

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

A Verdade nas Decisões Judiciais: Considerações Hermenêuticas

ROMER AUGUSTO CARNEIRO

**Belo Horizonte
2006.**

ROMER AUGUSTO CARNEIRO

A Verdade nas Decisões Judiciais: Considerações Hermenêuticas

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Acadêmico, da Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro.

**Belo Horizonte
2006**

Romer Augusto Carneiro

A Verdade nas Decisões Judiciais: Considerações Hermenêuticas

Trabalho apresentado ao programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Acadêmico da Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) – PUC MINAS

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES

Alexandre Travessoni Gomes – PUC MINAS

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES

Aroldo Plínio Gonçalves – UFMG

DEDICATÓRIA

Estas singelas páginas são dedicadas aos meus pais, irmãs e afilhada, que sempre me apoiaram em todos os sonhos, delírios e fantasias que tenho, e que dia a dia se realizam. Não deixaria de mencionar o meu sincero, honesto e único amor, Carina. Mulher menina, doce e forte, paixão e verdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, mestre e senhor de todas as coisas. Agradeço aos meus pais, irmãs e afilhada, pelo amor e carinho constantes. Não deixaria de mencionar o meu sincero, honesto e único amor, Carina. Mulher menina, doce e forte, paixão e verdade.

Ao tio João que sempre me incentivou e me fez perceber que eu poderia.

Agradeço aos amigos André Nazário, Bruno Orzil, Damiane Rita, Hécio Pedras, Isac Cascimiro, Marcos Wagner, Mateus Nicácio e Rodrigo Damásio que participaram cada qual de alguns dos momentos mais difíceis de minha vida, antes e durante esta caminhada.

Não há maneira de expressar a imensa gratidão pelos ensinamentos, aconselhamentos e presteza do amigo e orientador Fernando Armando com o qual divido nosso êxito. Ainda aos queridos mestres César Fiúza, José Adércio, Lusia Ribeiro, Marcelo Galuppo, Marcio Paiva e Mario Lúcio, pessoas de pensamento brilhante e qualidades enumeráveis.

Agradeço ao amigo Rodrigo Otávio pela orientação inicial, tanto para o árduo e gratificante caminho do mestrado quanto pela confiança e parceria na docência em São João Del Rei.

Agradeço ao Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves, sem ele esse sonho não se realizaria.

Aos meus queridos alunos e amigos do IPTAN e da UNIPAC, pela paciência e parceria dispensadas durante essa caminhada. Eles que mais me ensinaram do que comigo aprenderam.

Não há como não lembrar da presteza dispensada pelos funcionários do Mestrado em especial Cláudia, Bráulio, Juninho e Jéferson.

Finalmente a todos os colegas de turma do Mestrado em especial Alexandre, Cristiane, Heron, Marcelo, Marco Túlio, Renata e Vera com os quais dividi boa parte do meu tempo nos dois últimos anos e que sempre me ouviram reclamar: “Preciso pagar o Mestrado”.

RESUMO

O presente trabalho se destina a pesquisar sobre as condições de possibilidade da presença da verdade existente nas decisões judiciais, ou de outra maneira, explicitar através da experiência a verdade do caso decidendo. É nesta esteira que, seguindo os ensinamentos de Hans Georg Gadamer à luz de *Verdade e Método*, buscaremos a partir de casos concretos, que serão oportunamente analisados, problematizar a verdade e desvelar na manifestação dos pretórios como é possível a resposta hermenêuticamente correta.

Aduz-se assim, já de antemão, a compreensão de que no Direito existe uma única resposta correta, o que para a teoria gadameriana segundo a abordagem em *Verdade e Método*, é a mais plena veracidade. Para Gadamer há uma incompatibilidade da hermenêutica com a tese das várias respostas no Direito. O compreender passa por alguns aspectos, como a aplicação no próprio momento da compreensão, fato que individualiza e materializa através da consideração do momento histórico efetual e da tradição uma situação como individual. É dessa unicidade histórica que se destaca também a unicidade da resposta correta.

ABSTRACT

This work destines to a research about the conditions of possibility of the truth presence, which exist in the judicial sentences, or in another way, express the truth of the case in sentence, through the experience. It is in this direction that, following the teachings of Hans Georg Gadamer, under the light of Truth and Method, we will search to problemize the truth and unveil, in the manifestation of the court, how is possible the hermeneutically correct answer, starting from concrete cases, which will be analyzed opportunely.

Therefore, it is adduced previously, the comprehension that in the Right an unique correct answer exists, which for the gadameriana theory, according to the approach in Truth and Method, it is the most absolute veracity. For Gadamer there is an incompatibility of the hermeneutic with the thesis of the several answers in the Right. The comprehending passes for some aspects, as the application in the exact moment of the comprehension, fact that individualizes, and materializes a situation as individual, through the consideration of the historical effectual moment. It is from this historical singularity that the singularity of the correct answer also stands out.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – A CAMINHO DA COMPREENSÃO.....	12
1.1- A PRÉ - COMPREENSÃO E O CÍRCULO HERMENÊUTICO.....	12
1.2- O HORIZONTE HISTÓRICO E A MEDIAÇÃO.....	19
1.3- A DIALÉTICA DA PERGUNTA E DA RESPOSTA E A TRADIÇÃO.....	28
1.4- O MOMENTO HISTÓRICO EFEITUAL.....	34
1.5- A APLICAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO: A UNICIDADE DO MOMENTO HERMENÊUTICO.....	38
CAPÍTULO II – A VERDADE NA DECISÃO.....	43
2.1- NARRATIVA E SENTENÇA DE CASOS DECIDENDOS.....	43
2.2- A IMPOTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O ACONTECER DO DIREITO. UMA SUSTENTAÇÃO DE DWORKIN E LENIO STRECK.....	54
2.3- CONTRA O MÉTODO DECISIONAL: UMA CRÍTICA À SUBSUNÇÃO NORMA-CASO.....	63
2.4- A EXISTÊNCIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA.....	67
CAPÍTULO III - A CONCORDÂNCIA COM A VERDADE HEMENÊUTICA.....	74
3.1- OS DIREITOS CONTROVERSOS DE DWORKIN.....	74
3.2- LÊNIO STRECK E SEU APOIO À TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA NO DIREITO. UMA RE-INTERPRETAÇÃO (HERMENÊUTICA) DA VERDADE GADAMERIANA.....	78
CONCLUSÃO.....	88
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	93

INTRODUÇÃO

A indagação sobre a admissibilidade da única resposta jurídica correta é uma das questões cruciais da atual filosofia do direito. Oculta temas como "a melhor, ou mais precisa" releitura, por exemplo.

O sistema jurídico é aberto, isto é, uma rede hierarquizada pelo intérprete sem normas inteiramente estruturadoras, mostrando-se decisiva a participação recriadora do intérprete na circularidade hermenêutica, a qual supõe construção e reconstrução tópica da unidade do sistema, incompatível com modelos lógico-dedutivos estritos.

Não se aplica a lógica do tudo ou nada em nenhuma parcela do direito, sequer no plano das regras, dado que a lógica dialética ocorre no plano dos princípios e das regras, sendo a diferença entre ambas as normas, sobretudo de carga argumentativa e de função hierárquica dos princípios fundamentais: as regras devem servir aos princípios, segundo hierarquização, que, ao mesmo tempo, produz e reproduz a sistematicidade.

Não há campo do ordenamento em que se verifique subsunção automática de regras a casos concretos. A lógica jurídica, eminentemente dialética, implica a adoção da hermenêutica na tentativa de se atribuir a verdade, diante de cada tradição, frente ao *momento histórico efetual* e a situação fática em tela.

A alegação de supressão ao pluralismo inerente às tensões características dos sistemas democráticos, pela adoção da única resposta correta é equivocada. Considera-se para esta

intenção um contexto amplo, apontando a elasticidade do tempo e a pluralidade das opções possíveis para respostas. Não é neste esteio que Gadamer conduz seu pensamento.

A tese da existência da única resposta correta no direito se alicerça no reconhecimento da pré-compreensão o que implica a aceitação da historicidade, elemento que os não simpatizantes desta corrente de pensamento não consideram. Não se trata de impingir à tese da única resposta correta uma verdade acabada, absoluta; e sim uma verdade inerente à situação avaliada em sua individualidade. Trata-se da melhor interpretação num dado momento histórico, de modo racionalmente satisfatório e aceitável, que desvele a verdade procurada.

CAPÍTULO I

A CAMINHO DA COMPREENSÃO

1.1- A PRÉ-COMPREENSÃO E O CÍRCULO HERMENÊUTICO

Ao tomar-se a compreensão como objeto de reflexão deve se conscientizar que a própria compreensão e também a interpretação não são fenômenos oriundos de princípios, e sim o aperfeiçoar de fatos já longinquamente experimentados. Algo a ser conhecido já possui conteúdo significativo anterior, “original”, ou seja, pré-existe. A presente investigação inicia, portanto, com algo que já é dado, algo que está no mundo (*Dasein*), trata-se de condição de possibilidade como preceitua Lênio (2005). Neste diapasão, **Gadamer** em *Verdade e Método* apoiando-se em Dilthey aduz a seguinte lição:

No terreno das ciências do espírito os dados revestem-se de um caráter especial, e é isso que Dilthey quer formular através do conceito de vivência. Partindo da caracterização que Descartes dá ao *res cogitans*, ele determina o conceito de vivência pela reflexividade, pela interioridade, e busca justificar epistemologicamente o conhecimento do mundo histórico a partir do modo de ser específico desses dados. Os dados primários a que retrocede interpretação dos objetos históricos não são dados de experimentação e de mediação, Mas unidades de significado. É isso o que quer dizer o conceito de vivência: as configurações de sentido que nos vêm ao encontro nas ciências do espírito, mesmo parecendo muito estranhas e incompreensíveis, podem ser reconduzidas a unidades últimas do dado na consciência, unidades que já não contêm nada de estranho, objetivo, nem carecem de interpretação. Trata-se das unidades vivenciais, que são em si mesmas unidades de sentido.

Dilthey chama a essa unidade de vivência, limitando, assim, o ideal construtivo de uma estrutura do conhecimento a partir de átomos da sensação e

contrapondo a ele uma versão mais aguda do conceito do dado. O que compõem a unidade real do dado é a unicidade da vivência, e não elementos psíquicos nos quais ela poderia ser analisada. Assim, na teoria do conhecimento das ciências do espírito se anuncia um conceito de vida que limita o modelo mecânico.

Esse conceito de vida é pensado teleologicamente: vida é, para Dilthey, produtividade, sem mais nem menos. Na medida em que a vida se objetiva em imagens dos sentidos, toda a compreensão de sentido é "uma retradução das objetivações da vida para a vitalidade espiritual donde surgiram". É assim que o conceito de vivência forma o fundamento epistemológico para todo o conhecimento. (GADAMER, 2003, p.110-111)

Quando algo é denominado ou determinado como uma vivência, isso ocorre pelo fato de sua significação estar associada a uma totalidade de sentido. A pré-compreensão é determinante para a construção do conhecimento. Hermeneuticamente dizendo, o pré-conceito se traduz como tempo em forma de consciência, o que está dado não é a consciência como processo no tempo.

Também através da arte é possível estabelecer contato com a pré-compreensão e com a própria compreensão. Para a (pré) compreensão de uma obra de arte é necessário de antemão uma noção ou idéia do que será compreendido, fato que em todas as experiências da vida também se faz necessário. É somente através de uma compreensão inicial, anterior a compreensão, que se dá à compreensão a possibilidade de sua existência. De certo que esta compreensão primeira poderá não ser a mais acertada, a verdadeira. Poderá estar um pouco desfocada por uma série de motivos, como, por exemplo, a não participação no evento no momento em que este se dá. É no acontecimento que se compreende, ou melhor, que o próprio acontecimento se compreende.

A experiência da arte reconhece, de si mesma, que não consegue apreender num conhecimento definitivo a verdade consumada daquilo que experimenta. Não existe nenhuma evolução absoluta e muito menos esgotamento definitivo daquilo que se encontra numa obra de arte. A experiência da arte sabe disso por si mesma. Mesmo assim importa não aceitar

simplesmente o que a consciência estética pensa ser sua experiência, pois em última consequência ela si pensa.

Em verdade, pergunta-se à arte o que ela é, o que é sua verdade. Questiona-se pelo modo de ser daquilo que é assim experimentado. É a busca da verdade que ali vem de encontro.

A pergunta pela verdade da arte serve para preparar uma pergunta de longo alcance, sobretudo porque inclui a compreensão da experiência da obra de arte, ou seja, representa ela mesma um fenômeno hermenêutico, e não, certamente, no sentido de um método científico. A (pré) compreensão pertence, antes, ao próprio encontro com a obra de arte, de modo que só se poderá aclarar essa pertença a partir do *modo de ser da obra de arte*. Como aduziu Lênio Streck em palestra conferida ao curso de Direito da PUC/MG em agosto de 2005, interpretar é desontologizar, a interpretação é resultado de seu resultado. Em outras palavras, se obtém da pré-compreensão, ou até mesmo da compreensão novas compreensões, é uma espécie de hermenêutica da própria hermenêutica. Ou ainda conforme o próprio Gadamer, “*num certo sentido, a interpretação é um recriar (Nachschaffen), mas esse recriar não segue um ato criativo precedente, mas sim a figura de uma obra criada, que o intérprete deve representar segundo o sentido que encontrou aí*”. (GADAMER, 2003, p.176)

Até mesmo no que concerne a épocas históricas a idéia de *refletir sobre si mesmo* é aqui empregada/aplicada. “*Deve-se compreender cada época a partir de si própria e não medi-la com critérios de um presente estranho a ela*”. (GADAMER, 2003, p.312)

Metaforicamente de outra forma, “*A vida e a história têm sentido como as letras de uma palavra*”. (GADAMER, 2003, p.312)

Há, assim, uma “coisa” sempre compreendida a partir dela mesma, mas que por sua vez, fornece um suporte para novas compreensões. De outra maneira, há um dado já sempre compreendido em todo processo de compreensão, o que significa que todo intérprete e toda coisa

já possuem em si mesmos uma certa bagagem cognoscitiva. É, então, perceptível que a condição humana é hermenêutica e que a busca da compreensão, sempre pressuporá algo previamente sabido, e ainda que as novas compreensões serão, para si mesmas, a estipulação de sua verdade, de seu (*Dasein*).

Isto posto, carece-se de entender a circularidade hermenêutica. Tratar-se-á da relação compreensão-interpretação, a qual Gadamer é veemente em apontar: Deve-se compreender para interpretar, não o contrário. Mas pelo aludido, pelo menos inicialmente, interpõe-se uma questão intrigante: O fato de compreender pressupõe uma interpretação. Sem já ter interpretado não é possível compreender. Seu oposto também cria dúvida: Para se interpretar é preciso compreender, sem este elemento àquele não se mantém. Tal situação é o chamado círculo hermenêutico, no qual Gadamer pensa de maneira brilhante. Leciona ele:

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

O conceito da compreensão já não é mais um conceito metodológico. A compreensão não é, tampouco, o ato de fundamentar hermeneuticamente as ciências do espírito. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana.

Quem "compreende" um texto (ou mesmo uma lei) não somente projetou-se num sentido, compreendendo -no esforço do compreender- mas a compreensão alcançada representa o estado de uma nova liberdade espiritual. Implica a possibilidade de interpretar, detectar relações, extrair conclusões em todas as direções etc., que é o que constitui o entender do assunto dentro do terreno da compreensão dos textos. E isso vale também para aquele que entende de uma máquina, isto é, aquele que entende de como se deve lidar com ela, ou aquele que entende de um ofício - Admitindo-se que a compreensão racional-finalista esteja sujeita a normas diferentes do que, por exemplo., a compreensão de expressões da vida ou de textos -, mas a verdade é que todo compreender acaba sendo um compreender-se. Enfim, também a compreensão de expressões não se refere somente à captação imediata do que contém a expressão, mas também ao descobrimento do que há para além da interioridade oculta, de maneira que se chega a conhecer esse oculto. Mas isso significa que precisamos conhecê-lo bem. Nesse sentido vale para todos os casos que aquele que compreende projeta-se rumo a possibilidades de si mesmo. (GADAMER, 2003, p.347 e ss)

Nesta seara observa-se o compreender como anterioridade do interpretar. Verifique-se nota de rodapé nº 173 em Verdade e Método à pág. 349:

Afinal de contas, a história do significado do termo "compreender" também aponta nessa mesma direção. O sentido jurídico de *Verstehen*, ou seja, representar uma causa diante de um tribunal, parece ser o significado original da palavra. Que, a partir disso, o termo passasse a ser aplicado também no âmbito espiritual se explica evidentemente, porque a representação de uma causa num julgamento implica que seja compreendida, isto é, que seja dominada a tal ponto que possamos fazer frente a toda possível objeção da parte contrária fazendo valer o próprio direito. [O fato de esse significado de "compreender", introduzido por Heidegger no sentido de "tomar posição a favor de...", ser válido também com relação ao outro, tornando-o capaz de resposta para se orientar junto com ele ao "julgamento"- esses são os momentos do "litígio" que conduzem ao verdadeiro "diálogo"- salientado na terceira parte dessa pesquisa que se defronta e destaca da dialética de Hegel.] (GADAMER, 2003, p.349)

Assim, não há compreensão ou interpretação que não implique a totalidade dessa estrutura existencial, pode ser que a consequência disso seja a necessidade de corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão.

Gadamer neste momento retoma a descrição de Heidegger sobre o círculo hermenêutico e aduz sobre a importância de não se degradar o círculo a mero círculo vicioso. Segundo Gadamer o círculo hermenêutico esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou pelo senso comum. Sua tarefa é antes, problematizar a idéia de condição de possibilidade, elaborando esse conceito a partir da coisa, ela mesma.

Tem-se aqui a realização da própria interpretação compreensiva. Não se logra somente à existência de um círculo, mas sim a ontologia do próprio círculo. Toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar

imperceptíveis, e voltar a seu olhar para as coisas pelas mesmas. Esse se deixar determinar assim pela própria coisa não é para o intérprete uma decisão heróica, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente a tarefa primeira, constante e última. O que importa é manter-se atento à coisa através de todos os caminhos tortuosos, pois o intérprete se encontra num campo aberto de sentidos vários. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Em síntese, tudo se compreende a partir de um projeto prévio, a partir da pré-compreensão, todo esse projeto anterior deve ser revisado. O fato de toda a revisão do projeto prévio está na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; e que projetos opostos se coloquem lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante “reprojetar” que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o processo de quem busca compreender. Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas "nas coisas", tal é a tarefa constante da compreensão. A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade. Frente a qualquer texto, a tarefa do intérprete não é introduzir, direta e acriticamente, seus próprios hábitos extraídos da linguagem. Ao contrário, reconhece-se que sua tarefa é alcançar a compreensão do texto somente a partir do

hábito da linguagem da época e de seu autor, em outras palavras, alcançar o horizonte histórico fundido.

