

Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa

Elements for a theory of decision: Tackling the romantic hermeneutics applied in Brazil as if it were an interpretative evolution

Victor Gameiro Drummond¹

Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC), Brasil

victor@victordrummond.com

Resumo

A teoria da decisão apresenta fragilidades que fazem com que seja necessário repensar métodos de aplicação do Direito no âmbito do Poder Judiciário. O autor, através do método de revisão bibliográfica e introduzindo um novo conceito que ele denomina mantra performático, analisa alguns elementos dos filósofos Heidegger e Gadamer que vêm alimentando a formação de uma nova teoria da decisão como resultado da virada linguística. Além dos autores indicados, o autor aponta que, no Brasil, Streck vem desenvolvendo uma teoria denominada Nova Crítica do Direito (NCD) que leva em conta a viragem linguística como elemento de grande relevo e que deve ser visto como responsável por um novo paradigma aplicável em diversas áreas do conhecimento, inclusive do Direito. O autor critica a posição apresentada por muitos julgadores no Brasil que, em sua opinião, ainda não atuam, no Direito, em correspondência à hermenêutica contemporânea, mas, em sentido contrário, ainda aplicam a hermenêutica romântica vinculada à filosofia da consciência e, portanto, anterior à viragem linguística. O autor aponta alguns elementos inerentes às teses dos filósofos mencionados com o objetivo de fomentar as discussões pertinentes à hermenêutica contemporânea para a formação de uma teoria da decisão contemporânea mais afeita à viragem linguística. O autor entende que uma revisão de conceitos do ponto de vista acadêmico que indicasse a viragem linguística no Direito poderia contribuir para uma teoria da decisão aplicada ao Brasil.

Palavras-chave: hermenêutica contemporânea, viragem linguística, teoria da decisão, filosofia, Nova Crítica do Direito.

¹ Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC), Rua Gildásio Amado 55, 1806, 22631-090, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Abstract

Decision theory has weaknesses that make it necessary to rethink methods of application of law within the judiciary. The author, through the method of literature review and introducing a new concept he calls performatic mantra, analyzes some elements of the philosophers Heidegger and Gadamer that have been nurturing the formation of a new theory of decision as a result of the linguistic turn. Besides the authors indicated, the author points out that, in Brazil, Streck has developed a theory called New Criticism of Law (NCD) that takes into account the linguistic turn as an element of great importance. The linguistic turn should be seen as responsible for a new paradigm applicable in various areas of knowledge, including law. The author criticizes the position of a large number of judges in Brazil who, in his opinion, do not act according to the contemporary hermeneutics in law, but, on the contrary, still apply the romantic hermeneutics previous to the linguistic turn. The author points out some elements inherent in the thesis of the philosophers mentioned with the goal of fostering the discussion about issue relevant to a contemporary hermeneutics with a view to the formation of a theory of decision more akin to the linguistic turn. The author believes that a review of the concepts from an academic standpoint to indicate the linguistic turn in law could contribute to a theory of decision applied to Brazil.

Keywords: contemporary hermeneutics, linguistic turn, theory of decision, philosophy, New Criticism of Law.

Introdução: da justificativa para se debruçar sobre a filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana

A compreensão das teses de grandes filósofos e a aplicação de seus entendimentos sobre temas que compreendemos como cotidianos muitas vezes não são fáceis. No universo das ciências jurídicas, há uma aceitação tácita de que “fazer o direito” pode significar criar condições de compreensão do universo das relações humanas sob a ótica jurídica (pensar o direito) – o que seria compreendido e estudado pela ciência do direito – efetivamente – mas ao mesmo tempo pode significar “dizer o direito”, referindo-se ao modo de compreensão da estruturação da práxis, distanciando-se do “pensar o direito”. Portanto, uma aceitação tácita desta cisão entre filosofia e compreensão do universo e consequente aplicação do direito fora do foco do “pensar” acabaram transformando o Direito em dois: a pragmática cotidiana, que domina os juristas em muitas de suas atividades, inclusive decisória, quando se trata dos juízes, e o filosofar o direito, que, segundo parte dominante dos juristas, faz parte de um universo à parte, excluído (pela ausência de pragmática) e excludente (pelo alto nível de sofisticação).

Esta cisão pode ser operada em algumas atividades, como eventualmente pode fazer parte de uma

exclusão da práxis da advocacia, mas nunca poderia ser operada pelos julgadores, considerando que suas atividades já intrinsecamente fazem parte de um universo necessariamente voltado à filosofia e outras ciências sociais, como a sociologia e a antropologia. Um julgador, porém, não pode decidir tendo em mente que sua decisão é isoladamente uma decisão pensada tecnicamente no hermético universo do Direito, pois o Direito está, nestes casos, permeado por valores filosóficos e, principalmente, pela presença da hermenêutica e, é importante que se diga, uma nova hermenêutica.

Neste sentido, e considerando que a filosofia não somente deve fazer parte do mesmo quadro do Direito que é “pensado”, mas também do Direito que é “feito”, deve ser compreendido que uma interseção de muitos valores e a compreensão de elementos filosóficos serve para melhor definir e conduzir às decisões, visto que certos filósofos se prestam a esta *trans-existência*, ainda que não tenham tratado diretamente do universo das ciências jurídicas. Neste grupo, encontram-se Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, o primeiro, criador da filosofia hermenêutica, e o segundo, da hermenêutica filosófica. Ambos, porém, pensadores que trouxeram elementos fundamentais que deveriam ser utilizados pelos juristas, em especial os juízes, para a compreensão de que fazer e pensar direito devem basear-se numa mesma miríade de argumentos e que as tensões existentes são muito parecidas em ambos os universos. Por

outro lado, Heidegger e Gadamer, não obstante a sofisticação de suas teses e textos, não são tão afastados do cotidiano do Direito quanto se possa imaginar, e uma compreensão de seus pensamentos pode revolucionar o surgimento de efetivas novas teorias da decisão, cuja falta é um dos pilares da crise que atravessa o Direito no Brasil e em muitos países do mundo. Somente com uma teoria da decisão baseada em valores filosóficos que atentem à compreensão do mundo pode-se fundamentar a decisão como ela deve ser. No Brasil, evidencia-se a escola criada por Lenio Luiz Streck, denominada de Nova Crítica do Direito e que vem propondo uma avaliação do pensamento gadameriano e principalmente heideggeriano para aplicação e desenvolvimento de uma teoria da decisão efetiva².

