

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leonardo Augusto Gonçalves Dias

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE MATRIZ GADAMERIANA E PROCESSO
DEMOCRÁTICO**

Belo Horizonte

2018

Leonardo Augusto Gonçalves Dias

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE MATRIZ GADAMERIANA E PROCESSO
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia universidade católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D541h Dias, Leonardo Augusto Gonçalves
 Hermenêutica filosófica de matriz gadameriana e processo democrático /
Leonardo Augusto Gonçalves Dias. Belo Horizonte, 2018.
 113 f.

 Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
 Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
 Programa de Pós-Graduação em Direito

 1. Gadamer, Hans-Georg, 1900-2002. – Crítica e interpretação. 2.
 Hermenêutica (Direito). 3. Direito - Filosofia. 4. Direito processual. 5.
 Democracia. 6. Argumentação jurídica. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II.
 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação
 em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Leonardo Augusto Gonçalves Dias

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE MATRIZ GADAMERIANA E PROCESSO
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro.

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno - PUC Minas

Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves - UFMG

Profa. Dra. Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira – PUC-MG (Suplente)

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2018.

RESUMO

No encaço do conhecimento absoluto, passível de controle, previsibilidade e domínio, a dita hermenêutica clássica procura desvelar o correto sentido do texto, por meio da reprodução da intenção original do autor, a partir de critérios metodológicos de interpretação. Esta concepção, no entanto, recebeu contundentes críticas com o giro promovido pela hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, ao denunciar a negligência dos métodos interpretativos com as compreensões que o interprete carrega, com a fusão dos horizontes interpretativos, a história efetual, com o círculo hermenêutico e com a finitude do homem. Ocorre que, mesmo após as críticas sofridas, ainda permeia no Direito contemporâneo a influência do pensar hermenêutico proposto pela visão clássica, por meio da tentativa de reprodução do real sentido oculto da lei. Mais do que a crença no correto e exclusivo sentido da lei, ainda se faz presente no entendimento dos Tribunais do país a concepção de uma jurisdição ainda atrelada à atividade declaratória do direito protagonizada por apenas um dos sujeitos processuais (o magistrado). Esta percepção, por sua vez, entonará a revisitação crítica da jurisdição e do espaço do dizer no discurso processual, levando em consideração o comprometimento da própria sobriedade e objetividade da declaração do direito através da relação sujeito/intérprete e texto/objeto. Assim, o tema da presente dissertação é hermenêutica, sobretudo a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, bem como seu possível emprego no processo situado no contexto do Estado Democrático de Direito. Para abordar o tema, inicialmente serão expostas noções gerais sobre hermenêutica e considerações sobre autores que embasaram a crítica formulada por Gadamer e que tornaram possível o giro hermenêutico. Posteriormente a estas considerações, haverá uma incursão crítica ao discurso processual e ao conceito de jurisdição, para fins de compreensão da relação processual no Estado Democrático de Direito e sua possível compatibilidade com as proposições da hermenêutica filosófica.

Palavras-chave: Gadamer; Hermenêutica; Hermenêutica Filosófica; Giro Hermenêutico; Processo; Democracia; Jurisdição.

ABSTRACT

In the pursuit of absolute knowledge, subject to control, predictability and mastery, the classical hermeneutics seeks to reveal the correct meaning of the text, through the reproduction of the original intention of the author, based on methodological interpretation. This conception, however, was strongly criticized by the philosophical hermeneutics proposed by Gadamer, denouncing the neglect of interpretive methods with the interpretations interpreted by the fusion of the interpretive horizons, the actual history, with the hermeneutic circle and with the finitude of man. It happens that, even after the criticisms suffered, the influence of the hermeneutical thinking proposed by the classical view still permeates in contemporary law, through the attempt to reproduce the real hidden meaning of the law. More than the belief in the correct and exclusive sense of the law, the conception of a jurisdiction still linked to the declaratory activity of the law carried out by only one of the procedural subjects (the magistrate) is still present in the understanding of the Courts of the country. This perception, in turn, will intone the critical revisiting of the jurisdiction and the space of saying in procedural discourse, taking into account the commitment of the very sobriety and objectivity of the declaration of law through the subject / interpreter relationship and text / object. Thus, the theme of this dissertation is hermeneutic, especially the philosophical hermeneutics of the Gadamerian matrix, as well as its possible use in the process situated in the context of the Democratic State of Law. In order to approach the subject, initially will be exposed general notions on hermeneutics and considerations on authors who based the critique formulated by Gadamer and that made possible the hermeneutic turn. Subsequent to these considerations, there will be a critical incursion into procedural discourse and the concept of jurisdiction, for purposes of understanding the procedural relationship in the Democratic State of Law and its possible compatibility with the propositions of philosophical hermeneutics.

Keywords: Gadamer; Hermeneutics; Philosophical Hermeneutics; Hermeneutic Turn; Process; Democracy; Jurisdiction.

Também
a quem fica
cabe uma paisagem nova
e a travessia insone do desconhecido
e a alegria difícil da descoberta.
O que levas do que fica,
o que, do que levas, retiro?
ANA MARTINS MARQUES

AGRADECIMENTOS

Enquanto ato de reconhecimento revestido em uma singela declaração por estar grato por algo dado ou algo feito por outrem, o agradecimento pressupõe a noção de compartilhamento, isto é, de que é por meio da união de forças que podemos conquistar nossos sonhos.

Felizmente, são várias as pessoas que sempre me incentivaram a prosseguir na persecução de reflexões mais incômodas, me direcionando e impulsionando para os estudos que deram origem a esta dissertação.

Dentre estas pessoas, agradeço a felicidade deste momento aos meus pais, pelo amor e a atenção que nunca me faltaram ao longo desta caminhada, bem como por terem sempre me aconselhado e me apoiado, desde quando um curso tão longe de casa era apenas um sonho.

Agradeço aos meus avós, que para sempre serão meus exemplos de vida. A minha irmã pela convivência e carinho, assim como a todos da “Família Tufão” pelos ensinamentos e pela presença constante em meu coração.

Aos grandes professores com quem tive a oportunidade de aprender, em especial ao Professor André Leal pelas suscitações de reflexões mais incômodas, desde os primeiros contatos na graduação.

Ao Professor Fernando Armando, pela paciência em me orientar durante todo esse período, além de ter concedido a grata oportunidade de compartilhar ideias e experiências no estágio docência.

Agradeço ainda aos meus amigos, pela troca de conhecimentos e pelo apoio, tornando possível este momento.

Por fim, agradeço aos amigos adquiridos na Corrêa Ferreira Advogados, especialmente pelo suporte e confiança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODERNIDADE E A QUESTÃO HERMENÊUTICA	19
2.1 Hermenêutica e a tentativa de busca do sentido	23
2.1.1 <i>Schleiermacher</i>	30
2.1.2 <i>Dilthey</i>	34
2.2 A relação sujeito/objeto e a exposição da crítica formulada por Heidegger	38
3 A ABERTURA PARA UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O GIRO HERMENÊUTICO	45
3.1 As estruturas fundamentais da compreensão.....	47
3.1.1 <i>O aspecto da historicidade na compreensão</i>	47
3.1.2 <i>Horizonte histórico e a história efetual</i>	52
3.1.3 <i>Círculo hermenêutico</i>	59
3.1.4 <i>Linguisticidade</i>	62
3.2 Criticidade e hermenêutica filosófica.....	64
3.3 Contribuições da hermenêutica filosófica e aplicação ao direito	68
4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE PROCESSO E JURISDIÇÃO	73
4.1 Teoria do processo e jurisdição	75
4.1.1 <i>Chiovenda e a vontade concreta da lei</i>	78
4.1.2 <i>Carnelutti e a justa composição da lide</i>	81
4.1.3 <i>Liebman e o exame do mérito</i>	83
4.2 Processualidade democrática e a crítica à jurisdição do julgador	86
4.3 Processualidade democrática e o espaço do dizer no procedimento.....	89
4.4 Discurso processual	95
4.5 Hermenêutica filosófica e o dever de fundamentação.....	98
5 CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

No enalço do conhecimento absoluto, passível de controle, previsibilidade e domínio, a dita hermenêutica clássica procura desvelar o correto sentido do texto, por meio da reprodução da intenção original do autor, a partir de critérios metodológicos de interpretação. Esta persecução é própria do movimento do que vem a ser compreendido atualmente como modernidade, ao colocar em dúvida os ditames da Igreja, do Monarca, dos costumes, preconceitos e superstições. Trata-se da tentativa do homem em dominar a natureza e transmitir para a sociedade um saber preciso, universal, objetivo e racional, passível de controle e previsão.

É que, em decorrência dos avanços desenvolvidos no âmbito das ciências naturais, baseada na persecução deste intento inerente à modernidade, a ciência social passou a absorver a metodologia analítica e objetiva das coisas em seu âmbito de pesquisa. O Direito, inserido também nesta perspectiva, acabou também sendo marcado pelo rigor científico próprio das ciências naturais, sem maiores distinções entre os seguimentos do saber.

Esta concepção, no entanto, recebeu contundentes críticas com o giro promovido pela hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, ao denunciar a negligência dos métodos interpretativos com as compreensões que o interprete carrega, com a fusão dos horizontes interpretativos, a história efetual, com o círculo hermenêutico e com a finitude do homem. No entanto, mesmo após as críticas sofridas, ainda permeia no Direito contemporâneo a influência do pensar hermenêutico proposto pela visão clássica, fortemente influenciada pela noção de razão absoluta própria do iluminismo e das incitações contidas nas ciências naturais, como se fosse uma dimensão *a-histórica*, em que o intérprete busca reproduzir o real sentido oculto da lei (como se fosse possível).

Para abordar o tema, inicialmente serão expostas noções gerais sobre hermenêutica e considerações sobre autores que embasaram a crítica formulada por Gadamer e que tornaram possível o giro hermenêutico.

Assim, apresenta-se no primeiro capítulo considerações sobre as reflexões feitas por Schleiermacher, Dilthey e Heidegger sobre hermenêutica. O primeiro, por ser considerado por muitos juristas como o pai da hermenêutica, o segundo por ter ampliado a proposta do primeiro, e o último, por ser um dos responsáveis por marcar a filosofia contemporânea com sua reflexão existencial.

É que, conforme é esclarecido no segundo capítulo, o espaço para o surgimento das reflexões de Gadamer e, portanto, da própria fundação de uma hermenêutica filosófica, está diretamente relacionado com o desenvolvimento teórico exposto em Schleiermacher, Dilthey e Heidegger, em conotação crítica à visão da hermenêutica essencialmente metodológica, oriundo do pensamento iluminista de razão absoluta.

Decerto, a partir do giro linguístico desenvolvido nos estudos da filosofia do direito e, notadamente, na hermenêutica jurídica pelos esforços de Gadamer ao se ressaltar a linguagem como condição de compreensão do indivíduo no mundo, por meio de uma relação interpretativa intersubjetiva (sujeito/sujeito), torna-se importante uma revisitação crítica à estrutura da hermenêutica clássica, ainda presente na prática jurídica contemporânea.

A partir das críticas de Heidegger, Hans-Georg Gadamer empreendeu esforços no sentido de aprofundar as reflexões instauradas pelo seu mestre e inaugurou um novo olhar hermenêutico. Para além do foco eminentemente epistemológico contido nos ensinamentos de Schleiermacher e Dilthey, Gadamer emprega para a hermenêutica um papel mais filosófico, envolvendo a investigação do fenômeno da compreensão em si.

Neste novo pensar hermenêutico, percebe-se ser indissociável à compreensão a marca dos preconceitos e experiências que o intérprete carrega, porquanto estes elementos seriam constitutivos da própria compreensão.

Além deste juízo crítico sobre a crença no correto e exclusivo sentido da lei, no terceiro capítulo haverá também uma incursão ao conceito de jurisdição atrelada à atividade declaratória do direito protagonizada por apenas um dos sujeitos processuais (o magistrado). Esta percepção, por sua vez, entonará a análise da jurisdição e do espaço do dizer no discurso processual, levando em consideração o comprometimento da própria sobriedade e objetividade da declaração do direito através da relação sujeito/intérprete e texto/objeto.

Para tanto, no terceiro capítulo são feitas breves considerações sobre teorias do processo e discurso processual democrático, a fim de justificar o alinhamento teórico desenvolvido nesta dissertação à concepção de processo participativo. Dada à amplitude do tema, ressalta-se, desde já, que não é a pretensão deste trabalho adentrar em minúcias sobre teorias do processo ou encerrar o debate, mas apenas explicitar, de forma geral, as principais teses e questões envolvidas nas

reflexões contemporâneas sobre os anseios democráticos em um processo compartilhado.

De igual forma, no que diz respeito às considerações sobre hermenêutica filosófica, não se pretende esgotar o tema na presente dissertação a partir da exploração das mais diversas críticas e respostas sofridas e feitas por Gadamer em defesa da sua teoria. O que se pretende levantar nesta dissertação é a ampliação do horizonte para uma nova perspectiva hermenêutica, cujas compatibilidades com os anseios processuais democráticos podem ser percebidas.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODERNIDADE E A QUESTÃO HERMENÊUTICA

Marcelo Campos Galuppo, baseando-se em lição de Hannah Arendt, assevera que a modernidade é marcada pela ideia de “descentramento radical” e que três processos estão ligados à “explosão” da visão centralizada vivida pelo homem na Idade Média, quais sejam: a Revolução Científica, as Grandes Navegações e a Reforma Protestante.

No entanto, em dado momento, mais precisamente na passagem do século XV ao século XVI, ocorre um *descentramento radical*, que leva ao surgimento de uma figura inexistente na Antiguidade e na Idade Média: o Indivíduo. Hanna Arendt nos diz, em sua *Condição Humana*, que a Modernidade surge pela dissolução progressiva dos centros orientadores da ação. Inicialmente, quando o homem olha o céu, ele descobre que a Terra não era o *centro* do universo. Em segundo lugar, quando efetuar a circunavegação, ele descobre que a Europa não era o centro da Terra. E finalmente, quando realiza a Reforma Protestante, ele descobre que a Igreja Católica Romana não era (mais) o centro cultural da civilização. Se antes era fácil decidir como agir, bastando imitar, mimetizar os comportamentos prescritos pelo centro, na Modernidade não há mais um centro a ser imitado. (GALUPPO, 2001, p. 50)

A concepção de uma comunidade calcada na unicidade, centralização e homogeneização presente na Antiguidade e na Idade Média, resultou na formação de uma sociedade que se viu submissa aos ditames da Igreja, do Monarca, dos costumes, preconceitos e superstições.

Foi então que, em contraposição ao “mundo centralizado”, o homem passou a tentar dominar a natureza e a sociedade através de deduções objetivas e racionais, isto é, passíveis de controle e previsão. A modernidade, portanto, é marcada por um movimento de tentativa de ruptura com a tradição anterior a ela e, “[...] como consequência disto, é preciso que se crie, no lugar do centro comunitário dissolvido, um novo centro que oriente a ação. Este novo centro é o Indivíduo.” (GALUPPO, 2001, p.50)

Este *indivíduo*, por sua vez, não aceita como dada a ordem preestabelecida, colocando em dúvida o conhecimento construído com base nas proposições centralizadoras e homogeneizantes da tradição passada. Este pensamento está presente em Descartes¹, ao dispor que diante dos objetos a serem estudados

¹ Nesse contexto, a figura de René Descartes é paradigmática. Mais do que uma renovação do

devemos “[...] procurar não o que os outros pensaram ou o que nós próprios suspeitamos, mas aquilo de que podemos ter uma intuição clara e evidente ou que podemos deduzir com certeza; de nenhum outro modo se adquire a ciência”. (DESCARTES, 1985, p. 18)

A dúvida posta sobre o conhecimento de forma a suspendê-lo, conduz Descartes ao encontro da subjetividade (*indivíduo*). Diz-se isto, pois, ao colocar todo o conhecimento em dúvida, Descartes acredita que não poderia duvidar de que está duvidando e, desta forma, ao fazê-lo, acaba por afirmar a sua existência enquanto sujeito. Não um sujeito qualquer, mas um ser racional. Penso, logo existo. (CUNHA, 2010, p. 22)

O aparecimento deste ser imbuído da pretensão de dominar a natureza e transmitir para a sociedade um saber preciso, universal, objetivo e racional, foi fortemente acolhido no âmbito científico, principalmente no campo das ciências naturais², não se podendo, porém, negligenciar também seu impacto nas ciências sociais, dentre as quais o Direito está inserido. A partir de então, passa-se a atribuir à ciência um *status* diferenciado, pelo qual, pondo em dúvida os dogmas herdados e as impressões dos próprios sentidos, tenta-se “[...] decifrar matematicamente o mundo, captando-o seletivamente e reincluindo os fenômenos analisados em seu sistema originário. Tal processo de conhecimento tem por fim último apoderar-se do conhecido, dominando-o.” (CUNHA, 2010, p. 51)

Assim, em prestígio aos avanços desenvolvidos no âmbito das ciências naturais, impulsionados por um processo de conhecimento pautado na observação analítica e objetiva das coisas, a ciência social também absorveu esta metodologia. O Direito, não escapando desta perspectiva, também foi marcado pelo rigor científico.

conhecimento, mais do que uma rearticulação do agir moral, seu ambicioso projeto consiste no estabelecimento de um substrato unificador de tudo isso, a unidade da razão. Pretende estabelecer um grande sistema hierarquizado que, partindo dos fundamentos, chegue às consequências, graças a um trabalho unificador da razão. (CUNHA, 2010, p. 21)

² Alguns autores que abordam a temática denominam de ciências empíricas o que se está a expor como ciências naturais, designando ainda por ciência do espírito o que outros pensadores designam por ciências sociais ou humanas. Esta distinção é fruto da proposta de Wilhelm Dilthey: “Nesta obra (Introdução às Ciências do Espírito) Dilthey distingue as ciências do espírito das ciências da natureza com base na diversidade dos objetos por ela tomados respectivamente em consideração: os fatos das ciências do espírito se apresentam à consciência ‘originalmente a partir do interior, enquanto os das ciências da natureza se apresentam à consciência, ao contrário, a partir do exterior” (REALE; ANTISERI. História da filosofia. De Nietzsche à Escola de Frankfurt. V. VI, p. 36)

Este fenômeno é identificado por Boaventura Souza Santos:

Daí que o prestígio de Newton e das leis a que reduzia toda a complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco e pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade. (SANTOS, 2006, p. 32)

A absorção desta pretensão, sem maiores distinções entre os seguimentos do saber, acaba por se revelar deficiente nas ciências sociais – e, portanto, no Direito - conforme complementa Santos:

O argumento fundamental é que a ação humana é radicalmente subjetiva. O comportamento humano, ao contrário dos fenômenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores objetiváveis, uma vez que o mesmo ato externo pode corresponder a sentidos de ação muito diferentes. A ciência social será sempre uma ciência subjetiva e não objetiva como as ciências naturais; tem de compreender os fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas ações, para o que é necessário utilizar métodos de investigação e mesmos critérios epistemológicos diferentes dos correntes nas ciências naturais, métodos qualitativos, com vista à obtenção de um conhecimento intersubjetivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objetivo, explicativo e nomotécnico. (SANTOS, 2006, p. 38)

As diferenças entre as ditas ciências sociais e naturais prejudicam a incorporação da base metodológica de uma na outra, não se podendo afirmar, entretanto, que uma seja mais ciência do que a outra. Pelo contrário, o que se tem são distinções que demandam a delimitação de um estatuto metodológico próprio, também não implicando em dizer que a ciência social deve abandonar o modelo cientificista.

Dentre as diferenças nas ciências apresentadas se encontra a situação do objeto e do sujeito, vez que, ao contrário das ciências naturais, nas ciências sociais “[...] não se tem imediatamente um objeto isolado do sujeito, que possa deixar-se analisar livre de interferências.” (CUNHA, 2010, p. 53) Em complemento desta consideração, Ricarlos Almagro V. Cunha esclarece que:

Dentre outros caracteres distintivos, podemos destacar a impossibilidade de estabelecimento de leis universais no âmbito das ciências sociais, dada a condicionalidade histórica e cultural dos fenômenos regulados, bem como a alteração do comportamento humano à medida que assimila o conhecimento, além da postura subjetiva do cientista social, derivada do

fato da sua inserção no âmbito do universo estudado. (CUNHA, 2010, p. 53)

Semelhante percepção é exposta por Margarida Maria Lacombe Camargo ao acentuar as diferenças entre um conhecimento em que se requer compreensão, tal como presente nas ciências do espírito (sociais), daquele cuja repetição dos fenômenos possa ser previsível, como ocorre nas ciências empíricas (naturais):

O conhecimento que requer compreensão difere de qualquer outro cuja repetição dos fenômenos seja possível e, portanto, previsível. É o caso das ciências empíricas, como a física, a química e a biologia, que possuem regras capazes de permitir-nos controlar, com algum rigor, a ocorrência de seus fenômenos. As ciências do espírito, por sua vez, dizem respeito às relações humanas que, por si só, implicam uma relação histórica e de liberdade. São relações que se estabelecem no campo da ética; fogem da repetição e da imutabilidade, enquanto admitem, em lugar destas, a variedade e a probidade. (CAMARGO, 2003, p. 16)

Conforme exposto acima com contribuição das lições de Boaventura Souza Santos, a compreensão desta distinção nem sempre se fez presente, muito pelo contrário. As ciências do espírito absorveram indistintamente a metodologia científica própria das regras estudadas nas ciências naturais e tentaram reproduzi-las.

Os efeitos desta tentativa de reprodução no Direito ainda se manifestam nos dias atuais, sendo exemplo deste pensamento a tentativa de se atingir a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis* e a fiel *mens legislatoris* (STRECK, 2005, p. 157).

Com base em uma hermenêutica jurídica pautada em métodos de interpretação supostamente aptos a permitir ao intérprete extrair a real vontade da lei e em uma concepção de processo refletido como instrumento da jurisdição (tida como atividade declaratória do direito, essencialmente exercida pelo juiz), ainda permeia no Direito o pensamento denunciado por Streck.

O movimento de ruptura com esta ideia de reprodução, certeza e imutabilidade nas ciências do espírito muito se deve à virada filosófica promovida em meados do século passado, tanto no aspecto ontológico quanto existencial, vez que a compreensão passou a ser cada vez mais debatida sob o enfoque do *ser* e o seu *acontecer*. Esta proeminência faz com que a ciência também aproveite “[...] para rever seus parâmetros formalistas, orientando-se para uma nova direção, marcada, agora, pelo pluralismo, pela intersubjetividade e pela existência histórica”

(CAMARGO, 2003, p. 17)

Em outras palavras, o que está em pauta atualmente é o debate fruto do resultado das contribuições da virada filosófica ocorrida em meados do século passado, denunciando, principalmente no âmbito das ditas ciências do espírito (sociais), a impossibilidade de propor deduções precisas, universais e objetivas, passíveis de controle e previsão por um sujeito como se estivesse situado fora da história. Este debate é de grande relevância ao Direito contemporâneo, ainda fortemente influenciado pelo pensamento submetido à crítica pela virada filosófica.

Especificamente no âmbito dos estudos sobre hermenêutica jurídica, em que gira o tema desta dissertação, o debate sobre a interpretação e o acesso à compreensão está diretamente relacionado com as questões suscitadas acima. Seria a hermenêutica jurídica apenas um método de interpretação para se extrair o espírito da lei, como defendido por alguns juristas? É possível ao intérprete do direito se afastar de sua situação histórica ao utilizar a hermenêutica com tal propósito? Estamos, de fato, condicionados a uma situação histórica? São estas indagações que se pretende abordar neste capítulo e no decorrer desta dissertação, sendo necessário, para tanto, expor inicialmente considerações sobre hermenêutica e a pretensão de objetividade por detrás da tentativa de extração do sentido original do texto.

Tais apontamentos, por sua vez, não poderão ser feitos sem que sejam apresentadas as proposições de Schleiermacher e Heidegger sobre o tema. O primeiro, por ser considerado por muitos juristas como o pai da hermenêutica, e o segundo, por ser um dos responsáveis por marcar a filosofia contemporânea com sua propositura existencial, que muito influenciou a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

2.1 Hermenêutica e a tentativa de busca do sentido

A definição do conceito de hermenêutica é alvo de divergência entre filósofos que se dedicam ao estudo do tema, sendo não raramente empregado o termo como sinônimo de explanação, explicação, exegese e interpretação (GRONDIN, 1999, p. 48). Em razão das apropriações teóricas sobre a temática serem diversas, em não havendo a exposição do que se quer dizer por hermenêutica a delimitação do alcance e significado do termo pode acabar sendo comprometida. Para auxiliar a

compreensão das reflexões que serão feitas adiante sobre o tema, faz-se necessário trazer as considerações abaixo.

A palavra hermenêutica é derivada do verbo grego *hermeneuein*, costumeiramente traduzido como interpretar, e no substantivo *hermeneia*, interpretação. Richard Palmer, proeminente estudioso do tema, didaticamente expõe que a análise da origem destas duas palavras e das três significações básicas que elas veiculavam no seu antigo uso, pode ajudar a compreender a hermenêutica moderna (PALMER, 2006, p. 23).

A origem do termo hermenêutica, segundo Ricard Palmer, estaria relacionada com o deus mensageiro grego Hermes³.

A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para [sic] o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). É significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação — transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os Gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita — as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros. (PALMER, 2006, p. 24)

Para Palmer (2006, p. 24), enquanto mediador e portador da mensagem a ser transmitida, Hermes carrega consigo implicitamente as três vertentes básicas no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso⁴. É que as “três orientações, usando a forma verbal (*hermêneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, «dizer»; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira.”