O que se relata a respeito da opinião prévia nos hábitos da linguagem vale também para as opiniões prévias de conteúdo que constituem a pré-compreensão, com as quais se lê textos.

Reconhece-se que também as opiniões não podem ser entendidas de maneira arbitrária. Da mesma forma que não é possível manter por muito tempo uma compreensão incorreta de um hábito da linguagem, sem que se destrua o sentido do todo, tampouco se podem manter, às cegas, as próprias opiniões prévias sobre as coisas, quando se busca compreender a opinião de um outro. Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis, mas dentro dessa multiplicidade do "opinável", isto é, daquilo em que um leitor pode encontrar sentido ou pode esperar encontrar, nem tudo é possível e quem não houve direito o que o outro realmente está dizendo acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido. Por isso, existe um critério. A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico se firma. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível - até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente

deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Porém essa receptividade não pressupõe nenhuma neutralidade com relação à coisa nem tampouco uma anulação de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. 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.

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 experiência do viver.

Na verdade, a “coisa” não subsiste como “coisa”, não há “coisa” isolada de sua compreensão/interpretação. A “coisa” já *ex surge* no seu conhecimento, pois é resultado da atribuição de sentido do intérprete, sendo que o aparecimento deste sentido surge da situação hermenêutica, da experiência do viver em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos.

Em suma, toda relação entre “o todo e a parte” e vice-versa se dá de forma circular. Compreensão e pré-compreensão estão sempre em constante conversação, de modo que o compreender forneça substrato ao interpretar. É a hermenêutica da hermenêutica, o compreender para interpretar, é o constante movimento circular que de maneira fecunda atribui-se, a si mesmo, conhecimento. Esse conhecimento, por sua vez, se re-constrói através das experiências.

1.2. O HORIZONTE HISTÓRICO E A MEDIAÇÃO

Para compreender o horizonte histórico devem-se associar algumas outras idéias como, p.ex, o tempo, a experiência do viver, a história; e que, certamente, após o entendimento desse conjunto se fará mais próximo o entendimento do horizonte histórico.

Tratar alguma “coisa” horizontalmente significa unir, de um lado uma “coisa” com outra do outro lado. Para ser mais claro se trata, sim, da fusão de horizontes. Esta fusão lava consigo o “saber” do sujeito e do objeto que estão sendo fundidos.

Considerar a verdade do sujeito e uni-la a verdade do objeto significa compreender, e compreender junto à experiência de vida, o que traduz para este movimento sua verdade. E verdade única, pois esta situação é única. É como o velho bordão: “Só saberá da situação, aquele que passa por ela”, quem dela não participa tentará compreendê-la, mas não será como quem a viveu.

Na tentativa de compreender, é tarefa hodierna do intérprete posicionar-se frente ao texto a ser compreendido, e considerar em tal tentativa seu momento histórico de conhecedor e o momento histórico do objeto a ser compreendido.

A análise temporal da existência (*Dasein*) humana, pré-sença, desenvolvida por Heidegger, mostra de maneira convincente que a compreensão não é um dentre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (*Dasein*). É neste entendimento que deve ser usado o conceito de hermenêutica. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo dessa experiência de mundo. O fato do movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; resiste na natureza da própria coisa.

Corroborando deste pensamento, Gadamer aduz:

Não posso considerar certo pensar que o aspecto hermenêutico encontra seus limites no modo de ser extra-histórico. Sem dúvida, é correto que a qualidade estética de uma obra de arte repousa sobre as leis de construção e dispõe de um nível de formulação que ultrapassa todas as barreiras de procedência histórica e de pertença cultural. Deixo em suspenso em que proporções o "sentido de qualidade" representa, face à obra de arte, uma possibilidade independente de conhecimento ou se ele, assim como todo gosto, não é desenvolvido apenas formalmente, mas formulado e cunhado como este. Mas o gosto se forma necessariamente a partir de algo que prelineia, por si, para que foi formado. Nessa medida, talvez inclua sempre determinadas direções de preferência (e barreiras) em relação ao conteúdo. Mas, em todo caso, vale dizer todo aquele que faz a experiência da obra de arte acolhe em si a plenitude dessa experiência, e isto significa, acolhe-a no todo de sua autocompreensão, onde a obra significa algo para ele. Penso até que a realização efetiva da compreensão que abarca, desse modo, também a experiência da obra de arte ultrapassa todo historicismo no âmbito da experiência estética. Talvez pareça plausível de distinguir entre o contexto originário de mundo que funda uma obra de arte e a sua sobrevivência nas situações de vida modificadas no mundo posterior àquele. Mas onde se separam propriamente mundo e mundo posterior? Como é que o caráter originário da significação vital passa para a experiência reflexiva da significação da formação? Parece-me que o conceito da não-diferenciação estética assinala com decisão que aqui não há limites muito precisos, e que o movimento do compreender não pode ser restrito ao desfrute reflexivo, estabelecido pela diferenciação estética. Deveríamos admitir, por exemplo, que uma antiga figura divina, exposta no templo não como obra de arte para um desfrute estético da reflexão - hoje podemos encontrá-la exposta no museu moderno -, leva consigo o universo da experiência religiosa da qual procede, tal como ela se nos apresenta hoje. Isso significa que esse seu mundo pertence também ao nosso mundo. É um universo hermenêutico que abarca a ambos.

Mesmo em outros contextos, a universalidade do aspecto hermenêutico não se deixa restringir ou podar pela arbitrariedade. Não foi um mero artifício de composição eu partir da experiência da arte para garantir a verdadeira amplidão do fenômeno do compreender. Procuro demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado, mas pertence à história efetual, e isso significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.

Penso que a universalidade do ponto de vista hermenêutico não tolera restrições, tampouco onde se trata da multiplicidade dos interesses históricos que se reúnem na ciência da história. De certo que existem muitos modos de escrever e pesquisar a história. De maneira nenhuma podemos afirmar que todo interesse histórico tenha seu fundamento na realização consciente de uma reflexão histórico-efetual. A história das tribos dos esquimós norte-americanos, por exemplo, não depende em nada de que possam ou não ter tido influências na "história universal da Europa", e de quando isso possa ter ocorrido. E, no entanto, não se pode negar, em sua consciência, que essa reflexão histórico-efetual não possa mostrar seu poder também face a essa tarefa histórica. Quem daqui a 50 ou 100 anos ler a história dessas tribos, escrita hoje, não somente achará que a história é antiquada, porque entrementes sabe mais ou interpreta as fontes mais corretamente. Ele também pode admitir que no ano de 1960 liam-se as fontes de modo diferente, porque se estava motivado por outras questões, por outros pressupostos e interesses. Querer simplesmente subtrair a historiografia e a investigação histórica à competência da reflexão histórico-efetual significa reduzi-la à indiferença extrema. É justamente a universalidade do problema hermenêutico que questiona o que está por trás de todas as espécies de interesses pela história, porque se refere àquilo que está como fundamento para a "pergunta histórica". Na linguagem que eu mesmo uso e que se justifica pelas investigações da história da palavra, isso significa que a aplicação é o momento do próprio compreender. (GADAMER, 2003, p.16 e ss)

Toda abordagem até aqui desenvolvida tem função meramente pré-compreensiva¹, antevê questão central que futuramente será discutida. Verifique-se que no desenvolvimento desse trabalho aplica-se, intrinsecamente ao próprio desenvolver do trabalho, alguns dos principais fundamentos gadamerianos: a pré-compreensão, a interpretação advinda da compreensão, a presença (*Dasein*), e principalmente a aplicação em conjunto com a interpretação; ou de outra maneira, a condição de possibilidade da hermenêutica não se separa, se manifestam juntas a compreensão, a interpretação e a aplicação hermenêuticas.

É na compreensão da verdade do objeto e do sujeito que se encontram os horizontes históricos. A linguagem enquanto elo de ligação e concretização do encontro dessas verdades carrega em si toda materialização da fusão de horizontes, e transmite, dessa forma, o entender, o compreender, a verdade hermenêutica. É através desse *médium* que se concretiza a interpretação. Em outras palavras, não somos nós que possuímos linguagem, é a linguagem que nos possui, ou ainda conforme o próprio Gadamer, o ser que se pode compreender é linguagem. É o que acontece na tradição histórica. Ela não mereceria maior atenção se não possuísse ensinamento que interessasse ao homem, alguma “coisa” que por conta própria, o homem não fosse capaz de reconhecer.

Assim, o horizonte histórico trás consigo valor indescritível ao tentar fazer-se compreender, e em si mesmo participar a quem tenta compreender a idéia do momento histórico efetual, assunto que posteriormente será abordado.

¹ Não poderia deixar, aqui, de chamar a atenção para a necessidade de se demonstrar algumas idéias gadamerianas sobre o eixo controlador de seu pensamento, pois será neste diapasão, que, sobre a ótica da existência da única resposta correta, será demonstrada a existência da verdade nas decisões judiciais.

Neste diapasão se faz pertinente adentrar mais detalhadamente à idéia do *médium* hermenêutico. Somente na linguagem é que se pode concentrar toda e qualquer responsabilidade pela compreensão/interpretação. *O fenômeno hermenêutico é linguagem.*

Mediação, segundo Gadamer (2003), é “levar” uma conversa. Porém, segundo ele, quanto mais autêntica uma conversa, menos ela se encontra sob a direção da vontade do outro interlocutor. Dessa forma entende-se que a pura conversa é aquela que não se quer levar, é aquela que se enreda nela naturalmente. Como a conversação se amarra e “se leva”, sabe-se que ela toma rumo próprio, encontra seu desenlace naturalmente. Certamente há uma direção na conversa, mas não são os interlocutores que ditam essa direção; ao contrário, eles é que são dirigidos. É notória a idéia exposta: a conversação tem seu próprio espírito, a linguagem que ali se emprega carrega em si sua própria verdade, ou seja, “desvela” e deixa surgir algo.

É de suma importância o compreender ao se considerar a mediação. Compreender é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências. Viável é recordar que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebe-se agora que esse processo é um processo de linguagem. Percebe-se, pelo exposto, que a linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão. Situações em que o acordo se complica ou se torna mais difícil são mais facilmente compreendidas como condições sob as quais se realiza o entendimento. O acordo sobre um assunto se dá no *médium* da linguagem. Toda verdadeira conversação implica na reação de um frente ao outro, implica deixar espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo como essa individualidade, mas compreender aquilo que o outro diz. Tudo é re-interpretação; e é através da mediação num momento histórico efetual que se re-ilumina o já compreendido. É assim que deve ser feito, sempre que se deseja compreender um interlocutor, tem que se colocar no lugar do

outro com o objetivo de entender a verdade de seu prisma. O acordo na conversação/compreensão implica que os interlocutores estejam dispostos a isso, abrindo espaço para acolher o estranho e o adverso. Quando isto ocorre de ambas as partes e cada interlocutor sopesa os contra-argumentos, ao mesmo tempo em que mantém suas próprias razões, pode-se por uma recíproca, imperceptível e involuntária transferência dos pontos de vista chegar a uma linguagem e uma decisão comum. Só será um verdadeiro reconstituídor aquele que consiga trazer à linguagem o tema que o texto lhe mostra.

A linguagem propicia ao intérprete a apropriação dos sentidos, seja num texto ou numa conversação. Neste aspecto Lênio Streck leciona:

É necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto. Como assevera Grondin, o específico "ser-lançado", e a historicidade do *Dasein* são a característica indelével de nossa faticidade. O explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada a qual não estamos cegamente prisioneiros ou à mercê é o que se chama na ontologia fundamental de interpretação. A interpretação deriva da compreensão, pois a compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Definitivamente, compreender - e, portanto, interpretar - não depende de um método; por isso, com a hermenêutica da faticidade, salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão². (STRECK, 2005, p.135,136)

² A nova crítica do direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos: o exercício da transcendência no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Em outras palavras, o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado. É nítido a viragem lingüística; a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. A linguagem é o constituinte e constituidora do nosso saber, conhecer e agir. Neste íterim o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo, a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior, há sempre um sentido que nos é antecipado, uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso, que é a linguagem.

A significação não pode se comparar com um ponto de vista fixo, inflexível e obstinado. Deve-se pensar o “real” compreender. Isso implica que no re-despertar, os sentidos já se encontram sempre implicados nos pensamentos próprios do intérprete. Somente pela linguagem se dá acesso à significação.

A linguagem é o *médium* universal em que se realiza a própria compreensão, que possui como forma de realização a interpretação. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *médium* 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 a conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica que se realiza no *médium* da linguagem que, mesmo no caso da interpretação de textos, podemos chamar de “conversação”. O caráter de linguagem da compreensão é a concreção da consciência da história efetual.

O vínculo obrigatório entre o caráter de linguagem e a compreensão se expõe tão logo no fato de que é primordial para a tradição existir no *médium* da linguagem, de maneira que o objeto primordial da interpretação possui a natureza própria da linguagem.

Na obra Poema y Diálogo Gadamer preleciona:

Sentido y ocultación de sentido em la obra de Paul Celan: al plantear así el tema no nos situamos propiamente em uma perspectiva especial que sirva para dirigir la interpretación del arte de Celan, sino que expresamos simplemente la experiencia de todo aquel que se acerca a la poesía de este autor. Nos sentimos atraídos por um sentido exacto y, al mismo tiempo, somos conscientes de que esse sentido se resiste o incluso se oculta, se “vela” artisticamente. Hemos de preguntarnos sobre el fondo de esta poesía, representada no unicamente por Celan sino por toda una generación, y sobre la manera de enfrentarnos a ella. De entrada, nuestra tarea no consiste tanto en plantear consideraciones teóricas como en realizar un intento a través de la lectura.

Quizá baste una advertencia previa de carácter general. Al parecer, la lírica actual aspira a que la fuerza de gravedad de las palabras desarrolle toda su potencialidad, sin constreñirlas mediante recursos sintácticos o lógicos. Esa dicción

“em bloque”, em la que palabras aisladas, que suscitan dterminadas representaciones, se encuentran unas al lado de otras, no significa que dichas palabras no puedan fundirse em una unidad de sentido. Lograr esta unidad, sin embargo, es uma exigencia cuyo cumplimiento queda al arbitrio Del lector. No es que el poeta oscurezca y oculte arbitrariamente la unidad de sentido. El poeta quiere precisamente revelar algo de ese modo y libera, mediante la conexión “en bloque”, la pluridimensionalidad de las relaciones de sentido que en el unidimensional discurso cotidiano, dominado por la lógica, es mantenida a raya por la unidad práctica que crea la intención Del discurso. Es un error creer que no hay nada que entender em um poema por el hecho de que las relaciones de sentido carezcan de claridad. Y es también un error creer que falta la unidad de intención del discurso, pues sólo esta unidad es la que funda el poema³. (GADAMER, 1999, p.118)

Considere-se a partir de então também a escrita. Há uma espécie de materialização da compreensão através da escrita, ou pelo menos maior poder de decifração e clareamento da “coisa” a partir da escrita. É conveniente lembrar que tudo que se transforma em escrita está inteiramente ligado com o algo anterior, com a “coisa” sobre a qual está se escrevendo. O processo do compreender se desloca na esfera de sentido mediada pela tradição da linguagem. Assim, no algo transformado em escrito, a hermenêutica só se instaura quando já houver uma projeção anterior.

³ O sentido e a ocultação do sentido no trabalho de Paul Celan remetem ao exposto: ao levantar conseqüentemente o assunto nós não encontramos a perspectiva especial para dirigir a interpretação da arte de Celan, mas que nós expressamos simplesmente a experiência de tudo àquilo que se aproxima da poesia deste autor. Nos sentimos atraídos por um sentido exato e, ao mesmo tempo, somos conscientes de que esse sentido resiste ou está escondido; "é artisticamente guardado". Nós temos que perguntar sobre o fundo desta poesia, representada não unicamente por Celan, mas por toda uma geração, e sobre a maneira de a enfrentarmos. Na entrada, nossa tarefa não consiste tanto quanto em levantar considerações teóricas quanto em fazer uma tentativa através da leitura.

Talvez um aviso precedente do caráter geral é bastante. Aparentemente, a lírica atual aspira à que a força da gravidade das palavras desenvolva toda sua potencialidade, sem restringi-las por meio dos recursos sintáticos ou lógicos. Essa dicção de "um bloco carregando comando", que isolou as palavras, que provocam determinadas representações se encontram umas ao lado das outras, não significa que estas palavras não possam se unir numa unidade do sentido. Obter esta unidade, no entanto, é uma exigência cujo cumprimento se dá ao arbitrio do leitor. Não é que o poeta obscureça e oculte a unidade do sentido arbitrariamente. O poeta quer certamente revelar algo que à maneira própria se libera, por meio da conexão "no bloco", a pluridimensionalidade das relações do sentido que no discurso diário unidimensional, dominado pela lógica, é mantido para irradiar pela unidade prática que cria a intenção do discurso. É um erro pensar que não é nada não compreender o poema pelo fato de que às relações de sentido falem clarezas. E é também um erro crer que falta a unidade de intenção do discurso, porque somente esta unidade funda o poema.

Na escrita a linguagem alcança sua verdadeira espiritualidade, pois, frente à tradição escrita, a consciência compreensiva alcança soberania, já não depende de mais nada. Desse modo a consciência leitora se encontra na posse potencial de sua história. Convém ressaltar que essa consciência é necessariamente histórica; é consciência que se comunica livremente com a tradição histórica. A escrita não é um simples acidente, um acaso, ou uma mera adição que não alteraria qualitativamente nada no progresso da tradição oral. É claro que também sem escrita pode dar-se uma vontade de sobrevivência, uma vontade de permanência. Mas é só a tradição escrita que pode desligar-se da mera persistência de resíduos de uma vida passada, partir dos quais é possível à existência (Dasein) remontar a outra existência completando-a.

Gadamer assim discorreu sobre a importância da escrita:

Na verdade, a escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico, na medida em que, graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independente do escritor ou do autor, e do endereço concreto de um destinatário ou leitor. De certo modo, o que é fixado por escrito se eleva aos olhos de todos para uma esfera de sentido na qual pode participar todo aquele que esteja em condições de ler.

É verdade que, frente ao caráter de linguagem, o escrito parece ser um fenômeno secundário. A linguagem dos signos da escrita refere-se à verdadeira linguagem do discurso. Mas o fato de que a linguagem possa ser escrita não é de modo algum secundário para a essência da linguagem. Ao contrário, essa possibilidade de ser escrita repousa sobre o fato de que o próprio discurso participa da idealidade pura do sentido que se comunica nele. Na escrita esse sentido do falado está aí por si mesmo, inteiramente livre de todos os momentos emocionais da expressão e do anúncio. Um texto não quer ser entendido como manifestação da vida, mas apenas naquilo que ele diz. O escrito é a idealidade abstrata da linguagem. Por isso, o sentido de uma notação escrita é perfeitamente passível de ser identificado e repetido. É só o que é idêntico na repetição que realmente foi anotado na escrita. Com isso fica claro também que "repetir" não pode ser tomado aqui em sentido estrito. Não se refere à recondução a um termo primeiro e originário, no qual algo teria sido dito ou escrito, enquanto tal. Compreender pela leitura não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente⁴.