Há de se admitir que ainda falta muito a ser pavimentado, considerando este verdadeiro vício social institucionalizado pelo tratamento da diferenciação e da cisão entre ciência do Direito e prática do direito; ética e direito; texto e norma e, até mesmo, filosofia e direito.

Desta forma, é urgente que se reflita sobre o pensamento filosófico contemporâneo para se alcançar melhores condições de “dizer o Direito”, e, neste sentido, tanto Heidegger quanto seu aluno Gadamer trouxeram aportes de primeira grandeza ao direito, mas que precisam ser compreendidos e aproveitados para estabelecer as devidas cisões e fusões onde estas circunstâncias sejam efetivamente necessárias.

O que pretendo com o presente texto é apresentar uma revisão bibliográfica que aponte em que medida estes criativos autores trouxeram aportes significativos para a formação de uma nova teoria da decisão, com o objetivo, primordial de diminuir o déficit operado nas (indevidas) cisões supramencionadas. Por fim, é importante salientar que as análises comparativas do olhar filosófico de Gadamer e Heidegger e também de Streck por outro autor propõem uma visão condensada destas ideias de forma a se apresentar como contributo acadêmico.

O método utilizado para a concepção do texto foi a (re)análise crítica dos textos dos principais autores que, no meu entender, contribuem para a formação

de uma teoria da decisão baseada em concepções da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica: Gadamer, Heidegger e Streck. É verdade que, no caso do autor brasileiro Streck, as especificidades “das hermenêuticas germânicas” foram objeto de prévia “urbanização” em suas teses, sendo certo, porém, que novas análises críticas que promovam a interlocução entre a teoria da decisão streckiana e as filosofias gadameriana e heideggeriana ainda se fazem necessárias, no mínimo, para verificar se as conclusões streckianas fazem sentido suficiente para a formatação de uma Nova Crítica do Direito (NCD). De toda forma, estas análises críticas aparecem como resultado das análises da principal problemática do texto, qual seja: apontar o modo como se manifesta, no Brasil, a teoria da decisão cindida de valores indissociáveis.

A síntese do problema: do ambiente no qual se opera a hermenêutica e da (não) compreensão que se tem de seu locus pelo julgador brasileiro

Primordialmente com o objetivo de trazer alguns elementos da hermenêutica filosófica de Gadamer para o Direito é que se apresenta este pequeno estudo.

Começo, porém, por Heidegger em uma citação de Chris Lawn, para apontar o que vem a ser o ponto de maior relevo nos equívocos compreensivos dos autores citados e suas consequências ao universo da aplicação do Direito no Brasil (Lawn, 2007, p. 47): “Contrário a Descartes, ele (Heidegger) mostra que o entendimento não é resolvido na privacidade da consciência, mas sim através do nosso ser no mundo.”

Ora, esta é uma confusão que se opera quase cotidianamente no universo decisório brasileiro, e tomo como ponto de partida este equívoco para apresentar a problemática tratada no presente texto.

Não é nada incomum, e, pelo contrário, parece ter se tornado a *práxis* elementar e “erudita”, que os julgadores tragam elementos pessoais às suas decisões. E pior, que o assumam despudoradamente! O que é

² Lenio Luiz Streck começa a desenvolver o que acaba denominando por Nova Crítica do Direito a partir de sua obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, obra publicada pela Editora Livraria do Advogado no ano de 1999, que tem como fundamento básico a análise de como se decide no campo do direito hodiernamente no Brasil. O autor aponta que há necessidade, por parte da comunidade jurídica, em observar que houve um giro ontológico (*ontologic turn*), uma viragem linguística em várias áreas do conhecimento, em especial da filosofia, e que deve ser absorvida pelo Direito. Assim, dentre vários argumentos, expõe exaustivamente que o jurista brasileiro não pode observar o Direito sob a ótica de uma manifestação pessoal e que o juiz não pode ser um sujeito solipsista. Por solipsismo, do ponto de vista filosófico, entendem-se a concepção e a crença de que, além do próprio eu, alguém somente pode considerar as suas próprias experiências como válidas e corretas. Ou seja, além do próprio pensamento egoísta-egocêntrico, o sujeito não crê em outras concepções, pois todas as demais estariam equivocadas ou seriam incorretas. O autor vai além e cria a expressão *decisionismos solipsistas* para indicar as decisões proferidas por aqueles julgadores que acreditam que somente suas concepções são corretas, aceitáveis e válidas e podem incluir, em sua concepção própria (e, portanto, inquestionável), um direcionamento do pensar e do agir do julgador, que, muitas vezes, pode ser contrário à lei, ou, simplesmente, contraditório com sua própria função de “fazedor de justiça”. As teorias desenvolvidas pelo autor se manifestam de modo ainda mais profundo na obra *Verdade e consenso* (Streck, 2006) e, atualmente, também na obra *O que é isto, decido conforme a minha consciência* (Streck, 2010).

curioso é que não há segredo ou tentativa de se afastar a percepção de que o julgamento se deu por critérios e entendimentos pessoais. Ou seja, confunde-se o universo privado e impenetrável da consciência como se fosse o universo da privacidade sacra de um decisor superior pela simples condição de ser decisor.