³ Esta relação com o deus Hermes, todavia, não é consensualmente acolhida pelos filósofos e filólogos que debatem o tema, conforme pondera Jean Grondin: “A atividade mediadora do processo hermenêutico conduziu, já na antiguidade, a que a família verbal em torno do 'hermenêus' e da 'hermeneutiké' fosse relacionada etimologicamente com o deus mediador Hermes. A conexão é, sem dúvida, demasiado patente para ser verdadeira. Por isso, na filologia mais recente, em quase toda a parte, foi encarada com razoável ceticismo. No entanto, nenhuma explicação etimológica conseguiu, até agora, impor-se universalmente, de modo que a questão sobre a origem do campo verbal de 'hermeneuein' deve, aqui, continuar inconclusa.” (GRONDIN, 1999, p. 55)

⁴ Semelhante proposição é feita por Jean Grondin, ao consignar que: “A idéia de que a hermenêutica tem, como objeto, a compreensibilidade do sentido, encontra uma primeira base na etimologia. Desde G. Ebeling, costuma-se distinguir três orientações do significado de *hermeneuein*: expressar (dizer, falar), expor (interpretar, explicar) e traduzir (ser intérprete).” (GRONDIN, 1999, p. 52)

Ao portar a mensagem, o deus grego mediador transitava nas três orientações acima, vez que competia a ele tornar presente e compreensível⁵ a comunicação pretendida, requerendo, para tanto, esforços com a representação (dizer), explicação e tradução daquilo que, de certo modo, inicialmente era estranho aos interlocutores.

Conforme discriminado na tradução da obra de Palmer, “[...] os três significados podem ser expressos pelo verbo português «interpretar», e no entanto cada um representa um sentido independente e relevante do termo interpretação.” (PALMER, 2006, p. 24)

Embora se possa fazer a remissão ao surgimento do termo hermenêutica à relação com o deus Hermes, não se deve ignorar que a discussão sobre a questão da interpretação na Antiguidade se pautava basicamente no debate sobre como entender obscuridades pontuais presentes em poesias, em textos religiosos ou profanos e, até mesmo, no conjunto de normas jurídicas. Ou seja, mesmo que a palavra estivesse presente em diversos textos gregos e tendo a sua origem certa relação com o deus mediador⁶, a interpretação não havia sido ainda reportada como uma teoria autônoma do saber visando uma exegese adequada do texto (PEREIRA, 2001, p. 10).

Um dos primeiros autores a propor uma doutrina universal de interpretação, com o objetivo de mediar por meio do espírito do racionalismo determinadas regras para desvelar o verdadeiro sentido dos textos foi J. C. Dannhauer (GRONDIN, 1999, p. 51).

Dannhauer propunha regras para uma exegese adequada das Escrituras, registrando no título do seu livro a palavra hermenêutica (*Hermeneutica sacre sive rmethodus exponendarum sacrarum litterarum*).

⁵ [...]o interpretar é um modo de tornar compreensível, ou um modo de traduzir um sentido estranho em algo compreensível (não forçosamente em algo familiar, porque coisas não familiares podem, como tais, ser desvendadas pela razão). (GRONDIN, 1999, p. 49)

⁶ *Hermeneuin* e *hermeneia*, nas suas várias formas, aparecem inúmeras vezes em muitos dos textos que nos vieram da Antiguidade. Aristóteles no *Organon* considerou que o tema merecia um tratado importante, o famoso *Peri hermeneias*, «Da interpretação». A palavra aparece na sua forma substantiva em «Édipo em Colono», e muitas vezes em Platão. Encontram-se inúmeras formas do termo na maior parte dos escritores antigos mais conhecidos, como Xenofonte, Plutarco, Eurípedes, Epicuro, Lucrecio e Longino. (PALMER, 2006, p. 23)

O conceito de hermenêutica é geralmente considerado uma criação da modernidade. Isto, sem dúvida, é correto, enquanto só se tem em mira a hermenêutica latina. Este termo não é, entretanto, senão a tradução latinizada da palavra (*hermeneutiké*), que já se encontra entre os gregos. Ela aparece, por primeira vez, no corpus platônico (*Polítikos* 260 d 11, *Epínomis* 975 c 6, *Definitiones* 414 d 4). (GRONDIN, 1999, p. 53)

Mas, a relevância de Dannhauer vai muito além da circunstância casual de ele ter sido o primeiro a empregar o termo *hermeneutica* como título de um livro. Num ensaio de muita acribia, H.-E. Hasso Jaeger não só foi capaz de demonstrar que Dannhauer, já em 1629, tinha cunhado a neocriação *hermeneutica*, mas também que, em seu escrito de 1630, até agora pouco considerado, 'Die Idee des guten Interpreten' (A idéia do bom intérprete), já considerara o esboço de uma *hermenêutica universal*, sob o título explícito de uma *hermeneutica generalis*. Isso só pode interessar a nossas investigações a-teleológicas sobre a pretensão de universalidade da *hermenêutica*.

A idéia de tal *hermenêutica* foi desenvolvida no curso de uma busca por uma nova metodologia das ciências, desvinculada da escolástica. Dannhauer encarrega-se de mostrar que, no vestibulo de todas as ciências, na *propedêutica*, portanto, (para a qual a filosofia estava disponível), deveria existir uma ciência universal do interpretar. A inaudita idéia de tal ciência universal é introduzida através de um silogismo: Tudo o que pode ser sabido possui qualquer ciência filosófica correspondente; ora, o procedimento do interpretar é tal coisa que pode ser sabida; logo, tal procedimento deve possuir uma ciência que lhe corresponda. (GRONDIN, 1999, p. 95)

Na orientação de sua proposta *hermenêutica universal*, Dannhauer assentou suas reflexões nos estudos da lógica. A inclusão da lógica nesta interpretação se prestaria para auxiliar na recondução da elocução ao seu sentido pensado originalmente, separando-se as sentenças lógicas (coerentes), daquelas que seriam ilógicas.

A relação entre a *hermenêutica universal* e a lógica seria de interação e complemento⁷, no intento de se identificar o verdadeiro sentido do texto e rebater o que é falso. Antes de se investigar a verdade objetiva do texto por meio da lógica, caberia à *hermenêutica* intermediar e identificar a chamada "verdade *hermenêutica*", esclarecendo aquilo que o autor queria dizer. Para identificar o falso e o verdadeiro, "[...] a *hermenêutica* de Dannhauer vai aduzir toda uma série de diretrizes ou 'media interpretationis', sob as quais está, evidentemente, a consideração do 'scopus', da intenção do autor." (GRONDIN, 1999, p. 98)

Percebe-se em Dannhauer, portanto, a intenção em conferir uma objetividade universal à interpretação por meio da interação entre a lógica e a *hermenêutica* por ele proposta, orientada por diretrizes para se chegar a real intenção do autor do texto.

A despeito da relevante contribuição de Dannhauer para a temática que dá nome a este subcapítulo, a sistematização da proposta de uma compreensão

⁷ Mas, enquanto a tarefa da análise puramente lógica é a de garantir a verdade objetiva do sentido pensado, por meio de sua recondução a princípios supremos, a *hermenêutica* se contenta com o estabelecimento do sentido pensado como tal, isto é, independente do fato de este sentido também ser verdadeiro ou falso a partir das coisas. (GRONDIN, 1999, p. 97)

objetiva, não somente dos textos científicos setorizados (religiosos, literários, políticos, jurídicos, dentre outros), somente veio a ser aprofundada a partir do trabalho de Friedrich D. E. Schleiermacher, no início do século XIX. Em razão disto, Schleiermacher é reconhecido como pai da hermenêutica moderna, vez que indaga as possibilidades de compreensão objetiva criando “[...] uma teoria que procurou distinguir não só em que contexto a mesma se dá, mas também quais seriam os métodos científicos que proporcionariam o caminho objetivo para se evitar o mal-entendido e viabilizar o acesso ao correto entendimento.” (PEREIRA, 2001, p. 14).

É com Schleiermacher que a hermenêutica passa a ser proposta como uma forma de indagar as possibilidades de uma compreensão objetiva, se preocupando não somente em apresentar o contexto em que a compreensão se dá, mas também em delimitar métodos científicos próprios para evitar mal-entendido e permitir ao intérprete o acesso ao correto sentido do texto.

De igual forma, aprofundando e ampliando o trabalho desenvolvido por Schleiermacher, Wilhelm Dilthey também marcou seu nome nos estudos sobre a hermenêutica, ao direcioná-la rumo à fundamentação epistemológica “[...] das denominadas Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*), almejando construir uma teoria objetivamente comprovável que alçasse *status* científico autônomo em relação às Ciências da Natureza.” (PEREIRA, 2001, p. 14)

Ao defender a distinção entre as ciências naturais e as ciências do espírito⁸, com base na dicotomia explicar/compreender, Dilthey tenta estabelecer através da hermenêutica a base de sustentação epistemológica das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), com o propósito de utilizá-la para alcançar uma interpretação objetivamente válida para as expressões da vida interior do homem.

[...] Wilhelm Dilthey (1833-1911) começou a ver na hermenêutica o fundamento para as *Geisteswissenschaften* — quer dizer todas as humanidades e as ciências sociais, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, quer essas expressões sejam gestos, actos históricos, leis codificadas, obras de arte ou de literatura. Dilthey tinha como objectivo apresentar métodos para alcançar uma interpretação «objectivamente válida» das «expressões da vida interior». Ao mesmo tempo reagiu drasticamente à tendência que os estudos humanísticos revelavam tomando as normas e os modos de pensar das ciências naturais e aplicando-as ao estudo do homem. (PALMER, 2006, p 105)

⁸ Sobre esta definição, ver nota de rodapé nº. 2, deste capítulo.

Ao propor a hermenêutica como alicerce epistemológico apto a garantir uma interpretação objetivamente válida ao intérprete situado no campo de pesquisa das ciências do espírito, preocupando-se especificamente com o contexto da compreensão no âmbito das humanidades, Dilthey marca seus estudos sobre hermenêutica por indicar que a possibilidade de compreensão se dá dentro da história, e não fora dela.

Quer dizer, em outras palavras, que a proposta de Dilthey é uma direta tentativa de ruptura com aqueles que “[...] achavam possível importar os métodos das Ciências Naturais – então considerados *explicativos/descritivos*, portanto *ahistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico.” (PEREIRA, 2001, p. 16)

Ocorre que, apesar de propor a possibilidade de compreensão se situar dentro dos estudos humanísticos e assumindo a existência de um intérprete não *ahistórico*, o pensamento de Dilthey ainda está voltado para técnicas práticas de interpretação para se tentar desvelar o real sentido do texto, contra a arbitrariedade subjetiva.

Problematizando o debate hermenêutico da relação sujeito (intérprete) com o texto (objeto) e indicando a falibilidade deste modelo científico interpretativo, tal como presente no pensamento de Schleiermacher e Dilthey, Martin Heidegger deslocou a experiência hermenêutica para um modo de ser do Dasein (do ser-aí, do ser-no-mundo⁹) e propôs o que ficou conhecido como giro *fenomenológico e/ou ontológico* (PEREIRA, 2001, p. 16).

O contributo de Heidegger acaba desestabilizando a relação de interação entre o intérprete e o texto, na qual o sujeito compreenderia o objeto por meio de técnicas aptas a atribuir uma interpretação objetivamente válida. A falibilidade desta forma de compreensão clássica seria ignorar ou não se importar com o que há por detrás da constituição categorial do ente, conforme leciona Álvaro Ricardo Souza Cruz:

[...] Heidegger sustenta que as próprias ciências são “modos de ser na existência”. Por conseguinte, a compreensão clássica perde-se ao não perceber ou não se importar com o que há por detrás da constituição

⁹ Mesmo que Heidegger nunca tivesse designado por «hermenêutica» a sua análise do Dasein, mesmo assim podia ser considerado como um filósofo hermenêutico por excelência, pelo impacto que teve a última fase da sua obra. (PALMER, 2006, p. 131)

categorial do ente. Tal análise – entendida como um método fenomenológico – deveria incluir as estruturas do “estar-no-mundo” que Heidegger designa por existenciais.

Heidegger percebe essa ação transcendental como uma hermenêutica ontológica. Por conseguinte, entendendo que os fenômenos só se manifestam de forma indireta e o que se manifesta é o ente, sustenta que a hermenêutica ontológica deve perquirir o que se esconde por detrás disso, ou seja, o como o ente é dado. Hermenêutica se dá por meio do desvelamento do ente, *a-letheia*, ou seja, compreensão, o acesso, a escolha, que são momentos constitutivos da busca do ser e, simultaneamente, modos de ser (existência) do próprio ente que buscamos (analítica existencial). (SOUZA CRUZ, 2007, p. 38/39)

Assim, não seria possível chegar ao “ente” sem antes passar pelo “ser”, somente podendo se ter acesso a algo como algo e, mesmo assim, sem desprezar o horizonte histórico do sujeito. Daí a designação da hermenêutica proposta por Heidegger como existencial ou ontológica, sendo este ato de compreensão inerente à própria existência humana.

Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, no sentido de que compreender não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana. (CAMARGO, 2003, p. 29)

Além de demonstrar a falibilidade da discussão presente sobre a compreensão como método específico das ciências do espírito, a análise do ser-no-mundo, na forma articulada por Heidegger, tematizou a compreensão como um constitutivo fundamental do ser histórico. (OLIVEIRA, 2001, p. 225)

Esta maneira de conceber a compreensão foi o ponto de partida para a hermenêutica de H. G. Gadamer, que passou a investigar este fenômeno em *si mesmo*, e, portanto, a estudar o que ocorre nesta operação humana fundamental, que é o *compreender*. (PEREIRA, 2001, p. 17)

Tamanho foi o contributo de Heidegger e Gadamer sobre o tema, que a hermenêutica não é mais metodológica. Não mais se interpreta para compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, a partir de então, produtiva (*Sinngebung*). Afinal, a relação sujeito-objeto deu lugar ao círculo hermenêutico ciente da situação histórica do sujeito. (STRECK, 2006, p. 170)

Daí a noção de giro hermenêutico, conforme pontuado por Rodolfo Viana Pereira, ao ressaltar a condição em que a hermenêutica proposta do Gadamer

recebe o nome de hermenêutica filosófica:

É esse, pois, o sentido aqui empregado da expressão *giro hermenêutico*. A disciplina em GADAMER opõe *verdade a método* (clássico, deve-se adiantar) e demonstra que a possibilidade de revelação daquele depende sempre da *situação hermenêutica* (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender; depende sempre de um constante diálogo com a tradição que se faz presente na plêiade de pré-compreensões que formam, ontologicamente, a compreensão individual. Ou seja, perguntando pelo que significa compreender, ou melhor, tentando compreender o que seja *compreensão*, refunda a discussão sobre a própria possibilidade do *filosofar*, inaugurando, pois, a Hermenêutica como *Hermenêutica filosófica*. (PEREIRA, 2001, p. 17/18)

Este novo olhar hermenêutico, proposto por Gadamer com fundo na proposta de Heidegger, tem na linguagem o médium universal em que se realiza a própria compreensão, tendo em vista que toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem. (OLIVEIRA, 2001. p.233)

Para melhor compreender a relevância da hermenêutica filosófica de Gadamer e analisar posteriormente sua aplicabilidade ou não no direito, bem como para responder os questionamentos feitos ao final do tópico anterior, passa-se a expor, de forma mais aprofundada¹⁰ as reflexões de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger sobre hermenêutica.

2.1.1 Schleiermacher

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, teólogo, filólogo e filósofo alemão, nasceu em Breslau em 21 de novembro de 1768, e faleceu em 12 de fevereiro de 1834. É usualmente denominado o pai da hermenêutica contemporânea, apesar de Jean Grondin considerar que em Dannhauer já havia a proposta de universalidade da interpretação objetiva não somente dos textos científicos setorializados (religiosos, literários, políticos, jurídicos, dentre outros). Entretanto, mesmo não tendo permitido a publicação da maioria dos seus escritos e sendo parte da sua obra divulgada através de seus discípulos¹¹, Schleiermacher leva o reconhecimento por propor a

¹⁰ Apesar da proposta desta dissertação seja adentrar nas considerações de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger sobre hermenêutica, o enfoque será nas questões principais e que serão de relevância para melhor compreensão da hermenêutica filosófica defendida por Gadamer, não existindo, aqui, a pretensão de esgotar o tema ou esmiuçar de maneira pormenorizada cada um dos filósofos, dada a delimitação deste estudo.

¹¹ Desde o início de sua atividade docente em Halle, no ano de 1805, até a sua morte em 1834, Friedrich Schleiermacher se ocupou intensivamente com os problemas da hermenêutica. Porém,

hermenêutica como arte de compreensão geral, e não apenas leituras de textos científicos setorizados, o que o faz receber a seleta homenagem de pai da hermenêutica contemporânea.

Independentemente da discussão acerca do erro historiográfico da denominação¹², certo é que Schleiermacher expõe a hermenêutica como arte de compreensão geral voltada para “[...] experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição pois começa com a expressão já fixa e acabada e recua até à vida mental que a produziu.” (PALMER, 2006, p. 93)

Assim, a proposta hermenêutica de Schleiermacher se pautava em extrair do texto a reprodução da intenção original do autor. Entendendo que tudo que pode ser compreendido se dá dentro da linguagem, vez que somente nela se manifesta o objeto a ser compreendido e a elocução do intérprete, dois elementos em interação seriam essenciais para reconstruir a intenção original do autor nesta perspectiva: a interpretação gramatical e a psicológica. Afinal,

Como todo discurso tem uma dupla relação, com a totalidade da linguagem e com o pensar em geral de seu autor: assim também toda compreensão consiste em dois momentos; compreender o discurso enquanto extraído da linguagem e compreendê-lo enquanto fato naquele que pensa. (SCHLEIERMACHER, 2002, p. 95)

Apesar de a linguagem ter por propósito a designação de algo, possuindo cada expressão linguística uma sintaxe pré-estabelecida e tornando supra individual o uso da palavra, não se pode ignorar que, ao empregar esta linguagem pretensamente supra individual, o texto é o testemunho de um indivíduo, no caso, o autor. Além do mais, as pessoas nem sempre pensam a mesma coisa acerca das mesmas palavras, o que torna necessário, além da análise estritamente gramatical,

uma amadurecida apresentação de sua teoria hermenêutica, este famoso professor de teologia e tradutor de Platão, chamado em 1809 para Berlim, nunca deixou imprimir. Como merecedora de publicação ele considerou no máximo, sua excelente - embora um tanto personalista - conferência acadêmica de 13 de agosto de 1829, 'Über den I-egriff der Hermeneutik mit Bezug auf F.A. Wolfs Andeutungen und Asts Lehrbuch' (Sobre o conceito da hermenêutica com referência às indicações de F.A.Wolf e o manual de Ast), na qual ele se confronta com seus professores de filologia, cuja influência sobre a sua hermenêutica deve, no entanto, ser avaliada como secundária. (GRONDIN, 1999, p. 123)

¹² Ao relevar o estudo desenvolvido por Dannhauer, Jean Grondin conclui que: “É certamente um erro da historiografia hermenêutica, ver no conhecido dito de Schleiermacher, com o qual iniciava a sua hermenêutica na edição de Lücke, ‘a hermenêutica, como arte de compreensão, ainda não existe universalmente, porém apenas bastantes hermenêuticas especiais’, ver nisto o primeiro princípio de uma universalização da hermenêutica. (GRONDIN, 1999, p. 98)

a percepção do lado psicológico do autor do texto para que seja possível extrair o real sentido daquilo que foi dito.

Acerca do lado gramatical, assim disserta Jean Grondin:

De um lado, a linguagem, a ser eventualmente interpretada, é um recorte da totalidade do uso lingüístico de uma comunidade dada. Pois, cada expressão lingüística segue uma sintaxe pré-estabelecida, ou o costume, e é, por isso, supra-individual. A parte da hermenêutica, que se ocupa com este aspecto, será chamada por Schleiermacher "o lado gramatical" da interpretação. A ele compete explicar uma determinada expressão do contexto global da totalidade lingüística em questão. (GRONDIN, 1999, p. 125)

A interpretação gramatical deve se associar à psicológica, até mesmo porque, em geral, a estrutura meramente lingüística de uma passagem não costuma ser problemática, sendo que, não raramente, o que dá origem ao mal-entendido é o que o escritor queria dizer. Daí que, em complemento ao trecho acima, assim pondera Grondin no que diz respeito à interpretação psicológica:

Aqui é evidentemente ultrapassada a visão meramente sintática da linguagem, em direção ao que a linguagem realmente quer expressar. O que é visado, é a compreensão de um espírito, o qual deduz linguagem a partir da alma que a traz à tona. Por isso Schleiermacher podia, mais tarde, chamar este lado da interpretação de "psicológico". (GRONDIN, 1999, p. 126)

Com a interação destes elementos, Schleiermacher intensifica e amplia a hermenêutica para afastar equívocos e mal-entendidos ao perquirir que a compreensão deve ser pretendida em cada ponto do texto, e não somente em eventuais obscuridades. É que, antigamente, a compreensão era considerada inata e primária, ocasião em que a hermenêutica era utilizada apenas para tentar resolver dúvidas e obscuridades pontuais. Assim, a hermenêutica schleiermachiana "[...] põe esta perspectiva 'ingênua', provinciana, de cabeça para baixo e pressupõe o mal-entendido (o equívoco) como realidade básica. Desde o início do esforço de compreensão o hermeneuta se previne ante um possível equívoco." (GRONDIN, 1999, p. 127)

Com isto, universaliza-se a dimensão do mal-entendido e problematiza-se a possibilidade de compreensão, até mesmo quando aparentemente não há nenhum equívoco ou obscuridade. Esta tentativa de reconstrução do pensamento do autor no texto, como um todo, seria de responsabilidade da hermenêutica por meio da

interpretação gramatical e psicológica¹³.

Deve-se ressaltar que esta relação retroativa é realizada pela hermenêutica schleiermachiana em uma interação dialógica, pela qual “[...] interpretar um texto significa entregar-se a um colóquio com ele, dirigir-lhe perguntas e deixar-se questionar por ele.” (GRONDIN, 1999, p. 133). Ao pressupor este horizonte dialógico com o propósito de compreender o texto e evitar mal-entendido, a hermenêutica schleiermachiana abre espaço para o aparecimento de uma estrutura circular da compreensão.

É circular o processo de compreensão na medida em que ele é resultado da interação em compartilhamento entre o todo e a parte, em que cada um dá sentido ao outro, de maneira tal que a sua plenitude nunca será alcançada. O círculo hermenêutico¹⁴ está presente na proposta de Schleiermacher ao vislumbrar a relação da análise linguística do texto (universal) em interação com o lado psicológico (particular), dentro de um horizonte dialógico.

Logo, o contributo do autor em destaque está assentado em sua proposta hermenêutica como arte de compreensão geral e dialogal, fato este que, por não ter sido devidamente explorado por Schleiermacher, rendeu os seguintes apontamentos de Richard Palmer:

A hermenêutica é vista como partindo das condições de diálogo; Schleiermacher foi um hermeneuta dialogal que infelizmente não se apercebeu das implicações criativas da sua natureza dialógica. Cegou-o o seu desejo de leis e de coerência sistemática. Foi no entanto este efeito (do nosso actual ponto de vista) que deu uma nova orientação à hermenêutica, fazendo com que ela se tornasse ciência. (PALMER, 2006, p. 100/101)

Jean Grondin ressaltava que, embora postule a existência de regras para a interpretação, as definições destas normas não foram devidamente esclarecidas por Schleiermacher:

O próprio Schleiermacher propôs alguns cânones e regras, sobretudo para a parte gramatical da hermenêutica. Mas, ele sempre esteve cômico de que

¹³ É óbvio que Schleiermacher pretende experimentar de novo aquilo que o autor experimentou e não vê a expressão linguística separadamente do seu autor. Contudo, é bom assinalarmos que este experimentador de novo não precisa de ser encarado como «psicanálise» do autor; antes se limita a afirmar que a compreensão é uma arte de reconstruir o pensamento de outra pessoa. Por outras palavras, o objectivo não é atribuir motivos ou causas aos sentimentos do autor (psicanálise) mas sim reconstruir o próprio pensamento de outra pessoa através da interpretação das suas expressões linguísticas. (PALMER, 2006, p. 96)

¹⁴ Este tema será retomado no capítulo seguinte ao expor o círculo hermenêutico em Gadamer.

não existem regras para a aplicação das próprias regras hermenêuticas. É verdade que ele propôs "métodos" universais de interpretação, os quais, em sua essência, traíram uma renovação das regras da antiga tradição hermenêutica, como, p.ex., a exigência de explicar passagens a partir de seu contexto. Renunciou, no entanto, de modo conseqüente, a fornecer regras para sua aplicação, ou a ver nas mesmas um momento decisivo. Na parte "técnico-psicológica", que se ocupa do discurso como manifestação de um indivíduo, ele até falou da imprescindibilidade, no processo interpretativo, da "adivinhação". Esta não expressa um dom divino, mas apenas um ato de adivinhar (divinare). Se os recursos predominantemente comparativistas da interpretação gramatical acabam nos deixando na mão, é preciso enfrentar o aclaramente pela maneira particular de expressar-se do autor e, com demasiada freqüência, deve-se simplesmente adivinhar o que o autor queria dizer. (GRONDIN, 1999, p. 129)

Mesmo ciente desta crítica, não se pode ignorar a importância de Schleiermacher ao pensamento jurídico contemporâneo, notadamente ao perceber a sua influência até hoje na tentativa de reprodução do discurso exterior, exposto no texto, ser conduzido à compreensão através da regressão ao pensamento íntimo do autor.

A proposta de Schleiermacher foi em grande medida absorvida por Dilthey no seu empreendimento de um conhecimento objetivamente válido para as ciências do espírito. É o que se passa expor.

2.1.2 Dilthey

Conforme levantado anteriormente, a modernidade surge como um movimento de ruptura com a tradição anterior a ela ao colocar em dúvida os ditames da Igreja, do Monarca, dos costumes, preconceitos e superstições. Daí que, em contraposição aos ditames, o homem passou a tentar dominar a natureza e a sociedade através de deduções objetivas e racionais, passíveis de controle e previsão.