A preeminência metodológica do texto escrito é que nele o problema hermenêutico aparece puramente, livre de todo o caráter psicológico. De certo, o que aos nossos olhos e para nossa intenção representa uma vantagem metodológica é ao mesmo tempo expressão de uma debilidade específica que caracteriza muito mais o escrito do que a própria linguagem. A tarefa do compreender aparece de modo muito claro quando se reconhece a debilidade de todo escrito. Basta para isso recordar de novo o exemplo de Platão, que via verdadeira debilidade do escrito no fato de que ninguém pode vir em auxílio do discurso escrito quando este sucumbe a mal-entendidos deliberados ou involuntários.

⁴ Observe que em várias passagens o autor deixa latente sua intenção em adotar uma hermenêutica da aplicação, o que se lhe dará apoio na sustentação da existência fática da única resposta correta no Direito.

Como dissemos, todo escrito é uma espécie de fala alienada, necessitando da reconversão de seus signos à fala e ao sentido. Essa reconversão se coloca como o verdadeiro sentido hermenêutico, uma vez que através da escrita o sentido sofre uma espécie de auto-alienação. O sentido do que foi dito precisa voltar a ser enunciado unicamente com base na literalidade transmitida pelos signos escritos. (GADAMER, 2003, p. 507 e ss.)

Toda busca empreendida por Gadamer é pela verdade, verdade hermenêutica, que tange em seu aspecto mais puro à obtenção do valor real da coisa enunciada por sua idealidade plena. Pelo médium da linguagem é possível o atingimento do pleito.

1.3- A DIALÉTICA DA PERGENTA E DA RESPOSTA E A TRADIÇÃO

O que é mais difícil no processo hermenêutico: O perguntar ou o responder? É neste diapasão que se iniciará a abordagem sobre o diálogo. Não é desconhecimento para ninguém que, o que se busca com a dialética é o compreender, e pelo desenvolvimento do processo dialético, a interpretação e atribuição da verdade frente à faticidade. Nos diálogos platônicos isto é claro. No Fédon:

...Echecrates: E havia forasteiros?

Fédon: Sim, estavam presentes Símias de Tebas, Cebes e Fedondes; e mais, de Mégara, Euclides e Térpsion.

Echecrates: Dize-me: Aristipo e Cleombroto também ali se encontravam?

Fédon: Eles estavam, segundo se dizia, em Egina.

Echecrates: E não havia ninguém mais?

Fédon: penso que estes eram todos os que lá se encontravam. (Platão, 2003, p. 19,20)

Também em A República:

Qual dos dois é sábio e qual é ignorante?

Sem dúvida que o músico é o sábio, e o não músico o ignorante.

Portanto, um é também bom naquilo em que é sábio, e o outro mau naquilo em que é ignorante?

Sim.

E quanto ao médico? Não é da mesma maneira?

É. (Platão, 2003, p. 37)

Não há como falar em dialética de pergunta e resposta sem se ocupar também do horizonte histórico. Para Gadamer o processo da compreensão/interpretação é marcado pelo horizonte histórico (fusão do horizonte do objeto com o horizonte atual de quem busca compreender – tradição) que está intimamente ligado ao impulso pré-consciente do desejo de conhecer. Esta é a situação hermenêutica cuja pressuposição fundamental para Gadamer é a aplicação.

Frente esta estrutura o autor vai buscar subsídios na chamada dialética da pergunta e da resposta que, para ele, marca o caráter dialógico da compreensão. Parte ele da pressuposição da relevância da pergunta – da finalidade e do modo como se pergunta – para a produção daquela. Neste sentido, Rodolfo Viana Pereira (2001) preleciona que saber, conhecer, nesse sentido passa necessariamente pela clivagem efetuada pela indagação que, assim, possibilita o entendimento acerca do que é dado a conhecer.

Para ele, interrogar significa abrir-se ao conhecimento, impulsionar a vontade de saber, que passa, obviamente, pelo reconhecimento de que não se sabe ou, pelo menos, de que não se sabe por completo, e aqui esse interrogar significa buscar a verdade, e essa perpassada nas decisões judiciais, que obviamente são advindas de casos decididos. Reconhecimento esse que confirma o que anteriormente foi desenvolvido a respeito da historicidade e da estrutura de mediação. Questionar é se sintonizar nessa tensão com o texto, marcada pela certeza que dele se conhece algo (ainda que difusamente), mas que, de outro lado, também se desconhece muito. É,

no fundo, reconhecer que na polaridade existente entre familiaridade e estranheza, a hermenêutica ocupa posição mediana.

Somente pela interrogação acerca daquilo que se posta diante do homem, ser que conhece, é que se trilha o caminho para o seu correto entendimento. Caminho esse que, como tratado anteriormente, é permeado pela interação dialética entre pólos difusos que se encontram no ato de interpretar: o mundo do texto e o do indivíduo.

Gadamer, frente o exposto, nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento. Pelo entendimento do próprio autor:

É essencial a toda pergunta que tenha um sentido. Sentido quer dizer, todavia, sentido de orientação. O sentido da pergunta é, pois a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente. Com a pergunta, o interrogado é colocado sobre uma determinada perspectiva. O surgir de uma pergunta rompe de certo modo o ser do interrogado. Nesse sentido, o logos que desenvolve esse ser assim aberto já é sempre resposta, e só tem significado no sentido da pergunta.

Uma das mais importantes intuições que herdamos do Sócrates platônico é que, ao contrário da opinião dominante, perguntar é mais difícil do que responder. Quando os companheiros do diálogo socrático procuram inverter o jogo para não responder as molestas perguntas que Sócrates, reivindicando para si a posição supostamente vantajosa daquele que pergunta, é quando mais propriamente fracassam. Na fala, quem só procura ter razão, sem se preocupar com discernimento do assunto em questão, irá achar que é mais fácil perguntar do que responder. Assim, se livra do perigo de ficar devendo resposta a alguma pergunta. Na verdade, o fracasso renovado do interlocutor demonstra que aquele que pensa saber mais e melhor não pode perguntar. Para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe. E no intercâmbio de perguntas e respostas, de saber e não saber, descrito por Platão ao modo de comédia, acaba-se reconhecendo que para todo conhecimento e discurso em que se queira conhecer o conteúdo das coisas a pergunta toma a dianteira. Uma conversa que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através de uma pergunta.

Essa é a razão por que a dialética se concretiza na forma de perguntas e respostas, ou seja, todo saber acaba passando pela pergunta. Perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da decisão que fixa e decide. (GADAMER, 2003, p. 473,474)

A certeza de que se quer perguntar, é, certamente, o caminho para o compreender. Há certa primazia em perguntar, mas, o que de fato se deve entender é que a contribuição maior do

processo dialógico é o processo em si, o qual abre perspectivas para o surgimento da verdade. Mister nesse momento, relativo ainda a primazia da pergunta, ressaltar que esta, para a essência de todo compreender, demonstra de forma cabal a limitação da idéia de método para o saber. Não há método que ensine a perguntar, a ver o que se deve questionar. Como, aliás, diria Sócrates: o que importa é saber que não se sabe. Todo perguntar e todo querer compreender pressupõe um saber que não se sabe.

Então, o processo de compreensão demanda num primeiro momento querer conhecer e num segundo momento que aquilo que se quer conhecer já está implícito, mesmo difusamente, naquele que conhece, sendo que a pergunta representa o caminho a ser trilhado pelo homem rumo ao entendimento. Neste diapasão, Richard Palmer constrói a seguinte analogia:

Os filósofos pré-cartesianos, como, por exemplo, os antigos gregos, viram o seu pensamento como parte do próprio ser; não tomaram a subjetividade como ponto de partida, fundamentando depois sobre ela a objetividade do seu conhecimento. A sua abordagem foi mais dialética, foi uma abordagem que tentou guiar-se pela natureza daquilo que estava a ser compreendido. O conhecimento não era algo que adquirissem como uma posse, mas algo em que participavam, deixando-se guiar e mesmo ser possuídos pelo seu conhecimento. Deste modo os gregos realizaram uma abordagem da verdade que ultrapassou as limitações do pensamento moderno de sujeito-objeto, radicado num conhecimento subjetivamente certo. A abordagem de Gadamer está, pois mais próxima da dialética socrática do que do pensamento moderno, manipulativo e tecnológico. A verdade não se alcança metodicamente, mas dialeticamente; a abordagem dialética da verdade é encarada como a antítese do método; ela é de fato um meio de ultrapassar a tendência que o método tem de estruturar previamente o modo individual de ver. Rigorosamente falando, o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método. No método, o tema a investigar orienta, controla e manipula; na dialética, é o tema que levanta as questões a que irá responder. A resposta só pode ser dada se pertencer ao tema e situando-se nele. (PALMER, 1997, p. 48,49)

Independentemente do aspecto adotado por quem pergunta, se subjetivo ou objetivo, o que interessa aqui é entender que o processo de compreensão/interpretação inevitavelmente passa por questionamentos. A dialética da pergunta e da resposta serve de mola propulsora para o compreender.

Quando se pergunta, abrem-se possibilidades de sentido, e com isso aquilo que possui sentido passa para opinião pessoal.

É só em sentido inautêntico que se podem compreender também perguntas que não se fazem, por exemplo, as que são consideradas superadas ou sem objeto. Isto então significa que se compreende da forma como são colocadas as perguntas, sob certas condições históricas. Compreender as perguntas significa compreender os pressupostos correspondentes que uma vez tendo caducado tornam caduca também a pergunta. Essa é a razão por que todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia.

Compreender uma pergunta significa colocar essa pergunta. Compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta.

Pelas perguntas e respostas, pelos acentos que recebem através da compreensão, os textos se inserem num autêntico acontecer, exatamente como se inserem os eventos, - casos decididos -, em virtude de sua própria progressão.

Toda pergunta pressupõe re-construção. Procura-se reconstruir a pergunta que responderia aquilo que é transmitido. Todavia, não se pode fazê-lo se não se superar, com perguntas, o horizonte histórico assim caracterizado. A reconstrução da pergunta a que o texto, aqui caso decidendo, deve responder está, ela mesma, situada dentro de uma interrogação com a qual se procura responder à pergunta que a tradição nos coloca. Uma pergunta reconstruída não pode nunca permanecer em seu horizonte originário.

Nesse sentido, é uma necessidade hermenêutica sempre ultrapassar a mera reconstrução. Não se pode deixar de pensar também no que não representava problema para o autor e no que, portanto, este não pensou. Isso também deve ser colocado no campo aberto da pergunta.

Com isso, não se abrem as portas a qualquer arbitrariedade na interpretação, mas simplesmente se põe a descoberto o que constantemente acontece. Compreender uma palavra da

tradição que nos atinge requer sempre por a pergunta reconstruída no aberto de sua questionabilidade, isto é, passar à pergunta o que a tradição vem a ser para nós. Quando a pergunta "histórica" surge para si mesma, significa sempre que já não se coloca como pergunta.

É o produto residual que surge do fato de já não mais se compreender. Por outro lado, a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber.

A estreita relação que se mostra entre perguntar e compreender é, como aduz Gadamer, semelhante à relação que se dá com a música; a qual permite várias compreensões, seja da sinfonia, da melodia, do tom ou de qualquer outra adaptação da sua real dimensão à experiência hermenêutica. Aquele que quer compreender pode deixar em suspenso a verdade do que tem em mente. Ele pode ter retrocedido desde a intenção imediata da coisa à intenção de sentido como tal, e considerar esta não como verdadeira, mas simplesmente como algo com sentido, de maneira que a possibilidade de verdade fique em suspenso. Esse por-em-suspenso é a verdadeira essência original do perguntar. Perguntar permite sempre ver as possibilidades que ficam em suspenso. Por isso, se é possível compreender uma opinião à margem do próprio opinar, não é possível compreender a questionabilidade desligando-nos de um verdadeiro questionar. Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar.

Para perguntar não pode haver um comportamento potencial, servindo apenas como teste comprobatório, isso porque perguntar não é pôr mas experimentar possibilidades. Aqui, a partir da essência do perguntar torna-se claro o que o diálogo platônico demonstra na sua realização fática. Quem quiser pensar deve perguntar. Quando alguém diz "aqui caberia uma pergunta", isto já é uma verdadeira pergunta, disfarçada pela prudência ou cortesia.

Essa é a razão por que todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia.

A pergunta é a responsável pelo atingimento do novo significado do investigado, - tradição -, que por um esforço próprio é, por si a situação hermenêutica prática. É reconhecer oportunamente que o factum vivido e experienciado se torna “sentido” por ele mesmo, que em sua realidade está vigente, momentâneo, acontecendo. Como já dito em outro momento: é o passar por algo, por um momento, tendo a consciência construtiva-interpretativa-cognitiva deste momento. E, aliás, nada como a pergunta para revelar esta vivência.

1.4- O MOMENTO HISTÓRICO EFEITUAL

Popularmente seria o mesmo que dizer: somente quem faticamente experienciou tal momento, pode dizer sobre ele, e este experienciar não remete somente ao sujeito participe na situação (momento histórico efetual), diz respeito também àquele que busca compreender a situação.

Pelo princípio da história efetual a consciência histórica deve se orientar no sentido de conhecer algo “dilatado” no tempo. Quando se procura conhecer um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina a situação hermenêutica do sujeito conhecedor, nesta situação este se encontra sobre os efeitos dessa história efetual. A consciência histórico-efetual é um momento de realização da própria compreensão, o que para este ensaio é de suma importância haja vista necessidade de, num momento oportuno, conhecer a verdade das decisões judiciais em casos decididos.

O momento histórico efetual representa consciência da situação hermenêutica. Porém, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que apresenta dificuldades extremas. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de o sujeito não estar diante dela, e sim estar nela. Ele se encontra numa situação em que compete somente a ele elucidá-la, e ainda compreender

que essa elucidação jamais será cumprida no seu todo. É o que ocorre com a situação hermenêutica, ou seja, para situação em que o sujeito que deseja compreender se encontre, e se encontre frente à tradição. O clareamento dessa situação, ou em outras palavras, a reflexão da história efetual, nunca poderá ser realizada plenamente. Aqui o movimento se dá numa dimensão de sentido que é compreensível em si mesma e que, não motiva nenhum movimento subjetivo. O objetivo da hermenêutica é explicar esse "milagre" da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas sim uma participação num sentido comum. Neste sentido Lênio Streck (2005) lembra que *temos que ter consciência que no positivo se mostra o velado. Uma crítica hermenêutica do direito tem a tarefa de estabelecer uma clareira buscando construir um espaço aberto para tudo que se apresenta e ausenta, deixando o fenômeno vir à presença, porque a clareira, é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. Tudo o que é, simplesmente é, pois num dado momento se encontra na interpretação um conjunto de elementos para que sejam entendidos. O próprio momento é um desses elementos, assim como o sujeito que busca compreender e o objeto a ser compreendido*. Vários são os pontos que concorrem para o ato interpretativo, e esses pontos são únicos juntamente com a unicidade do momento, é o chamado momento histórico efetual. É numa integração de horizontes que se encontra o momento histórico efetual, p.ex, numa analogia, considere um doente do coração. Sabido é que várias são as causas do infarto, e conseqüentemente vários são os tratamentos. Para cada doente do coração existe uma causa e uma solução, por mais que pareçam nunca serão iguais, pois, naquele momento histórico efetual, o que aconteceu, aconteceu com aquela variante própria, ou aquelas variantes próprias. Houve a integração de horizontes resultando na verdade daquilo, e assim aquilo deve ser compreendido. Tal raciocínio lança em terra a teoria do método, ou daqueles que defendem um método ou cânone hermenêutico.

Acredita-se, pelo exposto, que compreender é visualizar a tradição (ocorrência) a partir do ponto de vista histórico, isto é, deslocar-se à situação histórica, e procurar reconstruir seu horizonte. Na verdade renuncia-se definitivamente à pretensão de encontrar na tradição uma verdade compreensível que possa ser válida para um todo. Reconhece-se nesse diapasão a alteridade do outro, conhece-se a ocorrência, percebe-se o horizonte histórico efetual através da tradição e com isso se compreende. Compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. É conveniente acentuar que uma consciência verdadeiramente histórica sempre tem em vista também seu próprio presente, e quiçá de modo a ver as relações corretas entre si mesma e o historicamente outro.

Parte-se, então, do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que o sujeito que quer compreender/interpretar trás consigo. Estes formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que já não se consegue ver. No entanto, é importante manter afastado um erro de pensar que o que determina e limita o horizonte do presente é um complexo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado se destaca desse presente como de um fundamento sólido.

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que se está obrigado a pôr constantemente à prova todos os preconceitos existentes. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual procede o intérprete. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente. Todo o encontro com a tradição realizado graças à consciência

histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. É por isso que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado. O princípio da história efetual alcança validade como um momento estrutural comum da compreensão, essa tese não inclui nenhum condicionamento histórico, mas busca validade absoluta; e, no entanto só há consciência hermenêutica sob determinadas condições históricas. De modo magnífico Gadamer edifica a seguinte construção:

Para que possa formar-se uma consciência expressa da tarefa hermenêutica de apropriar-se da tradição é preciso que esta tradição, cuja essência consiste em continuar transmitindo naturalmente aquilo que é transmitido, possa ter-se tornado questionável. É assim que podemos ver em Santo Agostinho uma tal consciência, face ao antigo testamento. E na reforma a hermenêutica protestante se desenvolve a partir da reivindicação de compreender a sagrada escritura a partir dela própria (*sola scriptura*), frente ao princípio da tradição da igreja romana. Mas com o surgimento da consciência histórica, que implica um distanciamento fundamental da atualidade face a toda tradição histórica, a compreensão converteu-se numa tarefa e precisa de um direcionamento metodológico. A tese de meu livro é, pois, que o momento histórico-efetual é e permanece efetivo e atuante em toda compreensão da tradição, mesmo onde a metodologia das modernas ciências históricas ganhou espaço, e transforma em "objeto" aquilo que veio a ser historicamente, o que foi transmitido historicamente, que se deve "estabelecer" como um dado experimental - como se a tradição fosse estranha e, humanamente falando, incompreensível enquanto objeto da física.

A partir daí, da maneira que eu o uso, justifica-se uma certa ambigüidade no conceito de consciência histórico-efetual. Sua ambigüidade consiste em que por ele se designa, por um lado, a consciência, ativada no curso da história e determinada pela história, e por outro, uma consciência do próprio ser ativado e ser determinado. O sentido de minhas demonstrações é o fato de que a determinidade da história efetual domina também a moderna consciência histórica e científica, independentemente de se saber ou não a respeito desse domínio. A consciência da história efetual é finita num sentido tão radical que o nosso ser, efetivado no conjunto de nossos envios de destino, sobrepuja de maneira essencial o seu saber sobre si mesmo. Mas essa verdade é tão fundamental que não pode ser restrita a uma determinada situação histórica. Mas, face à moderna investigação histórica e ao ideal metodológico da

objetividade da ciência, essa evidência se depara com uma resistência característica na autoconcepção da ciência. (GADAMER, 2003, p. 20, 21)

O momento histórico efetual é uma fase, um momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. É a aplicação, presente em toda a compreensão. É desta consciência que se chega a única resposta correta no Direito, procedente da verdade hermeneuticamente dada.