Há, também um certo orgulho próprio (que se indica comumente como valoração ética) de se afirmar que algo foi decidido com sua própria consciência. Esta valoração atribuída pelos julgadores como algo superior traz uma valorização que, em verdade, é pernicioso ao Direito, mas é vista, pelos próprios julgadores, como uma qualidade própria e de grande monta. Há de se compreender, por outro lado, que esta simples constatação de uma superioridade entendida como absoluta por parte dos julgadores nada mais é do que uma constatação de que existe uma grande fraqueza, mas verdadeiramente escusa e simplesmente artificialmente colorida pela decisão por meio da consciência. É como se o julgador pudesse limpar o conteúdo e a forma de uma má decisão pelo simples fato de alegar que o fez em sua “plena” consciência. Como se, inclusive, isto fosse uma grande vantagem e uma verdade incontestável do ponto de vista qualitativo. É como dizer: “decido conforme minha consciência” e, portanto, se o faço, qualquer decisão se justifica (Streck, 2010). E mais, segundo esta lógica, decidir confirme a consciência “desinfetaria” o conteúdo equivocado da decisão. O problema é que este aspecto traz uma mensagem subliminar que é a seguinte: para escusar-se de algo decidido ou de algo eventualmente equivocado, o juiz “apela” à sua própria consciência como se ela pudesse conter algo a mais do que a consciência alheia. Ou melhor, por ter decidido em sua consciência, parece quase não importar a decisão, mesmo que equivocada. Este é o erro, pois o que vale é a qualidade da decisão, tanto em forma quanto em conteúdo. A consciência do juiz é o que menos importa! Aqui impera a confusão entre a consciência do julgador e os conceitos delimitados por Gadamer e Heidegger, tais como tradição, círculo hermenêutico, entre outros. E o maior equívoco: a ideia de que o hermenêuta pode “escolher” uma modalidade de hermenêutica a ser aplicada, como se fosse possível estabelecer níveis e graduações, ou mesmo hierarquias hermenêuticas. Há confusão tanto na atribuição de fatiamentos das *subtilitates*, como se fossem movimentos ou momentos autônomos interpretativos, como também na atribuição a Savigny (Savigny, 1840, p. 208-209) de classificações hermenêuticas separando as interpretações em gramaticais, lógicas e históricas.

E mais, quem disse ao julgador que ele deve decidir conforme a sua consciência? E pior, quem lhe

disse que esta é a solução para tudo? Pois a chave do problema é que o juiz, ao acreditar que sua escolha é lícita, factível e correta em decorrência de se produzir (em seu entendimento) na mais profunda intimidade de sua consciência, subliminarmente está atribuindo à própria consciência uma qualidade e superioridade que não possui. Por que a consciência do juiz deve ser mais valiosa do que a do não julgador? E, com isso o julgador não compreende que dá azo a um descolamento e à cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, o que afronta um dos fundamentos mais importantes e presentes na *hermenêutica filosófica gadameriana* e na *filosofia hermenêutica heideggeriana*: o fato de que a hermenêutica é una.

Como consequência, compreendo que expressões como “decido conforme a minha consciência” correspondem (verdadeiramente e ainda que seus emissores não tenham esta percepção) a vãs tentativas justificantes e soluções meramente paliativas para conduzir a (más ou boas) decisões. Tenho nomeado a repetição destas ideias filosoficamente vazias sob o nome de mantras performáticos, conceito que trato a seguir.

Os mantras performáticos

Como dito, o processo decisório amparado nas equivocadas expressões apontadas fartamente por Streck em suas obras faz confundir o mérito, a qualidade das decisões com a limpeza decorrente destas serem oriundas da “profunda subjetividade do julgador”. Tais expressões são uma espécie de terreno arenoso sobre o qual se deseja erguer sólidas construções. Desta forma, acabam por ser excluídas do universo da hermenêutica contemporânea conduzindo a que novas camadas de sentido (mesmo “sem sentido”) sejam aplicadas ao Direito e às sucessivas decisões que formam a tradição decisória. Neste particular, somente a compreensão da invasão da filosofia pela linguagem poderia operar modificações significativas na teoria da decisão. Isto parece estar já bastante evidenciado.

Portanto, tais ideias, capitaneadas pelo paradigmático exemplo do “decido conforme a minha consciência” e repetidas à exaustão, transformam-se em verdadeiros mantras performáticos que, sedimentados, fazem crer aos julgadores que suas decisões fazem sentido do ponto de vista da hermenêutica contemporânea, falseando-se a relação entre o fazer Direito como ciência e a práxis do Direito (como se decisões judiciais não fossem relevantes além da práxis). “Decido conforme a minha consciência” é, insisto, talvez, o mais perfeito paradigma dos equivocados mantras performáticos ope-

rados na teoria da decisão descolada da hermenêutica contemporânea. Representa, pois, o mais significativo exemplo da cisão entre ciência do Direito e prática do Direito; Ética e Direito; texto e norma e, até mesmo, Filosofia e Direito.

O conceito de mantras performáticos origina-se de minha percepção de que, particularmente no direito de autor, categoria bastante técnica e cujas discussões são distintas das que apresento neste estudo, há conflitos artificialmente criados com o sentido de criar oposições entre as escolas que denomino de libertarianistas e as escolas conservadoras de direito de autor, as quais possuem, como posicionamentos básicos, respectivamente, a flexibilização dos conceitos de direito de autor e o fortalecimento de ideias tradicionais do direito de autor. A oposição entre escolas libertarianistas e conservadoras conduziu (e conduz) a um processo de pernicioso dualidade no direito de autor, cuja atribuição de vilania ultrapassa também as fronteiras desta categoria jurídica. A este conflito atribui-se, na contemporaneidade, uma oposição entre o direito de autor e conceitos genéricos de liberdade, capitaneados pela liberdade de expressão e pela liberdade de acesso a obras. Neste contexto, as tendências libertarianistas e conservadoras vão dando azo ao surgimento de mantras performáticos que artificializam valores filosóficos e criam condições falsas de relação lógica.