Imbuída nesta proposta de dominação do saber e em prestígio aos avanços desenvolvidos no âmbito das ciências da natureza, as ciências do espírito absorveram esta metodologia científica. Esta indistinta incorporação impulsionou, nas ciências do espírito, o desenvolvimento de um processo de conhecimento pautado na observação analítica e objetiva das coisas, apesar das substanciais diferenças na situação do objeto e do sujeito no estudo destas ciências.

Ao contrário das ciências naturais, nas ciências do espírito a interação com o objeto não pode pressupor o afastamento da mente do sujeito que o conhece¹⁵, afinal, “[...] é sempre o homem que constitui o objeto da investigação, ora como um todo, ora com seus conteúdos parciais tanto quanto em suas relações.” (DILTHEY, 2010, p. 437) Tal questão demanda a delimitação de um estatuto metodológico próprio para as ciências do espírito, não querendo dizer, entretanto, que se deva abandonar a proposta científicista.

É precisamente em defesa desta distinção¹⁶, que Wilhelm Dilthey, filósofo, historiador e psicólogo, nascido em 1833, na Alemanha, reserva para a hermenêutica a base de sustentação epistemológica das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), com o propósito de utilizá-la para alcançar uma interpretação objetivamente válida para as expressões da vida interior do homem.

Dilthey percebeu verdadeiramente a inconsistência epistemológica da pretensão à «objectividade» da «escola histórica» alemã, encarando-a como uma mistura acrítica das perspectivas idealista e realista. A experiência concreta, histórica e viva tem que ser o ponto de partida e o ponto de chegada dita *Geisteswissenschaften*. (PALMER, 2006, p. 105)

Por entender que a dinâmica da vida interior do homem é um conjunto complexo de cognição, sentimento e vontade, Dilthey defendia que estes fatores não poderiam se submeter à rigidez do pensamento mecanicista e quantitativo da ciência da natureza. (PALMER, 2006, 109) Este fato, por sua vez, não faz com que o autor ignore que toda ciência possui um caráter experimental. É que, para o filósofo hermenêutico, esta experiência somente se dá em certo contexto, sendo que sua validade estruturante está sujeita à nossa consciência.

Compreendendo que toda a realidade (ou seja, todos os fatos externos, tanto objetos como pessoas) se encontram condicionados à consciência, conforme pressupõe o princípio universal da fenomenalidade, Dilthey deduz que somente uma reflexão psicológica possui condições de fundamentar a objetividade do

¹⁵ Os estudos humanos não lidam com factos e fenômenos que silenciam o homem mas com factos e fenômenos que apenas são significativos pela luz que trazem aos processos internos do homem, à sua «experiência interna». A metodologia apropriada aos objectos naturais não é adequada à compreensão dos fenômenos humanos, excepto no estatuto que estes têm enquanto objectos naturais. (PALMER, 2006, p. 110)

¹⁶ Não se deve ignorar aqui, a crítica formulada do Jean Grondin ao dizer que: “Embora Dilthey se posicione abertamente no sentido de libertar a autonomia das ciências do espírito de uma dependência das ciências naturais, que ele percebia no positivismo de Mill e Buckle, não obstante, o discurso sobre uma procurada retaguarda inabalável dá testemunho da fascinação que o modelo científicista foi capaz de exercer sobre sua concepção.” (GRONDIN, 1999, p. 147)

conhecimento das ciências do espírito. (GRONDIN, 1999, p. 148)

A psicologia, nesta perspectiva, assume um importante papel no entendimento dos fenômenos envolvidos na compreensão, afinal não seria “[...] possível subtrair-se à introdução arbitrária e fragmentária de pontos de vista psicológicos, se não estabelecermos como base, com consciência científica, uma apreensão clara da tessitura anímica.” (DILTHEY, 2002, p. 29) Em outras palavras, o ato de adentrar no mundo interno dos homens (consciência) se daria não por meio de uma introspecção sujeita à introdução arbitrária e seletiva de pontos de vistas psicológicos, mas sim através da compreensão das expressões da vida para permitir a decifração das marcas que o homem imprime aos fenômenos.

Enquanto alicerce epistemológico apto a garantir uma interpretação objetivamente válida ao intérprete, a hermenêutica forneceria regras universais para afastar arbitrariedade subjetiva de origem psicológica no ato de compreender.

Além do exposto, Dilthey também marca na sua proposta hermenêutica a indicação de que a possibilidade de compreensão somente se dá dentro da história, e não fora dela, tentando romper com uma interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais por um sujeito *ahistórico*. Quer dizer, para o autor em questão, que “[...] o homem não foge à história, pois ele é o que é, na e pela história”. (PALMER, 2006, p. 122)

A introdução da noção da historicidade acaba resultando em duas percepções: a primeira é que a autocompreensão do homem é indireta na medida em que sofre um desvio hermenêutico das expressões fixadas no passado, e a segunda, é que a natureza humana não é uma essência permanente, comportando projeções e alterações de perspectivas. (PALMER, 2006, p. 122)

A proposta psicologizante e historicista de Dilthey não passou despercebida pela crítica¹⁷, conforme discriminado por Jean Grondin:

¹⁷ Parte destas críticas, inclusive, podem até mesmo terem sido acolhidas em certa medida pelo próprio Dilthey posteriormente. É o que discorre Jean Grondin: “Do tratado de 1900 deve-se deduzir que Dilthey manteve até o fim uma compreensão clássica e normativa da hermenêutica. No melhor dos casos, ele imaginou que uma, tal teoria devia ter alguma relação com a metodologia gnoseológica das ciências do espírito, mas ele não executou o seu programa nem o definiu com absoluta clareza. A sua não execução - conforme se supôs muitas vezes - estaria relacionada com o fato de que o Dilthey tardio tenha reconhecido progressivamente a estreiteza de seu questionamento metodológico originário. Porque a compreensão, na realidade, não é apenas o procedimento específico das ciências do espírito, porém sempre igualmente uma característica básica da existência histórica do ser humano.” (GRONDIN, 1999, p. 154)

O aspecto insatisfatório nessa psicologia da vivência metodologicamente estruturada, não passou despercebido aos pensadores da época e, em breve tempo, talvez também não ao próprio Dilthey. Duas lacunas transparecem de modo particular. Em primeiro lugar, é questionável, se a psicologia meramente descritiva, a qual em certos traços antecipa a idéia de Husserl, de uma fenomenologia de vivências interiores, dispõe realmente de um acesso direto e desprovido de hipóteses ao contexto estrutural da alma, cuja evidência interna é postulada. Se sua realidade fosse tão clarividente, não haveria nenhuma discordância metodológica no âmbito da Psicologia. Em segundo lugar, Dilthey não conseguiu estabelecer uma conexão plausível entre o seu novo princípio psicológico e as concretas ciências do espírito, cujos fundamentos este princípio devia clarear. Em parte alguma se vê, de que forma a Psicologia do entendimento deve poder garantir a objetividade de teses das ciências do espírito. Também aqui o lance de Dilthey atola no aspecto programático. (GRONDIN, 1999, p. 150)

Mesmo expondo a possibilidade de compreensão para os estudos humanísticos e assumindo abertamente a existência de um intérprete não *ahistórico*, Dilthey dedicou sua proposta hermenêutica voltada para técnicas¹⁸ práticas de interpretação para tentar desvelar o real sentido do texto, contra a arbitrariedade subjetiva. Neste sentido, assim ressalta Josef Bleicher:

Considerando as objectivações históricas como «aquisições» que podem ser decifradas com o auxílio de técnicas hermenêuticas, Dilthey não conseguiu fazer jus à sua caracterização da relação intérprete-texto com uma relação sujeito/sujeito, estilizando-a na familiar relação sujeito/objeto. O preço da garantia de um grau de objectividade no estudo das expressões de uma outra mente é a incapacidade de dar o passo do «conhecimento histórico» para a «experiência histórica» ou «conhecimento hermenêutico»; quer dizer, Dilthey estava demasiado preocupado em salientar a necessidade e o valor de assumir uma posição crítica em relação ao passado e também em tentar garantir uma posição objectiva para esta realização. (BLEICHER, 1992, p. 40)

Percebe-se, portanto, que seguindo a proposta de Schleiermacher, Dilthey persistiu na persecução “[...] de um conhecimento «objectivamente válido» e com a sua hipótese de que a tarefa da hermenêutica é descobrir as leis e os princípios da compreensão.” (PALMER, 2006, p. 101). Esta posição acaba por revelar um Dilthey ainda atrelado aos pressupostos da tradição cartesiana e vinculado a uma relação sujeito/objeto, pela qual seria dado ao intérprete extrair o real sentido do texto.

¹⁸ Técnicas estas, que, segundo Jean Grondin, não foram expostas por Dilthey com absoluta clareza, o que, inclusive, dá causa à sua crítica sobre a suposta revisão da proposta pelo próprio Dilthey: “Mais acentuado do que em Schleiermacher é, no entanto, o novo desafio do relativismo histórico. Da hermenêutica espera Dilthey, agora, a solução da pergunta pelo ‘conhecimento científico’ do individual, portanto regras universalmente válidas, para proteger a compreensão contra a arbitrariedade subjetiva. Também aqui fica tudo no programa. Não se diz que feição devem ter tais regras, e apenas se postula que elas devem existir.” (GRONDIN, 1999, p. 154)

A problematização do debate hermenêutico da relação sujeito (intérprete) com o texto (objeto), de modo a indicar a falibilidade da proposta acima por ignorar ou não se importar com o que há por detrás da constituição categorial do ente, está presente nas reflexões do filósofo que deslocou a experiência hermenêutica como modo de ser do Dasein (do ser-aí, do ser-no-mundo), Martin Heidegger.

Para melhor compreensão do giro *fenomenológico* e/ou *ontológico* promovido por este filósofo, bem como dos reflexos desta virada na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana e na hermenêutica contemporânea de maneira geral, faz-se necessária a apresentação da relação sujeito/objeto e a introdução das principais críticas de Heidegger.

2.2 A relação sujeito/objeto e a exposição da crítica formulada por Heidegger

Segundo Emerich Coreth (1973, p. 91), mesmo correndo o risco de ignorar grandes filósofos do passado e fenômenos singulares, pode-se dizer, em uma caracterização grosseira da história, que a filosofia da Antiguidade e da Idade Média foi determinada principalmente por um pensamento objetivo, ao passo que o pensamento moderno é voltado predominantemente para o sujeito.

O filósofo explica que a filosofia antiga e medieval se dedicava às reflexões circunscritas dentro de uma realidade objetiva das coisas (a natureza, o cosmos e o universo), considerando uma ordem graduada de seres, a começar pela matéria inerte, até chegar, gradualmente, para formas de vida vegetativa e sensitiva, ao ser e à vida espiritual. Nesta ordem das coisas, o homem está situado no que seria o “microcosmos”, ao passo que, no ápice desta estrutura, estaria o ser absoluto, Deus, como criador e alvo de toda a realidade criada. (CORETH, 1973, p. 92)

Na transição da Idade Média para a modernidade, existe a problematização do pensamento metafísico objetivo e ocorre a volta do indivíduo para si mesmo. Assim, o pensamento se vira para o próprio indivíduo, ao refletir que todo conhecimento sobre um objeto pressupõe o sujeito que conhece, o qual, “[...] por sua própria realização e por seu próprio esforço, deve apropriar-se do objeto, ou seja, fazer com que se torne um objeto conhecido ou sabido.” (CORETH, 1973, p. 92) Trata-se da mediação do objeto pelo sujeito, pela qual o indivíduo, não aceitando como dada a ordem preestabelecida, coloca em dúvida o conhecimento e se lança ao propósito de conhecer e dominar o objeto.

No entanto, conforme suscita Emerich Coreth, por detrás desta oposição entre o pensamento objetivo e subjetivo deve-se questionar se, de fato, o sujeito e o objeto estão separados e se são essencialmente opostos um ao outro. Mais do que isto, deve-se questionar: “Como então podem entrar em relação e concordar? Não devem eles, para constituir o conhecimento, ligar-se numa unidade? Mas seria possível a união posterior de elementos diversos e opostos, se não fosse baseada numa unidade prévia, que condiciona e dirige tal união?” (CORETH, 1973, p. 92)

Tais questionamentos provenientes do pensamento objetivo e subjetivo derivam da distinção entre aquilo que pretendemos tomar pelo conhecimento e o próprio sujeito que se dedica à apropriação.

É que, em certa medida, tradicionalmente, há uma tentação em delinear uma diferença entre o ente conhecedor e aquilo a que ele, voltando para si mesmo, busca conhecer. O problema é que esta tentadora relação entre o sujeito e o objeto anteriormente era vista em um contexto de cisão, em que ambos estariam separados de forma estanque, e que, quanto mais separados entre si, maior seria a objetividade e validade do conhecimento, pois implicaria na redução da subjetividade deformadora da realidade posta. (CUNHA, 2010, p. 97)

É precisamente esta proposição que está por detrás da relação sujeito/objeto, presente nas proposições de Schleiermacher e Dilthey, ao vislumbrarem a hermenêutica como técnicas práticas de interpretação para tentar desvelar o real sentido do texto, contra a arbitrariedade subjetiva. Nas perspectivas de ambos os filósofos hermeneutas, sobressai a crença da existência da possibilidade de extrair do texto o seu sentido em si por meio de técnicas, indistintamente da situação daquele que o interpreta (conhece).

Trata-se de uma percepção de origem metafísica, “[...] para a qual haveria uma verdade idealizada e absoluta, passível de ser encontrada pelo homem, por meio de uma atitude racional.” (CUNHA, 2010, p. 98) Esta concepção, no entanto, foi amplamente questionada e deu lugar a um pensamento diferente sobre o homem, conforme explica Emerich Coreth ao discorrer que:

O homem, portanto, não é – na compreensão moderna – uma razão pura e autônoma, que se possuísse primeiramente sem mundo e sem história, e depois se opusesse a um mundo de objetos. É, antes, condicionado por seu mundo e sua história, sendo somente “sujeito” do conhecimento como homem concreto de seu mundo e de sua história. É por sua visão concreta, condicionada pela experiência e pela histórica, que ele se experimenta e

compreende a si mesmo no mundo. (CORETH, 1973, p. 94)

Por desconsiderar ou não se importar com o condicionamento do mundo e da história diante da experiência hermenêutica do sujeito, Martin Heidegger irá problematizar e indicar a falibilidade da relação sujeito (intérprete) e texto (objeto) na forma empreendida por Schleiermacher e Dilthey. Neste sentido, discrimina Jean Grondin:

A hermenêutica, observa Heidegger, é aí tomada "no significado originário da palavra, segundo o qual ela designa o negócio da interpretação". Este entendimento volta-se contra a concepção, vigente desde Schleiermacher e Dilthey, segundo a qual a hermenêutica deveria fornecer uma doutrina metódica artificiosa da compreensão, em vista de uma fundamentação metodológica das ciências do espírito. Não a teoria da interpretação, porém a própria interpretação é o negócio da hermenêutica elevada ao nível da filosofia, e isso em vista de uma autotransparência do ser-aí, a ser conquistada, e na qual o trabalho filosófico de clarificação simplesmente leve a termo a interpretação, que o entendedor ser-aí já realiza sempre. (GRONDIN, 1999, p. 167)

A questão hermenêutica, a partir de então, está voltada não para a definição da significação da coisa em si, mas sim em saber o que dizemos quando falamos da coisa. Daí que, após as reflexões de Heidegger, a hermenêutica não é mais metodológica. Não mais se interpreta para compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar. A hermenêutica não se dedica mais a tentar reproduzir o sentido original e único do autor; é, a partir de então, produtiva. (STRECK, 2006, p. 170)

Esta virada de perspectiva faz com que a hermenêutica rompa com o idealismo por detrás da tentativa de recuperar o único sentido real do texto e abra espaço para um novo modo hermenêutico, conforme denuncia Streck:

Dessa forma, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar de soslaio, rompendo-se com (um) *hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. *Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto, e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundamente.* (STRECK, 2005, p. 230)

Por entender que os fenômenos somente se manifestam de forma indireta e que o que se manifesta é o ente, Heidegger confere destaque a análise de um em

especial, o Dasein (do ser-aí, do ser-no-mundo)¹⁹. Por ente, deve-se compreender “[...] tudo que de algum modo é: o homem, as coisas, os acontecimentos, até o Nada, enquanto é um Nada, i. é, enquanto tem um significado, seja positivo ou negativo para a existência.” (HEIDEGGER, 1996, p. 10)

Esclarecendo, o que propõe este filósofo alemão, é que a hermenêutica não deve ser metodológica e que suas reflexões devem se voltar para a questão da ontologia fundamental no sentido do ser, o que somente pode ser feito pelo único ente capaz de indagar e compreender o ser: o homem (Dasein²⁰).

As ciências são maneiras de ser do Dasein, nas quais ele se comporta também em relação a entes que podem ser outros que não ele. Agora bem, ao Dasein lhe pertence essencialmente o estar em um mundo. A compreensão do ser própria do Dasein comporta, pois, com igual originariedade, a compreensão de algo assim como um mundo e a compreensão do ser do ente que se faz acessível dentro do mundo. As ontologias cujo tema é o ente que não tem o caráter do ser do Dasein estão, por isso, fundadas e motivadas na estrutura ôntica do Dasein mesmo, que leva consigo a determinação de uma compreensão pré-ontológica do ser. Daí que a ontologia fundamental, que está na base de todas as outras metodologias, deva ser buscada na analítica do Dasein. (HEIDEGGER, 1997, p. 23²¹)

Conforme pondera Jean Grondin (1999, p. 160), a proposta de Heidegger tem por intenção trabalhar tudo aquilo que se situa por detrás de cada elocução, isto é, “[...] é uma interpretação da estrutura de cuidado do ser-aí humano, que se expressa antes e por detrás de cada juízo e cuja forma mais elementar de concretização é a

¹⁹ De fato, dentre todos os entes há um para quem a pergunta acerca do sentido do ser faz algum sentido. Uma mesa ou uma planta não colocam jamais em questão o sentido do ser! Somente alcançamos esse fim, por meio do acesso aos entes em geral, de um modo conceitual, por meio da compreensão etc. Todos esses caracteres e comportamentos estão na essência de um determinado ente, o ente que nós mesmos somos em cada caso. (CUNHA, 2010, p. 107)

²⁰ [...] Heidegger usa (das) *Dasein* para 1. O ser dos humanos, e 2. O ente ou pessoa que possui este ser. Nas preleções, ele muitas vezes fala das *menschliche Dasein*, “o Dasein humano”, e isto também pode significar tanto o ser dos humanos quanto o ser humano (p. ex., XXIV, 21). Como infinitivo substantivado, *Dasein* não tem plural. Refere-se a todo e qualquer ser humano, de modo semelhante àquele pelo qual das *Seiende*, lit. “aquele que é”, refere-se a qualquer e todo SER. Quando mais de uma pessoa está em cena, Heidegger fala de (os) outro(s) ou Dasein-com (com-presença, *Mitdasein*). Retoma o sentido original da palavra, “ser aí”, escrevendo frequentemente *Da-sein* para frisá-lo. *Dasein* está essencialmente no mundo e ilumina a si mesmo e ao mundo. O “aí [das Da]” é o espaço que abre e ilumina [...] (INWOOD, 2002, p. 29)

²¹ Las ciencias son maneras de ser del Dasein em las que éste se comporta también em relación a entes que pueden ser otros que él. Ahora bien, al Dasein le pertenece esencialmente el estar em um mundo. La comprensión del ser propia del Dasein comporta, pues, com igual originariedad, la comprensión de algo así como um “mundo”, y la comprensión del ser del ente que se hace accesible dentro del mundo. Las ontologias cuyo tema es el ente que no tiene el carácter de ser del Dasein están, por ende, fundadas y motivadas em la estructura ôntica del Dasein mismo, que lleva em sí la determinación de una comprensión preontológica del ser. De ahí que la ontologia fundamental, que está a la base de todas las otras ontologías, deba ser buscada em la analítica existencial del Dasein.

compreensão.”

Desta maneira, acaba por se evidenciar a impossibilidade de se analisar os fonemas isoladamente para, a partir da junção de frases, aplicar certas técnicas visando alcançar o sentido correto e único do enunciado. Assim, evidencia-se a falibilidade da relação sujeito/objeto ao indicar a impossibilidade de cisão entre o sujeito e o objeto.

Nesta perspectiva, não seria dado ao intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido. (STRECK, 2006, p. 170) Heidegger assim disserta sobre a impossibilidade de cisão e sobre o acesso simultâneo:

Nunca partimos faticamente do som da palavra; uma proposição proferida é sempre mais. Somente porque a unidade da proposição já tinha sido compreendida, foi possível mesmo para Platão se impor a pergunta que questiona de onde afinal a sequência de palavras tira essa unidade [...] Essa proposição significa algo e, em sua significatividade, está relacionada a um objeto, e, em seu ser-proferida e ser-compreendida, ela pertence a um sujeito; tudo isso está em correlação e se acha à base dos fonemas de uma proposição. (HEIDEGGER, 2008, p. 63)

Este novo olhar hermenêutico proposto por Heidegger, e que será retomado em grande medida por Gadamer, tem na linguagem o médium universal em que se realiza a própria compreensão, tendo em vista que toda compreensão do ser se desenvolve no seio da linguagem, conforme ressalta Manfredo A. de Oliveira:

O homem é, em sua essência, a “memória do ser”, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, e, para Heidegger, só se pode falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser se desvela, se abre, ou seja, no homem. (OLIVEIRA, 2001, p. 201)

Tecidas estas considerações, já é possível apontar a resposta para parte das indagações feitas no início deste capítulo, vez que a falibilidade da relação sujeito/objeto, na forma denunciada por Heidegger, permite dizer que a hermenêutica jurídica não é mero instrumento de interpretação para se extrair o espírito da lei.

Partindo-se destas lições do filósofo em questão, constata-se não ser possível ao interpretar que o jurista se esvaia de suas pré-compreensões em decorrências destas serem constitutivas da própria compreensão. Isto é, a situação hermenêutica do intérprete constitui e influencia a compreensão. Como alude Lenio Streck, “o

mensageiro já vem com a mensagem” (STRECK, 2006, p. 198).

No entanto, a apresentação de respostas às indagações feitas no início deste capítulo pode, em um primeiro momento, resultar em outros questionamentos tanto incômodos quanto os lançados anteriormente. Afinal, se a compreensão não pode prescindir do sujeito e se não há cisão entre intérprete e texto, a aplicação do direito seria mera questão de subjetividade? A proposta de Heidegger, seguida em grande medida por Gadamer, leva ao obscurantismo? São estas questões, dentre outras, que se dedica no próximo capítulo ao desenvolver a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana e ao defrontá-la com algumas críticas.

3 A ABERTURA PARA UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O GIRO HERMENÊUTICO

Conforme ressaltado anteriormente, ao formular reflexões direcionadas à análise existencial do Dasein e ao esforço hermenêutico de compreender o que está por detrás de toda elocução, ou seja, do que se expressa antes e por detrás de cada juízo, Heidegger acaba indicando a impossibilidade de o intérprete extrair do texto algo que o texto possui em si mesmo. Isto, por sua vez, abala a estrutura pensada por Schleiermacher e Dilthey para conferir uma objetividade interpretativa, na qual seria possível revelar o único e verdadeiro sentido do texto.

A partir das críticas de Heidegger, Hans-Georg Gadamer empreendeu esforços no sentido de aprofundar as reflexões instauradas pelo seu mestre e inaugurou um novo olhar hermenêutico. Para além do foco eminentemente epistemológico contido nos ensinamentos de Schleiermacher e Dilthey, Gadamer emprega para a hermenêutica um papel mais filosófico, envolvendo a investigação do fenômeno da compreensão em si.

É que, tentando compreender o fenômeno da compreensão, Gadamer irá refundar a discussão acerca da própria possibilidade do filosofar, inaugurando, desta maneira, uma hermenêutica filosófica. (PEREIRA, 2001, p. 22) O espaço para o surgimento das reflexões de Gadamer e, portanto, da própria fundação de uma hermenêutica filosófica, está diretamente relacionado com o desenvolvimento teórico exposto no capítulo anterior, em conotação crítica à visão da hermenêutica essencialmente metodológica, oriunda do pensamento iluminista de razão absoluta¹.

Neste novo pensar hermenêutico, percebe-se ser indissociável à compreensão a marca dos preconceitos e experiências que o intérprete carrega, porquanto estes elementos seriam constitutivos da própria compreensão².

¹ Sintomático é o título de sua obra magna: Verdade e Método, que deu azo, inclusive, a várias especulações sobre seu correto significado tendo em vista o conteúdo do livro: teria sido melhor *Verdade ou Método*, *Verdade contra o Método* ou a forma optada pelo autor? O que deve ser ressaltado é que, como se verá no momento apropriado, GADAMER não é contra o método em si, mas apenas à sua configuração dada pelo Iluminismo. (PEREIRA, 2001, p. 22)

² Ao discorrer sobre a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, Rodolfo Viana Pereira ressalta que “[...] a obra de arte não pode ser vista em seu isolamento, eis que há uma rede de compreensão compartilhada entre seu horizonte de sentido (da obra) e do observador. Desse modo, nós, observador e objeto observado, fazemos parte do mesmo mundo: comungamos a possibilidade de uma compreensão que se dá exatamente no encontro possível dos horizontes em comum” (PEREIRA, 2001, p. 22)

Outra característica presente na perspectiva da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana é a situação da linguagem como médium universal em que se realiza a própria compreensão, tendo em vista que toda compreensão é interpretação, e que toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem. (OLIVEIRA, 2001. p. 233) Em outras palavras, apoiando na célebre afirmação do próprio Gadamer (2002A, p. 687), o ser que pode ser compreendido é a linguagem.

Esta conclusão, por sua vez, fará com que o foco da questão hermenêutica deixe de ser a reprodução do sentido original do texto, para se deslocar para outro ponto decisivo, sobre o caráter especulativo “[...] inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com todo o ser.” (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 135).