1.5- A APLICAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO: A UNICIDADE DO MOMENTO HERMENÊUTICO

Se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo. A afirmativa corroborada por nós reforça o pensamento segundo o qual não é possível pensar em momentos diferentes para se compreender, interpretar e usar desta interpretação. Esta atividade é única, corresponde a um momento único.

É no caso concreto que a compreensão/interpretação se materializa e isto já implica aplicação, não há o que se interpretar abstratamente. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar a compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Contudo a fusão compreensão/interpretação distanciou do contexto da hermenêutica; a aplicação. As reflexões gadamerianas levam a admitir que, na compreensão, ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido é necessário reconhecer como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação. A

aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação. É fato já considerado por Gadamer a estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica e seu apoio no reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda a compreensão.

Não há como não reconhecer esse tríplice caráter da hermenêutica em sua faticidade. Ao se compreender algo, automaticamente abre-se um norte interpretativo possibilitando o conhecimento da coisa, e esse processo já é aplicativo. Torna-o único sua fusão de horizontes, assim como pelo médium da linguagem, o entendimento da tradição (ocorrência). Neste sentido Gadamer profere:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou do anúncio - e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve ser concretizada em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente um texto - lei ou mensagem de salvação - , isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 2003, p. 407,408)

Lênio Streck (2005) citando Gadamer aduz:

...a reação contra o normativismo não pode significar que a interpretação do Direito deixe de supor uma ordem de normas, que se completam com princípios. Ou seja, sem textos não há normas: o que se chama Direito não é algo separado da hermenêutica, mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do Direito dentro de uma total imprevisibilidade. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre o texto, deixe que o texto lhe diga. (STRECK, 2005, p. 122)

E ainda:

Para tanto, considero indispensável superar os dualismos próprios da metafísica, como essência-aparência, teoria-prática, palavra-coisa, questão de fato-

questão de direito, ser-ente, buscando ultrapassar o realismo platônico-aristotélico e avançar para além do transcendental idealismo cartesiano e kantiano. No centro dessa superação está a viragem linguístico-ontológica, no interior da qual a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade. A concretização e a compreensão de um texto somente são possíveis, em face de um problema concreto, ao mesmo tempo em que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário. Não há como cindir teoria e prática, fato e direito, tampouco é possível cindir o ato interpretativo, que sempre se dá em uma *applicatio*. (STRECK, 2005, p. 122)

Hermenêutica é faticidade, é vida, é existência; é concreção. É condição de ser no mundo.

A interpretação é a coisa mesma, o caso em sua singularidade, o caso decidendo. Interpretar não é colocar capas de sentido aos casos, tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural. Interpretar é um fundamento, e o próprio fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa.

Por esse raciocínio é de fácil compreensão a justificativa da única resposta correta no Direito, ponto central deste ensaio. Cada caso decidendo, por si, possui peculiaridades que, por mais que pareçam com outros casos, não são iguais. Assim sua compreensão não pode ser a mesma de outros ocorridos. A aplicação é faticidade, e a decisão de casos fáticos também é única. Cada decisão judicial se apóia em sua singularidade na individualidade fática do caso concreto.

A obtenção da verdade se dá a partir da verdade da *applicatio* que significa um processo hermenêutico único e individualizado, e no concernente às decisões é possível dizer que suas verdades são somente suas, estão em seu interior, e no momento oportuno isso será demonstrado. Em outras palavras, é uma espécie de cisão que atravessa a interpretação jurídica, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário. A tradição como é, deve ser compreendida cada vez de modo diferente, possui relação direta com o geral e o particular. Compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular. Um saber geral que não saiba aplicar-se a uma situação concreta permanece sem

sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação. Mesmo na música, na poesia, ou até mesmo na tradução de textos o caminho é esse. Através do processo intelectual se percebe, p.ex, que a tradução de textos estrangeiros ou mesmo sua reformulação poética, assim como também a correta declamação de textos, realizam por si mesmas um desempenho explicativo parecido ao da interpretação filológica, de maneira que não existem de fato fronteiras nítidas entre um e outro, então já não poderemos evitar a conclusão de que a distinção entre a interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva não pode pretender uma validade de princípio, uma vez que circunscreve um fenômeno unitário. A construção gadameriana não permite dividir a colocação do problema hermenêutico segundo a subjetividade do intérprete e a objetividade de sentido que se trata de compreender. Como já anteriormente dito, a aplicação, juntamente com a compreensão e a interpretação produzem e reproduzem a verdade hermenêutica.

A questão que por hora se estende é relativa à aplicação do Direito. Aquele que aplica o Direito, numa situação concreta, se vê obrigado a aplicar a lei, e deve fazê-lo buscando não cometer injustiças. Atenuando ou agravando a lei não se faz redução à justiça, mas sim, se encontra um “melhor” Direito. Aristóteles, citado por Gadamer (2003), mostra em *Ética a Nicômaco*, que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. 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. De outra forma, o que Gadamer preleciona é que não existe Direito em abstrato, somente no caso concreto é que a verdade através da totalidade do processo compreensivo/interpretativo é alcançada, e isso é aplicação. Com isso é possível entender que o sentido hermenêutico dado a cada situação fática-individual é único, o que possibilita concordar com a teoria da única resposta

correta (unicidade da decisão e da verdade em cada decisão) perante os casos decidendos. Trata-se da retirada da representação da “coisa” em si, de individualizá-la e assim compreender sua verdade. Esse compreender se determina pelo fato de conter a aplicação completa e porque aciona o compreender/interpretar em sua imediatez, na situação dada. É um conhecer em cada caso possibilitado pela hermenêutica da compreensão-interpretação-aplicação.

Para então conhecer de uma situação dada, o jurista deve tomar o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso. É neste momento de *applicatio* que o sentido de uma lei se torna concreto, e que a hermenêutica se realiza em toda sua potencialidade⁵.

⁵ Acredito ser necessária toda esta exposição inicial, por mais que alguns pensem em taxá-la como desnecessária e lúdica. Seria contradizer os próprios ideais gadamerianos não oferecer, aos que desejam compreender (e compreender aqui significa compreender se eu, mestrando, compreendi as teorias de Gadamer) bases para a compreensão/interpretação deste ensaio. Os tópicos abordados são inteiramente pertinentes no que tange ao aspecto hermenêutico desenvolvido por Gadamer. Basta observar que, para interpretar à luz da teoria da VERDADE, se faz necessário conhecer da pré-compreensão, da circularidade hermenêutica, do horizonte histórico, do momento histórico efetual, da dialética da pergunta e da resposta, da mediação pela linguagem e da aplicação como momento único, junto à compreensão/interpretação. Neste instante, no qual o leitor desta passagem a estiver esmiuçando, certamente estará se reportando a toda construção até aqui elaborada, e, se apropriando do todo desenvolvido efetuando concomitantemente a compreensão/interpretação/aplicação. É um momento histórico-efetual oriundo da tradição, que conforme já dissemos, através da fusão de horizontes permite ao hermeneuta a interação com o algo a ser conhecido, e de maneira única, pois a *APPLICATIO*, é este momento fático e único, possuidor de uma verdade incontestável.

CAPÍTULO II

A VERDADE NA DECISÃO

2.1. NARRATIVA E DECISÃO DE CASOS DECIDENDOS

Neste diapasão será tentado trazer à prática, situações hodiernas do Direito para demonstrar a idéia gadameriana da verdade e sua conflitante realidade com verdades senão idênticas, quase idênticas que tomam por si direções similares ou opostas não deixando de serem verdades. Serão abordadas decisões judiciais a partir da união de pessoas do mesmo sexo, nelas estarão sendo demonstradas as verdades de cada caso decidendo e a postura do “magistrado intérprete” de cada uma dessas verdades.

Inicialmente, com o objetivo de situar o leitor acerca das situações abordadas, será feito um breve relato dos acórdãos para, posteriormente, passar-se à análise dos argumentos utilizados pelos julgadores.

O primeiro caso refere-se a um acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual foi julgado recurso de apelação, interposto por M.C em face de D.D. da S, visando, obviamente, reforma de decisão monocrática. A referida decisão julgou parcialmente procedente o pedido "*para reconhecer a existência de sociedade de fato (união estável) entre as partes no período de janeiro de 1986 a dezembro de 1995*", determinando, no entanto, somente a partilha do imóvel e do automóvel, rejeitando o pedido quanto a partilha dos demais bens.

A recorrente alega em suas razões que a decisão hostilizada merece reforma, tendo em vista que contraria a legislação e a jurisprudência dominante atinente a matéria. Sustenta, ainda, que em momento algum ficou caracterizada a união estável, sendo, dessa forma, absurdo o reconhecimento de vínculo e a conseqüentemente presunção de esforço comum na formação do patrimônio. Nas contra razões a apelada pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso. O promotor de justiça opina pelo não provimento do recurso. A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso.

O relator rejeita a preliminar invocada, conhecendo do recurso. No mérito, confirma a decisão em parte reconhecendo a existência de união estável. Destaca que a apelante tem razão no que concerne ao pedido de exclusão da partilha do valor utilizado para a compra do único bem imóvel arrolado, caso se comprove posteriormente em liquidação de decisão, que o bem foi adquirido integralmente com os recursos oriundos do FGTS (frutos civis não se comunicam) da apelante. Exclui da partilha o automóvel, declarando, por fim, ambas as partes sucumbentes.

O segundo acórdão, proveniente do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, proveniente do julgamento, também de uma apelação, interposta em face de decisão que julgou ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com a indenização por dano moral. No entanto, diferentemente do primeiro acórdão, os julgadores desse caso não reconheceram a existência de união estável, mas tão somente o reconhecimento de uma união civil, com

consequências no âmbito do direito obrigacional. No que pertine à meação do patrimônio, foi conferida a partilha do imóvel, assim como sobre os móveis e utensílios que guarnecem à residência comum. Toda a meação foi deferida tendo em vista a existência de uma sociedade de fato e não com base na convivência *more uxório*, própria do direito de família. A indenização também foi confirmada, já que presentes os elementos configuradores do dano moral.

O tema é polêmico e se reveste de suma importância. Não obstante relatos da história a demonstrar a existência de relações entre pessoas do mesmo sexo desde os primórdios das civilizações, ainda hoje, em muitos lugares do mundo (inclusive em nosso país), o homossexualismo é visto com preconceito e intolerância. Esse preconceito pode ser traduzido em "simples" atitudes de desprezo e ironia, como também em atos de violência e crueldade. Questões do tipo: "Por que existe tanto preconceito em torno da homossexualidade?" ou "Como deve ser tratada a relação homossexual pelas instituições sociais?" estão na ordem do dia à espera de soluções que devem ser edificadas por meio de um amplo debate democrático travado no âmbito da sociedade civil.

A desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, afirma:

O homossexualismo é marcado por um estigma, sendo gays e lésbicas relegados à marginalidade por não terem preferências sexuais dentro de determinada estrutura de restrita moralidade. Não só, mas principalmente nessa sede, o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos, restando rotulado de "anormal" (...). O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente. (DIAS, 2001, p.22)

A "questão homossexual" se relaciona diretamente com o tema das diferentes verdades obtidas através das decisões judiciais, e a partir de cada decisão proferida uma nova verdade emerge. Faz-se clara a situação de unicidade hermenêutica, onde a decisão do magistrado alicerçada no horizonte histórico, na tradição e no momento histórico efetual, atribuídos pelo

caso concreto, se torna a melhor interpretação para o caso decidendo, aquela que realiza, ou pelo menos, busca a realização da melhor justiça.

Observe que nos casos acima aludidos as decisões tomam sentidos diferentes, o que de forma alguma invalida qualquer uma delas, suas verdades permanecem intactas.

Conforme conceito tradicional, a família é formada a partir da união de um casal heterossexual, lei civil, sendo impossível, de acordo com os valores tradicionais, que a formação da família se dê por um casal homossexual. Esse entendimento decorre de toda a tradição que se tornou ainda mais forte com as idéias impostas pela Igreja Católica, a qual considera o homossexualismo uma perversão, anomalia e aberração da natureza. Acrescente-se o fato, inclusive, da doutrina católica não admitir contato sexual fora do casamento sem fins procriativos, o que prova a inflexibilidade de referidos adeptos. Seguindo ainda o esteio da desembargadora gaúcha:

Com a evolução dos costumes, com a mudança de valores e dos conceitos de moral e de pudor, a livre orientação sexual deixou de ser "assunto proibido" e hoje já é enfrentada abertamente, sendo retratada de forma explícita em filmes, nas novelas e na mídia em geral. (DIAS, 2001, p. 25)

Nesse mesmo diapasão Rodrigo da Cunha Pereira (2000) aduz que a Constituição da República, refletindo as mudanças dos paradigmas empreendidas a partir da Revolução Industrial com a redivisão sexual do trabalho, trouxe grandes avanços no campo do direito de família. No entanto, tais avanços ainda não foram totalmente absorvidos pelos aplicadores do direito.

As transformações vêm ocorrendo, sobretudo, porque:

A estrutura patriarcal está se transformando. Há uma ruptura estrutural, na qual o lugar do homem, enquanto provedor e pai, tem sido questionado a partir de sua suposta superioridade. Os movimentos sociais e econômicos com reflexos na ordem jurídica renunciaram a igualdade de todos perante a lei. A igualdade dos gêneros, em particular, está provocando uma grande mudança na ordenação jurídica sobre a família, e assim estendendo a idéia de igualdade. Igualdade de direitos, de deveres e até mesmo de sexo. (PEREIRA, 2000, p. 286)

Observa-se, pelo exposto um alargamento, no processo de compreensão/interpretação. Nada impede que o magistrado, ao ser interpelado pelo processo, entenda ser a melhor verdade para julgar casos como os do homossexualismo se apoiando na letra da lei, ou em princípios de Direito. Pela letra da lei, não há que se considerar nem mesmo a união entre os iguais, pois reza o Art. 1.565 do diploma civil brasileiro que *pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família*. Já na Constituição Federal em seu Art. 3º, I, IV; Art.5º caput, I, XLI, é notória a dilatação da possibilidade da aceitação da união homo-afetiva sustentada por esses princípios.

A questão central nos acórdãos refere-se ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os julgadores têm visões diferentes acerca de um mesmo ponto e é justamente o conjunto: pré-conceitos, situação hermenêutica (faticidade), momento histórico efetual, a fusão de horizontes e a dialética pergunta-resposta utilizados por cada um, que determinam a decisão proferida.

No primeiro acórdão, o desembargador relator ao enfrentar a questão sobre a possibilidade ou não de reconhecimento de união estável entre homossexuais, é muito claro ao afirmar que é perfeitamente possível o reconhecimento de uma união estável homo-afetiva, tendo em vista os já mencionados princípios consagrados na Constituição Federal, os quais proíbem qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto ao sexo. Segundo ele:

(...) a Carta Magna traz como princípio *fundamental* da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.*

Corroborar sua posição, ao citar o caput do Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, afirmando que:

Conforme o ensinamento mais básico do direito constitucional, tais regras, por retratarem princípios, direitos e garantias fundamentais, se sobrepõe à quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no Art. 226, § 3º, CF/88 invocada pela recorrente, que prevê o reconhecimento da união estável entre o homem e mulher. Observe-se que antes mesmo da regulamentação constitucional da união estável entre homem e mulher, sua existência já era reconhecida e declarada nos pretórios, na relação concubinária. Não é preciso esperar a aprovação no Congresso Nacional do projeto de lei nº 1151/95, que disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, para reconhecer-se a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre homossexuais, porque além dos dispositivos constitucionais elencados, nossa legislação permite que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito (Art. 4º da LICC).

Cita, ainda, a passagem do voto proferido quando do julgamento da Apelação se Cível 593.110.547 na Terceira Câmara Cível do TJRS, tendo como relator o desembargador Luiz Gonzaga Pila Hoffmeister:

É preciso inicialmente dizer que o homem e mulher pertencem à raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar o homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual(...).

Transcreve precedente da 7ª Câmara Cível do TJRS:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de si desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homo-afetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser compartilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica (...).

Os argumentos utilizados pelo julgador, ao fundamentar o entendimento que consigna que é possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, foram, em praticamente sua totalidade, centrados na prevalência dos princípios formadores do ordenamento constitucional pátrio em detrimento das regras propriamente ditas. Conforme palavras do julgador acima transcritas, a igualdade de todos perante a lei, juntamente com a vedação de discriminação de qualquer natureza, regra consubstanciada no caput do artigo 5º da Constituição Federal, *"se sobrepõe a quaisquer outras, inclusive aquela esculpida no Art. 226, parágrafo 3º, CF/88(...)"*.

O magistrado, transcrevendo decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do TJRS, invoca a existência de princípios democráticos de direito consagrados na Carta Constitucional brasileira, sustentando ser imperiosa a observação de tais princípios sob pena de ofensa ao princípio fundamental, informador não somente do ordenamento jurídico brasileiro como também presente na DDHC (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como também o princípio da igualdade. Tais princípios são pilares de sustentação de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, sendo dessa forma obrigatória sua observância, ainda que não estejam consubstanciados de forma expressa nas regras jurídicas, pois estas, para que sejam consideradas válidas, devem se conformar com aqueles. As regras é que pormenorizam de forma casuística, os mandamentos emanados dos princípios.

Observa-se na análise do referido acórdão que o julgador, durante a exposição de seu raciocínio, fundamentou-o calcado em teorias que foram objeto de amplo debate por parte de vários autores e estudiosos do direito, sendo atualmente assente o entendimento que preconiza serem os princípios, tipos de normas jurídicas. Obviamente, como ver-se-á na análise do segundo acórdão, no plano de aplicação do direito, esse entendimento ainda encontra uma certa resistência

por parte de uma ala conservadora da magistratura, apegada aos velhos dogmas do positivismo clássico que considera como norma somente a lei *strictu sensu* considerada, reduzindo a função do magistrado a simples aplicador do direito expresso na norma jurídica, nunca considerando a situação que fala por si.

Vê-se, no entanto, que, no caso em tela, o julgador busca compatibilizar-se com as teorias contemporâneas do direito, as quais não admitem mais a idéia arcaica que concebe os princípios como mera orientação a ser seguida pelo intérprete no caso de lacuna ou ambigüidade da lei. Buscou, a todo o momento, elevar a importância dos princípios no ordenamento jurídico. Neste contexto, e em momento oportuno, será trazido a baila a contribuição de Ronald Dworkin através do qual a utilização dos princípios gerais de direito ganha extremo valor, e nos casos em tela auxilia demasiadamente o intérprete que pretende conhecer a verdade; que para Lenio Streck se trata do realizar da constituição.