Em todo este entorno, compreendo que o conflito entre conservadores e libertarianistas se forma levando em conta fundamentos deslocados do posicionamento que deveriam efetivamente ocupar. Os *mantras performáticos* vêm agudizar estes deslocamentos, e a pressão contrária e inerente à dualidade (entre conservadores e libertarianistas) agrava ainda mais as análises sobre o direito de autor.

Importante salientar que o que denomino de mantras performáticos são, em verdade, mandados comportamentais (diretos ou indiretos), expressões que possuem juízos de valor intrínsecos, muitas vezes simbólicos, que têm como objetivo incrementar determinado comportamento (originalmente) no direito de autor. Estes comportamentos, na maioria das vezes, agravam as diferenças entre as matrizes teóricas do direito de autor. São utilizadas frases de efeito, declarações, indicações sobre as relações conflituosas do direito de autor com o objetivo de alcançar determinados resultados com, repito, determinado juízo de valor e desvalor.

O mais clássico dentre os mantras performáticos do direito de autor, numa análise *lato sensu* e vista historicamente (que auxiliam os seus intérpretes a fazer uso de seu teor com objetivos ideológicos) é a declaração de Le Chapelier (1791) ao afirmar que a propriedade artístico-literária era a “*propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades*”.³

Devo indicar, portanto, desde já, que os mantras performáticos não são necessariamente criados pelos autores (no caso do direito de autor) com a finalidade de sustentar suas próprias teses de cunho ideologizado. Neste particular aspecto, devo salientar que, muitas vezes, os grandes disseminadores de mantras performáticos não são os seus próprios autores, mas os que fazem uso dos mesmos com o objetivo de desviar o foco das discussões ou, simplesmente, instituir juízos de valor ou de desvalor excessivo e, muitas vezes, interpretando de modo equivocado o seu conteúdo.

Assim, frases que tenho escutado à exaustão são exemplos constantes de mantras performáticos, tais como: (i) *o direito de autor viola a liberdade de expressão*; (ii) *o direito de autor impede o acesso à cultura*; (iii) *a cultura é livre*; (iv) *a internet é um território livre*; (v) *a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades*; (vi) *as associações de gestão coletiva defendem o interesse do autor*; etc.

Estes, pois, são exemplos de mantras performáticos que têm um valor altamente simbólico e precisam ser esvaziados de seu conteúdo ideologizado e analisados sob a luz de uma neutralidade e em terreno que possa extrair deles o máximo de concretude hermenêutica, para que sejam utilizados com finalidades desinteressadas de vínculos ideológicos e daí se possam extrair seu verdadeiro conteúdo e significado.

O que vem ocorrendo é que a utilização equivocada destes mantras vem desvalorizando o seu valor real, e, por exemplo, mesmo que se extraia alguma verdade da expressão *a internet é um território livre* (e há muita verdade nisso), somente para usar um dentre os exemplos, o seu uso destemperado, desviado de sua real e devida posição, e a sua ideologização conduzem, primeiro, ao desvio semântico-ideológico, visto que a utilização indevida enfraquece seu sentido, e, por fim, ao completo esvaziamento semântico, visto que se torna um vazio de(s) significado.

Por outro lado, também não se pode concluir logicamente que “*o direito de autor viola a liberdade de*

³ Texto no original disponível em Le Chapelier (1971, 2010 [1791]): “A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável, e, se eu ainda mais puder dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor: uma propriedade de gênero totalmente diferente das demais propriedades”. Traduzido de: “*La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés.*” Ver a este respeito os comentários de Rideau (2013).

expressão” ou que “o direito de autor impede o acesso à cultura”. Isto porque o direito de autor promove a atribuição de exclusividades (ainda que eventualmente sejam excessivas), mas isto não implica não permitir que o processo criativo se desenvolva com liberdade. Por outro lado, o fato de haver obras protegidas não impede o acesso à cultura de um modo geral.

Desta forma, e de modo muito sintético, entendo que os mantras performáticos, conceito que desenvolvi inicialmente no contexto do direito de autor, possui plena aplicabilidade no contexto da hermenêutica jurídica (e, portanto, da hermenêutica contemporânea) com especial atenção que lhe deva ser atribuída no universo da teoria da decisão.

Assim sendo, torna-se evidente que expressões tais como “decido conforme a minha consciência”, constantemente apontada por Streck e pelos seguidores da NCD, são exemplos de mantras performáticos, com alguma peculiaridade se comparado com o conceito que desenvolvi para o direito de autor. Explico: enquanto os mantras performáticos do direito de autor possuem um terreno de desenvolvimento mântico com a finalidade de instituir conceitos muitas vezes artificiais ou sob a forma de juízos de valor que não permitiriam combates, sacralizando-se as ideias mantrificadas (“a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades” e ponto final!), no caso da hermenêutica o combate se dá no terreno primordialmente subjetivo.