Conforme leciona Rodolfo Viana Pereira:

Como visto, critica a ilusão da tradição hermenêutica até então existente que pretendia ter como tarefa essencial a preocupação estreita em buscar razões metodológicas para a justificação do saber – seja em contato com textos, seja na seara das humanidades -, com a pretensão utópica de que tais caminhos levariam a uma verdade objetiva, estática e imanente aos fenômenos interpretados.

O giro hermenêutico se dá, portanto, quando a disciplina liberta-se da sombra iluminista que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantar a História e se confinar na busca maniqueísta e míope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método. (PEREIRA, 2001, p. 19)

Este giro hermenêutico é de grande relevância ao direito contemporâneo e aos debates envolvendo a interpretação dos textos jurídicos, notadamente no exercício da atividade jurisdicional. A importância aqui denunciada também é levantada por Braga e Ribeiro:

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos técnico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 136).

A objetividade na interpretação das normas jurídicas foi radicalmente modificada a partir do giro linguístico desenvolvido pela hermenêutica filosófica, ao ressaltar a linguagem como condição de compreensão do indivíduo no mundo por meio de uma relação interpretativa intersubjetiva (sujeito/sujeito). Esta percepção,

por sua vez, entonará a revisitação crítica lançada adiante sobre a concepção de uma jurisdição ainda atrelada à mera atividade declaratória exercida por apenas um dos sujeitos processuais (o magistrado), mesmo quando a própria sobriedade e objetividade da declaração baseada na relação sujeito/intérprete e texto/objeto não apresenta consistência.

É que, com o giro hermenêutico proposto pela hermenêutica jurídica filosófica, foi denunciada a impossibilidade de se atingir o “real” sentido da lei, pois é indissociável à compreensão a marca dos preconceitos que o intérprete carrega, afinal, estes elementos influenciam a própria compreensão, não sendo possível extrair da lei um sentido original, neutro, correto e único. Conforme ressalta Oliveira:

Para Gadamer, esse ponto é fundamental, pois a exigência de superação de todo e qualquer pré-conceito, que constitui o ideal do iluminismo, se revela como um pré-conceito que precisa ser questionado, a fim de abrir espaço à finitude humana. A razão só existe para nós homens, diz Gadamer, enquanto história, e isso significa dizer: ela não é simplesmente senhora de si mesma, mas depende de dados históricos. (OLIVEIRA, 2001, p. 228)

Para melhor assimilação da dimensão do giro hermenêutico proposto e da sua relevância ao direito contemporâneo, nas linhas seguintes serão apresentados os elementos estruturais da compreensão realçados na hermenêutica filosófica proposta por Gadamer.

3.1 As estruturas fundamentais da compreensão

3.1.1 O aspecto da historicidade na compreensão

Conforme abordado anteriormente, muito embora em Dilthey já se faça presente considerações iniciais sobre uma possibilidade de compreensão situada dentro dos estudos humanísticos e assumindo, de certa forma, o elemento da historicidade na interpretação, o seu pensamento ainda estava voltado para técnicas práticas para a condução do sujeito ao real e verdadeiro sentido do texto.

Esta concepção, a partir das críticas lançadas por Heidegger, dá lugar para o desenvolvimento de uma historicidade diferente por Hans Georg Gadamer. É que, para este autor, o importante não é escapar da estrutura prévia que o historicismo fornece, mas, sim, reconhecendo esta estrutura, não se deixar levar por

preconceitos ilegítimos³. Em outras palavras, não deixar que a estrutura prévia dê lugar para opiniões arbitrárias e que nem mesmo podem ser confirmadas nas próprias coisas (CUNHA, 2010, p. 196).

Conforme explica Gadamer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto - até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (GADAMER, 2002A, p. 405)

A historicidade, nesta perspectiva, não se apresenta como uma limitação, mas antes "condição de possibilidade" da compreensão. Quer dizer, em outras palavras, que compreendemos a partir dos nossos preconceitos, gerados dentro de um contexto histórico e que, no presente, se manifestam como "condições transcendentais" de nossa compreensão. (OLIVEIRA, 2001, p. 227/228)

Trata-se de uma ruptura com a pretensão ainda objetivista do pensamento de Dilthey, pelo qual Gadamer irá conferir em sua hermenêutica filosófica um destaque do momento histórico na compreensão das coisas, afastando-se da identificação obsessiva dos processos de conhecimento típicos das ciências naturais e importando para as ciências do espírito a consciência das características históricas do seu objeto, reconhecendo-as como um momento positivo e não como um obstáculo (BLEICHER, 1992, p. 155). Assim,

[...] uma pessoa que procura compreender um texto está preparada para que este lhe diga algo. Por isso uma mente preparada pela hermenêutica deve ser, desde o princípio, sensível à novidade do texto. Mas este tipo de sensibilidade não implica, nem «neutralidade» na questão do objeto, nem a anulação da personalidade dessa pessoa, mas a assimilação consciente dos significados prévio e dos preconceitos. O que importa é estar consciente da sua própria predisposição, para que o texto se possa

³ "Preconceito" não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o praejudicium latino torna-se operante nesse fato, de tal modo que, na palavra, junto ao matiz negativo, pode haver também um matiz positivo. (GADAMER, 2002A, 407)

apresentar em toda a sua novidade e conseguir, assim, afirmar a sua própria verdade, por oposição aos nossos sentidos (GADAMER apud BLEICHER, 1992, p. 155)

A consciência dos preconceitos que o intérprete carrega pela tradição a ele transmitida dentro de um contexto histórico, influenciando substancialmente na compreensão das coisas, conduz para questionamentos críticos da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana e que devem ser respondidos desde já.

As questões críticas⁴ podem ser identificadas a partir das seguintes proposições, veja: se o postulado metodológico não é suficiente para afastar os efeitos da tradição que o intérprete carrega, não sendo possível definir critérios absolutos para afastar a subjetividade de uma pessoa, isto quer dizer que toda interpretação de texto e, portanto, a aplicação do direito é uma mera questão de subjetividade? Se assim o é, então como Gadamer fala em preconceitos legítimos e arbitrários? Estaria Gadamer criticando o postulado metodológico e, ao mesmo tempo, defendendo a sua utilização para a identificação dos preconceitos legítimos e ilegítimos?

Para o esclarecimento destas indagações, deve-se, antes de tudo, ressaltar novamente a distinção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a hermenêutica que se orienta para métodos de interpretação. É que, conforme ressalva Richard Palmer,

Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da compreensão. Isto não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Significa sim que Gadamer trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o mundo? Esta é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica mas que vai muito mais longe do que elas. É neste ponto que Gadamer liga explicitamente a Heidegger a sua definição de hermenêutica: (PALMER, 2006, p. 168)

⁴ Acompanhando o entendimento exposto por Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 21), com afincos nas considerações de Jean Grondin, apesar do desenvolvimento de diversos estudos posteriores sobre hermenêutica e que problematizaram sob os mais diversos vieses o acesso do ser ao mundo e o fenómeno da compreensão, sobretudo nos trabalhos de Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel, Jacques Derrida e Paul Ricoeur, esta dissertação não irá se aprofundar nas críticas feitas por cada um destes autores. Será apresentado mais adiante apenas algumas ressalvas feitas por Habermas sobre o debate travado acerca dos limites e deficiência da hermenêutica filosófica.

Quer dizer, em outras palavras, que a tarefa da hermenêutica proposta por Gadamer não é a de se apresentar como um procedimento da compreensão, mas, antes disto, esclarecer as condições sob as quais surge a própria compreensão. Afinal, “[...] não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos.” (GADAMER, 2002A, p. 709)

Na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana a análise do fenômeno histórico não deve ter por finalidade a busca por uma lei de regularidades para estabelecer as causas dos fenômenos observados, mas sim explorar a riqueza do próprio fenômeno em sua singularidade conscientemente da historicidade como um fator de influência na compreensão. (CUNHA, 2010, p. 193).

Além disto, não se pode ignorar que, se não há “[...] critérios realmente seguros, há, no entanto, indícios. Com essa intenção, 'Verdade e Método' destaca a produtividade dos intervalos de tempo.” (GRONDIN, 1999, p. 188)

Estas considerações são de grande relevância para a apresentação de resposta aos questionamentos levantados acima, na medida em que elas acabam por revelar que “[...] o decisivo não é a intenção do autor nem a obra como coisa isolada, fora da história, mas o *quid* que aparece repetidamente nos encontros históricos.” (PALMER, 2006, p. 169)

Ao propor uma hermenêutica consciente que o intérprete está inserido dentro de um contexto de tradição, que pode ser revelado por meio de preconceitos, Gadamer defende a distinção entre os preconceitos produtivos, isto é, aqueles legítimos e que tornam possível a compreensão, daqueles outros que obstaculizam e causam mal-entendidos.

A filtragem dos ditos preconceitos legítimos é sucedida por meio da relação dialógica entre a diversidade e a familiaridade entre o objeto e a tradição que é transmitida pela distância temporal. É precisamente nesta relação que se ressalta o esforço produtivo da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, em contraponto à pretensão reprodutiva da hermenêutica metodológica, conforme ressalva Josef Bleicher

Ao confrontar o texto com as suas próprias concepções, o intérprete não visa, como é lógico, reproduzi-lo no seu estado primitivo; não só o texto representa, em todas as épocas, mais do que a intenção do seu autor, como é também lido em circunstâncias diferentes, sendo, por conseguinte, a compreensão um esforço produtivo. Neste processo, os nossos

preconceitos terão, e é nesta abordagem experimental que pode surgir a proclamação da verdade do texto. (BLEICHER, 1992, p. 157)

No mesmo sentido, Ricarlos Cunha esclarece que:

O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo processo objetivo histórico. Aí que o sentido o texto, não apenas pode superar o seu autor, mas necessariamente o faz, e tal se dá exatamente em razão desse distanciamento histórico a que mencionamos. Isso faz da tarefa hermenêutica não apenas uma reprodução do dito, mas também um produção e um dizer, que, não necessariamente é um melhor do que o dito, mas um outro em relação a ele, algo diferente dele. Isso só é possível na base de uma **distância temporal** entre o autor e intérprete, que faz do tempo não mais um obstáculo à interpretação, ou uma dificuldade com que tenha que superar ou tolerar, mas algo possibilitador dela [...]. (CUNHA, 2010, p. 202)

Daí mais uma vez ser necessário ressaltar a precisa consideração de Lenio Streck, ao salientar que, após as contribuições de Heidegger e Gadamer, a hermenêutica não é mais metodológica. Não mais se interpreta para compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva; é, a partir de então, produtiva. Afinal, a relação sujeito-objeto deu lugar ao círculo hermenêutico ciente da situação histórica do sujeito. (STRECK, 2006, p. 170)

Tecidas estas considerações, percebe-se que a inexistência de definição de critérios absolutos para afastar a subjetividade da pessoa na hermenêutica filosófica não se apresenta como sendo um obstáculo à compreensão, mas, antes disto, sua própria condição de possibilidade.

Além desta questão, também é possível perceber que Gadamer se preocupa em ressaltar no processo hermenêutico o exercício crítico e racional sobre os preconceitos tidos como ilegítimos, dentro dos limites da finitude humana. Isto, por sua vez, também acaba por responder outra crítica exposta acima, pois revela que a interpretação do texto e, conseqüentemente, a aplicação do direito, não é uma mera questão de subjetividade do intérprete. Conforme expõe Gadamer, em tradução feita por Bleicher, “[...] a compreensão não deve ser concebida como uma acção da subjetividade de uma pessoa, mas como o inserir-se numa tradição em que o passado e presente se fundem constantemente.” (GADAMER apud BLEICHER, 1992, p. 156)

Mais do que isto, Gadamer acaba produzindo uma virada hermenêutica ao ressaltar que não é possível que a interpretação se dê por um sujeito soberano e fora da história, não sendo possível ao intérprete impor ao texto a sua pré-compreensão arbitrariamente, devendo, acima de tudo, confrontá-la criticamente com as possibilidades razoáveis daquilo que se pode apreender de um contexto. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 130/131)

3.1.2 *Horizonte histórico e a história efetual*

Em vista do exposto no tópico anterior, percebe-se que toda compreensão é historicamente situada em decorrência da distância temporal⁵ entre o autor e o intérprete, além do contexto da tradição que cada um carrega e que é revelado por meio dos preconceitos. Esta observação faz com que Gadamer chegue à conclusão de que a possibilidade de realização da compreensão se dê apenas no contexto do horizonte do sujeito que se propõe a interpretar algo.

Assim, o acesso do homem ao mundo e, conseqüentemente, o ato de compreender, se dá a partir do ponto de vista do sujeito e da sua situação hermenêutica, como uma espécie de resultado do confronto do presente com as suas experiências/pré-compreensões⁶ (PEREIRA, 2001, p. 27).

Este modo de posicionar-se sobre os fenômenos em vista da situação hermenêutica do intérprete recebe um conceito próprio em Gadamer: horizonte. A definição do termo é feita pelo filósofo alemão da seguinte forma:

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 estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para

⁵ O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância de tempo não é, por conseguinte, algo que tenha de ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e somente assim se poderia alcançar a objetividade histórica. Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Não será exagerado, se falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer. (GADAMER, 2002A, 445)

⁶ Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 130)

caracterizar, com isso, a lei do progresso de ampliação do âmbito visual. 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 poder ver para além disso. (GADAMER, 2002A, p. 452)

Conforme esclarece Rodolfo Viana Pereira:

Toda forma de compreender é enraizada na *situação hermenêutica* do sujeito, nessa espécie de “espaço” de que todos partimos, conscientes ou não, na medida em que conhecemos. Vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente. (PEREIRA, 2001, p. 27)

Dito de outra forma ainda mais esclarecedora, “[...] o horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado com o presente.” (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 129).

Mesmo propondo que não há possibilidade de se compreender à margem do horizonte histórico em que o intérprete está situado e dos preconceitos advindos desta situação hermenêutica, deve-se ressaltar que isto não implica em enclausuramento e anulação, como se houvesse uma vinculação absoluta a uma determinada posição ao se tentar compreender algo. Pelo contrário! O que Gadamer faz questão de ressaltar é que este horizonte se apresenta em um contexto de abertura, pois ter consciência da sua existência significa poder conhecê-lo mais profundamente⁷, tornando-o algo dinâmico e móvel:

Tal como cada indivíduo não é nunca indivíduo solitário, pois está sempre entendendo-se com os outros, da mesma maneira o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração. A mobilidade histórica da existência humana apóia-se precisamente em que não há uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido tampouco existe um horizonte fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que está aí sob a forma da tradição, põe em movimento o horizonte abrangente. (GADAMER, 2002A, p. 454/455)

⁷ Urge mencionar que GADAMER deixa claro que a característica principal desse conceito não é a do fechamento, e sim a da abertura, pois tê-lo é sempre aprender a ver mais adiante, não para anulá-lo, mas para melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Nunca é, por isso, algo estático, enclausurado, mas dinâmico e em constante formação. (PEREIRA, 2001, p. 28)

Neste sentido, ao se lançar à pretensão de interpretar qualquer fenômeno, o homem será invariavelmente influenciado pela tradição em que está inserido (pelas suas experiências, modo de vida, sua situação hermenêutica etc). E é precisamente em decorrência desta antecipação prévia do sentido que Gadamer compreende ser fracassado todo empreendimento que tenha por finalidade uma compreensão neutra e objetiva em um caráter absoluto, vez que toda pretensão de compreensão se dá por um sujeito pertencente a uma tradição (PEREIRA, 2001, p. 28). É que “[...] a natureza da realidade que conhecemos não pode ser afastada da natureza da mente que a conhece.” (BELL, 2002, p. 589)

A interação entre o intérprete com o objeto a ser compreendido, por sua vez, dá lugar ao que vem a ser denominado como fusão de horizontes, transmitindo a concepção de que “[...] a verdade no texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor, nem somente nos preconceitos do intérprete, mas na fusão de horizonte de ambos.” (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 130) Quer dizer, nas palavras de Gadamer, que:

O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes. Agora podemos reconhecer nisso a forma de realização da conversação, na qual um tema chega à sua expressão, não na qualidade de coisa minha ou de meu autor, mas de coisa comum a ambos. (GADAMER, 2002A, p. 566)

Esta relação dialógica oriunda da fusão dos horizontes “[...] está em constante processo de formação, pondo à prova os nossos preconceitos no encontro com o passado e tentando compreender partes da nossa tradição.” (BLEICHER, 1992, p. 159) Consequentemente, devemos nos manter “[...] longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido.” (GADAMER, 2002A, p. 457)

Diz-se isto, porque o horizonte sempre está em um processo de constante formação, não sendo possível nem mesmo afirmar a existência de um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos fixos e inertes, pois a fusão se forma constantemente na vigência da tradição, ao considerar que nela o velho e o novo crescem sempre juntos, sem que um ou outro se

destaque explicitamente por si mesmos. (GADAMER, 2002A, p. 457)

A fusão dos horizontes é assim compreendida por Emerich Coreth, ao elucidar o fenômeno em detalhes:

[...] Gadamer desenvolve como explicação do processo compreensivo o que chama de *fusão dos horizontes*. Para tornar clara a idéia, recomeçamos com os fenômenos, para depois mostrar as estruturas fundamentais que aí se manifestam. Assim, conversando com o outro sinto o choque dos limites da compreensão: reconheço que não o compreendi totalmente. Torna-se-me evidente que me ocorre alguma coisa de estranho, seja linguisticamente num modo diverso de expressão, seja quanto ao conteúdo devido a uma mentalidade e tomada de posição estranhos, ou uma outra perspectiva geral e apreciação das coisas. Claro que por detrás disso, talvez implicitamente, haja experiências completamente diferentes, a determinar seu mundo de compreensão, mas estranhas para mim e obstáculos para minha compreensão. Eu o compreenderia mal se quisesse tomar precipitadamente suas expressões em meu próprio mundo de compreensão, compreendo-as e julgando-as a partir dele. Devo, antes, abrir-me para o outro, ouvi-lo pacientemente e procurar compreender suas palavras, através de seu fundo e contexto, através dos pressupostos implícitos. (CORETH, 1973, p. 117)

Destarte, percebe-se que a compreensão se dá por um processo dialógico, em que não é possível negligenciar o horizonte do intérprete e a influência que a história exerce sobre o homem. O reconhecimento desta influência, moldando o modo de compreender, se faz presente no princípio da história efetual.

Conforme aponta Jean Grondin (1999, p. 190), por história efetual entende-se, desde o século 19, o estudo de interpretações de determinadas obras produzidas em certa época, que, em outra época, podem despertar diferentes interpretações. Assim, a consciência da existência da história efetual está relacionada com a percepção da situação hermenêutica do intérprete e a produtividade da distância temporal. Porém, a consciência deste conceito significa algo muito mais fundamental para Gadamer, pois, para ele, a história efetual goza do *status* de um "princípio", do qual se pode deduzir quase toda a sua hermenêutica.

É que, conforme relata Gadamer,

Cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo processo objetivo histórico. (GADAMER, 2002A, p. 443)

Trata-se de uma influência no modo de compreender que molda nosso “olhar” para as coisas, ainda que imperceptivelmente. A compreensão humana, nesta perspectiva, possui uma temporalidade intrínseca e que não pode ser realizada fora da história. (PEREIRA, 2001, p. 32)

O intérprete nunca se posta diante do objeto para uma captação desinteressada e inerte; muito antes o contrário, pois o fenômeno histórico é um contributo para a formação da própria interpretação. Como a experiência hermenêutica influencia o nosso horizonte e, conseqüentemente, modifica o saber, não seria possível nem mesmo reproduzir uma experiência vivida. Isto porque, ao tentar reproduzi-la, já não se está perante algo novo, mas diante de uma expectativa. Ao invés do inesperado, surgiria o previsível (CUNHA, 2010, p. 205).

Este pensamento é exposto por Gadamer, da seguinte forma:

A ingenuidade do chamado historicismo reside em que se subtrai a uma reflexão desse tipo e esquece sua própria historicidade com sua confiança na metodologia de seu procedimento. Nesse ponto convém deixar de lado esse pensamento histórico mal entendido e apelar a outro, que deve ser melhor entendido. Um pensamento verdadeiramente histórico tem de pensar ao mesmo tempo a sua própria historicidade. Só então deixará de perseguir o fantasma de um objeto histórico, que é objeto de uma investigação progressiva, aprenderá a conhecer no objeto o diferente do próprio e conhecerá assim tanto um como outro. O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas é a unidade de um e de outro, uma relação na qual permanece tanto a realidade da história como a realidade do compreender histórico. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história. Ao que é exigido com isso, eu chamo de "história efetual". Entender é, essencialmente, um processo de história efetual. (GADAMER, 2002A, p. 448)

Esclarecendo o princípio da história efetual, Braga e Ribeiro assim dissertam:

Dessa forma, a história efetual compõe a compreensão não só no sentido de que a molda, mas também no sentido de que dela o hermeneuta participa. Não é a história efetual uma força cega, em face da qual o intérprete seria um ente meramente passivo, não apenas porque o intérprete por meio dela se auto-interpreta, mas também porque por ela o intérprete é continuamente interpelado. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 132).

Nota-se, neste sentido, que “[...] o diálogo hermenêutico se realiza dentro da própria consciência de história efetual, ou seja, no escopo da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto.” (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 132) Isto quer dizer que a experiência hermenêutica não se dá por meio de um

monólogo, pois é realizada em um contexto dialógico consciente da história efetual e da situação hermenêutica do intérprete.

Em vista desta perspectiva dialógica se vislumbra na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana uma abertura ao dissenso e à alteridade. É que esta estrutura dialógica é formada por meio de perguntas e respostas⁸ lançadas pelo intérprete, em uma posição de abertura ao outro. Esclarecendo,

[...] ambos se interessam por um objecto que é colocado diante deles. Tal como uma pessoa procura chegar a acordo com seu parceiro em relação a um objecto, também o intérprete compreende o objeto a que o texto se refere... ficando ambos em proveitosa conversa, sob a influência da verdade do objecto e ligados assim um ao outro numa nova comunidade... {é} a transformação numa comunhão, em que deixamos de ser aquilo que éramos. (GADAMER apud BLEICHER, 1992, p. 161)

Outra não é a conclusão feita por Rodolfo Pereira Viana sobre a questão:

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 indivíduo e o mundo do objeto. (PEREIRA, 2001, p. 47)

Diante desta estrutura de perguntas⁹ e respostas haverá a abertura para novas possibilidades de sentido do texto, pois ao entender a pergunta colocada no texto, o intérprete já pergunta a si próprio e, conseqüentemente, se abre ao outro. (BLEICHER, 1992, p. 161)

⁸ Assim, pois, na realidade a relação entre pergunta e resposta inverteu-se. O transmitido, que nos fala - o texto, a obra, o indício - coloca, ele próprio, uma pergunta e situa portanto nossa opinião no aberto. Para poder dar resposta a esta pergunta que se nos coloca, nós, os interrogados, temos que começar, por nossa vez, a interrogar. Procuramos reconstruir a pergunta a que o transmitido poderia dar resposta. Todavia, não podemos fazê-lo se não superamos, com nossas perguntas, o horizonte histórico que com isso ganha um perfil. A reconstrução da pergunta, a que o texto deve responder, está, ela mesma, dentro de um perguntar, com o qual nós mesmos procuramos buscar a resposta à pergunta que a tradição nos coloca. Pois uma pergunta reconstruída não pode nunca se encontrar em seu horizonte originário, já que o horizonte histórico, descrito na reconstrução, não é um horizonte verdadeiramente abrangente. Encontra-se, antes, ele próprio, abrangido pelo horizonte que nos abrange a nós que perguntamos, e que somos atingidos pela palavra da tradição. (GADAMER, 2002A, p. 550)

⁹ Embora essa pergunta seja por nós trazida à fala, não significa que dela estejamos na posse, que seja arbitrária, eis que sempre seremos conduzidos pela resposta latente que subjaz no próprio texto. Não se trata, da mesma forma de uma arbitrariedade porque a pergunta mesma é um elemento de abertura que nos abre à pretensão da tradição de nos dizer algo. Por isso mesmo, pela fusão de horizontes que se dá na compreensão temos o atuar da própria linguagem, porquanto traz à fala a própria coisa interpretada, evidentemente em seu perene atuar sobre nossa compreensão, como uma possibilidade histórica do compreendido. (CUNHA, 2010, p. 207)

Percebe-se, portanto, que esta experiência hermenêutica rompe com o ser absolutamente racional e soberano anunciador do verdadeiro sentido do texto jurídico, propondo, em seu lugar, um novo olhar hermenêutico questionador e aberto a existência do outro, em busca de um possível sentido do texto dentro dos limites da finitude humana. Conforme ressalta Lenio Streck:

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinnggebung*). (STRECK, 2006, p. 170)

De igual forma, Ribeiro e Braga destacam a importância da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana aos debates jurídicos contemporâneos:

Gadamer fala de algo que independe de um querer, de algo que se sobrepõe e acontece inevitavelmente ao humano. Dessa forma, não é negando o estudo de Gadamer para o Direito que se afastaria do Direito a sua sujeição às pré-compreensões, à fusão de horizontes e toda realidade do processo de compreensão por ele trabalhado. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem seres humanos que têm como condição principal a de se fazerem seres hermenêuticos. Não é negando Gadamer ao Direito que se aparta o judiciarismo. Ao contrário, Gadamer constitui um relevante aporte teórico a ser considerado para se pensar a questão dos métodos clássicos de interpretação do Direito, sua insuficiência e a necessidade de um outro paradigma capaz de considerar questões como o relativismo jurídico e as decisões arbitrárias. Assim, a desmistificação do fazer hermenêutico realizado por Gadamer constitui um proeminente aporte para um reflexão crítica sobre a pré-compreensão rumo a uma reorientação teórica da aplicação do Direito, que abrange não só a investigação sobre os mecanismos de pré-compreensão, como também a influência de uma pré-compreensão irracional e ideológica sobre a escolha do método interpretativo da norma jurídica. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 141)

Este entendimento, por se abrir ao dissenso e permitir um discurso processual consciente do horizonte de sentidos, se coaduna aos preceitos democráticos atuais, conforme será demonstrado em capítulo mais adiante, razão pela qual é importante ao Direito contemporâneo o entendimento das reflexões trazidas pela hermenêutica filosófica.