O uso de seus pré-conceitos remeteram-no, mediante a união de horizontes e a situação hermenêutica, a compreender/interpretar através dos princípios, o caso concreto, decidindo (conhecimento da verdade) de maneira que melhor se ajustassem, caso concreto e justiça.

O julgador deixou expresso que o entendimento dos princípios, considerados como normas aplicáveis ao caso concreto, não é só necessário, como se configura em mandamento legal expresso no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual preceitua a possibilidade de decisão com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Ainda Aduz:

(...). E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.

Na análise do segundo acórdão, diferentemente da decisão anterior, o entendimento exposto pela magistrada que relatou o processo foi no sentido do não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os argumentos utilizados pela juíza foram basicamente dois: a) ausência de normas a permitir a referida união estável; b) inexistência na tradição constitucional pátria de entendimento no sentido de ser possível a união estável entre homossexuais, e por fim, como desdobramento do segundo argumento a dissonância da união estável entre homossexuais com os valores presentes na sociedade brasileira para a qual a família é formada pelo casamento de um homem e uma mulher.

Argumenta a julgadora:

Registre-se (...) que em se cuidando de relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, impossível é o seu enquadramento como concubinato ou união estável à luz da legislação brasileira, já que a Constituição Federal em seu Art. 226, parágrafo 3o, refere-se expressamente a união estável como instituto ocorrente entre um homem e uma mulher, afastando, portanto, a possibilidade de uma relação homossexual ser inserida nesse texto, o mesmo acontecendo com as leis 8971/94 e 9278/96, que tangenciam o tema em tela. Diferentemente da legislação pátria, na Europa, em especial, o movimento em prol da liberação da união entre pessoas do mesmo sexo encontrou campo fértil na Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia e outros países, ressaltando-se que na Dinamarca, a união homossexual é equiparada ao casamento heterossexual, exceto no que diz respeito à adoção, que é proibida devendo pelo menos um dos parceiros residir permanentemente naquele país e ter nacionalidade dinamarquesa para se admitir a formalização da união estável (...). Evidencia-se essa semelhança jurídica na legislação norueguesa (...), como ocorre também na Islândia, não se podendo deixar à margem de registro que a Suécia, de igual modo, formalizou as uniões entre homossexuais, enquanto que a França facultou ao parceiro beneficiar-se do seguro social, ao que parece que a Associação Americana de Psicologia e outros organismos internacionais excluíram a homossexualidade da lista de doenças mentais, passando a mesma a partir daí, a integrar os costumes locais.

Percebe-se pela leitura dos argumentos da julgadora, que nos países encarados como detentores de legislações que permitem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tais normas refletem valores presentes no seio da sociedade. Conforme acima transcrito, quando a magistrada afirma que: "(...) a Associação de Psicologia e outros organismos internacionais excluíram a

homossexualidade da lista de doenças mentais, passando a mesma partir daí, a integrar os costumes locais", quer-se dizer que, no momento em que se exclui a homossexualidade da lista de doenças mentais é porque esta não é mais vista pela sociedade como uma anomalia, recebendo dessa forma a aprovação social e conseqüentemente seu reconhecimento como valor social.

Continua na sua fundamentação aduzindo:

No Brasil, a situação é disciplinada de forma diversa, sendo que a família, na Constituição de 1934, constituída pelo casamento indissolúvel, estava sob a proteção do Estado, e se condicionava à verificação dos impedimentos e ao processo de oposição para sua validade, com a observância das disposições legais, ou seja, do código civil de 1916, (...), o mesmo ocorrendo em relação à carta de 1937, que enunciava constituir-se a família pelo casamento indissolúvel, ressaíndo da leitura de todos os dispositivos pertinentes à demonstração inequívoca de que o ato consorcial só se operava pela união do homem e da mulher, o mesmo ainda acontecendo em relação à Constituição Democrática de 1946, e à Constituição de 1967, bem como à sua emenda nº 01 de 1969, nas quais se consigna a constituição da família pelo casamento de um homem e de uma mulher sob a proteção do Estado. Embora a Constituição vigente, de 1988, mostre-se mais liberal na conceituação de família, referindo-se-lhe como a base da sociedade, com exercício igualitário dos direitos e deveres entre o homem e a mulher, deixa claro que a comunidade familiar somente pode ser formada por pessoas de sexos distintos, afastando em conseqüência da proteção constitucional, o tipo de relacionamento entre homossexuais.

Contrariamente aos argumentos desenvolvidos pelo desembargador relator na primeira decisão, a julgadora não considerou a possibilidade do reconhecimento pretendido se dar com base na existência de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, os quais foram fortemente defendidos como prevalentes na sustentação empreendida no primeiro acórdão. A magistrada, no outro caso em tela, optou por sustentar com base em uma perspectiva etnocêntrica, privilegiando os valores presentes na sociedade em detrimento do direito individual à opção sexual.

Fica claro que o posicionamento da julgadora é negativo, mormente no que se refere ao reconhecimento da existência de uma sociedade de fato, ou homo-afetiva. No que pertine ao

reconhecimento de uma sociedade civil, a magistrada afirma não haver óbice algum, citando inclusive várias decisões tomadas pelos tribunais nacionais nesse sentido:

Os tribunais do país, contudo, procurando acompanhar a evolução dos fatos, têm reconhecido a existência de sociedade civil de natureza fática entre pessoas do mesmo sexo, mas como se sócios fossem os parceiros, e nunca como entidade familiar, nos termos em que lhe emprestam a Constituição e a legislação vigente (...).

A intérprete, em seu voto consigna haver provas de que houve efetivamente um relacionamento afetivo, público e contínuo que teve a duração de trinta anos, segundo ela aduz: "*(...) revelando os depoimentos invocados que, efetivamente, o autor e o falecido tiveram uma longa convivência, em que coabitaram a maior parte do tempo, no local denominado Sítio Santa Isabel (...), não há como fugir à evidência de que houve uma convivência ininterrupta entre Darcy e José Américo (...).*"

No entanto, afirma, não obstante reconhecer presentes os requisitos ensejadores da união estável, que:

(...) a questão submetida a julgamento não poderá ser examinada sob o ângulo do direito de família, mas sim à luz do direito obrigacional, especificamente o artigo 1363 do Código Civil pátrio, cabendo ao julgador, em primeiro plano, averiguar a existência ou não da alegada sociedade fática, apta a gerar efeitos patrimoniais.

Portanto, tem-se nesta decisão a prevalência de argumentos calcados em valores e não argumentos fundados em Direito como se deu no desenvolvimento do voto proferido no primeiro acórdão.

Justifica-se, pelo exposto, a inexistência de qualquer método interpretativo que seja capaz de solucionar de maneira “mágica” as querelas oriundas da faticidade. A própria faticidade é algo ímpar, como as decisões. Somente é possível a correção normativa em face da individualidade da coisa em si, pois é de acordo com valores histórico-culturais em conjunto com a realidade

jurídica que se obtém a única verdade nas decisões judiciais. O horizonte a ser contemplado é expresso pela conjugação dos valores culturais – tradição – faticidade, e esta aliada ao que é defendido pelo estado democrático de direito.

Assim posto, neste momento da dissertação, não avançaremos na avaliação – compreensão/interpretação – de qualquer das posições adotadas como verdadeiras, o faremos em outro momento, no próximo capítulo, com apoio das idéias de Dworkin e Streck.

2.2. A IMPOTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O ACONTECER DO DIREITO. UMA SUSTENTAÇÃO DE DWORKIN E LENIO STRECK

Como anteriormente dito, a partir de agora, sustentaremos um posicionamento que nos parece realizar o melhor Direito e que, sob a luz de princípios constitucionais, da solução à situação, apoiando-se nos valores concebidos no Estado democrático de Direito.

No Art. 3º caput, I e IV da Constituição Federal está disposto: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Constituir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

A Constituição tem caráter próprio, *sui generis*, em face de sua supremacia sobre as demais fontes normativas, por sua natureza, de que é uma transição entre o ato político e o ato jurídico, levando a sua interpretação a peculiaridades especiais (caso decidendo).

Note-se que a Constituição, embora se qualificando pela supremacia sobre os demais atos, é também um ato jurídico e que, por si só, pelo fato de representar a manifestação de vontade do

poder constituinte, intentando transformar a sociedade e o Estado, produz a alteração no mundo jurídico e fático.

Como ato político de decisão sobre o modo de existência e organização da sociedade, também não é a Constituição nenhuma esfinge a demonstrar imperturbável imparcialidade na regência dos fatos sociais: na realidade, a Constituição quer que a sociedade, o Estado, todos e cada indivíduo tenham uma conduta específica; coloca objetivos expressos que devem nortear toda a atuação da sociedade e do Estado, como se vê no Art. 3º.

A Constituição não é um problema, mas, instrumento de resolução de problemas.

A Constituição não é imparcial nem desinteressada porque é ato de decisão e nenhum ato de decisão é desinteressado, pois intenta uma determinada consequência.

Ninguém é "neutro" ao interpretar a norma constitucional, pois todos buscam nela vantagem na proteção do interesse, próprio ou alheio, que considere relevante - também a Constituição não é "neutra" no que diz respeito aos interesses e valores que prevê.

A perspectiva em que o agente da interpretação se situa é a mesma que inspira o seu modo de ver, de analisar.

A validade de uma lei não pressupõe somente uma validade formal, mas a consonância com a validade material atribuída pela Constituição Democrática, e também a validade de um acontecer, de uma tradição; o que implica em uma validade principiológica.

Nestes aspectos se sustenta a primeira vertente decisional da situação fática analisada, e que dela somos partidários. Os argumentos utilizados pelo órgão julgador são constitucionalmente previstos no Art. 3º supracitado e, ainda considerando a evolução dos costumes, a mudança de valores e de conceitos de moral e de pudor; a livre orientação sexual deixou de ser assunto proibido e hoje é enfrentada abertamente, o que para Streck retrata o acontecer da Constituição, do Direito. A mudança na estrutura patriarcal cuja ruptura estrutural

tem sido questionada, alterando as bases do que seja a família tem dado suporte ao reconhecimento dessa nova e fática estrutura familiar. Aduz o professor Lenio, para quem o Direito vislumbrado no processo hermenêutico é entendido como busca do acontecimento, e neste diapasão apropriando-se dos novos conceitos de família:

Para o acontecer, essa (difícil e urgente) tarefa de des-ocultação, há que se buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados 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, 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.

À evidência, a tarefa hermenêutica de tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (re) significá-lo, de dizê-lo. O ente Direito só é/será possível se existir o ser. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para o abrir da clareira: é por ela que será possível levar o ser desse ente a se manifestar como fenômeno (acontecer) - no aspecto jurídico (acontecer do direito) - sendo o *DASEIN* (ser-aí) o ser do ente (homem) que compreende esse ser, e onde o aí (da) é o lugar em que o ser (sein) se mostra, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultar-se, o que nos deve levar ao (inquietação) trabalho de desocultá-lo.

É a partir dos pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão, que o jurista fala o Direito e do Direito. Falará a partir de sua situação hermenêutica, que implica um círculo hermenêutico, isto porque toda a explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação. Dito de outro modo, quando um operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu "desde-já-sempre" o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido. O mundo jurídico é, assim, pré-dado por esse sentido comum teórico, que vem a ser, assim, o véu do ser autêntico do Direito.

Esse velamento pode ser (facilmente) detectado, e de vários modos, a começar pela escandalosa inefetividade da Constituição, a recorrente crise da justiça, a crônica morosidade e o problema do acesso à justiça, e a não implementação dos direitos sociais, etc., isto para dizer o mínimo. Sinteticamente e sem maior esforço, é razoável afirmar que esse velamento (também) se expressa pela absoluta falta de função social do Direito. Ou seja, do cotejamento entre o texto constitucional e a "realidade social", tem-se que houve um acontecer que os juristas não perceberam: o acontecer constituinte (o acontecer que Constitui-a-ção!), originário da Constituição.

Esse acontecer não foi tornado visível, porque, no prévio des-velamento - que é condição de possibilidade deste-tornar-visível -, impregnado pelo sentido 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 jurídicos-políticos, como a igualdade, a redução da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais, etc.). Por isso e em consequência, o jurista encontra-se em face do seguinte dilema: como pode o ente "Constituição" vir à presença do agir-cotidiano-dos-juristas e nela permanecer? (*STRECK, 2003, p. 285 e ss*)

E continua sua exposição:

Para romper com essa tradição inautêntica, no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, afigura-se necessário, antes de tudo, compreender o sentido de Constituição. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta lei maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição. Nesse sentido, deixo claro no desenvolvimento desta obra que assumo uma postura substancialista, onde o judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo.

Proponho, assim, o que Garcia Herrera magnificamente conceitua como "resistência constitucional", entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas.

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

Dito de outro modo, em termos jurídicos, nada pode ser se não for constitucionalmente legítimo. O ente só se manifestará se nele for levado a mostrar-se o ser da Constituição, isto porque o ser se dá sempre e somente enquanto ser de um ente, podendo nele ocultar-se. Conseqüentemente, não há (verá) ente jurídico sem o ser constitucionalizado/constitucionalizante, que nele deve ser mostrado. (*STRECK, 2003, p. 288 e ss*)

Já para Dworkin, tal decisão tomada por bases principiológicas, entendendo ser legítima tanto a união estável, como também no caso de sua dissolução serem contemplados direitos atinentes ao Direito de Família, representam, em verdade, o Direito como integridade; – e aqui aproximando-se muito do acontecer do Direito –, ambos ligados à faticidade; como aquele Direito que passa a integrar as relações sociais pelo seu próprio acontecer.

Dworkin em sua busca por melhor entender o Direito, apresenta uma teoria pela qual o Direito vem a ser integridade. Esta idéia faz com que o conteúdo do Direito não dependa de convenções especiais ou de ações independentes, mas de interpretações mais sofisticadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

O princípio da integridade mostra-se, sobretudo, nos julgamento em casos concretos, uma vez que é de uma perspectiva interna que se pode avaliar seu impacto, reconhecendo a força que possui a integridade na busca pela única e verdadeira resposta correta no Direito. A integridade preceitua a busca por decisões dos casos chamados difíceis, tentando encontrar a melhor interpretação, que se dá na situação hermenêutica, para o Direito. Ensina o cátedro americano:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 2003, p.273)

Dworkin nesse compasso deixa claro:

O Direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar os ideais práticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O Direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo realismo. (...) 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: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. (DWORKIN, 2003, p. 274)

Pelo exposto, nota-se uma maior abrangência no processo de compreensão/interpretação que se sustenta pela utilização de princípios constitucionais, que, aliás, em Dworkin não possuem relação tudo ou nada, pelo contrário, são imanentes ao próprio Direito e têm sua força justificada constitucionalmente, a ponto de prevalecerem sobre regras positivadas. Sua consideração somada à tradição já demonstrada a tempos pela história, no concernente a existência de relações entre

peçoas de mesmo sexo, torna a verdade de uma decisão dessa natureza; integridade. Assim entende Cíntia Garabini:

A virtude da integridade aplica-se à concepção de equidade de uma comunidade, de justiça e do devido processo legal adjetivo, exigindo, respectivamente, que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada, que os princípios morais necessários para justificar a substância de uma das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito e insistindo em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito. Segundo Dworkin, essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem que a integridade é a vida do direito tal qual o conhecemos. (LAGES, 2001, p. 46)

Na sua proximidade com o acontecer da Constituição de Streck, Cíntia estudando Dworkin leciona:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Para o direito como integridade, as afirmações jurídicas são tanto opiniões interpretativas voltadas para o passado quanto para o futuro, porém o que impulsiona tal consideração é a atualidade sob que se encontra o direito. (LAGES, 2001, p. 46)

Dworkin através de sua interpretação criativa e integrativa motiva o pensamento de Cíntia quando disserta:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional. Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. (DWORKIN, 2003, p. 305).

Ainda se faz importante ressaltar o valor dos princípios em Dworkin, fato que em conjunto com o acontecer do Direito em Lenio, sob nosso ponto de vista, e no qual acreditamos, sustenta o julgamento favorável tanto à tese da união estável entre pessoas de mesmo sexo quanto a seus desdobramentos. Para Dworkin os princípios constituem um direito por traz do próprio direito. É um direito que não é novo, já estava presente no ordenamento jurídico, ainda que de forma latente só esperando vir à tona. Princípios são padrões que devem ser observados, são exigências de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, apontam os caminhos a uma decisão. Ainda que, os princípios não são aplicados de forma disjuntiva e peremptória, como p.ex preceitua Alexy⁶, têm também uma dimensão de peso e emergem lentamente na sociedade.

É inteiramente plausível esta sustentação neste momento, pois como devem observar, tais assertivas de Dworkin e Streck, em conjunto com as idéias gadamerianas, conduziram, a nosso ver, o magistrado a proferir a única resposta correta deste caso, que, é, como já anteriormente vista, favorável à realidade vivida pela homossexualidade. Ou de outra forma, devido a tradição e aos aspectos culturais, assim como também ao advento da temporalidade, o Direito se organizou, e se organiza, para melhor conduzir situações como essas, bastante controversas.

Sobre a eminente faticidade, avaliando em paralelo o que para Dworkin é integridade, preleciona Lenio de acordo com sua idéia do acontecer da constituição:

É preciso, pois dizer o óbvio: a Constituição constitui; a Constituição vincula; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Afinal, como bem assinala Miguel Angel Pérez, uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: a que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios senão que, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. Mais do que isso, é preciso comunicar esse óbvio de que uma norma (texto) só será válida se estiver em conformidade com a lei maior! É, em síntese, o que se pode chamar de validade do texto condicionado a uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito. Esse óbvio, entretanto, é mera aparência, diria Heidegger, isto porque o óbvio, para manter-se "como" óbvio, deve permanecer escondido/ocultado. A obviedade somente exsurgirá "como" obviedade a

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

partir de seu des-velamento (algo como algo). E é, finalmente, esta a nossa tarefa des-velar as obviedades do óbvio! (STRECK, 2003, p. 310).

Ainda considerando-se a faticidade histórico-cultural da união estável entre pessoas de mesmo sexo, o Art. 5º da CF/88 – em outras palavras, o acontecer do Direito e ainda o Direito como Integridade – abarca a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza, e assim de seus direitos perante a lei. No I do Art. 5º da carta constitucional: “*homens e mulheres são iguais em Direitos e obrigações nos termos desta Constituição*” há, novamente, posição que é não somente legal/constitucional, mas atual e fática, no que pertine a compreensão e aceitação pelo Estado Democrático de Direito da união estável entre pessoas de mesmo sexo e seus desdobramentos. No X do mesmo texto: “*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas....*”; trata-se da confirmação constitucional da possibilidade, senão dela, mas da validade constitucional das uniões ora abordadas e de seus efeitos. Ainda, no XLII, o *racismo* citado, certamente pelo acontecer da Constituição e pelos valores atualmente considerados, implica também na questão da homossexualidade.