O próprio julgador é o idealizador do mantra performático que acredita solucionar a problemática que a *práxis* do Direito lhe impõe. Dito de outra forma, o conflito primeiro se dá numa justificativa perante o próprio julgador, e este precisa estar convencido sobre seu entendimento e as bases da sua decisão. Excluindo do processo a sua consciência (como se esta fosse um *locus* autônomo, portanto, destacado de si mesmo,) e atribuindo a esta a capacidade e responsabilidade decisória, ele cria um entorno para o surgimento deste importante cavalo de batalha contra a hermenêutica e que atua no mesmo time das razões justificantes do ativismo judicial, somente para ainda mais ampliar o entorno do conflito. O que pretendo indicar como elemento contributivo para a teoria da decisão, portanto, é o fato de que as ideias que fortalecem uma (nova) teoria da decisão devem passar pela compreensão de que não se pode fazer uso de mantras performáticos (meros exercícios retóricos) para decidir judicialmente.

Os mantras performáticos observados à luz do direito de autor promovem um desvio semântico e imprecisões de enorme gravidade, mas, ao se compreender este conceito no entorno mais genérico da hermenêu-

tica e da teoria da decisão, ainda mais grave tornam-se as consequências de seu uso, visto que os mantras performáticos desenvolvidos com o intuito de justificar as decisões judiciais esvaziam a possibilidade de uma teoria da decisão justa, densa e, no mínimo, adequada.

Importante, a partir de então, compreender como se dá o processo hermenêutico, para melhor combater as perniciosas ideias decorrentes do uso dos mantras performáticos.

A necessidade da compreensão de que o processo hermenêutico não se opera separadamente. De por que a compreensão, a interpretação e aplicação ocorrem concomitantemente

No Direito, e na crise que este atravessa, é basililar compreender que não faz sentido a cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, uma vez que não há uma diferença e uma gradação filosófica e existencial entre os três conceitos. Muito menos ainda se deve alegar que são momentos estanques. Compreender é consequência da interpretação que se justifica na (decorre da) aplicação. E a interpretação é compreensão observada à luz já da aplicação. A cisão que se propõe justifica a saída/solução (que na cultura jurídica brasileira se pensa que seja honrosa) de se dizer que se julgou com a consciência. Ou seja, mesmo que a interpretação não seja a melhor, que a compreensão não seja a mais correta e que a aplicação seja somente a possível, afirmar-se que, pelo menos todo o processo hermenêutico foi “iluminado” pela consciência do julgador para justificar qualquer erro é um equívoco de difícil conserto posterior. Dito de outra forma, decidir-se de modo a se estar diante de uma cisão entre os elementos formadores da hermenêutica e alegar que a consciência é a resposta para tudo é a admissão do fracasso no julgamento, fato ainda não compreendido pelos julgadores que atribuem a si uma sacralidade decisória que, obviamente, não lhes cabe. O julgamento decisório amparado pela simples consciência admitindo o fracasso é o mesmo que desvalorizar o julgamento e a sua qualidade.

Mas o problema é ainda mais grave, e necessito voltar à análise da equivocada separação das atividades inerentes à hermenêutica, pois tudo isto conduz à constatação de que o jurista brasileiro, e menos ainda os julgadores, não compreenderam um basililar aspecto da hermenêutica filosófica gadameriana, pois, no entender do filósofo (Gadamer, 2008, p. 459), “a interpretação não

é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.

Gadamer prossegue indicando que “nossas considerações nos forçam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete” (Gadamer, 2008, p. 460). Entende Gadamer, com razão, que esta constatação afasta a sua hermenêutica filosófica da hermenêutica romântica, pois o filósofo alemão compreende que “a aplicação é um momento do processo hermenêutico tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação” (Gadamer, 2008, p. 460).

Compreensão, interpretação e aplicação não são, portanto, conceitos graduais, sequenciais ou mesmo complementares, mas, em sentido totalmente contrário, fazem parte de um processo único, indivisível e são inaceitavelmente separáveis. Esta é a grande criação/descoberta da hermenêutica contemporânea primordialmente desenvolvida por Heidegger e Gadamer.

Enquanto na hermenêutica romântica se compreendia como correta a cisão entre a *subtilitas intelligendi* (compreensão), a *subtilitas explicandi* (interpretação) e a *subtilitas applicandi* (aplicação), na hermenêutica filosófica gadameriana (como já antecipado pela filosofia hermenêutica heideggeriana) não se propõe/estabelece esta cisão. Neste sentido inclusive, digo, o julgador e o jurista brasileiros são verdadeiros hermeneutas, mas no contexto, ainda, da hermenêutica romântica.

Não custa lembrar que a hermenêutica romântica tinha como escopo fundamental solucionar as questões inerentes às lacunas decorrentes das interpretações religiosas. Assim, somente se aplicaria a hermenêutica quando ocorressem situações de necessidade pela incompletude compreensiva. Era como atribuir a distinção entre o que seria algo que já está posto e o que não está posto e daí resultaria a necessidade de “algum auxílio hermenêutico”. Esta distinção, que passa a ser substancialmente modificada com Schleiermacher quando este autor vem trabalhar com o conceito de círculo hermenêutico, parece ter atravessado o tempo e desembarcado no universo do Direito, quando comparamos esta necessidade hermenêutica com a aplicação somente em casos de difícil solução. As soluções aplicadas pela distinção entre casos fáceis e difíceis e as soluções “derivadamente alexyanas” são a constatação de que o julgador brasileiro ainda reside no campo da hermenêutica romântica, pré-Schleiermacher, Heidegger e Gadamer.

Não se pode esquecer que, enquanto na hermenêutica romântica, como bem indica o próprio Gadamer,

“era coisa lógica e natural que a tarefa da hermenêutica fosse a de adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala”, na hermenêutica filosófica e na filosofia hermenêutica se está diante de outro quadro, no qual o interlocutor é parte do sentido do que é dito e evoca o contexto do que é dito por meio de uma compreensão histórica de sua própria existência e dos valores que compreende/representa. Tanto o *dasein* heideggeriano e a facticidade quanto o conceito da tradição em Gadamer trazem algo que a hermenêutica romântica antes não comportava. Neste processo, a linguagem e, conseqüentemente, a interpretação deixam de ser instrumentais e passam a ser incluídas no processo da interpretação, como componentes da própria interpretação.