Daí a necessidade do prosseguimento da apresentação dos elementos da estrutura da compreensão, no intuito de conhecer este novo pensar hermenêutico

que demanda o Direito.

3.1.3 *Círculo hermenêutico*

Foi ressaltado no capítulo anterior que o processo de compreensão é circular porque ele é resultado da interação em compartilhamento entre o todo e a parte, em que cada um dá sentido ao outro, de maneira tal que a sua plenitude nunca será alcançada. Esta proposição, conhecida como círculo hermenêutico, já estava presente na proposta de Schleiermacher ao vislumbrar a relação da análise linguística do texto (universal) em interação com o lado psicológico (particular), dentro de um horizonte dialógico.

Mesmo não tendo o termo sido criado por Gadamer, tendo sido a circularidade inclusive intuída desde a Antiguidade¹⁰ - e, portanto, antes mesmo de Schleiermacher -, deve-se reconhecer que o termo assumiu uma conotação bem distinta no autor da hermenêutica filosófica.

É que, antes de Gadamer, a circularidade estava apenas relacionada ao entendimento de que a totalidade da obra (ou mesmo de uma frase), somente poderia ser compreendida pelas suas partes (orações e palavras). E, ao seu turno, a parte também somente poderia ser adequadamente entendida em função do todo, tendo em vista que se a parte for analisada isoladamente do sentido global da obra, provavelmente dará lugar para uma interpretação equivocada. (PEREIRA, 2001, p. 33)

A identificação desta estrutura circular é identificada por Emílio Coreth nas reflexões de outros filósofos anteriores à Gadamer, da seguinte maneira:

Mostra-se igualmente no domínio da compreensão histórica ou das ciências naturais – em Droysen e Dilthey – uma estrutura circular, enquanto o particular deve ser compreendido no todo, mas este a partir do singular. Logo, a compreensão do particular pressupõe uma pré-compreensão do todo, dentro do qual ele deve ser entendido, mas a compreensão do todo se forma da compreensão dos momentos particulares, que se estruturam na totalidade. Compreenda-se essa totalidade como se quiser – com Droysen como um contexto histórico; com Dilthey como unidade de vida, da qual surgem as exteriorizações singulares quais “objetivações da vida”; com Husserl como “mundo vital”, ou em Heidegger, como totalidade de condição do “ser-no-mundo” – sempre se verá um acontecimento circular, no qual um elemento supõe e ao mesmo tempo determina o outro, em certa estrutura circular da compreensão. (CORETH, 1973, p. 82/83)

¹⁰ Confira, neste sentido, Gadamer (2002A, p. 275).

A diferença que se pode ressaltar é que em autores como Dilthey e Schleiermacher, a circularidade se manifesta em um plano objetivo e relacionado ao conteúdo do texto, ao passo que em Heidegger – e, posteriormente, em Gadamer de uma forma ainda mais aprofundada -, o sujeito penetra na circularidade ao colocar em questão a ontologia fundamental no sentido do ser, o que somente pode ser feito pelo único ente capaz indagar e compreender: o homem (*Dasein*). (CUNHA, 2010, p. 213) Em outras palavras, Ricarlos Cunha faz as seguintes considerações:

Portanto, ao contrário da hermenêutica tradicional em que eu interpreto para compreender, em Heidegger teremos exatamente o contrário, já que o *Dasein*, sendo-no-mundo, já está sempre em certa abertura que o põe na compreensão, cabendo à interpretação explicitá-la, tornando, v.g., o útil transparente em seu “para” (para isso ou aquilo). Portanto, o círculo hermenêutico se manifesta exatamente em razão dessa estrutura prévia, através da qual, ao interpretar ganho compreensão, mas simultaneamente, a interpretação já se desenvolve dentro de certa compreensão. (CUNHA, 2010, p. 214)

A partir das reflexões feitas por Heidegger, Gadamer irá conferir para o conceito de círculo hermenêutico algo mais profundo, por se apresentar como um elemento estrutural ontológico da compreensão. (PEREIRA, 2001, p. 34)

Diz-se isto, porque o círculo hermenêutico passa a ser o resultado do processo do confronto do horizonte do intérprete carregado de preconceitos com os novos espaços de compreensão. Conforme ressalta Manfredo A. de Oliveira:

O sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode torna-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. (OLIVEIRA, 2001, p.230)

Ao contrário do círculo proposto pela hermenêutica tradicional, na hermenêutica filosófica a estrutura circular é consciente dos elementos estruturais da compreensão e, em decorrência disto, o sujeito participa na construção do sentido do objeto, ao passo que o objeto, no decorrer do processo hermenêutico, acaba também modificando a compreensão do intérprete. (PEREIRA, 2001, p. 35)

É precisamente em razão desta interação dialógica que Coreth consigna que: “[...] não é o círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma,

mas antes – para permanecer na imagem – um acontecimento em espiral, na qual um elemento continua dialeticamente a se determinar e formar pelo outro”. (1973, p. 90)

No mesmo sentido, Pereira tece as seguintes considerações sobre a estrutura circular proposta por Gadamer:

Em verdade, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral* hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamar mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum prejuízo sobre suas validades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade. (PEREIRA, 2001, p. 35)

O círculo hermenêutico, nesta perspectiva, é fecundo à criticidade, por trazer elementos que ponham à prova os pré-juízos do intérprete. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 133)

Desta forma, encontra-se em Gadamer mais um fundamento de aporte ao Direito contemporâneo e, conseqüentemente, ao discurso processual democrático, por abrir a compreensão à criticidade. Na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, definitivamente, interpretar não é encerrar o sentido do texto pelo desvelar solitário do intérprete.

Esta criticidade, aliada aos elementos outrora dissertados, é de grande importância ao discurso processual que se pretende democrático, afinal, atualmente não há margem para a presença de uma autoridade que se apresenta como a única pessoa capaz de enunciar o sentido original do texto jurídico (MADEIRA, 2004, p. 345).

Para além da crítica referente à (in)capacidade da autoridade enunciar solitariamente (como se possível fosse) o direito aplicável ao caso submetido ao Judiciário, o discurso processual contemporâneo procura deitar raízes cada vez mais no efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, exteriorizado a partir da linguagem convertida no discurso processual.

Para elucidação da importância da linguagem (ser que pode ser compreendido), passa-se a análise das considerações de Gadamer sobre o tema.

3.1.4 Linguisticidade

Na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana a linguagem é concebida como médium universal em que se realiza a própria compreensão, tendo em vista que toda compreensão é interpretação, e que toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem. (OLIVEIRA, 2001. p.233) É que todo pensamento e, portanto, toda comunicação, somente é realizada linguisticamente, vez que é por meio da linguagem que se pode obter acesso aos fenômenos.

Para além de ser um mero conjunto de signos cuja função seja reunir palavras para designar coisas, a linguagem passa a ser ressaltada por Gadamer como meio de acesso aos fenômenos. Não um acesso qualquer, deve-se dizer, mas sempre um acesso mediado pelo intérprete a partir da sua visão sobre as coisas. Neste sentido, Pereira consigna que:

Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados linguisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior.

Assim, a linguagem não pode ser vista como mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) a uma objetividade isolada (coisa). Essa aceção é reducionista, já que não consegue perceber a amplitude do fenômeno linguístico. A linguagem significa muito mais: além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação –, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela *participamos*. (PEREIRA, 2001, p. 50/51)

Outras não são as considerações de Richard Palmer sobre o tema:

A linguagem molda a visão do homem e o seu pensamento — simultaneamente a concepção que ele tem de si mesmo e do seu mundo (não sendo estes dois aspectos tão separados como parecem). A própria visão que tem da realidade é moldada pela linguagem. Muito mais do que pensa, o homem veicula através da linguagem as várias facetas da sua vida — aquilo que venera, aquilo que ama, os comportamentos sociais, o pensamento abstracto; mesmo a forma dos seus sentimentos é conforme com a linguagem. Se considerarmos este tema em profundidade, torna-se visível que a linguagem é o «médium» no qual vivemos, nos movemos e no qual temos o nosso ser. (PALMER, 2006, p. 21)

Daí a crítica lançada por Gadamer à tentativa objetivista de reprodução do pensamento originário do autor do texto a ser interpretado, pois “[...] ‘repetir’ não

pode ser tomado aqui em sentido estrito; não se refere à recondução a *primum* originário, em que foi dito ou escrito, quanto tal. A leitura compreensiva não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente.” (GADAMER, 2002A, p. 571)

Quer dizer, mais uma vez, que a tentativa de eliminar nossos preconceitos no processo de compreensão seria uma pretensão natimorta, pois este fenômeno reside justamente na consciência de que em todo compreender o interprete invariavelmente irá buscar a intenção do texto a partir dos seus próprios conceitos prévios, sendo que tudo é exteriorizado por meio da linguagem. (CUNHA, 2010, p. 217) Em outras palavras,

O que queremos aqui delinear é a impossibilidade de termos um pensamento desconectado da linguagem e que, o assim pensado, somente após pudesse ser “verbalizado”. Na verdade, todo pensamento e toda reflexão se dá já na base da linguagem, posto que o homem é um ser vivo que se peculiariza exatamente por ser dotado de linguagem, tal como nos advertia Aristóteles. (CUNHA, 2010, p. 217)

Em vista desta participação, a linguagem abordada na hermenêutica filosófica não se realiza puramente por meio dos seus enunciados gramaticais, mas sim através da conversação, da relação dialógica. Diz-se isto, porque “[...] a hermenêutica lembra o fato de que uma locução nunca pode desvincular-se de seu contexto motivacional, isto é, da conversação, na qual ela está inserida e somente a partir da qual ela ganha sentido”. (GRONDIN, 1999, p. 197)

Este deslocamento do pensamento sobre a compreensão e linguagem propõe um verdadeiro giro hermenêutico, pois, além de expor que não existe ponto de observação fora da histórica, Gadamer irá ressaltar que também não há linguagem sem história. (RIBEIRO e BRAGA, 2008, p. 135)

Esta conclusão, por sua vez, acaba ampliando o giro hermenêutico, pois, “[...] passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas” (STRECK, 2000, p. 51-52).

3.2 Criticidade e hermenêutica filosófica

Apesar do desenvolvimento de diversos estudos posteriores à Verdade e Método sobre o tema em destaque, inclusive em caráter abertamente crítico às proposições da hermenêutica filosófica, nesta dissertação dedica-se apenas a levantar o apontamento formulado por Jürgen Habermas sobre a universalidade da hermenêutica e a criticidade do pensar filosófico suscitado por Gadamer, para que não fuja aos limites do trabalho.

A limitação às críticas feitas por Habermas se deve ao fato dele abordar um tema de grande relevância ao prosseguimento de qualquer consideração posterior sobre hermenêutica filosófica, pois as provocações feitas por Habermas dizem respeito ao caráter crítico da hermenêutica filosófica aos preconceitos que o intérprete carrega. Portanto, neste momento, apresentam-se as reflexões expostas no debate de Habermas e Gadamer sobre a criticidade da hermenêutica filosófica.

A primeira consideração a ser feita é que Habermas não discorda de vários aspectos desenvolvidos pela hermenêutica filosófica, havendo, portanto, diversos pontos de conexão com Gadamer¹¹ (PEREIRA, 2001, p. 55).

Ocorre que, conforme ressalta Ernildo Stein (1987, p. 122), mesmo existindo pontos de conexão, isto não significa uma rendição de Habermas às proposições da hermenêutica, pois ele não aceita sua pretensão de universalidade.

A crítica formulada por Habermas é no sentido de que a pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica não seria possível, pois, ao denunciar a falibilidade da racionalidade iluminista e reconhecer os preconceitos como condição de compreensão, não se conseguiu estabelecer outros padrões racionais em substituição para distinguir os preconceitos legítimos dos ilegítimos. Assim,

¹¹ Ernildo Stein enumera alguns dos pontos de conexão (1987, p. 122):

1. A hermenêutica é capaz de descrever as estruturas da reconstituição da comunicação perturbada.
2. A hermenêutica, e nisso seu juízo coincide com o de Gadamer, está necessariamente referida à praxis.
3. A hermenêutica destrói a auto-suficiência objetivística das ciências do espírito, assim como vêm tradicionalmente apresentadas.
4. A hermenêutica tem importância para as ciências sociais, na medida em que lhes mostra que seu domínio objetivo está preestruturado pela tradição e que elas mesmas, bem como o sujeito que compreende, têm seu lugar histórico determinado.
5. A consciência hermenêutica atinge, fere e revela os limites da auto-suficiência das ciências naturais, ainda que não possa questionar a metodologia de que elas fazem uso.
6. Finalmente, uma esfera da interpretação alcançou atualidade social e exige, como nenhuma outra, a consciência hermenêutica: a saber a tradução de informações científicas relevantes para a linguagem do mundo da vida social."

conseqüentemente, a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana não teria condições de ultrapassar a força da tradição, vez que não haveria uma instância crítica capaz de refletir as pré-compreensões. (PEREIRA, 2001, p. 56)

Além disto, a hermenêutica somente poderia ser universal caso a própria linguagem também fosse um espaço isento de dominação, mas como sua manifestação também pode ser perturbada – quer dizer, comprometida -, o projeto de universalidade não poderia se fazer presente. (PEREIRA, 2001, p. 56) Neste sentido, Habermas aponta que:

Esta meta-instituição da linguagem como tradição é evidentemente, por sua vez, dependente de processos sociais, que não ficam absorvidos por contextos normativos. Linguagem também é médium de dominação e de poder social. Ela serve à legitimação de relações de violência organizada. Na medida em que as legitimações não manifestam a relação de violência, cuja institucionalização possibilitam, e na medida em que isso apenas se exprime nas legitimações, a linguagem também é ideológica. Aí não se trata de enganos numa linguagem, mas sim de engano com a própria linguagem. (HABERMAS, 1987, p. 21)

A partir destas exposições, nota-se que, na visão de Habermas¹², muito embora Gadamer tenha acertadamente identificado a existência dos preconceitos no processo de compreensão, esta assimilação teria sido desacompanhada da racionalidade crítica. Assim, o erro da filosofia hermenêutica de matriz gadameriana seria a suposta negligência com a criticidade da tradição. (CUNHA, 2010, p. 233)

Em vista disto, Habermas e Gadamer debateram suas reflexões e o resultado foi um proveitoso aprendizado para ambos, conforme ressalta Jean Grondin:

Gadamer e Habermas aprenderam ambos de seu confronto. Estimulado por Habermas, podia Gadamer elaborar mais decididamente do que antes o potencial crítico de sua hermenêutica. [...] Habermas também deve ter colhido frutos desse debate. A fundamentação pode encontrar-se alhures, mas desde 1970 a psicanálise deixou lentamente de ocupar uma posição central em seu pensamento filosófico e de expressar o modelo de uma ciência social crítica. Como se Gadamer, com suas objeções, tivesse acertado na mosca, Habermas posteriormente já não fez mais nenhum uso efetivo do paradigma da psicanálise sociologicamente ampliada. (GRONDIN, 1999, p. 219/220)

¹² Mais uma vez acompanhando Rodolfo Viana Pereira para assegurar os limites e contornos da pesquisa exposta nesta dissertação, “[...] não será desenvolvida a teoria habermasiana no que concerne ao seu próprio projeto de universalidade, nem mesmo as críticas a ela existentes, conformando-nos, como dito anteriormente, com as linhas principais de sua crítica à hermenêutica a fim de justificar e demonstrar o repensar dessa última, dentro de seu próprio contexto, como fruto direto do debate.” (2001, p. 57)

A resposta de Gadamer às críticas feitas por Habermas, como já apresentado na passagem citada acima, acaba sendo no sentido de aprimorar o potencial crítico da sua hermenêutica, ampliando àquilo que já havia sido anunciado em *Verdade e Método*. Diz-se “aprimorar”, pois não houve uma alteração radical do pensamento de Gadamer, mas sim uma relevante recuperação desta questão, que, para alguns, não foi devidamente explorada em *Verdade e Método*. É o que Pereira ressalta:

Como se percebe, não houve necessariamente uma revolução em suas bases teóricas, mas uma relevante recuperação de pontos que restavam muito pouco desenvolvidos e que mereciam, como dito, um lugar mais importante dentre as grandes conclusões já alcançadas, a saber: o repensar o papel e a importância *crítica* dentro do processo de compreensão, o que implica igualmente repensar a função do *método* em relação ao tema da *verdade*. (PEREIRA, 2001, p. 56)

A elaboração de uma resposta à crítica de Habermas se apresenta como um dilema, pois foi delegada para Gadamer a defesa do seu projeto hermenêutico sem recorrer à visão clássica do método, também por ele criticada. No entanto, Gadamer saí deste dilema justamente ao ressaltar que a sua intenção sempre foi demonstrar a ingenuidade da concepção tradicional do método, oriunda do iluminismo¹³. (PEREIRA, 2001, p. 56)

Tanto assim o é que, no Prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, Gadamer faz a seguinte ressalva:

Isso não exclui, o mínimo que seja, que os métodos das ciências modernas da natureza encontrem aplicação também no universo social. A nossa época, talvez, esteja até bem mais determinada pela racionalização crescente da sociedade e pela técnica científica de conduzi-la, do que pelo progresso espantoso da ciência moderna da natureza. O espírito metodológico da ciência impõe-se por toda parte. Assim, de longe, não me veio à mente negar a premência ineludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências do espírito. Minha intenção também não foi a de renovar a antiga disputa metodológica entre ciências da natureza e ciências do espírito. Dificilmente tratar-se-á de uma contraposição de métodos. (GADAMER, 2002A, p. 15)

¹³ O que nos parece importante é o destaque que Gadamer dá ao fato de que jamais pretendeu atribuir uma interpretação radical e excludente entre hermenêutica e método, tal como o título de sua obra poderia sugerir. [...] A experiência hermenêutica assumiria um caráter mais originário que qualquer método, posto que por ele é que estaria viabilizando a abertura de qualquer questionamento científico. Não há, pois, uma negação da ciência, mas o reconhecimento de que a compreensão não é algo que seja somente por ela alcançado, eis que se trata de um modo de ser do *Dasein*, um seu existencial, que o faz já sempre ser “compreensor”. (CUNHA, 2010, p. 234)

Assim, o que Gadamer defende não é uma cisão contra o conceito e a relevância do método, mas sim a sua pretensão de verdade absoluta e universal, como se fosse uma dimensão *a-histórica*. É que, desde que se não ignore o caráter situado de toda compreensão, é plenamente possível a convivência com uma determinada metodologia científica. (PEREIRA, 2001, p. 62)

A abertura à possibilidade do método é, inclusive, uma forma de se vislumbrar a própria possibilidade de crítica e de desenvolvimento reflexivo. É o que Gadamer relata:

Se a reflexão hermenêutica pode produzir o que realiza toda conscientização, isso deve ser mostrado dentro da própria ciência. A reflexão de uma determinada compreensão prévia coloca diante de mim algo que antes se dava às minhas costas. Algo, não tudo. Pois a consciência histórico-efetual é insuperavelmente mais ser que consciência. Mas isso não significa que possa prescindir de uma constante conscientização sobre o perigo do enrijecimento ideológico. É só com essa reflexão que posso superar a falta de liberdade que me prendia a mim mesmo e posso sentir-me livre diante do direito ou não de minha compreensão prévia – mesmo que seja apenas no modo em que aprendo a alcançar uma nova compreensão de coisas que eu via guiado por preconceitos. Mas isso implica que os preconceitos que guiavam minha compreensão prévia sempre estão em jogo também – até serem abandonados, o que pode significar, também, até serem reformulados. A força incansável da experiência consiste em formar sempre uma nova compreensão prévia em toda instrução. (GADAMER, 2002C, p. 288)

Além de demonstrar a criticidade de sua proposta hermenêutica, Gadamer promove a defesa da sua universalidade ao ressaltar que “[...] o sujeito que reflete, mesmo nas ciências da compreensão, não consegue evadir-se do contexto histórico-efetual de sua situação hermenêutica, visto que sua compreensão está sempre implicada nesse acontecer” (2002B, p. 380) Isto quer dizer que a situação hermenêutica influencia na compreensão de todo homem, conferindo caráter universal às proposições feitas pela hermenêutica filosófica.

Dito de uma forma ainda mais esclarecedora e igualmente em defesa da universalidade da hermenêutica, Ricarlos Cunha expõe que:

Em meio universal em que tudo que se dá à compreensão confere à hermenêutica filosófica um alcance universal. É certo que a linguagem mesma ela pode ser afetada por ideologias e servir de instrumento de dominação social, mas a reflexão que pretenda expor essas vicissitudes também somente poderá realizar-se em meio à própria linguagem e, portanto, hermeneuticamente. A pretensão de escape para além dessa originariedade do compreender é uma tentativa de fuga da lama içando-se pelo próprio cabelo, pois a rejeição

de preconceitos por apreendê-los como frutos de uma ideologia sutil que se instalou em nosso modo de vida, somente pode dar-se partindo da compreensão guiada por esses mesmos preconceitos. Antes de refutá-los eles já devem estar aí (CUNHA, 2010, p. 235)

Em decorrência do seu caráter universal, Braga e Ribeiro também lembram que não é por meio da negação do estudo de Gadamer que se afastaria do Direito a sujeição do intérprete às suas pré-compreensões e aos demais elementos estruturais do processo de compreensão. Destarte, a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana fornece um aporte para a reflexão crítica dirigida à desmistificação do fazer hermenêutico *ahistórico*, se revelando um novo rumo para uma reorientação teórica da aplicação do Direito. (2008, 141)

Com efeito, nesta perspectiva, a linguagem não se petrifica em um plano secundário, pronta para ser invariavelmente manipulada pelo intérprete, mas sim se revela em uma relação de intersubjetividade, dentro da qual se faz o controle hermenêutico. Isto quer dizer que não se pode "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa", devendo existir um comprometimento ou, melhor, nas palavras de Streck, *levar-se o texto a sério* (2006, p. 574).

3.3 Contribuições da hermenêutica filosófica e aplicação ao direito

A partir do giro linguístico de caráter ontológico instaurado pela hermenêutica filosófica, expôs-se a falibilidade da hermenêutica clássica que se propunha a ser uma técnica interpretativa à disposição do intérprete para extrair do texto o seu real sentido.

A crítica pela qual foi submetida acabou por revelar, inclusive, que a própria persecução do conhecimento absoluto, previsível, certo e controlável característico do intento interpretativo clássico não pode ser atingida da forma que se propõe. Pelo contrário! Ao negligenciar a história efetual, o horizonte e o círculo hermenêutico, abre-se oportunidades para discricionariedades e arbitrariedades.

No entanto, mesmo após o giro hermenêutico apresentado, ainda permeiam no meio jurídico os ideais provenientes da relação sujeito-objeto, conforme assevera Lenio Streck:

As práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência – ainda

estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais. (STRECK, 2005, p. 18)

Esta mesma situação também é identificada por Braga e Ribeiro, inclusive em referência a outros juristas brasileiros:

Mas, por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que se opõe às novas ideias. Não obstante, conforme Souza Cruz (2006, p. 3), o exame dogmático dos textos legislativos se sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta da vontade da lei ou do legislador. Segundo Dalmo Dallari (1980, p. 95), o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção frente às injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disto, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas confere a tão aclamada segurança jurídica, pois cercaria o intérprete, evitando as convicções teóricas próprias de cada indivíduo. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 127)

Portanto, a questão posta sob enfoque atualmente é a compreensão dos juristas desta nova concepção hermenêutica, notadamente no discurso processual, que vai a contraponto das bases das teorias da interpretação clássicas, que ainda permeiam e influenciam a dogmática jurídica contemporânea.

Assim, o que se observa é que “[...] é necessário que se (re)tire proveito dessa viragem linguístico-filosófica e desse giro ontológico propiciado pela hermenêutica, que é justamente a ruptura com as concepções metafísicas através da mediação da linguagem [...]” (STRECK, 2005, p. 230)

É que neste novo pensar hermenêutico não se ignora a marca dos preconceitos e experiências que o intérprete carrega, porquanto estes elementos seriam constitutivos da própria compreensão. Tudo isto, deve-se dizer, dentro de uma estrutura dialógica formada por meio de perguntas e respostas lançadas pelo intérprete, em uma posição de abertura ao outro.

Esta percepção, conforme ressaltado anteriormente, faz com que o foco da questão hermenêutica deixe de ser a reprodução do sentido original do texto, por um ser absolutamente racional e soberano, propondo, em seu lugar, um novo olhar hermenêutico questionador e aberto a existência do outro, em busca de um possível sentido do texto dentro dos limites da finitude humana.