Não se permite mais desconhecer a existência de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações. São realidades que o judiciário não pode ignorar. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto buscando-se sempre a aplicação dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Pelo exposto, entendemos e corroboramos do pensamento dos julgadores que assim decidiram, que o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser compartilhado.

Observe, que também conforme entendimento de Dworkin, os argumentos utilizados pelo julgador, ao entender o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo e seus

efeitos jurídicos, de união e separação, centraram-se na prevalência dos princípios em face das regras, princípios estes formadores do ordenamento constitucional pátrio, entendido pelo professor Lenio como o *Acontecer da Constituição*.

A resposta obtida através da decisão proferida, em nosso entender, devido às considerações fáticas, devido aos aspectos culturais avaliados em nossa ordem jurídica, e nem só na nossa; pois é sabido e notório que em vários países, como p.ex. Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega, as uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo são entendidas como fatos e reguladas por leis que não só as autorizam, mas também regulam e normatizam toda sua existência; é a resposta que melhor verdade preconiza. Está consoante a atualidade cultural, jurídica, ética e moral do Estado brasileiro. Os princípios que a embasaram são pilares de sustentação de todo e qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, sendo a observação destes não só pertinente, mas necessária. A observação dos princípios de Direito é obrigatória, mesmo que não sejam regras – aplicação emergente para Dworkin -, pois para que regras existam, estas precisam estar em consonância com princípios. As regras é que determinam os mandamentos contidos nos princípios.

A decisão que acolhe a união estável entre pessoas de mesmo sexo e também seus efeitos em nosso entender realizam a melhor verdade frente à faticidade do caso decidendo. Considerar os princípios como normas aplicáveis aos casos concretos, não é só necessário, mas se configura em mandamento legal expresso no Art. 4º da LICC. É neste íterim, quando uma onda inovadora invade o mundo, trazendo consigo novos valores, afastando preceitos arcaicos, alterando conceitos e propondo à modernidade uma tranquilidade científica no que tange as relações humanas, que as mudanças devem ser recebidas como avanços, representando amadurecimento jurídico e cultural, ambos ligados à tradição, proporcionando aos sujeitos de direito a realização

plena de seus anseios em conformidade com um Direito atual e moderno que defende suas instituições democráticas.

2.3- CONTRA O MÉTODO DECISIONAL: UMA CRÍTICA À SUBSUNÇÃO NORMA-CASO

Interpretar não é colocar capas de sentido aos “casos”; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural. Construir modelos de interpretação significa engessar, obstruir o processo de compreensão. É impossível criar um meta-método ou meta-critério que possa ser em si um critério de normatividade com objetivo de substituir o operar do processo de compreensão.

Não existe uma “mágica” que ao ser invocada normatize compreensões/interpreteções, o modo de ser da hermenêutica conduz à rejeição de qualquer modelo cognoscitivo e remete a articulação de um modelo de circularidade que se atém à condição do ser em si de estar no mundo.

É como se algo tentasse convencer da impossibilidade da existência de um método fundamental, que possa servir como fundamento último de todo o processo hermenêutico - interpretativo. Hermenêutica não é método, se o fosse tornar-se-ia refém da metafísica, sempre à procura do último fundamento. Hermenêutica não é subsunção do particular ao geral. Apesar de ainda calcar-se neste tipo de procedimento a hermenêutica de cunho reprodutivo, sustentada pelo processo subsuntivo-dedutivo, tem no método seu apogeu, seu supremo momento; e no alicerce dessa teoria está a subjetividade.

Hermenêutica não é isso, hermenêutica é filosofia. O intérprete não dispõe de argumentos, não existem capas de sentido depositadas em algum lugar, algum banco, ou reservatório lingüístico, à disposição do intérprete, prontas para serem acopladas a pretensa nudez dos textos ou escritos quaisquer. Não existem fórmulas capazes de dar fim à compreensão/interpretação.

O sentido/compreensão é condição de possibilidade e não uma propriedade colocada sobre ou atrás de algo que paira em uma espécie de lugar entre a faticidade e sua compreensão/interpretação. Tal construção seria admitir a existência de dualidades tais como questão de direito-questão de fato, subjetividade-objetividade etc. O que existe é tão somente o *DASEIN* como fator que condiciona, possibilita o único interpretar/compreender. Sua justificativa está nele próprio.

Isso quer dizer que num mesmo momento coexistem e existem autonomamente o intérprete e o algo a se interpretar, ambos fazem parte de uma dada linguisticidade. Não se trata de colocar algo como o objeto a ser interpretado e o intérprete como seu observador exterior. Ao contrário, este momento é uno. O intérprete não possui a linguagem; é a linguagem que o possui, desde sempre; é, enfim, aquilo que carrega o intérprete. Ou, como aduz Gadamer (2003), a experiência não se verifica primeiro sem palavras para se tornar depois, através de designação, em objeto de reflexão. Pertencem, antes, a própria experiência o procurar e o encontrar as palavras que a exprimam. Procura-se a palavra correta, isto é, a palavra que pertence realmente à coisa, de modo que ela própria advém assim à palavra. É de suma importância, neste diapasão, considerar o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método sempre chega tarde (lembre-se que quando alguém interpreta de um determinado modo baseado em um modelo hermenêutico o *DASEIN* já se pronunciou, pois é condição de possibilidade). Pode-se aqui entender as decisões anteriormente proferidas dentro de suas respectivas

normatividades, ou seja, a norma é sempre o produto da interpretação de uma faticidade e não está contida nela.

A decisão já aparece na "sua própria norma", produto da atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, não existe um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido surge da faticidade (situação hermenêutica), da tradição em que está inserido, da fusão de horizontes, do momento histórico efetual, enfim, junto à sua condição de possibilidade. A decisão é, assim, a construção hermenêutica do sentido advindo da tradição. É, pois, a aplicação, oriunda de Pré-juízos do intérprete sobre a "coisa" interpretada.

Há sempre um sentido que se antecipa e, portanto, é condição de possibilidade: antes de tudo, a decisão é realidade cognoscitiva. De outra maneira, a decisão e sua compreensão/interpretação são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir uma sem a outra.

É neste sentido que, para Gadamer, compreender é mais do que um modo de conhecer é um modo de ser. Compreender não depende de método algum, mas sim de “filosofar”. Não que filosofar seja simples e comum compreensão de qualquer “coisa”, pelo contrário, é concretude, faticidade, conforme preceitua Gadamer.

Os juristas, já há algum tempo, movidos por uma preocupação advinda da ineficiência demonstrada pelos métodos utilizados pela ciência interpretativa até então, começam a questionar a validade dos mesmos. O formalismo se mostra ineficaz à resolução dos conflitos que se apresentam. A mera subsunção da lei ao caso concreto, fato que ainda, e em abundante escala, povoa o pensamento de muitos juristas, e contrariamente à idéia da verdade em Gadamer, atende ao imperativo da segurança jurídica, segundo os positivistas, no entanto, por vezes se mostra ineficiente diante das complexidades dos casos concretos, gerando, no mais das vezes, injustiças materiais. É justamente no contexto de falência do método formal oriundo das ciências naturais é

que ganha relevo a "hermenêutica da verdade" apresentada por Gadamer em *Verdade e Método*, com o objetivo principal de pacificar os conflitos. Se antes o juiz era tido como mero aplicador da letra da lei, agora o papel dele é ampliado. Não basta apenas o convencimento da comunidade jurídica é preciso também convencer a sociedade na sua inteireza.

Decisões judiciais nem sempre se traduzem em decisões justas, haja vista, p.ex, o horror e as atrocidades praticadas pelo Estado Alemão sob o comando de Adolf Hitler. Portanto, é neste contexto de incapacidade dos métodos de fornecer respostas satisfatórias aos litígios que a hermenêutica juntamente com a atuação dos juízes têm suas funções hipertrofiadas. É impossível ao legislador a previsão de peculiaridades que só poderão ser observadas diante de uma cuidadosa análise da situação fática ocorrida. Somente através das provas e demais elementos conformadores do caso concreto é que se têm condições para avaliar a melhor decisão a ser tomada. Isto não significa dizer que poderá o magistrado agir de forma arbitrária, quer-se ao contrário, que haja o respeito à lei, sem, contudo, desconsiderar aspectos relevantes do caso a fim de que se construam decisões efetivamente satisfatórias não somente do ponto de vista jurídico como também social. É a hermenêutica um meio de que se deve valer o julgador para desempenhar a sua função, a qual ganha novos contornos diante das inúmeras exigências impostas pelas demandas sociais.

Nesta seara, todo o contexto antevisto, se re-enquadra. Observa-se aqui a relevância da pré-compreensão, da dialética pergunta-resposta, da tradição, da fusão de horizontes e da linguagem como o médium responsável pela extração da verdade em cada caso decidendo. O próprio diálogo socrático-platônico já mencionado demonstra pela arte do perguntar e responder a importância de se obter a verdade através da faticidade. Questionamentos em abstrato são questionamentos vagos, não determinantes de nenhuma verdade fática. (*APPLICATIO*)

Cumpra dizer que a adesão à tese da verdade demonstra, em toda sua plenitude, a manifestação por si mesma da verdade no caso decidendo.

Como já dito, a "hermenêutica da verdade" assume um papel fundamental na construção de um direito verdadeiro, que se pretende democrático. A complexidade social somada à multiplicidade de visões acerca do que seja uma melhor decisão, faz da compreensão/interpretação um poderoso instrumento racional de construção de decisões judiciais. A motivação das decisões por meio de *realizar o melhor Direito* se faz imperativa, não sendo mais possível uma simples aplicação silogística da lei sem considerar as especificidades da situação concreta. Até mesmo porque não há como ser diferente, pois cada decisão proferida emana de si, de sua situação hermenêutica, sua unicidade. Esta unicidade, ainda somada à busca pelo melhor Direito, fazem da decisão prolatada a resposta correta, e única além do exposto, também por ser oriunda do caso concreto. São, então, duas as teorias que possibilitam entender que no Direito há somente uma resposta correta, e não apenas respostas. Contudo o que caracteriza a teoria gadameriana é a existência do *Dasein*, a situação hermenêutica que é individual no que tange ao aspecto da tradição, horizonte histórico, momento histórico efetual, e que, também como já anteriormente aludido, *o falar por si*: “...se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo”.

2.4. A EXISTÊNCIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

No Direito existe apenas uma resposta correta ou apenas respostas corretas? À luz do pensamento gadameriano será trazido à baila a discussão proposta, e já de antemão, não prematuramente pois já discorreremos sobre o pensamento das Verdades e dos Métodos junto às

decisões judiciais, será aduzida a resposta positiva, uma vez que para Gadamer as situações hermenêuticas são individualizadas, e assim também devem ser as respostas.

A toda e qualquer ação, corresponde uma reação. Esta imutável lei da física remete o pensamento do leitor a considerar várias hipóteses, como p.ex, a provocação do judiciário por qualquer sujeito de Direito que sinta alguma ofensa a seus Direitos. Nos casos narrados anteriormente isto é notório. Verifique-se que várias são as realidades, ou em outras palavras, o momento histórico efetual no que pertine à individualidade de situações, por mais que sejam idênticas. Os sujeitos são únicos, a relação vivida é única, as peculiaridades de cada acontecimento são únicas, assim como o desfecho de cada uma delas. Trata-se da faticidade no Direito.

Partindo dessa premissa que considera a unicidade de cada situação, abrem-se as portas para a compreensão/interpretação de cada situação em sua verdade, avaliada de forma ímpar.

Considerando a teoria do horizonte histórica leciona Rodolfo Viana:

(...) toda forma de compreensão é historicamente situada, de sorte que sua possibilidade de realização se dá apenas no contexto do horizonte daquele que se dispõe a conhecer.

O horizonte demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos. (PEREIRA, 2001, p. 26,27)

Ou ainda conforme o próprio Gadamer citado por Pereira (2001):

“Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. (...) Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas o poder ver para além disso. (PEREIRA, 2001, P.27)

A compreensão é sempre única, enraizada na situação hermenêutica do sujeito, numa espécie de espaço comum a todos que desejem conhecer e na medida em que conhecem. Une-se ao conjunto de experiências arraigadas na história que formam um arcabouço de visões, e pré-moldam as interações intelectivas com os fatos à frente do hermeneuta. É de extremo valor considerar novamente neste momento que, anteriormente, o sentido/compreensão se dava nas coisas, hoje é na própria linguagem, que atua como médium cognoscitivo entre o sujeito e o objeto. Ainda que, lembrando também, neste momento atuam concomitantemente a compreensão, a interpretação e a aplicação, sendo que principalmente neste último se encontra o grande trunfo para sustentação daqueles que acreditam na tese da única resposta correta. É na linguagem que se encontra a viragem lingüística. O intérprete não possui linguagem, mas sim a linguagem o possui. O sentido de algo é único, não se desloca da coisa, fazendo da interpretação um constante recriar, e a cada recriar uma nova criação. É como se se conhecesse a interpretação como resultado de seu resultado, porém cada resultado possui autonomia, individualidade; enfim, é único.

Ao observar a decisão judicial de cada caso concreto tem-se a certeza de que aquela decisão é também algo único, resultado da interpretação/aplicação de um caso também único. É na materialidade de cada situação hermenêutica que se extrai sua resposta, ou seja, que a resposta *ex surge* do próprio caso.

O que se verifica, então, é a resposta hermeneuticamente correta. Não se busca na concretude de cada caso qual a resposta melhor, e sim encontrar a resposta hermeneuticamente correta.

Submetem-se estes escritos ao preceito de que a condição do ser humano é uma condição hermenêutica, a compreensão é o modo de ser da existência humana, sua possibilidade só se dá, pois, na circunstância do horizonte histórico considerando todos os demais aspectos já discutidos.

Assim sendo, o homem, ao compreender/interpretar qualquer fenômeno, já possui um sentido que é, antecipado em si, uma antecipação prévia de sentido, influenciada pela tradição e por todos os elementos ora considerados. Devido a esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno; ou seja, o método não cumpre a correta maneira de interpretar, não consegue atingir a verdade de cada caso concreto; não consegue proporcionar ao Direito nenhum tipo de resposta firme, pungente, verdadeira, mas somente criar a ilusão de que várias respostas existem.

Preciso, à este tempo, considerar a alusão à segurança jurídica preconizada pelo positivismo jurídico como sustentáculo da tese da única resposta correta, pois já não é de hoje que a sustentação desta vertente intenta sobrepor-se a verdadeira tese da única resposta. O iluminismo, que, na sua pretensão de explorar o mundo a partir da crença absoluta em uma razão dissociada da história, achou possível empreender a tarefa de isolar o conhecimento de todo pré-conceito, momento histórico efetual, situação hermenêutica etc..., entendendo esses como fatores a serem expurgados da análise, por meio de um procedimento objetivo e cientificamente controlado (subsunção caso-norma).

Assevera Gadamer:

Sobre ele (espírito do racionalismo imanente ao iluminismo) repousa o descrédito dos pré-conceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente.

A ciência moderna, que escolheu esse lema, segue assim o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, e a concepção do método, que faz jus a essa exigência. (GADAMER, 1998, p. 408)

A partir dessa criação, Gadamer pode demonstrar que o que fez o iluminismo, na medida em que não vislumbrou no preconceito a condição mesma do realizar-se da compreensão, foi usar seu próprio pré-conceito contra o preconceito. Preleciona ele:

Pois há realmente um pré-conceito do Aufklärung (iluminismo) que suporta e determina sua essência: esse pré-conceito básico do Aufklärung é o pré-conceito contra os pré-conceitos, enquanto tais (...). (GADAMER, 1998, p. 408)

Com o enfraquecimento da tese da existência de várias respostas corretas no Direito pelo advento da teoria da verdade, a decisão judicial ganha status de verdade intocável e absoluta. Conhecê-la desta maneira é menos um método através da qual a consciência histórica se aproximaria do objeto eleito para alcançar seu conhecimento do que um processo que tem como pressuposição estar dentro de um acontecer da tradição. A própria compreensão/interpretação se mostrou como um acontecer. É desta maneira que a interpretação jurídica se funde conformando-se numa resposta única, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário.

Gadamer constrói a seguinte analogia:

Ninguém irá encenar um drama, recitar um poema ou executar uma composição musical se não o fizer compreendendo o sentido originário do texto, mantendo-o como referência de sua reprodução ou interpretação. Mas, pelo mesmo motivo, ninguém poderia realizar essa interpretação reprodutiva sem levar em conta, nessa transposição do texto para uma forma sensível, aquele outro momento normativo que limita as exigências de uma reprodução estilisticamente justa em virtude das preferências de estilo do próprio presente. Si nos conscientizarmos de como a tradução de textos estrangeiros ou mesmo sua reformulação poética, assim como também a correta declamação de textos, realizam por si mesmas um desempenho explicativo parecido ao da interpretação filológica, de maneira que não existem de fato fronteiras nítidas entre um e outro, então já não poderemos evitar a conclusão de que a distinção entre a interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva não pode pretender uma validade de princípio, uma vez que circunscreve um fenômeno unitário. (GADAMER, 2003, p. 409, 410)

E reconstrói:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou do anúncio - e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer o seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente texto - lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre também aplicar. A hermenêutica deve refletir sobre a tensão que existe na relação entre a identidade da coisa comum e a situação mutável na qual a coisa deve ser compreendida.(GADAMER, 2003, p. 408)

Jean Grondin analisa:

“Le travail de l’histoire qui intéresse Gadamer n’est pas celui qui circonscrit un champ d’études distinct dans le domaine littéraire, ou l’étude de la postérité n’est conduite que dans une perspective historiographique. La conscience Gadamerienne du travail de l’histoire s’adresse plus immédiatement à la compréhension présente, celle qui cherche à prendre la mesure de ses propres possibilités d’intelligence. Au premier degré, la notion d’un travail de l’histoire traduit l’exigence d’une prise de conscience réfléchie de la situation herméneutique de compréhension. Seule une telle prise de conscience de notre conditionnement historique permet de contrôler l’efficacité de la tradition qui infiltre nos préjugés. (...) Au second degré donc, la notion d’un travail de l’histoire vient ainsi rappeler que nous sommes beaucoup plus soumis à l’histoire que nous pouvons en avoir conscience. Partout où nous comprenons, un efficacité de l’histoire est à l’œuvre, découpant silencieusement l’horizon indépassable de ce qui peut nous apparaître sensé et digne de question. Le travail de l’histoire fonctionne de cette manière comme l’instance suprême qui porte la compréhension et qui en détermine l’orientation, même là où cette détermination n’est pas aperçue pour elle-même.”⁷(GRONDIN, 1999, p. 172)

⁷ "O trabalho da história que interessa a Gadamer não é aquele que circunscreve um campo de estudos distinto no domínio literário, em que o estudo da posteridade somente é conduzido através de uma perspectiva historiográfica. A consciência gadameriana sobre o trabalho da história dirige-se mais imediatamente à compreensão do presente, àquela que procura medir suas próprias possibilidades de inteligência. Em primeiro plano, a noção de um trabalho de história traduz a necessidade de uma conscientização refletida sobre a situação hermenêutica de compreensão. Somente esta tomada de consciência de nosso condicionamento histórico permite controlar a eficácia da tradição que infiltra nossos pré-juízos. (...) Assim, em um segundo plano, a noção de um trabalho de história vem nos lembrar que somos muito mais submetidos à história do que possamos ter consciência. Sempre que compreendemos, estará em ação a eficácia da história recortando silenciosamente o horizonte intransponível do que nos pode parecer sensato e digno de questão. O trabalho da história funciona dessa maneira como a instância suprema que traz a compreensão e que determina sua orientação, mesmo onde essa determinação não seja por si mesma percebida."

