a partir de pré-concepções oriundas do fenômeno histórico dado e articulado por sentido, a construção do saber pelo diálogo na tradição aparecem onde a pergunta vem à tona como elemento inseparável desse movimento. Por tal razão, ela merece ser reconstruída

incessantemente a cada interpretação, em uma relação de confiança, sem a expectativa de chegar-se à verdade perdurável, pronta, acabada e absoluta.

Desse modo, encerramos no âmbito desta pesquisa a consecução de um passo acerca do compreender no horizonte hermenêutico da decisão judicial. Buscamos de todo modo revelar que a humanidade como marca existencial indelével do ser-aí nos conduz à legítima interpretação sobre a verdade no âmbito do direito. A despeito disso, havemos de suspender temporalmente no instante e retermo-nos para a escuta mais autêntica do silêncio, pois a alteridade do que vem à fala (o texto como evento fático) precisa nos dizer algo como algo, como resposta a uma pergunta realizada no passado. Por isso, sintetizamos finalmente com Gadamer: “aquele que quer compreender pode deixar em suspenso a verdade que tem em mente.” (2016, p. 488).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; GARBELLINI, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao Direito*. Teoria filosofia e sociologia do direito. 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 809, p. 54-73, 2003.
- ALVES, Ruben. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro e Gred Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, v. 4).
- AZEVEDO, Maria Tereza. Da maiêutica socrática à maiêutica platônica. *Hvmanitas: Revista Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de estudos Clássicos*, Coimbra, v. 55, 2003.
- BENOIT, Hector. *Em busca da odisséia dialógica: a questão metodológica da temporalidade*. 2004. Tese (Livre Docência em Filosofia) – Unicamp, Campinas, 2004.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Rodolfo Felipe de. O rosto do outro e a letra da lei: ensaio sobre uma hermenêutica jurídica da alteridade. *III Seminário Internacional Emmanuel Lévinas "Amor e Justiça"*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2018.
- CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 5. Ed. Petrópolis: Vozes, 2017.
- _____. *Mundo e Historicidade (Vol. 1). Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo*. Existência e mundaneidade. Rio de Janeiro: Ed. Via Verita, 2017.
- _____. *Mundo e Historicidade (Vol. 2). Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo*. Tempo e historicidade. Rio de Janeiro: Ed. Via Verita, 2019.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Sujeito Universal de Direitos Universais como núcleo da totalidade da realidade do Direito no pensamento atual de Joaquim Carlos Salgado:

homenagem aos 70 anos do jusfilósofo mineiro. *In: Meritum*. v. 8, n. 2, p. 469-496. Belo Horizonte: jul./dez. 2013.

COURA, Maria Rosilene Dos Santos. *A Concepção de Princípios Jurídicos na Hermenêutica Filosófica*. Curitiba: Juruá, 2013.

DELL'ISOLA, Valéria Cássia. Pré-compreensão e linguagem: horizontes hermenêuticos da decisão judicial. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2019.

DIAS, Joana Cristina Coelho. Do método socrático ao ensino da filosofia na contemporaneidade. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade do Porto - Faculdade de Letras. Porto: 2014.

DOMINGUES, Ivan. *O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas*. São Paulo: Loyola, 1991.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*: Unisinos, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLICKINGER, H.-G. O fundamento ético da hermenêutica contemporânea. *In: Veritas*. Porto Alegre, v. 48, n. 2, p. 169-179, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. FRUCHON, Pierre (Org.). Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 15. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. *Verdade e Método*, traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. *Hermenêutica Clássica e Hermenêutica Filosófica* (1968). GRONDIN, Jean. *O pensamento de Gadamer*. Tradução Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012. p. 75-117.

- _____. *Hermenêutica*. Tradução: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução: Paulo Menezes. 9ª ed. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2018.
- _____. *Enciclopédia das ciências filosóficas*. Vol. 3. A filosofia do espírito, 2ª ed. Tradução: Paulo Menezes. São Paulo: Ed. Loyola, 2011.
- _____. *Filosofia da História*. Tradução: Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora da UnB, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.
- _____. *Contribuições à filosofia: do acontecimento apropriador*. Tradução: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2015.
- _____. *Ser e Tempo*. Tradução: Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução: Valério Rohden e Christian Viktor Hamm. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HORTA, José Luiz. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- JAEGER, Werner. *Paideia: A formação do homem grego*. Tradução: Artur M. Parreira. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KIERKEGAARD, Søren Aabye. *O conceito de ironia: constantemente referido a Sócrates*. Tradução: Álvaro Luiz Montenegro Valls. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.
- LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.
- _____. *Um diálogo da hermenêutica com a literatura: em busca da justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- _____. A teoria da interpretação jurídica: um diálogo com Emilio Betti. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, v. 91, p. 145-170, 2005.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MENESES, Pedro. Método socrático: ironia maiêutica. *Toda matéria*. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/metodo-socratico-ironia-maieutica/>>, Acesso em: 03 ago. 2020.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e Decisão Judicial: Em busca de respostas adequadas à constituição. *Derecho y Cambio Social*, n. 40: Lima, 2015.