Com efeito, por se abrir ao dissenso e ao pluralismo, permitindo um discurso processual consciente do horizonte de sentidos, a proposição da hermenêutica filosófica se coaduna aos preceitos democráticos, razão pela qual a experiência hermenêutica proposta por Gadamer é de grande relevância ao Direito contemporâneo. Neste sentido, Pereira:

É extremamente importante destacar essa função crítica e construtiva do diálogo, como ressaltada pela Hermenêutica Filosófica, em virtude das inúmeras consequências positivas, tanto para o Direito Constitucional como para a Filosofia Política. Desse modo, a relevância do *diálogo hermenêutico* exsurge de modo nítido na construção da *cidadania*, em que se reconhece e se respeite o pluralismo ínsito à esfera pública [...]. (PEREIRA, 2001, p. 78)

Outra não é a conclusão feita por Braga e Ribeiro após análise das proposições da hermenêutica filosófica:

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teóricos-científicos, metodológicos e também filosóficos da ciência do Direito postos em evidência pela hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados. (BRAGA e RIBEIRO, 2008, p. 136)

A abertura ao outro e, portanto, ao pluralismo, bem como a criticidade existente no pensamento hermenêutico formulado por Gadamer, são de grande relevância ao discurso processual democrático contemporâneo, pois, atualmente não há margem para a presença de uma autoridade que se apresenta como a única pessoa capaz de enunciar o sentido original do texto jurídico. Afinal,

Um dos grandes desafios do Direito contemporâneo é fazer valer os direitos fundamentais e, no plano judicial, que essa meta não sirva de substrato a decisionismos “assujeitadores”, pelos quais esteja o juiz autorizado a torcer o texto legal ou constitucional para afirmar aí qualquer sentido que lhe pareça razoável. Não lhe autoriza a tanto a hermenêutica filosófica, e isso já mesmo por uma visada superficial, em que vem à luz a noção de fusão de horizontes. (CUNHA, 2010, p. 296)

É a linguagem, por meio do discurso processual, o local em que se exerce o contraditório e a ampla defesa, bem como a fiscalidade e crítica na processualidade democrática. A necessidade de reformulação crítica e de abertura ao outro no processo é vislumbrada atualmente na persistência do pensar da jurisdição como espaço do magistrado para declarar o direito, sem a efetiva participação das partes

na construção do provimento.

A falibilidade deste pensar da jurisdição será levantada no capítulo seguinte, com aporte teórico da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, inclusive para fins de questionamento do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre fundamentação da decisão jurisdicional.

4 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE PROCESSO E JURISDIÇÃO

A coparticipação dos cidadãos na construção do provimento jurisdicional, através dos debates desenvolvidos entre as partes processuais no espaço procedimental adequado, é objeto de reflexão nas Teorias do Processo desenvolvidas no âmbito do modelo democrático de representatividade.

Reforçando a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, primando por um discurso processual democrático, a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) dispõe que as decisões judiciais deverão enfrentar todos os fundamentos trazidos pelas partes. No entanto, transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e um ano de vigência do Novo Código de Processo Civil, ainda predomina a orientação nos Tribunais do país de que a atividade decisória exercida pelos magistrados prescinde do enfrentamento de todos os fundamentos suscitados pelas partes. Este entendimento se encontra atrelado à compreensão da etimologia da palavra jurisdição, bipartida, *juris dictio*, como mera atividade declaratória do direito, essencialmente exercida pelo juiz.

A percepção desta questão não deriva exclusivamente deste posicionamento sobre a prescindibilidade dos fundamentos suscitados pelas partes, podendo ser averiguada também no que diz respeito ao “livre convencimento”, a destinação das provas, dentre outros pontos envolvendo a atividade jurisdicional, em que se constata a compreensão da jurisdição na forma apontada acima.

Ocorre que, conforme exposto nos capítulos anteriores, a objetividade na interpretação das normas jurídicas foi radicalmente modificada a partir do giro linguístico desenvolvido pela hermenêutica jurídica filosófica, ao ressaltar a linguagem como condição de compreensão do indivíduo no mundo por meio de uma relação interpretativa intersubjetiva (sujeito/sujeito).

Assim, não pode a jurisdição permanecer atrelada à mera atividade declaratória exercida por apenas um dos sujeitos processuais (o magistrado), porquanto a própria sobriedade e objetividade da declaração baseada na relação sujeito/intérprete e texto/objeto não apresenta consistência. Mais uma vez com aporte nos ensinamentos de Streck (2005, p. 157), o giro linguístico proposto pela hermenêutica jurídica filosófica acabou indicando a impossibilidade de se atingir a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis* e a fiel *mens legislatoris*, pois é

indissociável à compreensão a marca dos preconceitos que o intérprete carrega, afinal, estes elementos são constitutivos da própria compreensão, não sendo possível extrair da lei um sentido original, neutro, correto e único.

A partir desta perspectiva, a jurisdição enquanto atividade meramente declaratória e concentrada essencialmente no magistrado merece uma leitura crítica não somente em decorrência da afetação às garantias constitucionais ao contraditório e a ampla defesa, mas também, e principalmente, por ignorar a contribuição da hermenêutica filosófica sobre a interpretação. Ignorar a compreensão é negligenciar o acesso de todo jurista ao mundo e, conseqüentemente, ao ordenamento jurídico, o que, inclusive, implica na própria possibilidade de pensar as mencionadas garantias constitucionais.

O deslocamento da interpretação baseada na relação sujeito/objeto para sujeito/sujeito, não direciona no relativismo indeterminado e no surgimento de aporias que prejudiquem a racionalidade da hermenêutica jurídica contemporânea, conforme ressaltado no capítulo anterior. Tal fato, entretanto, não permite ignorar a vulnerabilidade do Direito quando dissociado da coerência e dos pressupostos da argumentação jurídica contidos no discurso processual.

Dentre as ciências humanas o Direito é talvez a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um dizer que se faz perigosamente decisão, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado de quantos integram o universo dos denominados juristas. Nada é mais pernicioso que se substituir o esforço pela cientificidade do Direito pelo discurso jurídico, um amontoado de palavras despidas do mínimo de coerência que se exige de qualquer discurso com pretensões de racionalidade. (PASSOS, 2002)

Além das questões envolvendo o exercício da linguagem, também não se pode ignorar que o direito também acaba lidando com perspectivas inerentes à situação hermenêutica das pessoas, conforme se pode perceber nas considerações feitas por Luís Roberto Barroso:

Além dos problemas de ambigüidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-

compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção da gestação, pesquisas com célula-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas. (BARROSO, 2011, p. 146)

Em vista destas considerações, a compreensão da jurisdição como atividade declaratória do direito e a participação das partes no discurso processual, demanda uma revisitação sob o enfoque do modelo democrático de representatividade. Para tanto, expõe-se adiante considerações sobre Teorias do Processo, o conceito de jurisdição e discurso processual, sem escurar de confrontar à questão da hermenêutica jurídica contemporânea.

4.1 Teoria do processo e jurisdição

A existência das garantias constitucionais ao contraditório e a ampla defesa parece não frustrar o entendimento predominante nos Tribunais do país no sentido de que o magistrado não está adstrito a se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater aos fundamentos indicados por elas, ou a responder a todos os seus argumentos, um a um, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar sua decisão¹. Questões também relacionadas ao “livre convencimento” e destinação das provas também seguem a mesma influência das ditas Teorias do Processo desenvolvidas no âmbito da reflexão jurisdicional da relação jurídica, cujo grande expoente foi Oskar Von Bülow, por meio de sua obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, em 1868.

Mesmo não sendo o fundador da ciência processual, Bülow é reconhecido como responsável pela sua sistematização, ao propor a ciência do processo como

¹ São vários os arestos do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, dentre os quais aponta: AgRg no AREsp 518.189/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014; AgRg no REsp 1086096/PI, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013; REsp 1.467.680/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2014, DJe 24/04/2014; AgRg no REsp 1386843/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 24/02/2014; AgRg no REsp 541.864/AM, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2015, DJe 07/04/2015; EDcl no AgRg nos EREsp 1483155/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2016, DJe 03/08/2016; REsp 1684557/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017.

ramo jurídico autônomo, com conceitos e terminologias próprios, uma vez que até então não havia distinções entre direito material e processual².

Inserido no Movimento do Direito Livre, Bülow compreende que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito (LARENZ, 1997, p. 78).

A lei não logra criar logo o Direito; é «somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica» (pág.45). Cada litígio jurídico «põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que também não é possível inferir-se, com absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei» (pág. 32). Sob o «véu ilusório da mesma palavra da lei» oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser «em média a mais justa» (pág. 36) (BÜLOW apud LARENZ, 1997, p. 78)

A inexistência de explicação, por parte de Bülow, de como o magistrado escolheria a decisão mais justa ao caso é advertida por Karl Larenz, amparando sua crítica sobre a possibilidade de o juiz recorrer às emoções e aos sentimentos para decidir (LARENZ, 1997, p. 82). Esta indefinição nos critérios de escolha, conforme sustenta André Cordeiro Leal, não é sem propósito ou uma inconsistência que passou despercebida na proposta de Bülow. Muito pelo contrário! A inexistência de critérios delimitados ao exercício da atividade declaratória e criadora do direito, por parte dos juízes, seria uma forma de dominação. Uma maneira assegurar a migração do “[...] controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito [...]” (LEAL, 2008, p. 62)

O processo, nesta perspectiva, é compreendido como uma relação jurídica de direito público formada entre juiz, autor e réu, estabelecendo condições a serem observadas na preparação da atividade judicial promovida pelo Estado, situando-o como ente monopolizador da função judicante e investindo no juiz a função de dizer o direito aos cidadãos, que, por sua vez, se encontram subordinados àquele no desenvolvimento de seu exercício.

² É que Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e o réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes se situa em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material criadora do **bem da vida** que define a matéria de **mérito**. (LEAL, 2008. p.78).

É de se notar, portanto, a próxima relação entre a concepção de processo em Bülow e o seu conceito de jurisdição, por primar, em ambos, pela atuação do interesse estatal (LEAL, 2008, p. 63).

Por ser um meio de controle social, Leal compreende que toda tentativa no sentido de elevar o processo refletido sob a teoria bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais seria falha, vez que não poderia este processo ser instrumento do poder e, ao mesmo tempo, instância do seu próprio controle (LEAL, 2008, p. 65). Eis o *paradoxo bülowiano*, que, inobstante tenha sido alvo de críticas e tentativas de superação, permaneceu presente em outros juristas ao preconizar por uma teoria do processo baseada em uma relação jurídica encaminhadora da jurisdição como atividade do juiz.

A repercussão da proposta de Bülow é percebida em outros autores de relevância para a ciência processual, tal como Chiovenda, Carnelluti e Liebman, cujos aspectos referentes a processo e jurisdição são considerados por Rosemiro Pereira Leal como curvados “ao voluntarismo jurisdicionalista do século passado” (LEAL, 2016, p. 52). Por *voluntarismo jurisdicionalista*, deve-se compreender a atividade judicante decorrente, em última análise, do exercício da discricionariedade do julgador baseado em sua experiência e sentimento, concepção esta que é insustentável diante dos anseios democráticos, pois, atualmente, a atividade jurisdicional “[...] não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo.” (LEAL, 2016, p. 51)

A modificação sobre a concepção de processo e jurisdição, como se pode perceber, altera substancialmente a função das partes e dos sujeitos do processo na preparação do provimento jurisdicional. É nesta alteração que se situa o movimento de ruptura e desconstrução na processualidade democrática com os brocardos *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *narra mihi factum dabo tibi ius* (dê-me o fato e lhe darei o direito), espelhados, de certa maneira, no entendimento dos Tribunais do país no sentido de que o magistrado não está adstrito a se manifestar sobre todas as alegações das partes, enquanto a atividade judicante seria essencialmente exercida por ele.

No processo democrático, o provimento deve ser construído com efetiva participação dos interessados, em atenção ao discurso jurídico suscitado nos autos.

Afinal, enquanto instituição constitucionalizada³, o processo é o referente pelo qual se exerce a fiscalidade do controle jurisdicional, devendo-se afastar a surpresa ou julgamentos em critérios não esclarecidos, íntimos ao magistrado. Daí a necessidade de devido enfrentamento dos fundamentos suscitados pelas partes.

É precisamente esta percepção que embasa as seguintes considerações tecidas por Aroldo Plínio Gonçalves:

Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado de “papel-missão” do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, porque forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações. (GONÇALVES, 2012, p. 171)

Esta compreensão incutida na processualidade voltada às persecuções democráticas, não se pode negar, em muito se baseia nos aportes críticos sobre processo e jurisdição em Bülow, Chiovenda, Carnelluti e Liebman, razão pela qual passa-se a expor a compreensão destes autores, para, mais adiante, refletir de forma mais aprofundada o mencionado movimento de ruptura e desconstrução no processo democrático contemporâneo.

4.1.1 Chiovenda e a vontade concreta da lei

Conjuntamente com Francesco Carnelutti, processualista cujas proposições serão dissertadas a seguir, Giuseppe Chiovenda fundou a *Rivista di Diritto Processuale Civile*, e assim como o co-fundador, também é referência nos estudos relacionados ao processo civil. Nascido em Premosello, província de Novara, na Itália, em 1872, Chiovenda compreende que existe uma vontade concreta na lei que antecede o exercício da jurisdição⁴.

³Como veremos, a instituição do processo constitucionalizante é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), resultem de compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica constitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade (LEAL, 2016, p. 154)

⁴Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de

Na concepção do jurista que dá nome a este subtópico, enquanto vontade geral, abstrata e hipotética, a lei regula as atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos, sendo que, no exercício da atividade jurisdicional, cabe à verificação dos fatos previstos e descritos na norma para se concretizar a vontade da lei no caso *subjudice*⁵.

Em razão da vinculação à vontade da lei, “[...] ao decidir, não pode o juiz criar nem modificar a lei, antes deve tão-só aplicá-la (mesmo se a considera injusta).” (CHIOVENDA, 2000, v. II, p. 35) Neste sentido:

Objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes. A atividade dos juizes dirige-se, pois, necessariamente a dois objetos: exame da *norma* como vontade abstrata de lei (questão de *direito*), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de *fato*). Resultado de sua atividade será a atuação da vontade da lei, como a afirma o autor, se se reconhecer existente, e mediante sentença admissão, eventualmente execução, ou, diversamente, a atuação da vontade negativa da lei (supra, p. 19), pela rejeição do pedido. (CHIOVENDA, 2000, v. I, p. 60)

Daí a assertiva de André Cordeiro Leal de que, para Chiovenda, o objetivo do processo civil não é “[...] *tornar concreta* a vontade da lei, posto que essa já existe quando da simples verificação dos fatos jurídicos descritos abstrata e hipoteticamente na norma, mas serve à *certificação* dessa vontade.” (LEAL, 2008, p. 73)

Pode-se afirmar, após estas considerações, que a perspectiva processual de Chiovenda é distinta da proposta de Bülow, notadamente por inexistir, para o jurista italiano, a criação do direito pela atividade jurisdicional, mas tão somente a certificação da vontade da lei. Esta seria, portanto, a finalidade do processo e do exercício jurisdicional, diversamente do que se identifica em Bülow, para o qual a jurisdição é uma atividade declaratória e criadora de direito essencialmente exercida

particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2000, v. II, p. 8)

⁵A externalização deste pensamento é ilustrada pelo próprio jurista italiano, ao esclarecer: “Assim, a cada estipulação de compra e venda corresponde a formação de uma vontade concreta da lei, em virtude da qual determinado comprador deve haver a coisa, determinado vendedor deve receber o preço. A cada ato ilícito corresponde a formação de uma vontade concreta de lei, por força da qual determinada pessoa tem de ser ressarcida do dano que decorreu de um ato culposamente consumado. A morte de todo indivíduo combinada com a relação de parentesco entre o defunto e determinadas pessoas ou com uma manifestação de última vontade de sua parte, faz nascer uma vontade concreta de lei pela qual os direitos expectantes do defunto passam aos herdeiros” (CHIOVENDA, 2002, v. I, p. 28)

pelo magistrado, a partir de suas experiências e sentimentos.

Tal fato, entretanto, não permite dizer que o processualista italiano se afasta plenamente do *paradoxo* bülowiano.

Ainda compreendendo o processo como relação jurídica de submissão e sujeição entre pessoas, a tarefa de investigação da vontade concreta da lei deveria ser feita pelo juiz com o auxílio de critérios gramaticais, lógicos e históricos para fixar o verdadeiro pensamento da lei. (CHIOVENDA, 2000, v. I, p. 62) Assim, “[...] juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei.” (CHIOVENDA, 2000, v. I, p. 62/64) Para as partes cabe a formulação de deduções a serem submetidas ao juiz, para quem, em última análise, caberá a averiguação da concretude da vontade lei⁶.

Mesmo sendo a atividade jurisdicional voltada à declaração do direito constituído em lei, a partir da percepção do juiz sobre as questões envolvidas no caso *subjudice*, não se pode afirmar que a intenção de Chiovenda era assegurar uma jurisdição pelo exercício de poderes ilimitados para a magistratura, como proposto por Bülow. Ao contrário do sistematizador da ciência processual, Chiovenda se preocupa com a imparcialidade do juiz, inclusive afastando o interesse do Estado da atividade jurisdicional, apesar de reforçar a autoridade do órgão dotado da função jurisdicional para dizer o direito.

Quando se examina a diferença das *funções*, não se pode, sem petição de princípio, resolver a questão tendo em mira os órgãos que delas estão investidos, porque a separação das funções no sentido de que estejam confiadas a órgãos diversos, nem sempre é praticamente realizável, se bem que represente justificada tendência das leis modernas.

Justificada tendência, porque existe uma incompatibilidade psicológica entre a tarefa de legislar e de atuar a lei. Há uma incompatibilidade psicológica ainda maior entre a tarefa do administrador e a jurisdicional, porque o administrador pode ser dominado pela consideração do interesse do Estado. Daí a conveniência de que se confie a órgãos *autônomos* a função jurisdicional, de modo que quem atua a lei não se deixe guiar senão do que se lhe afigure ser a vontade da lei, segunda a ciência e consciência. É mister ainda que esses órgãos sejam independentes, para impedir a intromissão da administração na justiça (justiça de gabinete). (CHIOVENDA, 2000, v. II, p. 12)

⁶Eis aí o paradoxo de Bülow, vez que a mencionada vontade fiscalizada pela própria pessoa que diz o que a vontade é, conforme esclarece André Cordeiro Leal: “Vê-se que o autor incorre no problema derivado do paradoxo de Bülow de fazer o entrelaçamento que torna indiscerníveis processo e jurisdição-atividade-do-julgador, porquanto aquele é instrumento desta para fazer justiça (pelo juiz) por via da atuação da vontade (derivada de uma norma abstrata e hipotética) concreta da lei.” (LEAL, 2008, p. 76)

Assim, com base na autonomia do órgão jurisdicional e com o auxílio de critérios gramaticais, lógicos e históricos, Chiovenda tenta assegurar a imparcialidade para o juiz declarar o verdadeiro pensamento da lei.

O problema desta concepção, no entanto, não decorre apenas da afetação às garantias constitucionais ao contraditório e a ampla defesa ao assumir que a vontade da lei é o que o juiz diz ser, mas também, e principalmente, por ignorar a contribuição da hermenêutica filosófica sobre a interpretação. Diz-se isto, porque a própria sobriedade e objetividade da declaração da vontade da lei baseada na relação sujeito/intérprete e texto/objeto a partir de critérios gramaticais, lógicos e históricos, vistos como técnicas para extrair o pensamento da lei, não apresenta consistência após o giro linguístico exposto pela hermenêutica jurídica filosófica indicando a impossibilidade de se atingir a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis* e a fiel *mens legislatoris* (STRECK, 2005, p. 157).

A inconsistência da proposta de Chiovenda, conforme ressalta Ovídio Baptista da Silva, é própria do pensamento iluminista, inclusive no que diz respeito à pretensão de imparcialidade do juiz, tendo em vista que:

[...] o Processo de conhecimento, ao suprimir juízos de verossimilhança, conserva-se fiel ao iluminismo, pressupondo que a função jurisdicional seja exclusivamente declaratória; que o ordenamento jurídico, criado pela onipotência de um legislador sábio e todo poderoso, possa oferecer ao juiz a solução para os casos concretos que lhes caiba julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da 'vontade concreta da lei' (SILVA, 1996, p. 205)

É precisamente este pensar indiferente com a marca dos preconceitos e da experiência que o intérprete carrega é que compromete a sobriedade e objetividade da declaração da vontade da lei.

Esta mesma deficiência em relação aos elementos constitutivos da compreensão também é percebida em Carnelutti, ao expor que o objetivo do processo é a justa composição da lide. É o que se passa a expor.

4.1.2 Carnelutti e a justa composição da lide

Contemporâneo de Giuseppe Chiovenda, com quem fundou a *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Francesco Carnelutti nasceu em 1879, em Udine, Itália. Por compreender que a finalidade do processo é a justa composição da lide, para fins

didáticos e para esclarecer a proposta de Carnelutti, faz-se necessário inicialmente analisar o que seria lide para o jurista italiano em destaque.

Pode-se definir lide como “[...] *um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)*. O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal.” (CARNELUTTI, 2000, v. I, p. 78) Para o jurista nascido em Udine, *interesse* é qualificado como uma situação favorável à satisfação de uma necessidade de uma pessoa, surgindo o conflito sempre que este interesse for desfavorável a outrem. Diante deste *conflito de interesses*, uma das pessoas envolvidas manifesta a sua *pretensão* de subordinação do interesse alheio ao seu próprio, de forma fundada ou não, pois “[...] o agente não leva a efeito, imediatamente, a finalidade prática que se propõe, ou seja, o prevalecimento de seu interesse, mas declara querer obtê-lo” (CARNELUTTI, 2000, v. II, p. 31)

Ao ser resistida, esta pretensão dá origem ao conceito de lide, fazendo com que, com o exercício da força que lhe é característico, o processo se desenvolva como meio de compor a lide de forma justa, resolvendo o conflito para alcançar a paz social⁷.

A finalidade do processo, em Carnelutti, está diretamente relacionada com o interesse na justa composição da lide, demonstrando, neste sentido, um caráter técnico-instrumental do processo para a realização do interesse público em se alcançar a paz social⁸ (LEAL, 2008, p. 90).

Esta justa composição não é um critério indefinido, se preocupando o jurista italiano em consignar que

⁷A crítica desta proposição é feita por Chiovenda nos seguintes termos: “Todas essas concepções se evitam de um defeito comum, a saber, o de confundir a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual, com os resultados remotos e possíveis ou mesmo necessários. Como quem dissesse que a atividade de um pintor para compor um afresco tem por fim ornar o templo, ou quisesse definir uma fonte pública dizendo que serve para dessedentar o transeunte. Igual observação se pode fazer à doutrina mais recente (CARNELUTTI) que concede o objetivo processual como justa composição da lide (entendida a ‘lide’ como pretensão contrastada porque contradita ou porque não satisfeita). Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei; se com a coisa julgada, se com atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é consequência e resultado da atuação da lei.” (CHIOVENDA, 2000, v. I, p. 66/67)

⁸Ao tentar perseguir a paz social por meio da justa composição da lide, além da solução da contenda, o jurista italiano compreende que isto incitaria uma “proveitosa convivência social” e extinguiria o “gene anti-social” (CARNELUTTI, 2000, v. I, p. 370/371), pois somente a justa composição seria hábil para remover este gene da sociedade e, ao mesmo tempo, estimular outros litigantes à comporem amigável os conflitos análogos (LEAL, 2008, p. 90).

[...] a composição será justa quando for conforme a regra que no processo se tende a aplicar e, por isso, conforme os casos quando seja conforme ao Direito ou à equidade. Por outro lado, a conformidade com a regra é, por sua vez, um juízo; por isso, a composição será justa enquanto seja julgada como tal, distinguindo-se, nesse sentido, da justiça *individual* e a *social*. Assim sendo, não resta dúvida de que a justiça a que se deve satisfazer a composição do litígio é esta segunda e não a primeira, ou seja, em outras palavras, que a conformidade da solução com a regra, tem de ser reconhecida pela opinião pública. (CARNELUTTI, 2000, v. I, p. 372)

A ideia de justiça defendida na justa composição da lide, conforme se depreende, é referida por Carnelutti como justiça social, podendo ser aferida quando “[...] colocado um grupo de homens para julgar um mesmo conflito de interesses, sem excluir alguns juízos divergentes, forma-se acerca de sua solução uma opinião comum [...].” (CARNELUTTI, 2000, v. I, p. 64)

Portanto, a “[...] *justiça* da decisão revela-se, assim, pelo alinhamento do juízo específico do julgador àquele que a opinião pública faria sobre esse mesmo conflito particular com base na regra do legislador.” (LEAL, 2008, p. 91)

Cabe ao juiz, por conseguinte, assegurar a justa composição da lide através do processo, com base no enfoque teleológico do ordenamento jurídico (em consideração à justiça social), promovendo, ainda, diretrizes pedagógicas para estimular outros litigantes a comporem amigavelmente os conflitos análogos (LEAL, 2008, p. 96).

Em vista destas considerações, percebe-se que, assim como em Bülow e Chiovenda, Carnelutti mantém o pensamento da jurisdição como atividade declaratória essencialmente exercida pelo juiz, apenas em uma perspectiva diferente da dos outros autores citados, mas ratificando o protagonismo do magistrado no exercício da atividade jurisdicional. Esta estrutura é mantida por Liebman, processualista que se vale do conceito de lide exposto acima para assinalar sua concepção sobre processo e jurisdição.

4.1.3 Liebman e o exame do mérito

Com a edição de leis raciais provenientes do fascismo italiano, muitos tiveram de deixar o ambiente hostil na Europa para poder sobreviver à Segunda Guerra Mundial e, dentre os egressos do Itália, se encontra Enrico Tullio Liebman. Aportando no Brasil, após breve período no Uruguai, e como já consagrado catedrático, Liebman regeu um curso na Faculdade de Direito da Universidade

Federal de Minas Gerais, mudando-se, posteriormente, para São Paulo, onde foi contratado para ministrar o curso de extensão universitária na Universidade de São Paulo, ali permanecendo até 1946.

Os estudos de Liebman foram amplamente divulgados e acolhidos por diversos juristas brasileiros, como informa Alfredo Buzaid⁹, um de seus alunos, ao dizer que “[...] antes dele houve grandes processualistas, mas não houve escola; depois dele houve escola, *no seio do qual floresceram grandes processualistas.*” (BUZAID, 1982, p. 131)

Seguindo a compreensão da jurisdição como atividade desenvolvida essencialmente pelo juiz, Liebman, em seu Manual de Direito Processual Civil, assim disserta sobre a questão:

Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Elas ditam, realmente, as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade, mas como essas regras ordinariamente têm conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos.