Toda criação seja ela teatral, poética, musical ou jurídica possui, por si própria um propósito único; que é saber de si a partir de algo já previamente determinado. As decisões judiciais representam esse saber de si, são únicas e devem ser determinadas e entendidas como únicas respostas corretas no direito.

CAPÍTULO III

A CONCORDÂNCIA COM A VERDADE HERMENÊUTICA

3.1- OS DIREITOS CONTROVERSOS DE DWORKIN

A posição de Dworkin frente a aceitação, melhor dizendo, concordância com a tese da única resposta correta é assente a posição gadameriana, porém sua sustentação não é a mesma. Questões como princípios de direito, a atuação de precedentes e os *Hard Cases – casos difíceis* - são pontos cruciais para que Dworkin, em consonância com Gadamer no que tange a existência da única resposta correta no Direito, sustente seu posicionamento.

Para Dworkin a corrente que sustenta a tese de existirem respostas no Direito não é segura, pois pressupor que um argumento é melhor do que o outro, ou que um juiz ao julgar possui, sim, o melhor argumento não convenceria ninguém de que a decisão proferida seria a melhor, mais justa, mais equânime. A questão não é introduzir uma terceira pessoa para que avalie uma resposta no Direito e a determine como correta, mas sim sustentar a partir da verdade estabelecida em cada caso como única. Aduz Dworkin:

O mesmo acontece com um juiz que depara com um processo judicial difícil. Mesmo havendo, em princípio, uma teoria do direito superior às outras e, portanto, uma única resposta correta a um caso difícil, esta resposta está trancafiada no céu do filósofo do direito, inacessível tanto aos leigos quanto aos advogados e juízes. Cada um pode ter apenas sua própria opinião, e a opinião do juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer outra pessoa.(DWORKIN, 2002, p. 431)

Interessante abordar que, tanto em Gadamer quanto em Dworkin, se busca na idéia da única resposta correta no Direito a relação necessária entre a decisão, enquanto resposta, e sua verdade, enquanto sustentáculo dessa resposta. A filosofia jurídica de Dworkin ressalta o caráter hermenêutico da ciência jurídica e a necessidade de que esta tenha uma atitude interpretativa, para fazer oposição ao caráter descritivo e abstrato do positivismo jurídico não consoante com a verdade historicamente auferida. Ele assume não somente uma postura hermenêutica, mas uma postura hermenêutico-crítica em relação ao direito enquanto sistema. Dworkin tem constantemente levantado que o direito não pode ser separado da política e da moral e que, como resultado, a natureza controvertida da interpretação jurídica não pode ser evitada. Para Dworkin a ciência jurídica deve ser entendida dentro de uma perspectiva hermenêutica.

A alusão a Dworkin, de maneira alguma serve para confirmar a posição de Gadamer referente a obtenção da verdade a partir da situação hermenêutica, o que os aproxima é acreditar na tese da única resposta correta e entenderem que é na interpretação que se realiza o verdadeiro Direito. Pode-se arriscar a dizer que para ambos o conceito de Direito é interpretativo.

Direito em Dworkin é integridade. Este princípio mostra-se soberano, sobretudo nos julgamentos, uma vez que é de uma perspectiva interna, a do juiz, que se pode avaliar seu impacto, reconhecendo a força superior da integridade na prestação jurisdicional. Cíntia Garabini Lages, estudando Dworkin constrói o seguinte raciocínio:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade, pois aqui o direito é integridade, decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

A fundamentação da teoria da integridade faz-se pela reconstrução e crítica das teorias semânticas e interpretativas do direito, bem como pela demonstração de que as divergências quanto ao direito são, na verdade, divergências teóricas, ou seja, divergências quanto ao fundamento do direito. (LAGES, 2001. p. 36,37)

Note que neste ponto as teorias dworkiana e gadameriana convergem. Em outras palavras, ambos concordam que não se deve considerar o Direito em abstrato, mas somente no caso decidendo.

Cíntia continua:

Advogados e juízes, de acordo com Dworkin, quando divergem, divergem sobre os fundamentos do direito, e não sobre questões de fato, assim o autor busca explicar todo o caminho empreendido até a consagração da teoria da integridade como a teoria que oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.(LAGES, 2001, p. 37)

Não se deve compreender, já neste estágio de discernimento, que Dworkin assume postura, ou é repetidor das teses de Gadamer. Eles possuem pontos em comum, como também divergências notórias, como p.ex, a argumentação e justificação contidas em Dworkin nem de perto são traços gadamerianos. Novamente é conveniente enfatizar: o que se almeja com a consideração mútua das teorias de Gadamer e Dworkin é demonstrar a existência da tese da única resposta correta no Direito, e mais, sua força e lugar conquistado no mundo jurídico.

Advogados e juízes, ao discutirem casos difíceis como o caso Elmer ou o caso McLoughlin⁸, divergem, na verdade, sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira,

⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Os casos aludidos estão relacionados na edição supra, capítulo I, às págs. 20 e 29. Ressalte-se ainda que, não é intenção desta etapa justificar ou tratar os autores trabalhados como detentores da mesma linha de pensamento em seu todo. Há sim, algo que os aproxima, mas também há algo que afasta suas idéias. Porém acreditamos ser de extrema valia estas considerações, uma vez que a tese da verdade hermenêutica e a tese da única resposta correta no Direito sofrem demasiada crítica. Para uma categoria de juristas, estas proposições tratam-se de fantasias e engodo. Contudo como próprio Professor Dworkin aduz: “Já não fica tão claro que o senso comum ou o realismo justifiquem a objeção segundo a qual num caso difícil (caso concreto) não pode haver uma resposta correta, mas apenas uma série de respostas aceitáveis. O argumento prático em favor desta afirmação é equivocado. O argumento teórico é contestado pelas aptidões daqueles que o articulam, e não podem nem mesmo ser enunciado sem que suas afirmações se desintegram no mesmo fundamento que pretende contestar. Alguns leitores não se deixaram convencer. É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil (decidendo), uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por que? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isto explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente

não somente na superfície, mas em sua essência também. Dworkin procurará confrontar o argumento positivista, (segurança jurídica - método) utilizando-se de um elemento filosófico: a interpretação. Num primeiro momento ele enfrenta a questão da existência de várias respostas no Direito levantando uma questão: Será justo, certo, coerente, sensato que o Estado faça valer a decisão de um determinado grupo de juízes num caso concreto, mesmo que um outro grupo de juízes igualmente criteriosos e competentes tenha chegado a uma decisão diferente? A questão, objeto deste impasse, gira em torno não de admitir a existência de várias respostas, mas concorda com a única resposta correta de cada situação, pois para cada caso decidendo o que vale é a melhor resposta e não qual resposta é a melhor. Não se parte da confrontação das duas respostas, mas sim da situação hermenêutica em si de cada uma. Para o dado momento histórico efetual junto à fusão de horizontes, através da linguagem, a decisão proferida é a representação da verdade hermenêutica, é a única resposta correta. É útil tomar cada proposição como única, porque são, e descrever as condições especiais de verdade de cada um de seus empreendimentos.

As proposições do Direito controversas – tese que sustenta as várias respostas – afirmam ou negam a existência de um Direito jurídico. A controvérsia diz respeito exatamente, a saber, se a afirmação ou negação são corretas. No instante em que se chega a esta consciência isola-se a possibilidade de várias respostas, porque necessariamente será atribuída a melhor conformação de verdade junto ao caso decidendo.

Outro ponto de similitude entre Gadamer e Dworkin é a questão da pré-interpretação em Dworkin, o que para Gadamer é o pré-conceito. Dworkin, seguindo neste instante a linha de Gadamer, abarca a não existência de conhecimento, qualquer que seja, sem uma pré-compreensão. Segundo Dworkin, o conceito prévio é condição para o conhecimento. Nesta fase

o argumento teórico. O "mito" de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito."

são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação⁹.

3.2- LÊNIO STRECK E SEU APOIO À TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA NO DIREITO. UMA RE-INTERPRETAÇÃO (HERMENÊUTICA) DA VERDADE GADAMERIANA

“Deve-se buscar a verdade na situação fática”. Foi com essas palavras que o Professor Lenio Streck encerrou sua aula, ministrada junto ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG em agosto de 2005. Relatando de forma gadameriana: *É na situação hermenêutica que se encontra a verdade.* A verdade é una, é a partir de cada situação que se obtém sua verdade. Grondin sustenta a possibilidade de se combinar a pretensão de verdade com o compreender diversamente. Gadamer se posiciona de maneira transparente sobre a situação: habitualmente compreende-se diversamente, pois novamente falamos sobre a verdade, quando aplicamos à nossa situação algo verdadeiro. Sem dúvida, cada intérprete, à sua maneira e diversamente, assim faz, a todo o tempo. Contudo, o que cada nova interpretação busca, é a sua verdade, sobre a qual, eventualmente, pode-se discutir. Lenio, analogamente à Gadamer (2003) exemplifica que, seria um curto-circuito histórico explicar como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. Assevera Grondin:

Para a hermenêutica, quando se falava do relativismo, este nunca passou de um fantasma, isto é, uma construção elaborada para nos provocar susto, mas que não existe. Na verdade, um relativismo, comumente entendido como a concepção

⁹ Dworkin se aproxima novamente de Gadamer ao perceber, de sua maneira, a necessidade e existência do círculo hermenêutico. Porém, diferentemente de Gadamer, o qual considera a compreensão/interpretação um único momento (*APPLICATIO*), Dworkin entende existir três momentos inerentes ao fenômeno da interpretação: uma etapa pré-interpretativa, uma segunda etapa interpretativa e por último uma etapa pós-interpretativa.

segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como não quer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, que as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros.

É preciso deixar claro, que jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas. (*GRONDIN, 1999, p. 158*)

Sobre o assunto Lenio Streck leciona:

O relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair-se da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança a verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ex negativo: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.

Numa palavra, e reafirmando o que já foi dito antes, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta¹⁰ não significa que não haja verdade alguma. Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta. (*STRECK, 2005, p. 134*)

Observa-se, pelo exposto, que o sentido é único, não se reproduz, mas se dá no tempo. É neste íterim que a resposta, e também a interpretação/compreensão, é a única correta, pois seria pouco provável, como, aliás, já pré-lecionava Newton que dois corpos possam ocupar um único lugar ao mesmo tempo, ou de outra maneira, é pouco provável que uma verdade em um caso concreto seja a mesma, por mais próxima que seja ela, do que outra qualquer; pois a situação

¹⁰ Aqui leia-se imutável, inabalável, ímpar. Este raciocínio foi tecido pela corrente de juristas não assente a tse da única resposta correta, mas sim de respostas corretas.

hermenêutica é única, não se repete. Os sentidos são atribuídos a partir da faticidade em que está inserido o intérprete. Os sentidos são temporais, daí a impossibilidade da reprodução deles.

Lenio Streck, sustenta o posicionamento gadameriano, e para isso postula:

O texto será sempre o "já normado" pelo intérprete. É por isso que um mesmo texto dará azo há várias normas. A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido a um texto. Este texto, porém repita-se não subsiste como "um ente disperso" no mundo. O texto só é na sua norma. Quando olhamos um texto, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que - e isto pode parecer complexo aos olhos do jurista inserido no sentido comum teórico -, no plano da filosofia hermenêutica aqui trabalhada, o ser será sempre o ser de um ente.

De um modo mais simples, é necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e objeto. Sua marca é o "ser-lançado" e a historicidade do *DASEIN*, enfim, a faticidade, que, como já citado anteriormente, leva à unicidade, unicidade existencial, interpretativa/compreensiva; o que torna a decisão judicial proferida, a única resposta correta.

O sentido hermenêutico depende sempre de um dado contexto, (applicatio) o que aqui significa, um dado caso; o caso decidendo. É possível, a partir do significado de bases de uma expressão, buscar indícios que apontem para a atribuição de sentidos, donde se extrai que essa atribuição nunca poderá ser oposta a ela mesma. (STRECK, 2005, p. 133 e ss)

Nota-se pela noção implementada que se trata de uma crítica à atual hermenêutica, senão, pelo menos, à forma de pensar hermenêutica de alguns juristas, o que intenta uma crítica ao próprio Direito. É como diz Lenio (2005), uma tentativa de desconstrução da metafísica (o que sustenta o método). A busca pela única resposta correta no Direito através da verdade busca desenraizar aquilo que foi enterrado, a verdade e, por conseguinte, a resposta correta.

A metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento, induz ao esquecimento da diferença, proposta por Heidegger, entre ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento induz ao erro na atividade interpretativa (método), o resultado disso é o predomínio desse; que resultou em uma tecnização absoluta, em uma cultura jurídica standardizada, no qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer, em sua faticidade e sim em estilos e formas habituais de interpretação, a qual não busca o ser em si de cada "coisa".

A busca pela verdade nas decisões judiciais e conseqüentemente no Direito propicia o desvelamento daquilo que no comportamento cotidiano se esconde. Buscar uma “verdadeira” compreensão/interpretação frente a cânones interpretativos fortemente antepostos aos olhos da maioria, determinando desta forma, uma busca desfocada, insegura e, como não poderia ser diferente, metódica. A consciência da situação hermenêutica em conjunto com a verdade pleiteada pelo ser em si, pelo *DASEIN*, determina um caminho de “realidade” na procura pela única resposta correta através da verdade. Afinal, como ensina o próprio Heidegger (1994), o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado. A linguagem, médium que proporciona a verdade, é a condição de possibilidade do saber, conhecer e agir. Assim não é difícil entender que, a única resposta correta no Direito se antecipa por algo que já sempre possuímos quando estamos compreendendo. Há sempre uma antecipação de sentido. A hermenêutica no Direito deve se sustentar pela linguagem, que é comandada pela coisa mesma, o que é extremamente importante para a ciência jurídica, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do Direito, por ser objetificador e pensar o Direito metafisicamente, esconde a coisa mesma, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Uma hermenêutica, ainda que se calque em métodos ou técnicas interpretativas fica bastante enfraquecida no universo lingüístico, se faz frágil, fato que desabona a existência de qualquer método interpretativo.

Tal assertiva fortalece demasiadamente a tese de que no Direito existe uma única resposta correta. Cada situação é a “coisa em si” e proporciona somente uma verdade. Não há que se considerar o relativismo, conforme já exposto, mas sim entender, devido às construções já sustentadas, cada caso como uma única situação hermenêutica, proporcionando no aspecto existência e prolação das decisões judiciais, uma única resposta correta. É necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção

distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto. Gadamer, para se contrapor à hermenêutica enquanto método, segundo a qual estabelece regras sobre como interpretar vai calcar sua tese em uma ontologia hermenêutica, a qual se fundamenta na faticidade e no modo de ser no mundo do intérprete¹¹.

Veja como Lenio Streck trata o assunto:

Compreender significa, primariamente, sentir-se entendido na coisa, que nada mais é do que a situação concreta de que fala a filosofia prática.

Quando o intérprete procede a adequação da lei às necessidades conjunturais que cercam o caso determinado, estará certamente realizando uma tarefa prática, diz Gadamer, lembrando que essa lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.

Claro que essa interpretação não se constitui em uma tradução arbitrária, isso porque compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente e válido. Este processo surge da relação do intérprete com a coisa em questão.

Isso implica entender que no conceito de uma determinada coisa não estão contidas, todas as espécies daquela coisa. De outro modo, no conceito de legítima defesa não está contida a essência de todas as hipóteses de legítima defesa; ou, ainda, no conceito de arma não estão contidas todas as espécies de armas. Analogamente, em todos os casos decididos, demandantes de soluções, a resposta correta é aquela dada pelo magistrado; fato que não impede, de acordo com a compreensão/interpretação de outro magistrado, que a resposta seja outra. O que a torna única e verdadeira é sua faticidade, sua relação linguagem/intérprete/objeto com o mundo, explicitada por si mesma.

É por tudo isso que o interpretar passou a significar *applicatio*, isto é, interpretar significa que estamos sempre diante de um determinado caso, de uma situação concreta, daquele caso, e que nunca é igual ao outro.

Assim, nos marcos teóricos aqui definidos, o processo de vir-à-fala, enfim, a manifestação do compreendido por intermédio de uma racionalidade discursiva-argumentativa, estará circunscrita aos limites da circularidade hermenêutica, recusando-se qualquer possibilidade de deducionismos a partir de pautas normativas de cariz procedimental. Afinal, se ser que pode ser compreendido é linguagem - porque, como a linguagem não abarca tudo, sempre sobra um resto sobre o qual eu não posso falar, é possível afirmar, a partir da fenomenologia hermenêutica, que somente posso falar sobre aquilo que consigo compreender.

Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. Explicitar o compreendido será tarefa assim de uma filosofia prática, de um saber

¹¹ Todo desenvolvimento até aqui apresentado, busca, conforme opiniões de Lenio Streck, sempre apoiado em Gadamer, desenvolver a idéia de que no Direito não existem apenas respostas, mas somente uma única resposta correta. Na construção do texto relativo ao aspecto da unicidade da decisão, procuramos, pelo apoio de Lenio às idéias de Gadamer, compatibilizar a única resposta à unicidade da decisão, que no Direito é a resposta correta, e, sobretudo única, pois num caso decidendo não pode haver mais de uma decisão. A partir do momento em que ela é proferida, somente ela é a decisão apaziguadora da lide. Através das considerações formuladas concordamos realmente com a doutrina gadameriana da única resposta correta. Existe somente uma verdade na decisão proferida pelos magistrados, o que a torna única. E, por fim, é através desta faticidade que todo processo hermenêutico se desfêça, o que proporciona a única resposta correta.

constitutivamente ligado a uma situação particular, irrepetível. (STRECK, 2005, p. 148 e ss)

O que Gadamer nos proporciona é, nada mais, nada menos que inserir a interpretação num dado contexto, num algo de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que compreender/interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. Novamente preleciona Streck:

Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico. A verdade aparece como um acontecimento da linguagem. Acontecer para Gadamer significa: a verdade não está aí propriamente ante nós de uma maneira imediata. É algo que acontece na forma de relacionar-nos com as coisas e na forma em que as coisas interpelam a nós. Esse acontecer da verdade ocorre fenomenologicamente. Hermenêutica será, assim, o ex surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete.