Como diria Gadamer (1996a, p. 57),

a aplicação não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica.

Esta é uma das principais características das duas escolas e ainda não foi compreendida no Brasil, onde ainda se aplica a hermenêutica romântica a casos difíceis, pois os fáceis (segundo equivocadamente se afirma) sequer necessitariam da hermenêutica, diante da tamanha evidência das soluções.

Para a correta aplicação das teses dos filósofos alemães em análise, é importante compreender o sentido do que é o círculo hermenêutico.

O círculo hermenêutico não é sinônimo da consciência subjetiva do julgador

O que deve ser compreendido com urgência, e poderá aproximar os juristas brasileiros dos fundamentos basilares de uma teoria da decisão contemporânea amparada pela hermenêutica filosófica gadameriana, é que a decisão ocorre num *locus* que é o círculo hermenêutico, amparada por fundamentos que se prolongam e justificam por meio da tradição autêntica, em uma fusão de horizontes de distintas posições, e que o processo hermenêutico não se produz de modo cindido, dividido em porções de atividades estanques, mesmo que complementares.

Ocorre que, por outro lado, não houve transição ou fortalecimento de escolas suficientes de adaptação e tradução direta para o universo do Direito das teses heideggerianas e gadamerianas, e, talvez, neste sentido,

a dificuldade e a confusão entre o que seja a privacidade/intimidade do jurista e a compreensão do círculo hermenêutico ainda sejam corriqueiras⁴. Isto também decorre do fato de que Gadamer, por sua vez, em nenhum momento, apresentou uma hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, ainda que se possa extrair de seu entendimento que uma hermenêutica jurídica também fundamenta a existência da hermenêutica (em conjunto com a hermenêutica filológica e com a hermenêutica teológica). Gadamer, ainda que não tenha desenvolvido suas teorias especificamente no viés jurídico, admite fundamentos primordiais no universo jurídico, ao indicar, por exemplo, que “uma lei não quer ser entendida historicamente” (Gadamer, 2008, p. 461). E mais, ao comparar os fundamentos da hermenêutica, do ponto de vista jurídico, a uma hermenêutica teológica, indica que no juízo ou na prédica há que se considerar que “a compreensão que se exerce nas ciências do espírito é essencialmente histórica” (Gadamer, 2008, p. 461).

Sobre o círculo hermenêutico, Lawn irá indicar que (Lawn, 2007, p. 121): “a ideia do círculo hermenêutico é a ideia de que o entendimento parcial de uma porção do texto sempre modifica o todo e o todo as partes”. A tradição, em Gadamer, por sua vez, também dá força ao círculo hermenêutico, pois a compreensão da tradição – como se verá – somente se dá pela compreensão que a parte tem do todo, que o compõe. Não é, portanto, somente a parte que compõe o todo, pois o todo também está inserido na parte, em especial na questão temporal⁵. No entender de Gadamer, é precisamente o que temos em comum com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta a nossa compreensão (Gadamer, 1996a, p. 59). A tradição, portanto, “está” no círculo hermenêutico. Ocorre que, além da compreensão de que o círculo hermenêutico é o *locus* da hermenêutica e do acordo interpretativo operado pelos sujeitos, que a tradição autêntica gadameriana se apresenta no mesmo e que o todo está na parte – que está no todo – formando a circularidade da hermenêutica gadameriana e heideggeriana, há outro aspecto que não pode ser olvi-

gado: o fato de que a teoria e a prática vão se encontrar na circularidade do ambiente hermenêutico, ou como indica precisamente Streck (2011, p. 155),

é possível dizer que Heidegger (2011, p. 155) cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico.

Por outro lado, há de se compreender que não se ingressa no círculo hermenêutico por uma porta de entrada. Em verdade, não há uma porta de entrada no círculo hermenêutico, mas também não há uma porta de saída, pois sempre se está “no” círculo pela nossa temporalidade e facticidade. O ser que está no círculo já não é mais o mesmo que ingressou; que era como não é mais; e agora já não o é. Por isso, não há uma teoria da decisão (nem poderá existir) que identifique a possibilidade para que todos os julgadores decidam o mesmo em todas as circunstâncias fáticas apresentadas, com os mesmos argumentos! Mas uma teoria da decisão que indique uma possibilidade de pré-compreensão considerando a noção de facticidade e não de “pré-conceito” e “decisão consciente” já é uma teoria da decisão – ainda que não suficientemente adequada ou sofisticada. O não decidir pela sua própria consciência (e, portanto, subjetivamente amparada em desejos ou sentidos artificialmente procurados) já é uma decisão. No caso das decisões judiciais no Brasil já seria suficiente como ponto de partida. E nisto uma pitada da tradição gadameriana também ajudaria bastante! Mas tradição, diferentemente do que compreendem os julgadores, não é repetir o caso anterior por praticidade (ou uma espécie de pragmatismo decisório, muito amparado, hodiernamente, por cumprimentos de estatísticas). A tradição, pelo simples fato de ser tradição – reafirmo – já deve ser respeitada. E aqui não me refiro ao conteúdo do que possa estar indicado tradicionalmente. Refiro-me ao simples conceber da tradição como a entrega de algo que foi recebido e que possui, por si só, uma força que não pode ser desprezada⁶.

⁴ Aliás, pelo contrário, tanto a hermenêutica filosófica de Gadamer quanto a filosofia hermenêutica de Heidegger ainda não foram completamente trazidas por uma tradução intelectual ao universo das ciências jurídicas, principalmente, no que parece ser o maior problema, no sentido e direção de uma teoria da decisão. Lenio Luiz Streck, com sua obra *Verdade e consenso*, apresenta as hipóteses de uma teoria da decisão baseada primordialmente numa tradução dos postulados heideggerianos e, em alguma medida, gadamerianos ao Direito, construindo fundamentos jurídicos sólidos para o direito brasileiro, ainda muito pouco compreendidos e aproveitados.