Por isso, há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde os tempos imemoriais, jurisdição (*jurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chaman-se juízes e formam, no seu conjunto a Magistratura (v. Const, arts. 101, 102 e 104); sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição e da execução forçada (LIEBMAN, 1984, p. 3)

A finalidade do processo, nesta concepção, seria assegurar a concretude da função jurisdicional ao analisar o mérito da dedução jurídica pretendida pelo autor (LIEBMAN, 1984, p. 33). Ou seja, o processo é a forma pela qual a jurisdição se revelaria após o exame do mérito (como atividade declaratória do direito, de toda maneira).

⁹Alfredo Buzaid, nasceu na cidade de Jaboticabal, em 20 de julho de 1914, e foi advogado, magistrado e professor. Foi Ministro da Justiça durante o governo de Emílio Garrastazu Médici e Ministro do Supremo Tribunal Federal por indicação do presidente João Figueiredo. Buzaid também é reconhecido como autor do Código de Processo Civil de 1973.

Sobre a atividade do juiz, Liebman discorre no seguinte sentido:

A atividade do juiz é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são simples dedução lógica e sim intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente dos critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade. O juiz, justamente porque julga, é chamado a fazer uma valoração dos fatos do ponto de vista do direito, isto é, a media-los segundo uma escala de valores, sendo que a natureza dessa atividade não se altera pelo simples fato de esses valores terem sido em parte estabelecidos vinculativamente pelo julgador. (LIEBMAN, 1984, p. 167)

Assim, a despeito do mencionado processualista ter promovido, no plano dogmático, a sistematização dos pressupostos processuais e sobre o direito de ação¹⁰, a concepção processual e de jurisdição em Liebman¹¹ se mantém dentro do paradoxo bülowiano condizente à atividade jurisdicional como exercício da compreensão do juiz sobre o direito aplicável ao caso.

A citação de Liebman, conjuntamente com Chiovenda e Carnelutti, se dá em função destes juristas reforçarem, cada um a sua maneira, o paradoxo bülowiano. Além disto, notadamente no que diz respeito à Liebman, suas reflexões foram acolhidas por diversos juristas no país. (BUZAID, 1982)

É precisamente este pensar da jurisdição como atividade declaratória do direito exercida pelo magistrado é que funda a prescindibilidade de enfrentamento dos fundamentos suscitados pelas partes. Isto porque, sendo o processo instrumento da jurisdição, e sendo a jurisdição resultado do que o juiz diz ser o direito, a manifestação das partes realmente poderá ser ignorada quando já se encontrou (o juiz) elementos suficientes para formar sua convicção.

Tal entendimento, entretanto, se se quer a persecução de uma processualidade democrática construtora do provimento mediante efetiva participação das partes e voltada à fiscalização da jurisdição, da racionalidade

¹⁰Por não influir diretamente nas concepções referentes ao processo e jurisdição em Liebman, não será objeto desta dissertação as contribuições ofertadas pelo processualista acerca do direito de ação e pressupostos processuais.

¹¹Liebman permanece fiel à teoria bülowiana em seus diversos aspectos, encampando a hipótese do processo como relação jurídica encaminhadora da jurisdição-atividade-do-juiz, embora tenha feito alguns reparos importantes no plano dogmático, principalmente no que concerne à diferença da abordagem que oferece aos pressupostos processuais.

Considerada a teoria liebmaniana da ação, segundo a qual ação é direito à sentença de mérito, conclui-se que o autor italiano continua atrelado a Bülow, embora, de forma tênue, tente elevar o processo à condição de assegurador de direitos das partes contra decisões arbitrárias, não obstante não abra mão de considera-lo instrumento da jurisdição (e, portanto, como tecnologia). (LEAL, 2008, p. 108/109)

discursiva e da legitimidade decisória, deve ser relido criticamente em vista de uma teoria processual situada no Estado de Direito. Afinal, porquanto a inconsistência da interpretação baseada na relação sujeito-texto fora denunciada pela hermenêutica jurídica de matriz filosófica, merece destaque o questionamento feito por Dhenis Cruz Madeira sobre o pensamento de Eduardo Couture¹², processualista também inserido dentro do paradoxo bülowiano, e que, portanto, reverbera nas reflexões suscitadas pelos autores aqui discriminados:

O grande processualista Eduardo Couture já afirmou que “o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade”. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, é mister que se pergunte: realidade de quem? Do próprio intérprete? Do povo? Quem e como se determina o conteúdo da Lei? Quem é o intérprete? (MADEIRA, 2014, p. 36)

A preocupação com o exercício da linguagem no processo, seja para controle de racionalidade, da legitimidade decisória ou para fiscalização dos fundamentos que embasaram a construção do provimento, está inserida dentro do discurso processual na processualidade democrática. É o discurso processual que, dentro dos limites de racionalidade discursiva, deve assegurar as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, a fim de conferir legitimidade a decisão.

Como este discurso se dá e como a sua defesa é necessária para afastar o paradoxo de Bülow é o que se passa expor a seguir.

4.2 Processualidade democrática e a crítica à jurisdição do julgador

Antes de adentrar especificamente nas objeções à jurisdição do julgador, faz-se necessário consignar, concordando mais uma vez com Dhenis Cruz Madeira, que a postura crítica à atividade jurisdicional exercida solitariamente pelo juiz (como se fosse possível) não tem por objetivo reduzir a função do magistrado ou compreendê-lo como mero expectador.

¹²Conclui-se, portanto, que, não obstante toda a articulação teórica que desenvolve para encontrar formas de legitimar a decisão judicial a partir de uma constituição democrática, Couture acaba esbarrando no paradoxo de Bülow que o impede de oferecer respostas consistentes ao problema da legitimidade decisória a partir de uma teoria processual constitucionalizada. A jurisdição continua sendo atividade do julgador, dele dependente e só por ele controlada. [...]

O que se vê em Couture, em síntese, não é uma proposta realmente avessa à de Bülow, mas apenas a esperança de que os juízes atuais desenvolvam uma missão diferente daquela que Bülow atribuiu aos de sua época, sendo o juiz-responsável a esperança última da legitimidade democrática da jurisdição (LEAL, 2008, p. 106/107)

Além disto, também não se pretende assinalar ao juiz a mesma função/participação das partes no discurso processual, vez que as partes devem apresentar alegações e contra alegações fáticas e jurídicas, sendo responsáveis pela iniciativa probatória, enquanto ao juiz cabe o impulso procedimental e decidir. (MADEIRA, 2014, p. 302)

O fato de caber ao juiz decidir não quer dizer que este ato seja feito solitariamente. Pelo contrário, ao abrir espaço para uma compreensão consciente do círculo hermenêutico, da fusão dos horizontes e da história efetual como elementos que influenciam e constituem a interpretação, a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana indica a falibilidade do decidir pelo “eu”, concedendo lugar ao “nós”¹³.

Ao abordar a incoerência de uma interpretação situada fora da história e despreocupada com a situação hermenêutica do intérprete, Gadamer acaba demonstrando também a inconsistência da atividade jurisdicional pensada como atividade do julgador para extrair o sentido concreto da lei, como meio de promoção da justa composição da lide visando alcançar a paz social ou como exercício de declaração do direito mediante técnicas interpretativas ou, até mesmo, como resultado da experiência e sensibilidade adquirida pelo julgador.

Isto porque, para Gadamer não seria possível entender a interpretação dividida em partes, a qual, primeiro o intérprete compreende o texto, depois interpreta, e, posteriormente, desvela o seu sentido oculto. Aliás, nesta crítica, nem sequer poder-se-ia encontrar no texto um sentido em si mesmo, pronto para ser extraído pelo intérprete mediante certo método.

Eis o problema da jurisdição do julgador aqui suscitado com aporte na hermenêutica filosófica e no discurso processual democrático, conferindo importância a ampliação do horizonte da compreensão proposto por Gadamer, cujas compatibilidades com os anseios processuais democráticos podem ser aferidas.

A percepção crítica da questão posta acima é feita por Aroldo Plínio Gonçalves, a partir das seguintes considerações:

¹³Gadamer, na sequência de Heidegger, orienta o seu pensamento para a questão mais filosófica do que é a interpretação em si mesma; defende de um modo igualmente convincente que a compreensão é um acto histórico e que como tal está sempre relacionada com o presente. Sustenta que é ingênuo falarmos de «interpretações objetivamente válidas», pois fazê-lo implicaria ser possível uma compreensão que partisse de um ponto de vista exterior à história. (PALMER, 2006, p. 55)

A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao contrário, quando o Estado é chamado para exercer a “função” jurisdicional ele age dentro de uma estrutura normativa que regulamente sua atividade. E essa estrutura normativa está construída para comportar e garantir a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. (GONÇALVES, 2012, p. 169/170)

A denúncia da necessidade de uma releitura desta jurisdição baseada na possibilidade do juiz buscar o ideal de justiça escondido na lei também é feita por Rosemiro Pereira Leal:

A derrogação da regra jurídica (norma de valor) ou do princípio jurídico (norma de orientação deontológica) por norma diversa conjecturada pelo julgador no suposto espaço-vazio da lei é a mais artificiosa transformação (atraso histórico-jurídico) da judicatura em arauto de uma JUSTIÇA ideal (mítica). A escolha axiológica e personalíssima do bom ou deontológica do correto, a pretexto do que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um discurso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático, há de ser legítima e não autófona. Quando se menciona que um melhor “sentido” (proustianamente anfíbio) pode ser alcançado pela judicatura em face da lei retrógada ou superada ou de lei sem sentido, deslembra-se que, se utilizado qualquer princípio como balizador hermenêutico, tal não poderia ser contra-legend, porque, se o fosse, inaugurar-se-ia uma nova forma legiferante sobreposta ao ordenamento em vigor. A legitimidade de uma decisão por princípio de livre escolha do intérprete-aplicador da lei só se confirmaria pela observação do devido processo constitucional na construção procedimental encaminhadora da DECISÃO JUDICANTE. (LEAL, 2001, p. 17/18)

Enquanto instituição constitucionalizada, o jurista compreende que o processo é o referencial pelo qual se exerce a fiscalidade do controle jurisdicional, conferindo legitimidade à decisão e afastando da atividade judicante a surpresa ou julgamentos em critérios não esclarecidos, apenas íntimos ao magistrado.

A concepção de processo participativo¹⁴ defendida por diversos juristas atualmente, em orientação ao Estado de Direito Democrático, é resultado de incessantes estudos críticos ao paradoxo bülowiano e suas implicações na compreensão sobre processo por autores que não conseguiram desvencilhar do

¹⁴Sobre a concepção de processo alinhada ao desenvolvimento teórico e delineador deste trabalho, sem ignorar a existência de outros juristas, ver: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2008. LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Madamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2014.

paradoxo. Esta compreensão não ignora o discurso processual como médium linguístico com base no devido processo legal para controle de racionalidade, da legitimidade decisória ou para fiscalização dos fundamentos que embasaram a construção do provimento no Estado de Direito Democrático.

4.3 Processualidade democrática e o espaço do dizer no procedimento

Em função da proposta de Bülow e outros processualistas já terem sido abordadas acima, impende inicialmente trazer apenas breves considerações acerca de outras teorias do processo, a fim de justificar o alinhamento teórico desenvolvido nesta dissertação à concepção de processo participativo. Dada à amplitude do tema, ressalta-se que não é a pretensão deste trabalho adentrar em minúcias sobre teorias do processo ou encerrar o debate, mas apenas explicitar, de forma geral, as principais teses e questões envolvidas nas reflexões contemporâneas sobre os anseios democráticos em um processo participativo.

Conforme ressaltado anteriormente e discriminado por André Cordeiro Leal, em Bülow já era possível identificar o processo como instrumento da jurisdição, compreendida como “[...] atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador.” (LEAL, 2008, p. 60). A jurisdição, nesta concepção, é ilustrada em alusão à própria etimologia da palavra, bipartida, *juris dictio*, como atividade declaratória do direito desenvolvida pelo juiz.

Apesar do esforço de diversos juristas que se dedicaram posteriormente aos estudos da ciência processual em desvencilhar do paradoxo bülowiano explicitado na jurisdição enquanto atividade do juiz, muitos assimilaram os desdobramentos do paradoxo em suas compreensões, como já explicitado na perspectiva de Chiovenda, Carnelutti e Liebman.

É o caso também da Teoria do Processo como Situação Jurídica, proposta por Goldschmidt, ao tentar romper com a subordinação das partes ao magistrado na relação jurídica processual.

Para Goldschmidt, caberia ao juiz apenas o dever de dirigir o trâmite processual entre autor e réu, que, por sua vez, duelariam por um provimento estatal favorável aos seus interesses em par de igualdade. Todavia, no ato decisório, o magistrado não estaria adstrito ao “duelo” estabelecido entre as partes, pois o conflito em si não estaria vinculado ao processo, podendo o juiz descartar certos

ditames de cunho processual para alcançar uma “decisão justa”. Sobre a teoria, observa Rosemiro Pereira Leal:

[...] concebeu a sua teoria do processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um *duelo* entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava nenhuma “relação causal” com o processo, não passando os “direitos processuais” de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores. (LEAL, 2016, p. 147).

A tentativa de ruptura ou, melhor, de atribuição de melhores contornos à proposta de Bulow, não se encerra na Teoria do Processo como Situação Jurídica, sendo também perceptível na Teoria Estruturalista de Elio Fazzalari.

A Teoria Estruturalista ou Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, como também é conhecida, além de trazer ao conceito de processo o contraditório em simétrica paridade entre as partes, apresenta outra fundamental consideração à ciência processual contemporânea: a importante distinção técnica entre processo e procedimento.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica igualdade das suas posições, na mútua implicação das suas atividades (dirigidas, respectivamente, para promover e impedir a emanção do provimento); na sua relevância para o autor do provimento: de maneira que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto não importa – das escolhas, de reações, de controles e deva sofrer controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva considerar resultados. [...] Há, em suma, “processo” quando em uma ou mais fases das passagens de formação de um ato está contemplada a participação não apenas – e obviamente- do seu autor, mas também dos destinatários de seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades das quais o autor do ato deve levar em consideração; cujos resultados, ele pode até não aplicar, mas não pode ignorar. (FAZZALARI apud LEAL, 2008, p. 113/114).

Acerca da questão, assim ressalta Aroldo Plínio Gonçalves:

Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido. (GONÇALVES, 2012, p. 95).

Nesta perspectiva, o procedimento se reveste de uma estrutura técnica formada a partir de um modelo legal composto de atos de jurídicos e preclusões, no qual o antecedente determina o conseqüente, com o propósito de regular a conduta das partes e do juiz no exercício da atividade jurisdicional.

Ao ser acrescido do contraditório¹⁵ em simétrica paridade entre as partes, o procedimento se transforma em processo, sendo importante ressaltar, como adverte Gonçalves (2012, p. 109), que não se deve confundir este contraditório com o mero “dizer” e “contradizer” sobre o direito material discutido, vez que trata-se de uma garantia ao tratamento paritário no processo, inclusive com igualdade de oportunidades.

Esta noção de contraditório, na Teoria Estruturalista, assim é observada por Gonçalves:

A ideia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interessados divergentes são delas, são elas os “interessados e os contra-interessados” na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio. (GONÇALVES, 2012, p. 108)

Assim, a jurisdição para Fazzalari deveria ser compreendida como ordem proveniente do juiz vinculando os litigantes em uma obrigação jurídica, a partir da observação do procedimento em contraditório em simétrica paridade entre as partes.

Com a introdução do contraditório entre as partes e a distinção técnica entre processo e procedimento, a Teoria Estruturalista marca um giro teórico nos estudos sobre processo, mas, para alguns juristas, certas deficiências tornam a proposta de Fazzalari insuficiente às persecuções democráticas na processualidade contemporânea. Diz-se isto, porque, para estes juristas, em Fazzalari a jurisdição ainda seria invariavelmente refletida como atividade exercida pelo Estado através dos juízes, em posição de superioridade em relação às partes, com a função de

¹⁵ O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo ao observar, para observá-lo, ele mesmo. (GONÇALVES, 2012, p. 105)

declarar aos sujeitos o direito debatido:

[...] a atividade mediante a qual o Estado, por meio dos juízes (seus órgãos), se coloca por cima dos sujeitos implicados na violação da norma primária e, ouvidas suas razões, providencia para fazer cessar o estado de fato contrário ao direito e a reprecinar, na medida do possível, um estado de coisas conforme o direito. (FAZZALARI, 2006, p. 134).

No mesmo sentido, André Del Negri ressalta que:

Apesar de Fazzalari ter aberto as portas da Ciência Processual para o mundo e tratado de forma singular o contraditório no estudo do Processo, superando as equivocidades dos conceitos entre Processo e Procedimento, sua teoria não atingiu um dos propósitos centrais do atual Processo estudado na contemporaneidade. Já se disse, numa expressão feliz, que o Processo é uma espécie de Procedimento realizado em contraditório (revolução conceitual), mas o que parece ter dificultado a teoria fazzalariana é o fato de o Direito ser garantido pelo Juiz (guardião). (DEL NEGRI, 2008, p. 100)

Portanto, enquanto atividade declaratória e proferida pela parte superior à relação processual, com o pressuposto do conhecimento do direito, para o exercício desta jurisdição não seria necessário o enfrentamento de todos os fundamentos suscitados pelas partes no processo.

Voltada para a garantia dos preceitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, aliando os estudos do direito processual ao direito constitucional, surge a Teoria Constitucionalista. Daí advém a noção de devido processo legal, como direito-garantia de todos os cidadãos a ser concedido de forma irrestrita e indispensável à construção do provimento estatal. É o que relata André Del Negri:

Com essa crescente constitucionalização do processo, tem-se, portanto, uma nova recomendação do direito processual, consolidado nas Constituições do século XX como direito garantia, não podendo mais ter sua finalidade reduzida e confundida com uma mera seqüência de atos coordenados, como desejam os adeptos da corrente instrumentalista. A Constituição, nesse ínterim, representa, pois, o documento catalisador das exigências processuais modernas com o intuito de vislumbrar o processo como um sistema de garantias dos direitos fundamentais. (DEL NEGRI, 2008, p. 103)

Além da Teoria Constitucionalista, existem outras teorias do processo interessadas em responder às incitações contemporâneas, na persecução de um processo participativo. Dentre estas reflexões, se encontra a Teoria

Neoinstitucionalista do Processo, cujo precursor é Rosemiro Pereira Leal:

Infere-se que minha teoria neoinstitucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular – totalidade irrestrita dos legitimados ao processo). Como veremos, a instituição do processo coinstitucionalizante é referente jurídico-discursivo da estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica constitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e *não* de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou comunidade. (LEAL, 2016, p. 154).

Igualmente em contraponto o paradoxo bülowiano, a Teoria Neoinstitucionalista¹⁶ também irá romper abertamente com as deficiências da jurisdição perpetuada pelo Estado-juiz, propondo uma concepção do processo como instituição constitucionalizada de princípios e garantias fundamentais (contraditório, ampla defesa e isonomia), articulando-as na construção do provimento. E assim deveria ser regida a atividade jurisdicional, com a obrigação de respeitar os preceitos do devido processo legal, uma vez que este constitui a perpetuação da soberania popular e confere legitimidade às decisões no Estado Democrático de Direito.

Embora em um primeiro momento possa se confundir as propostas da teoria em função da referência às garantias constitucionais, a Teoria Constitucionalista e Neoinstitucionalista do Processo possuem substanciais diferenças, conforme sustenta Leal:

A jurisdição constitucional, na escola constitucionalista do processo, considerada *atividade tutelar* dos juízes e demais decisores provimentais, é instituto de condução de um processo instrumentador da atividade jurisdicional, enquanto, na escola neoinstitucionalista, o *devido processo constitucional* é instituto de problematização e testabilidade da deontologia positivista do discurso jurídico-político e não um *modelo constitucional de processo* garantista a partir da *base constituída* do direito a ser ainda acertado pela autoridade jurisdicional como se lê na escola constitucionalista do processo. (LEAL, 2016, p. 160)

¹⁶ Aproveitando-se de várias das propostas das teorias fazzalariana e constitucionalista do processo, formulou-se uma teoria neoinstitucionalista do processo, que, aprofundando-se na teoria discursiva da democracia e criticando os deficit de legitimidade decorrente da ancianidade de diversas escolas do pensamento processual anteriores, propõe um significativo giro teórico no Direito Processual a partir de suas novas bases constitucionais democráticas. (LEAL, 2008. p. 138).

Apesar destas diferenças e críticas recíprocas entre as teorias do processo – o que, frisa-se, não será explorado minuciosamente neste trabalho - fato é que o ponto em comum destas teorias está voltado à garantia ao direito de as partes participarem na construção do provimento por meio de argumentos e fundamentos.

Quer dizer, em outras palavras, que o modelo discursivo processual democrático contemporâneo, que aqui também é defendido, não se baseia no mito da lei ou da autoridade. Pelo contrário, rompendo com o dogma do protagonismo do juiz, abre-se a oportunidade para as partes efetivamente participarem da preparação do provimento.

Assim, levando-se em consideração o fato de não ser possível supressão da participação das partes no provimento jurisdicional que lhes afete, deve a decisão ser construída com ampla abertura ao debate firmado entre os sujeitos e enfrentando os fundamentos por eles suscitados.

É que a própria noção de garantia ao contraditório e participação das partes é antagônica à uma relação de sujeição, ou seja, não há espaço para subordinação das partes ao magistrado ou abertura para o seu protagonismo. Neste sentido, Aroldo Plínio Gonçalves chama a atenção para as seguintes considerações:

Os conceitos de garantia e de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos, de momentos sociais distintos, de concepções distintas. Pela evolução do conceito de contraditório, a categoria da relação jurídica processual já não é logicamente admitida. Perante o contraditório, não se pode falar em relação de sujeição ou de subordinação; as partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do processo, de cuja preparação participam, e não ao juiz. A categoria da relação jurídica não é própria para a concepção de processo centrada na garantia do contraditório, porque não é com ela compatível: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade de garantia de participação. (GONÇALVES, 2012, p. 170)

A partir desta compreensão do provimento construído por meio da efetiva participação das partes, pode-se afirmar que o processo democrático representa a ruptura com brocardos como *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *narra mihi factum dabo tibi ius* (dê-me o fato e lhe darei o direito), não por acreditar que o juiz não conheça ou que não lhe caiba decidir. Em todo caso, é o juiz quem julga, mas, deve-se dizer, não mais sozinho (MADEIRA, 2014, p. 302)

4.4 Discurso processual

Levando em consideração que o modelo discursivo, no processo democrático, se define como aquele que comporta a coparticipação argumentativa das partes na preparação do provimento, é importante tecer considerações sobre o discurso processual e seus princípios, inclusive diante da Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil).

A necessidade de um discurso jurídico, estabelecendo regras aos participantes decorre da própria intenção de se atribuir racionalidade¹⁷ e limites ao dizer dentro de um procedimento que visa definir algo. Sobre a questão, Alexy¹⁸ pontua:

A necessidade do terceiro procedimento, o do discurso jurídico (P_i), resulta do fato de que, como mostram tantas considerações históricas quanto considerações sistemáticas, não é possível um procedimento legislativo que o mais tardar no momento do surgimento de toda questão jurídica coloque à disposição, ao lado de premissas empíricas, normas a partir das quais se siga logicamente ou a partir das quais se possa forçosamente fundamentar, com a ajuda de regras não duvidosas da metodologias jurídica, aquilo que em um caso isolado é juridicamente comandado. Dentre os motivos que são responsáveis por isso sejam mencionados apenas dois: a vagueza da linguagem do direito e a possibilidade de que uma questão não tenha sido regulamentada pelo legislador. Se porém em todos os casos deve ser dada uma resposta racionalmente fundamentada à pergunta sobre o que é juridicamente comandado, proibido ou permitido, esse vácuo de racionalidade deve ser preenchido. O discurso jurídico aponta para isso. (ALEXY, 2015, p. 88)

No que diz respeito especificamente ao processo judicial, mais do que o argumentar na persecução da racionalidade¹⁹, decide-se.

¹⁷ Apenas para fins de esclarecimento e de coerência com o que se expôs no decorrer da presente dissertação, ressalta-se que a racionalidade aqui indicada não é absoluta, mas sim plenamente consciente das críticas feitas por Gadamer acerca da finitude humana e historicidade.

¹⁸ Apesar da referência feita à Robert Alexy, neste trabalho não haverá aprofundamento teórico sobre argumentação jurídica e teorias discursivas, não implicando a referência feita a um alinhamento teórico à proposta do filósofo alemão, mas tão somente a observação de que todo discurso que possui uma finalidade deve atribuir limites ao dizer dentro de um procedimento.

¹⁹ A racionalidade aqui discriminada não é a mesma do pensamento iluminista. Concorde-se com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira quando, reconhecendo o impacto da hermenêutica filosófica sobre grandes sistemas filosóficos da modernidade, diz que: “[...] a crise da Filosofia não implica uma dissolução desta em Literatura, nem muito menos uma perda da racionalidade ou mergulho sem volta na irracionalidade. Contra toda dissolução sentimentalista ou contra qualquer intuicionismo estatizante, a Filosofia, assim como a Ciência, continua a se diferenciar da *mera* Literatura e não se confundir com a Arte, em razão de seu discurso levantar ‘pretensões de verdades criticáveis’, que podem ser confrontadas argumentativamente. [...] Com isso, busca-se defender a necessidade de uma reconstrução da racionalidade e da filosofia que leve em consideração o giro linguístico, hermenêutico e pragmático, e que faça frente a todos reducionismo,

Desta maneira, o primeiro apontamento que se faz é de que, para se afastar do indeterminismo e obscurantismo argumentativo na construção do provimento, deve o discurso se orientar pelo princípio da formalização argumentativa, que preconiza o registro dos fundamentos trazidos pelas partes através de documentos (eletrônicos ou físicos). A relevância desta formalização para o exercício do contraditório e da ampla defesa é abordada por Dhenis Cruz Madeira:

A observação do *princípio da formalização argumentativa* constitui o primeiro passo para que se garanta a ampla defesa e o princípio do contraditório, pois, enquanto ainda reside na mente da parte ou do julgador, é impossível que o mesmo seja conhecido pelos demais participantes do discurso processual e, do mesmo modo, para que se exerça a crítica argumentativa. Se tal argumento for externado verbalmente (v.g., audiências), deve o mesmo ser transformado em escritura (v.g., ata, termo, petição), de forma que a fiscalização possa ser feita posteriormente. Mostra-se importantíssimo, portanto, formalizar a fala por meio da escrita ou da gravação eletrônica, de modo que exista uma documentação, cartular ou eletrônica, de todos os atos procedimentais, permitindo-se que o argumento ofertado oralmente componha os autos e se exponha à crítica. (MADEIRA, 2014, p. 381).