_____. O Texto só ganha vida na sua norma: por um resgate hermenêutico da compreensão ou porque não há como dar respostas antes das perguntas! *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 19, n. 37, 2016.

MOURA, Humberto. Hermenêutica filosófica e atividade judicial pragmática: aproximações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub*, Brasília, v. 5, p. 101-141, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, António C. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A Filosofia na Crise da Modernidade*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo Edições: Loyola, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo C. A. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. OLIVIERA, Marcelo C. A. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

OLIVEIRA, Paulo C. *Filosofia do direito e hermenêutica filosófica*. Do caráter hermenêutico da filosofia do direito. Orientador: Ricardo Henrique Carvalho Salgado. 2017. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história: Uma exploração da ciência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Orientador: Lenio Luiz Streck. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, 2013.

_____. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. Orientador: Lenio Luiz Streck. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, 2007.

- _____. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015.
- PAVIANI, J. Dialética e linguagem em Platão. *Veritas*, v. 40, n. 160, p. 729-739, 1995.
- PLATÃO. *A República*. Tradução: Francisco de P. Samaranch *et al.* Madrid: Aguilar: 1977. (Obras Completas).
- _____. *Diálogos*. Teeteto – Crátilo. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora UFPA, 1988.
- _____. *Fedro*. Tradução: Carlos Roberto Nunes. 3. ed. Belém: Editora da UFPA, 2011.
- REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- _____. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- RICOUER, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. Tradução: Hilton Japiassu. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- RODRIGUES, T. A. ‘Como ler os diálogos de Platão?’ O procedimento hermenêutico de Leo Strauss. *Revista Est. Fil. e Hist. da Antiguidade*, Campinas, n. 33, p. 29-52, 2019.
- ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica*. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. Hermenêutica filosófica: uma configuração entre a amizade aristotélica e a dialética dialógica. *Síntese - Revista de Filosofia*. Belo Horizonte, v. 31, p. 191-212, 2004.
- _____. “Simultaneidades” kierkegaardiana em H-G. Gadamer. *Filosofia Unisinos - Unisinos Journal of Philosophy*, p. 322-329, 2005.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.
- _____. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como Maximum Ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- _____. *A idéia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- _____. O espírito do ocidente ou a razão como medida: Protágoras de Abdera, a educação, o Estado e a justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 109, p. 411-436, 2015.
- _____. Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre a justiça. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*: Belo Horizonte, n. 37, 2000.

_____. A necessidade da Filosofia do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 31, p. 13-19, 1987-1988.

_____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 34, p. 245-266, 2001.

_____. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, p. 37-68, 1998.

_____. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, p. 15-73, 1996.

_____. Analogia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 91, p. 45-76. 2005.

_____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 34, p. 245-266, 2001.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A Fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant*. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2008.

_____. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____; OLIVEIRA, Paulo C. Gadamer e Dworkin: confluências entre a hermenêutica filosófica e a interpretação construtiva do direito. *XXI Congresso Nacional do Conpedi*, p. 223-251, 2012.

SARAMAGO, Lígia. Hermenêutica e desconstrução: por uma ética da leitura. DUQUE-ESTRADA, Paulo César (Org.). *Desconstrução e ética: ecos de Jacques Derrida*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 65-77.

SILVA, Obdália. Os ditos e os não-ditos do discurso: movimentos de sentidos por entre os implícitos da linguagem. *Revista Faced*, n.14, p.39-53, 2008.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2004.

_____. Em busca da linguagem: para um dizer não-metafísico. *Natureza Humana*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 289-304, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

_____. Dialética e Hermenêutica: Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. *Síntese revista de filosofia*, v. 10, n. 29, p. 21-48, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Dicionário de hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento - Casa do Direito, 2017.

_____. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência*, n. 54, p. 29-46, 2007.

_____. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. *Anima - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, Curitiba, v. 1, p. 383-413 2009.

_____. A crítica hermenêutica do direito e o pensamento de Lenio Streck: depoimento. *PPGD UNOESC - Espaço Jurídico Journal of Law - EJJ*, v. 17, n. 2, p. 387-410, 2016. Entrevista concedida a Jorge Miranda, Alexandre Morais da Rosa, Nuria Beloso Martín, Ernildo Jacob Stein, Alfonso de Julios-Campuzano, Yuri Schneider, Rafael Tomaz de Oliveira e Vinícius Mozetic.

_____. Um direito sem faticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 177-202, 2018.

_____. LEPPER, Adriano Obach; TASSINARI, Clarissa. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub*, Brasília, v. 5, p. 52-61, 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *Por Uma Teoria da Decisão Judicial: A discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas*. Orientador: Nelson Camatta. 2018. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.

_____. Promessas da modernidade e ativismo Judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub*, Brasília, v. 5, p. 519-536, 2015.

VIOLA, R. *Teoria da Decisão Judicial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ZANETI JR.; PEREIRA. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*. v. 259, p. 21-53, 2016.