⁵ Por isso, o julgador que decide somente os casos difíceis, pois os fáceis estão já postos, não saltou no ambiente do círculo hermenêutico, ao menos na concepção que se deve ter do mesmo.

⁶ Por isso, a modificação de votos de desembargadores quase aleatoriamente ou para não gerar recursos é tão fortemente violadora da hermenêutica filosófica. E o mais grave, entende o desembargador que comete tal erro que o faz em nome do princípio da economia processual e da celeridade. Ou seja, a existência dos princípios novamente pode desviar os valores inerentes à teoria da decisão no Brasil, como o faz constantemente. E mais grave seria a declaração, não rara, de que, pelo respeito ao princípio da celeridade e amparado na sua própria consciência, poderia o referido julgador afastar o seu entendimento em detrimento de algo novo, que não acredita, pela simples noção, em sua consciência, e, frise-se decidiu-se no íntimo de seu ser contrariamente a seus pensamentos, pela proteção da celeridade. Gadamer enfiaria com o novo conceito de tradição: a tradição da ausência de tradição!

Da distinção: para afastar a confusão imperante – entre os conceitos de pré-compreensão/pré-conceito na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica e os cotidianamente denominados preconceitos como visões subjetivistas

Seguido uma análise da (breve e incipiente) compreensão dos fundamentos filosóficos gadamerianos no Direito, ainda falta muito para se compreender no Brasil a noção de pré-conceito e pré-compreensão.

Há uma certa confusão em que se atribui a pré-conceito e a pré-compreensão acepções cotidianas do termo preconceito. A pré-compreensão é a consequência da presença do sujeito no universo do círculo hermenêutico, não uma simples visão prévia descabida e de elementos aleatórios ou ainda, como parece ser indicado, uma consequência de entendimentos subjetivos prévios, “conscientes”. No caso das decisões judiciais, o possuir pré-conceito é visto pejorativamente como uma visão pragmática alimentada de subjetivismos sedimentados e cotidianos. A pré-compreensão não simplesmente “se dá” no sujeito. Ela está no sujeito, mas está nela mesma, e sempre vem à luz pelo sujeito, até porque o que não é sujeito não pode pré-compreender, ainda que possa auxiliar na pré-compreensão.

Gadamer faz esta distinção do que se observa como preconceito fora do entendimento da hermenêutica filosófica, ainda que não aplique diretamente tal conceito às ciências jurídicas (2008, p. 405, grifos nossos)⁷:

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 consequentemente 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, (deve estar) 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.

Esta é, em minha opinião, a mais evidenciada constatação da diferença do pré-conceito e pré-compreensão na hermenêutica filosófica e na filosofia hermenêutica quando confrontadas com a compreensão, equivocada, que se tem destes termos e seus conteúdos (e acepções cotidianas). É, como costuma dizer Streck, a chave para a compreensão do criptograma. A constatação da existência e aplicação da antecipação de sentido no processo hermenêutico é vista pelos juristas como uma visão preconceituosa e subjetivista, como se, na verdade, a “verdade decorrente da consciência do julgador”⁸ não correspondesse a uma visão preconceituosa e subjetivista/solipsista (para usar a terminologia difundida e consagrada por Streck).

Da antecipação de sentido como elemento fundamental no processo hermenêutico e como não há relação entre este conceito e o (cotidiano conceito de) preconceito subjetivista

Também parte do problema que decorre da confusão do preconceito cotidianamente compreendido com pré-compreensão baseia-se no desconhecimento de que outro elemento basilar da hermenêutica contemporânea deve ser observado à luz da sua aplicação ao Direito, qual seja: a compreensão da antecipação de sentido. Há antecipação de sentido em tudo o que é interpretado. Assim, uma casa não será sempre (somente) *uma casa*, mas *a casa*. A casa na antecipação de sentido decorrente da compreensão do hermeneuta do que é casa. Isto não significa que haverá sempre uma mesma casa, mas a casa que o hermeneuta compreende como tal. Obviamente que, assim mesmo, há um limite semântico que, na hermenêutica, deve ser respeitado. Mas a dificuldade está aí, uma vez que aquele que somente conhece uma casa de taipa nunca terá uma pré-concepção de uma mansão à beira do Caribe. Mas, em ambos os

⁷ Neste caso, também, na mesma medida, na filosofia hermenêutica heideggeriana não ocorre esta adaptação/aplicação direta.

⁸ Neste sentido, não pode se esquecer que a discricionariedade traz em si um problema que é o fato de que se o mesmo argumento pode ser utilizado como forma de desconstituir a decisão e transformá-la numa decisão com o conteúdo inverso ao do proposto.

casos, a antecipação se dá com a pré-compreensão inerente a cada sujeito.