Além disto, também deve ser observado pelas partes o princípio da objetividade argumentativa, que determina que a argumentação a ser apresentada seja técnica no sentido de observar os conceitos dos termos que indicam²⁰, se atendo às questões de fato e de direito debatidas na demanda (DIAS, 2016, p. 189).

O objetivo deste princípio é, pela demarcação técnica e direta na argumentação levantada pelas partes, afastar do discurso processual divagações insuscetíveis à fiscalização e crítica (DIAS, 2016, p. 189).

Sobre a questão, mais uma vez contribuem os ensinamentos do prof. Dhenis Cruz Madeira:

Sendo assim, o princípio da objetividade argumentativa se refere à necessidade de só se utilizar de argumentos que, primeiro, sejam técnicos, ou melhor, tenham alguma finalidade para a construção do(s) provimento(s), e segundo, possam ser ofertados à crítica ou, fazendo comparação com o enunciado científico, que sejam aptos a se submeter a teses. (MADEIRA, 2014, p. 382).

quer desconstrutivista-estetizante (Derrida), quer sistêmico-funcionalista (Luhmann), quer relativista-pragmatista (Rorty)". (OLIVEIRA, 2007, p. 128)

²⁰ Alexy propõe quatro regras fundamentais de possibilidade de uma comunicação linguística que trate de correção ou verdade, incluindo, entre as quatro, que "todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes", consignando, ainda, que "falantes diferentes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes". (ALEXY, 2015, p. 51)

Em outras palavras, a exposição da pretensão das partes deve ser acompanhada de termos precisos e por meio de fundamentos claros, de modo que possa ser efetivamente compreendida. Afinal, no discurso jurídico não pode ser dada às partes a possibilidade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, conforme adverte Lenio Streck (2006, p. 574).

Concomitantemente aos princípios indicados acima, as partes também devem atentar ao princípio da correlação lógica dos argumentos, que, por sua vez, dispõe que o exercício da atividade jurisdicional pressupõe a adequada provocação, cabendo para as partes o dever de trazer deduções coerentes aos fatos e fundamentos jurídicos debatidos nos autos.

Quer-se com isso dizer que as petições que trazem as alegações factuais e jurídicas – e aqui não se está falando somente da exordial, mas de todas as petições que compõem os autos, como as petições recursais, impugnações, manifestações sobre laudos periciais, apresentação de quesitos etc. – também devem possuir uma correlação lógica entre as descrições fáticas e os argumentos jurídicos. (MADEIRA, 2014, p. 401).

Ao lado destes princípios, também se faz presente o dever jurídico de as partes argumentarem em observação ao princípio da lealdade processual, pois as proposições que se tem por finalidade algo, no caso do direito, decidir, não podem ser lançadas inadvertidamente e com notória má-fé. Afinal, conforme expõe Ricarlos Cunha:

De fato, de nada adiantaria postular ao discurso jurídico a função realinhadora e corretiva do pensamento, se nele ingressamos na contramão da verdade. Embora mesmo assim possamos obter certo grau de aprimoramento do compreendido, há traços éticos que nos obrigam a colocarmo-nos na “situação discursiva” como uma certa disposição afetiva voltada a permitir a liberdade do outro. Se no plano da hermenêutica (isolando apenas para fins analíticos) o que é determinante é a supressão de decisionismos assujeitadores e objetivismos que suprimem o chão da vida; no âmbito da argumentação, o que importa é que nela ingressemos de forma ética. De um lado contrapomos a questão fulcral da decisão não arbitrária e, de outro, a convivência em liberdade. (CUNHA, 2010, p. 301)

Além deste dever ético, não se ignora que o princípio “[...] traduz num dever legal (deontológico), e não, propriamente, num compromisso moral e subjetivo das partes.” (MADEIRA, 2014, p. 406).

Quer dizer, em outras palavras, que não se trata de apenas um pressuposto assentado na ingênua intenção das partes guardarem entre si a obrigação

ética/moral de abandonar seus interesses, mas sim um dever legal de não apresentar pretensão baseada em argumentos inverídicos, documentos sabidamente falsos, deturpando os fatos e os fundamentos com o intuito de prejudicar o conhecimento do direito alheio. (DIAS, 2016, p. 189). Afinal, o discurso processual não é um espaço em vale tudo, em que seria possível as partes apresentarem qualquer argumento e no qual pudessem produzir qualquer prova. (MADEIRA, 2014, p. 406)

Percebe-se, desta maneira, que os princípios expostos sobre discurso processual devem ser observados para assegurar o exercício do devido processo legal na construção do provimento. A necessidade desta reformulação crítica e de abertura ao outro no processo merece maior destaque ainda ao considerar as observações feitas alhures acerca do acesso do ser ao mundo e à compreensão, notadamente no que diz respeito à falibilidade da relação sujeito/objeto.

4.5 Hermenêutica filosófica e o dever de fundamentação

A partir do giro linguístico de caráter ontológico instaurado pela hermenêutica filosófica, acabou sendo exposta a falibilidade da hermenêutica clássica que se propunha a ser uma técnica interpretativa à disposição do intérprete para extrair do texto o seu real sentido.

Desta forma, encontra-se em Gadamer um fundamento de aporte ao direito contemporâneo e, conseqüentemente, ao discurso processual democrático, por abrir a compreensão à criticidade. Na hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, definitivamente, interpretar não é encerrar o sentido do texto pelo desvelar solitário do intérprete.

É que toda compreensão, inclusive a dos textos jurídicos, portanto, se dá em um contexto de fundamentação, não sendo possível, desta maneira, ignorar a existência e a proposição do outro. Ricarlos Cunha²¹ ressalta a correlação entre compreensão e fundamento, a partir das seguintes considerações:

²¹ Para Cunha (2010, p. 246), embora a fundamentação e a existência do outro sejam questões afetas à hermenêutica filosófica de matriz gadameriana ou ao menos devessem ser, em vista da estrutura existencial do *Dasein* que dá suporte aos estudos de Gadamer, estas questões, curiosamente, não tiveram a atenção merecida nos trabalhos desenvolvidos pelo filósofo alemão em comento. Este fato, por sua vez, na visão de Ricarlos Cunha, demandaria uma revisitação da hermenêutica filosófica para explorar de uma maneira mais profunda estes pontos.

Conectando o fundamento à transcendência, entendida como ultrapassagem, asseveramos que ganhamos compreensão quando, na abertura em que os entes aparecem, nós os ultrapassamos em seu ser, no horizonte do mundo. Ora, nesse excesso que marca o projetar livre, somos contidos exatamente porque tomamos chão junto aos entes e, por isso, somos levados a fundamentar o porquê de o ente ser assim e não de outra forma. Assim, toda compreensão já se dá sob a égide do princípio do fundamento. Portanto, se a fundamentação está na base da própria existência e, conseqüentemente de toda compreensão, a hermenêutica, que se estrutura basicamente em torno deste último existencial, não pode desconsiderá-la. **Compreensão e fundamentação são ontologicamente cooriginárias!** (CUNHA, 2010, p. 306 – destaque do autor)

Isto quer dizer que quando o intérprete se lança à compreensão do texto jurídico, ele já está, invariavelmente, fundamentando. Não uma fundamentação qualquer, mas sempre dentro do círculo hermenêutico, pressupondo o confronto do horizonte do intérprete, carregado de preconceitos, com os novos espaços de compreensão que surgem nesta interação.

A partir desta consideração, deve-se questionar: mas como, então, esta fundamentação irá transparecer? Como se dá a exteriorização dos preconceitos e desses novos espaços de compreensão? A resposta para estas perguntas, conforme exposto anteriormente, é: por meio da linguagem.

É que todo pensamento e, via de consequência, toda comunicação, somente é realizada linguisticamente, vez que é por meio da linguagem que se pode obter acesso aos fenômenos.

Esta percepção merece ainda maior destaque ao levar em consideração que é por meio da linguagem, revestida no discurso processual, o local em que se exerce o contraditório e a ampla defesa. Ou seja, é através da linguagem e da fundamentação que se permite conhecer, fiscalizar e criticar.

A oposição crítica que permita à demonstração de falibilidade das teses firmadas é própria do contraditório, que, no modelo democrático de representatividade, não é mero elemento de retórica, mas sim garantia dos cidadãos para fins de participação e influência na construção do provimento.

Esta criticidade, aliada aos elementos outrora dissertados, é de grande importância ao discurso processual que se pretende democrático, tal como se intenta no Novo Código de Processo Civil, ao determinar o dever de fundamentar sobre todas as questões suscitadas pelas partes, permitindo uma efetiva participação destas na construção do provimento.

Diz-se isto, pois: “Não há margem, no discurso processual, para o aparecimento do *espaço do soberano*, em que o agente governativo, legislativo e judiciário se apresenta como o *único mestre capaz de enunciar as verdades da lei*.” (MADEIRA, 2014, p. 344) Isto porque, “[...] o discurso processual rejeita a ideia de que alguém seja capaz de dizer, sozinho, qual é a melhor dicção da lei e qual seria a vontade do legislador.” (MADEIRA, 2014, p. 345).

É o que também compreende Alberico Alves da Silva Filho, ao considerar que:

A ciência do Processo é e deveria ser entendida como compreensão conceitual da racionalização da vida em sociedade, desvelada pela prática dialógica hermenêutica mediante os princípios constitucionais asseguradores dos fundamentos da condição humana: o direito à fala, ao discurso, à crítica, à desconstrução dos dogmatismos justificadores de práticas ilegítimas e ilegais que perpetuam o espírito da Casa Grande e Senzala em nossa cultura. (SILVA FILHO, 2004, p. 58)

Quer dizer, mais uma vez, que a produção do sentido do texto jurídico não pode ser revelada por um hermeneuta privilegiado, como se estivesse isento à sua situação histórica, mas sim em um contexto de abertura à participação:

Por isso, o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido / pensado / apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, “aparecem” como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto, é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do “unívoco” ou do “correto” sentido, mas, sim, *a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, em que o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade*. Não há interpretação sem relação social. (STRECK, 2005, p. 19)

Assim, considerando que o pensar hermenêutico proposto por Gadamer denuncia a marca dos preconceitos e da experiência que o intérprete carrega como elementos constitutivos da própria compreensão, não se pode ignorar no processo o dever de fundamentação das decisões para fins de esclarecimento e submissão à crítica da tese infirmada, inclusive para satisfazer as noções próprias de contraditório e participação das partes na construção do provimento:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe falaria a necessária legitimidade, conforme se colhe das lições de Oliveira Baracho. (LEAL, 2002, p. 105)

Desta maneira, o movimento processual democrático contemporâneo deve ser consciente das proposições da hermenêutica filosófica, notadamente no que diz respeito à estrutura prévia da compreensão, em decorrência da necessidade de reformulação crítica e de abertura ao outro no processo, em caráter crítico ao que se denominou neste capítulo de jurisdição do julgador, situada dentro do paradoxo de Bülow.

5 CONCLUSÃO

No início desta dissertação foi ressaltado como se deu o surgimento do movimento do que vem a ser compreendido atualmente como modernidade, asseverando que seu aparecimento é marcado pela crítica lançada à tradição anterior, ao colocar em dúvida os ditames da Igreja, do Monarca, dos costumes, preconceitos e superstições. Daí que, em contraposição a estes ditames, o homem passou a tentar dominar a natureza e transmitir para a sociedade um saber preciso, universal, objetivo e racional, passível de controle e previsão.

O aparecimento deste ser imbuído da pretensão de dominar a natureza foi fortemente acolhido no âmbito científico e, em prestígio aos avanços desenvolvidos no âmbito das ciências naturais, impulsionada por um processo de conhecimento pautado na observação analítica e objetiva das coisas, a ciência social também absorveu esta metodologia. O Direito, não escapando desta perspectiva, também foi marcado pelo rigor científico próprio das ciências naturais, sem maiores distinções entre os seguimentos do saber.

Dentre as diferenças nas ciências apresentadas se encontra a situação do objeto e do sujeito. É que, conforme exposto, deve-se ter em consideração a distinção do conhecimento em que se requer compreensão, tal como presente nas ciências do espírito (sociais), daquele cuja repetição dos fenômenos possa ser previsível, como ocorre nas ciências empíricas (naturais). Isto porque, principalmente no âmbito das ciências sociais, o sujeito que toma o objeto para análise sofre invariavelmente interferência, sendo inclusive difícil de delimitar o que é objeto e o que é sujeito, em decorrência da interação e confluência no acesso do ser ao mundo.

São precisamente estas diferenças entre as ditas ciências sociais e naturais que prejudicam a incorporação da base metodológica de uma na outra, não se podendo afirmar, entretanto, que uma seja mais ciência do que a outra. Pelo contrário! O que se tem são distinções que demandam a delimitação de um estatuto metodológico próprio.

O movimento de ruptura com a ideia de reprodução, certeza e imutabilidade no âmbito das ciências do espírito muito deve à virada filosófica promovida em meados do século passado, tanto no aspecto ontológico quanto existencial, vez que a compreensão passou a ser cada vez mais debatida sob o enfoque do *ser* e o seu

acontecer. No entanto, apesar da demanda pela delimitação de um saber próprio, os efeitos da incorporação da metodologia científica inerente ao âmbito das ciências naturais ainda geram efeitos e são reproduzidas no Direito até hoje. Exemplo deste pensamento é a tentativa de se atingir a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis* e a fiel *mens legislatoris* (STRECK, 2005, p. 157).

Com base em uma hermenêutica jurídica pautada em métodos de interpretação supostamente aptos a permitir ao intérprete extrair a real vontade da lei e em uma concepção de processo refletido como instrumento da jurisdição (tida como atividade declaratória do direito, essencialmente exercida pelo juiz), ainda permeia no Direito o pensamento denunciado por Streck.

Neste sentido, o que está em pauta atualmente é o debate fruto do resultado das contribuições da virada filosófica ocorrida em meados do século passado, denunciando, principalmente no âmbito das ditas ciências do espírito (sociais), a impossibilidade de propor deduções precisas, universais e objetivas, passíveis de controle e previsão por um sujeito como se estivesse situado fora da história. Este debate é de grande relevância ao Direito contemporâneo, ainda fortemente influenciado pelo pensamento submetido à crítica pela virada filosófica.

Especificamente no âmbito dos estudos sobre hermenêutica jurídica, em que gira o tema desta dissertação, o debate sobre a interpretação e o acesso à compreensão está diretamente relacionado com as questões ressaltadas sobre a situação hermenêutica do sujeito que se lança à compreensão. Para exposição da base teórica que envolve o debate contemporâneo, inicialmente foram apresentadas as proposições de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger sobre o tema. O primeiro, por ser considerado por muitos juristas como o pai da hermenêutica, o segundo por ter ampliado a proposta do primeiro, e o último, por ser um dos responsáveis por marcar a filosofia contemporânea com sua reflexão existencial, que muito influenciou a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Tentando conferir para a hermenêutica um caráter universal, Schleiermacher intensifica e amplia a hermenêutica para afastar equívocos e mal-entendidos ao perquirir que a compreensão deve ser pretendida em cada ponto do texto, e não somente em eventuais obscuridades. É que, antigamente, a compreensão era considerada inata e primária, ocasião em que a hermenêutica era utilizada apenas para tentar resolver dúvidas e obscuridades pontuais.

Assim, a proposta hermenêutica de Schleiermacher se pautava em extrair do texto a reprodução da intenção original do autor. Entendendo que tudo que pode ser compreendido se dá dentro da linguagem, vez que somente nela se manifesta o objeto a ser compreendido e a elocução do intérprete, dois elementos em interação seriam essenciais para reconstruir a intenção original do autor nesta perspectiva: a interpretação gramatical e a psicológica.

Apesar de a linguagem ter por propósito a designação de algo, possuindo cada expressão linguística uma sintaxe pré-estabelecida e tornando supra individual o uso da palavra, não se pode ignorar que, ao empregar esta linguagem pretensamente supra individual, o texto é o testemunho de um indivíduo, no caso, o autor. Além do mais, as pessoas nem sempre pensam a mesma coisa acerca das mesmas palavras, o que tornaria necessário, além da análise estritamente gramatical, a percepção do lado psicológico do autor do texto para que seja possível extrair o real sentido daquilo que foi dito.

A interpretação gramatical deve se associar à psicológica, até mesmo porque, em geral, a estrutura meramente linguística de uma passagem não costuma ser problemática, sendo que, não raramente, o que dá origem ao mal-entendido é o que o escritor queria dizer.

Assim, é com Schleiermacher que a hermenêutica passa a ser proposta como uma forma de indagar as possibilidades de uma compreensão objetiva, se preocupando não somente em apresentar o contexto em que a compreensão se dá, mas também em delimitar métodos científicos próprios para evitar mal-entendido e permitir ao intérprete o acesso ao correto sentido do texto.

De igual forma, aprofundando e ampliando o trabalho desenvolvido por Schleiermacher, Wilhelm Dilthey também marcou seu nome nos estudos sobre a hermenêutica, ao direcioná-la rumo à fundamentação epistemológica das denominadas ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*). Ou seja, perseguindo uma teoria objetivamente comprovável e válida para o âmbito das ciências do espírito, Dilthey irá aprofundar o caráter psicológico da proposta de Schleiermacher, visando atribuir para ela este *status* científico autônomo.

Compreendendo que toda a realidade (ou seja, todos os fatos externos, tanto objetos como pessoas) se encontram condicionados à consciência, Dilthey deduz que somente uma reflexão psicológica possui condições de fundamentar a objetividade do conhecimento que demanda as ciências do espírito. (GRONDIN,

1999, p. 148)

A psicologia, nesta perspectiva, assume um importante papel no entendimento dos fenômenos envolvidos na compreensão, vez que o ato de adentrar no mundo interno dos homens (consciência) se daria não por meio de uma introspecção sujeita à introdução arbitrária e seletiva de pontos de vistas, prestando a psicologia para compreender estas expressões de vida para permitir a decifração das marcas que o homem imprime aos fenômenos. Ou seja, enquanto alicerce epistemológico apto a garantir uma interpretação objetivamente válida ao intérprete, a hermenêutica forneceria regras universais para afastar arbitrariedade subjetiva de origem psicológica no ato de compreender.

No entanto, mesmo que sua intenção inicial fosse fundar uma base epistemológica própria para as ciências do espírito, em última análise, a proposta de Dilthey ainda se revela demasiadamente atrelada aos pressupostos da tradição cartesiana e vinculado a uma relação sujeito/objeto, pela qual seria dado ao intérprete extrair o real sentido do texto.

Problematizando o debate hermenêutico da relação sujeito (intérprete) com o texto (objeto) e indicando a falibilidade deste modelo científico interpretativo, tal como presente no pensamento de Schleiermacher e Dilthey, Martin Heidegger deslocou a experiência hermenêutica para um modo de ser do Dasein (do ser-aí, do ser-no-mundo) e propôs o que ficou conhecido como giro *fenomenológico e/ou ontológico* (PEREIRA, 2001, p. 16).

O contributo de Heidegger acaba desestabilizando a relação de interação entre o intérprete e o texto, na qual o sujeito compreenderia o objeto por meio de técnicas aptas a atribuir uma interpretação objetivamente válida. É que, para Heidegger, não seria possível chegar ao “ente” sem antes passar pelo “ser”, somente podendo se ter acesso a algo como algo e, mesmo assim, sem desprezar o horizonte histórico do sujeito. Daí a designação da hermenêutica proposta por Heidegger como existencial ou ontológica, sendo este ato de compreensão inerente à própria existência humana.

A partir desta proposição, a questão hermenêutica é deslocada para o debate sobre o que dizemos quando falamos da coisa, e não para a definição da significação da coisa em si ou para extrair o sentido original da intenção do autor.

Desta maneira, ao formular reflexões direcionadas à análise existencial do Dasein e ao esforço hermenêutico de compreender o que está por detrás de toda

elocução, isto é, do que se expressa antes e por detrás de cada juízo, Heidegger acaba indicando a impossibilidade de o intérprete extrair do texto algo que o texto possui em si mesmo. Isto acaba comprometendo a estrutura pensada por Schleiermacher e Dilthey para conferir uma objetividade interpretativa, na qual seria possível revelar o único e verdadeiro sentido do texto.

A partir das críticas de Heidegger, Hans-Georg Gadamer empreendeu esforços no sentido de aprofundar as reflexões instauradas pelo seu mestre e inaugurou um novo olhar hermenêutico. Para além do foco eminentemente epistemológico contido nos ensinamentos de Schleiermacher e Dilthey, Gadamer emprega para a hermenêutica um papel mais filosófico, envolvendo a investigação do fenômeno da compreensão em si.

Neste novo pensar hermenêutico, percebe-se ser indissociável à compreensão a marca dos preconceitos e experiências que o intérprete carrega, porquanto estes elementos seriam constitutivos da própria compreensão.

Decerto, a partir do giro linguístico desenvolvido nos estudos da filosofia do direito e, notadamente, na hermenêutica jurídica pelos esforços de Gadamer ao se ressaltar a linguagem como condição de compreensão do indivíduo no mundo, por meio de uma relação interpretativa intersubjetiva (sujeito/sujeito), não deve a hermenêutica ser concebida conforme apontado acima.

Assim, sendo a atividade judicante no modelo democrático de representatividade marcada pela construção dialógica, em que se garante para as partes processuais a participação na preparação do provimento, fundindo-se os horizontes, os estudos de Gadamer contribuem para a análise do discurso processual contemporâneo.

Partindo-se das lições do filósofo em questão, constata-se não ser possível ao interpretar, que o jurista se esvaia de suas pré-compreensões em decorrências destas serem constitutivas da própria compreensão. Ou seja, a situação hermenêutica do intérprete constitui e influencia a compreensão. Como alude Lenio Streck, “o mensageiro já vem com a mensagem” (STRECK, 2004, p. 198).

Neste sentido, a contribuição de Gadamer à hermenêutica jurídica contemporânea é de grande relevância ao discurso processual democrático na construção de um provimento participativo, em contraposição à jurisdição do julgador. O tema aqui abordado se revela ainda mais importante com a edição do Novo Código de Processo Civil, que preconiza pela plena participação das partes,

determinando que o magistrado enfrente todos os fundamentos por elas suscitados, vedando, inclusive, que se decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Além disto, não se pode ignorar que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se pauta no modelo democrático de representatividade e, portanto, incorporando ao direito um próximo relacionamento com o dissenso e o pluralismo, não é mais possível conceber a hermenêutica como mera técnica de conhecimento à disposição do intérprete para se revelar solitariamente o sentido contido na norma (como se fosse possível). Em outras palavras, em vista à complexidade das sociedades contemporâneas e à insuficiência da teoria clássica da interpretação jurídica em satisfazer os anseios atuais, seja em vista das proposições da hermenêutica filosófica ou da processualidade situada no Estado de Direito Democrático, não há mais espaço no discurso processual para o intérprete capaz de desvelar o real sentido da lei.

Desta maneira, a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana não pode ser ignorada, principalmente em função da nova persecução discursiva que se intenta através do Novo Código de Processo Civil, em observação aos preceitos do Estado de Direito Democrático.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- BELL, David. Kant. In: BUNNIN, Nicholas. TSUI-JAMES, E.P. **Compêndio de Filosofia**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 2002
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. JUS: Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 127-163, jul/dez. 2011.
- BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo e RIBEIRO, Fernando José Armando. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-George Gadamer. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.11, n.21 , p.121-143, jan. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015.
- BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BULOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.
- BUZUID, Alfredo. **A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 1982.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol I e II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: E. P. U., Editora Universidade de São Paulo, 1973.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação: um possível encontro à luz do paradigma ontológico**. 2010. 323f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Essa estranha instituição chamada literatura: uma entrevista com Jacques Derrida**. Tradução de Marileide Dias Esqueda. Revisão técnica e introdução de Evando Nascimento. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

DIAS, Leonardo Augusto Gonçalves. Discurso processual para promoção do “distinguishing” e “overruling” no novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Org.). **Direito processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. 1. ed. 3. v. São Paulo: JusPodivm, 2015.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**. Tradução: Marco Antônio Casanova. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. **Psicologia e Compreensão: ideias para uma psicologia descritiva e analítica**. Tradução: Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. A universalidade do problema hermenêutico. In **Verdade e método: traçados fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. V.2. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 255-270.

GADAMER, Hans-Georg. Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia. In **Verdade e método: traçados fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. V.2. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 270-292.

GALUPPO, Marcelo C. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 03, p. 195-206, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. Ed. UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, p. 107-121, jan./jun. 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Santiago: Editorial Universitaria, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Tradução: Emanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Trad. Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Madamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões: no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Caráter Oculto do Sentido Normativo no Novo CPC. CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná (Coord.). **Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada**. Belo Horizonte, MG: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. **In Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Vol II. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica (in)compatibilidade entre a tópica e o processo**. Curitiba: Juará Editora, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juará Editora, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2 edição, revista e

ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Função social do processo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3198>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edição 70, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **Histórica da filosofia. De Nietzsche à Escola de Frankfurt**. v. VI. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo, 2003.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Constitucionalismo e teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Boaventura Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. **O discurso processual da ciência jurídica**. In Estudos continuados de teoria do processo: origens históricas da processualidade democrática. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Trad: Álvaro L.M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, v.11, n.21, (jan. 2008), p.121-143.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** 4ª ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica.** Vol I. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005.