Essa faticidade e historicidade é o locus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. (STRECK, 2003, p. 207,208)

E continua:

Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia, que já une todas as partes do sistema. Como a hermenêutica de matriz gadameriana não é um método e, assim, filosofia, é a condição-de-ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido. A pergunta pelo sentido do texto é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. Não se interpreta, assim, um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que aqui mais nos interessa, a decisão). (grifo nosso)

Aqui, interessa compreender que, a norma, é sempre o resultado da interpretação de um texto. Em outras palavras, a decisão judicial é sempre o resultado da interpretação de um caso concreto; contem sua verdade, por isso é única.(grifo nosso)

É neste ponto que reside o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica. O mestre alemão é claro ao dizer que é impossível reproduzir sentidos. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). (STRECK, 2003, p. 208, 209)

Arremata seu raciocínio aduzindo:

Gadamer vai dizer, a partir disto, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete se equiparar ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Schleiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica e equiparação entre vigência e validade, entre texto e a norma. (STRECK, 2003, p. 209)

Apoiado no sustentáculo lingüístico e definitivamente abolindo a reprodução de sentidos, torna-se clara a tarefa de interpretar a lei. Ela passa a ser uma tarefa criativa, atribuidora de sentidos. Nesta seara, o discurso gadameriano no que tange à interpretação da lei, passa a ser uma tarefa criativa, pois se dá somente em sua concretude, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma. O fundamento desse acontecimento é o modo de ser, que decorre da faticidade e da historicidade do intérprete.

Para Gadamer, a situação hermenêutica é similar para o historiador e para o jurista: frente a um texto, todos nos encontramos em uma determinada expectativa de sentido imediata. Não há acesso imediato ao objeto histórico, capaz de proporcionar-nos objetivamente seu lugar de valoração. Só há valor histórico quando o passado é entendido em sua continuidade com o presente, é isto o que realiza o jurista em seu trabalho prático-normativo. Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

Assim, quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz é o que de todos os modos têm lugar em qualquer forma de compreensão. Esta compreensão se dá no modo de ser do intérprete. E este intérprete é um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros. Por isto a hermenêutica

será faticidade. Por isto em cada decisão judicial tem-se uma verdade, fato que a torna única, que a consagra como única resposta correta no Direito.

O processo interpretativo não dependerá de uma linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e o algo a ser compreendido. Linguagem não é ferramenta, é *DASEIN*, e constituidora do mundo. Inserido nesse mundo o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. No compreendido está o compreendedor. Cada interpretação é uma nova interpretação, cada decisão judicial é uma nova decisão judicial, cada texto jurídico gera novos sentidos.

A prática interpretativa apoiada em casos concretos e, como já visto, propicia individualizar a situação a ser interpretada. O ponto de partida para que se chegue à conclusão da existência da única resposta correta no direito, ou de outra forma, da verdade manifestada nas decisões judiciais têm como matriz os casos decididos. As antecipações, pré compreensões de sentidos se dão, justamente, nos casos concretos. São eles, o primeiro comando da interpretação. A concordância com essa afirmação delega proteção contra o arbítrio das idéias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e faz dirigir o olhar "para as coisas mesmas". A tarefa assim colocada para a compreensão/interpretação é conseguinte a verdade imanente nas decisões judiciais, é, sobretudo, uma tarefa que emerge do caso concreto e, em continuo dar e tomar, entender e conhecer, compreender e interpretar.

Neste diapasão o direito passa a ser compreendido como linguagem. Em um primeiro momento, na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas; posteriormente na metafísica moderna, a preocupação era com o pensar, com a consciência; já no paradigma atual o cerne da questão é a linguagem, a preocupação é com a palavra. Assim, com a linguagem assumindo o centro das atenções, parte-se para compreender que a mesma não está à disposição do sujeito,

mas sim o sujeito é que depende da linguagem. O mensageiro já vem com a mensagem, Hérmes já possui o dom de entender os humanos e relatar aos deuses suas falas, no conto está o contador.

Dito de outra forma: a hermenêutica jurídica passa a ser a hermenêutica da faticidade. Contrariamente aos dualismos metafísicos, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. O que se sustenta hodiernamente é uma relação lingüística. É na linguagem que a verdade se instaura.

O comprometimento do intérprete é fator preponderante para a atuação de uma hermenêutica jurídica da faticidade. As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não há como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado.

Como já preceituado anteriormente, deve-se compreender para depois interpretar, sendo que a compreensão é dependente de pré-conceitos cujo sujeito já deve carregar consigo. Por isto a compreensão, e aqui fazemos uma analogia à verdade nas decisões, necessariamente será um existencial. O intérprete não se pergunta por que compreende, porque ao compreender, já compreendeu; assim como o hermenêuta, ao se deparar com um caso concreto não irá buscar interpretá-lo, pois é pré-condicionado a interpretar, pois já compreendeu. Daí a importância da tradição (faticidade), no lugar de inserção do homem. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender/interpretar o mundo.

A norma, e aqui leia-se decisão, será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o plus que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma, donde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária diferença entre ambos.

Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica - a verdade nas decisões judiciais - nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto - caso concreto -, quer dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo (verdade nas decisões judiciais) é o sentido do ser do ente (caso concreto). É possível afirmar que, quando se fala da norma que surge do texto não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes, mas sim um procedimento unificado no qual Gadamer intitula *applicatio*. A norma não é uma capa de sentido que existe apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já surge normado, a partir do *DASEIN*, da condição de ser-no-mundo. Por isto, é conveniente repetir, que não se pode negar a tradição, a faticidade e a historicidade, onde a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa normação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, e temendo ser repetitivo, passo às considerações finais deste ensaio.

Compreender, conforme debate exaustivo, é questão central para atribuição da verdade nas decisões judiciais. O presente texto procurou, a todo o tempo, demonstrar que o processo interpretativo implica sempre uma produção de sentido, a partir da apropriação pelo intérprete, que, para tanto, tem na compreensão a condição de possibilidade desse ato interpretativo. Não há domínio sobre a compreensão. Ela se dá, a partir da condição de ser no mundo do intérprete. E isto é fato. A leitura ou re-leitura desse fato, o que para nós se dá a partir do caso concreto, é fonte de toda prolação das decisões judiciais. O magistrado não possui motivação, e nem seria útil, e muito menos inteligível que fossem decididos casos em abstrato, por isso é no caso concreto, como, aliás, já foi dito, que se interpreta. Esta assertiva vem corroborar o pensamento daqueles que entendem que no direito existe apenas uma resposta correta, pois é somente no caso decidendo que se deve materializar uma interpretação. É a partir do texto, do que ele expõe ao intérprete, que se conhece, compreende/interpreta.

Nos casos concretos, tomados como exemplo, verifica-se que a decisão que contempla a união estável entre pessoas de mesmo sexo, juntamente com todos os seus efeitos retrata a verdade e conseqüentemente a resposta correta da situação fática interpretada. Interessante ressaltar que, por mais que sejam similares os casos, as decisões tomaram sentidos contrários, o que não as invalida, não as torna uma mais correta e outra menos correta; ou muito menos apóia a tese de que no Direito existem apenas respostas. Os valores ao qual o Direito se filia são valores considerados no tempo, na tradição histórica com clivagem social, a qual é responsável pelo desenvolvimento do Estado democrático. Sopesar o acerto ou o maior acerto de determinadas

respostas no Direito é muito mais uma tarefa dessa realidade histórica e dessa clivagem social do que outra coisa qualquer. Não se trata de um poder discricionário conferido ao magistrado, mas sim da faticidade vinculada ao momento histórico efetual, ao perguntar e ao responder constantes que, em seu movimento dialógico, abre e fecha portas, clareia e escurece caminhos, possibilita e dificulta a tarefa da hermenêutica. O equívoco manifestado pela corrente de juristas que não apóia a tese da existência da única resposta correta está, justamente, em não perceberem que a resposta é única, pois o caso avaliado também é único. A verdade na decisão sobressai de si mesma da faticidade, pois ao dizer que irá interpretar aquele caso concreto, o magistrado já interpretou. O *Dasein* já se pronunciou a tempo, é condição de possibilidade.

Nesta seara preleciona Lenio Streck:

Fica claro, o porque de a hermenêutica não ser o método, e, sim, filosofia. E, como se sabe, filosofia não é a lógica. Na contramão, a metodologia - que será sempre epistemológico-procedimental - pretende estabelecer regras acerca de como devemos interpretar, buscando, para tanto, um fundamento último que de segurança a comunidade jurídica. Confundem-se, aí, os diferentes *standards* de racionalidade.

Daí a necessidade de que denunciemos a tradição metafísica que (ainda) predomina o imaginário dos juristas, que buscam na filosofia (apenas) um ornamento para os seus discursos. Afinal, como lembra Stein, é na modernidade que se dá início a pergunta pelos procedimentos a serem utilizados na filosofia, exatamente quando entra em cena a crise do fundamento. Se antes da revolução moderna do método a filosofia se apresentava como conhecimento metafísico, com o passar do tempo ela passa a ser uma metafísica do conhecimento. Assim, o método passa a significar o modo por excelência para resolver o problema do conhecimento, encontrando uma solução para o dualismo da metafísica ocidental.

É neste ponto que a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da idéia de que a dualidade metodológica de explicar e compreender será sempre precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade.

Por isso o equívoco de quem diz que, primeiro decide e, só depois fundamenta. O contraponto a esse equívoco - presente no imaginário dos juristas - atravessa o presente texto em toda a sua dimensão: não compreendemos por que interpretamos. Na verdade, interpretamos porque compreendemos! (STRECK, 2005, p. 154,155)

Pelo exposto fica clara a condição em que se encontra o hermeneuta para exercer seu ofício. Diante do caso decidendo, o magistrado ao interpretar, decide unificando o momento

hermenêutico; é a *applicatio* já abarcada. Tudo colabora para o entendimento de que as decisões prolatadas são respostas únicas no universo jurídico.

O alerta é que no Direito não existe verdade absoluta, uma decisão única que alcance toda a verdade de qualquer situação e satisfaça as partes em litígio.

A decisão é oriunda da verdade imanente ao caso decidendo e se materializa com o trânsito em julgado. Em outras palavras, para cada tradição existe uma fusão de horizontes, um momento histórico efetual, um procedimento pré-compreensivo, compreensivo e interpretativo que emanam faticamente do caso concreto e se encontram com a atividade hermenêutica do magistrado. É por isso que não existe verdade absoluta, real. Esta é inalcançável, é insustentável filosoficamente; a verdade é uma verdade hermenêutica, que não advém nem do conhecimento das essências e nem de “uma mente privilegiada de um sujeito cognoscente”.

A esse respeito Gadamer ensina:

Também com relação ao fenômeno hermenêutico, a tentativa de entender a compreensão somente como esforço imanente de uma consciência filológica, indiferente à verdade de seus textos, mostrou-se como uma restrição ilegítima. Por outro lado, também era claro que a compreensão dos textos não poderia ter decidido de antemão a questão da verdade, como se detivesse um conhecimento superior a respeito da coisa, e nem satisfazer-se, na compreensão, desse conhecimento superior a respeito da coisa. Ao contrário, para nós a dignidade da experiência hermenêutica - e também o significado da história para o conhecimento humano em geral - parecia consistir em que aqui não estamos simplesmente nos subordinado a algo já conhecido, mas o que se encontra na tradição é algo que nos fala. Assim, a compreensão não se satisfaz no virtuosismo técnico de um "compreender" tudo o que é escrito.

É, antes, uma experiência autêntica, isto é, encontro com algo que se impõe como verdade.

O fato de que esse encontro se cumpra na realização da interpretação dentro da linguagem - por motivos que já explicamos - e que com isso o fenômeno da linguagem e da compreensão se manifestem como um modelo universal do ser e do conhecimento, tudo isso permite determinar de uma maneira mais aproximada o sentido da verdade que está em jogo na compreensão. Já reconhecemos que as palavras pelas quais uma coisa chega à linguagem são, elas mesmas, um acontecer especulativo. O que nelas se diz é aquilo em que consiste sua verdade, não uma opinião qualquer encerrada na impotência do particularismo subjetivo. Lembramos que compreender o que alguém diz não é produto de empatia, que adivinha a vida psíquica do falante. É claro que, em toda a compreensão, o que é dito adquire sua determinação também através de uma complementação ocasional do seu sentido. Mas essa determinação através da situação e do contexto, que completa falar até

alcançar uma totalidade de sentido, sendo a única que faz com que o dito seja dito, é conferida não àquele que fala, mas ao que foi expresso.

(...) falar jamais é uma subsunção do individual sobre conceitos universais.

A melhor maneira de determinar o que significa a verdade será, também aqui, recorrer ao conceito de jogo; o modo como de certo modo se coloca em jogo o peso das coisas que nos vêm ao encontro na compreensão é ele mesmo um processo de linguagem, por assim dizer, um jogo com palavras que pelo jogo transpõem o que se tem em mente. São também jogos de linguagem os que nos permitem chegar à compreensão do mundo na qualidade de aprendizes (...). Trata-se, antes, do jogo da própria linguagem, que nos interpela, propõe e se recolhe, que pergunta e que se consome a si mesmo na resposta. (GADAMER, 2003, p. 629 e ss)

Gadamer é claro e objetivo em sua exposição; senão, vejamos:

A compreensão Portanto é um jogo, não no sentido de que aquele que compreende se coloque como jogador na reserva, abstendo-se de tomar uma posição que o ligue às pretensões que lhe são colocadas. Isso porque, aqui, de modo algum se dá a liberdade de possuir a si mesmo, inerente ao poder colocar-se na reserva, e é isso o que pretende expressar a aplicação do conceito do jogo à compreensão. Aquele que compreende já está sempre incluído num acontecimento, em virtude do qual aquilo que possui sentido acaba se impondo. Assim, é com razão que se emprega o mesmo conceito de jogo tanto para o fenômeno hermenêutico quanto para a experiência do belo. Quando compreendemos um texto, nos vemos tão atraídos por sua plenitude de sentido como pelo belo. Ele ganha validade e já sempre nos atraiu para si, antes mesmo que alguém caia em si e possa examinar a pretensão de sentido que o interpela. O que nos vem ao encontro na experiência do belo e na compreensão do sentido da tradição tem realmente algo da verdade do jogo. Na medida em que compreendemos, estamos incluídos num acontecer da verdade e quando, de certo modo, queremos saber no que devemos crer, parece-nos que chegamos demasiado tarde. (GADAMER, 2003, p. 631)

E finaliza:

Assim, não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que o instrumental do método não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade. (GADAMER, 2003, p. 631)

Deve-se ater neste instante sobre as considerações propostas neste ensaio. Observou-se que apesar de existir a única resposta correta no Direito, essa não é absoluta. Não se trata de dar azo ao relativismo, e sim compreender que a decisão se faz única resposta correta no Direito devido à situação hermenêutica fática. As considerações tecidas sobre a pré-compreensão, a compreensão/interpretação, a mediação pela linguagem, o momento histórico efetual, a tradição, a fusão de horizontes e a dialética da pergunta e da resposta são propostas para obtenção da verdade que se justificam conforme o *DASEIN*.

Observe que a decisão favorável à união estável e ao seu desfazimento gerando responsabilidades atinentes ao Direito de família é tão correta quanto à que entende somente existir responsabilidade no campo patrimonial. A variação dessas respostas se dá justamente através dos aspectos já discutidos e citados. Repita-se: não se tratam apenas de respostas, pois a faticidade de cada caso decidendo individualiza também a resposta, que sendo ela a decisão, se trata da resposta correta; da resposta hermeneuticamente apropriada.

Repita-se novamente, não se trata de relativismo sustentado por qualquer atividade discricionária do juiz, por valorações pessoais ou outra coisa qualquer, mas sim de desvelar o sentido do texto a partir de sua situação hermenêutica.

Deste modo é incontestável a contribuição de Gadamer para uma atividade interpretativa filosófica / jurídica. O seu maior valor agregado não é outro, senão trazer a interpretação à faticidade. Tratar algo em sua concretude, e a partir disso ter acesso à verdade hermeneuticamente correta é, em nossos estudos, o marco gadameriano no processo interpretativo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/Editor, 1989.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Terceira Câmara Cível. Ação de dissolução de sociedade de fato c/c indenização por dano moral – União civil de pessoas do mesmo sexo – concorrência de esforços e recursos para formação do patrimônio – sociedade de fato reconhecida – partilha de bens – meação deferida – dano moral – responsabilidade do comunheiro falecido pela transmissão do vírus da Aids – indenizabilidade – honorários advocatícios – critério de fixação – causa de natureza patrimonial. Apelação Cível nº 309.092-0. José Américo Grippi e espólio de Darci Teixeira Dutra *versus* os mesmos. Relator (a) Jurema Brasil Marins. Belo

Horizonte, 27 de fevereiro de 2002. Disponível no endereço <http://www.tamg.gov.br> acesso em 15/06/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Relação Homossexual. União Estável. Partilha de Bens. Apelação Cível nº 70007243140. M.C *versus* D.D da S. Relator Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 06 de novembro de 2003. Disponível no endereço <http://www.tj.rs.gov.br> acesso em 12/07/2004.

CARRIO, Genaro R. *Notas Sobre Derecho y Lenguage*. Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. São Paulo: editora Atlas, 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: editora Atlas, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 2ª ed.

DILTHEY, Wilhelm. *Teoria das Concepções do Mundo: A Consciência Histórica e as Concepções de Mundo. Tipos de Concepções de Mundo e a sua formação metafísica*. Lisboa: Edições 70, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*.

São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Nagib Slaibi. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *El estado oculto de la salud*. Barcelona: Gedisa, 1996.

_____. *L'art de Comprendre: Herméneutique et Tradition Philosophique*.

Paris: Aubier Montaigne, 1982.

_____. *Poema y diálogo*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998, 2003.

_____. *Verdade e Método II: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da Idéia à Defesa: Monografias e Tese Jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *El Ser Y El Tiempo*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2ª ed.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGES, Cíntia Garabini. *A Proposta de Ronald Dworkin em o Império do Direito*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, p. 36-49, 2001.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A Interpretação da Leis: Um Problema Metajurídico ou uma Questão Essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: Caderno da Escola do Legislativo, v.3, p. 27-71, 1997.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PLATÃO. *Fédon: Diálogo Sobre a Alma e Morte de Sócrates*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

RAWLS, John. *Uma Teoria Pura da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SIMON, Maria Célia. *A Questão da Verdade a Partir de Martin Heidegger*, 1979.

STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.

_____. *A Caminho de uma Fundamentação Pós-Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Aproximações Sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *A Questão do Método na Filosofia. Um Estudo do Modelo Heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. *A Diferença Ontológica (Entre Texto e Norma) Como Blindagem Contra o Relativismo no Processo Interpretativo: Uma Análise a Partir do Ontological Turn*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos da UFMG, n° 89, 2005.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.