Há conceitos, porém, que não permitem grandes atravessamentos de fronteiras hermenêuticas e, neste caso, semânticas. Um homem será sempre um homem. Uma escola será sempre uma escola, um livro será sempre um livro. Para cada homem, livro ou escola, haverá uma compreensão que, ainda considerando a antecipação de sentido, comporta um sentido que não se permite transbordamentos *fronteiriços semânticos*. Porém, imagine-se a complexidade desta circunstância na ordem das ideias abstratas. E mais grave tem sido a solução que o julgador brasileiro tem dado a tal complexidade: imaginar que a solução é decidir e delimitar o espaço semântico (e preenchê-lo) com a sua própria consciência, interferindo desde já com a própria antecipação de sentido da hermenêutica contemporânea e entendendo que a hermenêutica somente é necessária se a concepção da compreensão for de difícil alcance. Ora, equivocava-se de tal modo, no Brasil, a ponto de se considerar que um homem e uma mulher podem ser considerados um homem ou uma mulher como, ao fim e ao cabo, foi a constatação do contemporâneo julgamento no STF das uniões homoafetivas. Ou seja, se na concepção hermenêutica brasileira um homem pode não ser um homem, há de se compreender que também casas e escolas podem deixar de sê-lo, e imagine-se a verdadeira tragédia decorrente das interpretações e das variações semânticas inerentes a conceitos abstratos. Assim, no Direito brasileiro, o que se tem visto é uma verdadeira subversão da ordem de conceitos da hermenêutica contemporânea, tais como a antecipação de sentido, e, muitas vezes, pré-juízos autênticos deixam de ter validade em nome de uma hermenêutica para casos difíceis (neste momento considerando casos difíceis exclusivamente os inerentes a conceitos abstratos). Ora, se para os casos fáceis a consciência individual e subjetiva pretende dar a solução sem a aplicação dos valores hermenêuticos, já se pode imaginar quão grave seria a situação no âmbito dos casos difíceis. A solução apresentada no Brasil é partir para a consciência do julgador, como visto. Ocorre, porém, que não há conceito que possa ser tão elástico para suportar a violação dos limites semânticos como se pretende no Brasil, ao, por exemplo, se querer definir homem como mulher, ou vice-versa. Como diria Heidegger (2008, p. 551):

[...] é que o ser não somente não pode ser definido, como também **nunca se deixa determinar em seu sentido por outra coisa, nem como outra coisa**. O ser somente pode ser determinado a partir

do seu sentido como ele mesmo. Também não pode ser comparado com algo que tivesse condições de determiná-lo positivamente em seu sentido. O ser é algo derradeiro e último que subsiste por seu sentido, é algo autônomo e independente que se dá em seu sentido.

E, neste caso, ainda mais grave se coloca o tema, ao se propor “fatiar” o processo hermenêutico, decidindo para então aplicar. Gadamer (1996a, p. 57), sinteticamente, já nos indicou que

[...] aplicar não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa.

Ou seja, compreender para posteriormente aplicar e fundamentar é uma afronta à hermenêutica contemporânea e, além de desconsiderar o que é a antecipação de sentido, vulgariza o sentido antecipado e o amplia para qualquer outro sentido que seja possível. Desta forma, a violação da antecipação de sentido também ofende um dos conceitos mais importantes da hermenêutica filosófica, que é a tradição.

Da tradição e da necessidade de compreensão das distinções entre tradição autêntica e tradição inautêntica. E por que o julgador brasileiro não possui liberdade para “definir” os rumos da tradição autêntica aleatoriamente

Como já indiquei, o julgador brasileiro não percebeu que a sua decisão, ao ser sacralizada, perde valor e se transforma em conteúdo que somente se impõe pela força e não pelo respeito decorrente do conhecimento, sendo, em meu entender, inclusive, ofensivo à própria compreensão da tradição autêntica de Gadamer. O juiz só passa a ser respeitado pela liturgia do cargo e não pela decisão qualitativa e de efetivo conteúdo hermenêutico complexo e adequado. É quase como atribuir qualquer valor ao conteúdo, pois, vindo de um juiz, o que vale é este simples fato e não o conteúdo intrínseco da decisão.

Ou seja, o julgador desvaloriza e afasta um dos mais importantes postulados da hermenêutica filosófica,

qual seja: a tradição⁹, e com isso arrisca-se a tornar praticamente imprestável a sua decisão.

A força e o peso da tradição devem ser entendidos no que se refere à tradição autêntica, considerando-se dois aspectos: em primeiro lugar, como manifestação da autoridade. A autoridade, como bem indica Gadamer, não deve ser outorgada (por transferência de poder), mas alcançada (por representatividade e ciência efetiva do que se está representando). Isto se dá porque “a autoridade não tem a ver com obediência, mas com conhecimento” (Gadamer, 2008, p. 373). Por outro lado, e em segundo lugar, há de se observar que a manifestação da tradição será autêntica ou legítima se se mostrar como algo que efetivamente foi posto e é transferido pela sociedade como manifestação de seu entendimento sobre um tema. Somente a manifestação da tradição reconhecida pela sociedade pode ser representativa e autêntica. Neste sentido, afirma o mestre alemão (Gadamer, 2008, p. 372):

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima¹⁰, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento.

Por tais motivos, o julgador brasileiro deve compreender que “os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento” (Gadamer, 2008, p. 372). E mais, não pode, este mesmo julgador, entender que a sua interpretação transforma sua decisão em algo costumeiro, pois o simples alcance que possui é salientar a jurisprudência (o que é bem diferente de fortalecer uma tradição autêntica), o que não implica que seja uma boa ou má decisão. E, por fim, decidir de acordo “com seus princípios”, “com seu entendimento” ou “com sua

consciência” é não compreender o que significa a tradição e não é decidir de acordo com a tradição autêntica, mas é fortalecer o entorno das decisões brasileiras de fronteiras hermenêuticas artificiais e juízos inautênticos, vazios do ponto de vista filosófico e da autoridade que se espera do julgador, aquela mesma que deveria se dar pelo conhecimento, e não pela obediência e pela submissão. A supervalorização de ideias artificialmente construídas (ou simplesmente construídas por meio da consciência do julgador e variações sobre este tema) aumenta a consolidação de ideias que, como já indiquei, se configuram como mantras performáticos.

Sob o olhar da hermenêutica filosófica gadameriana, um dos mais graves problemas das decisões judiciais no Brasil, pois, e que justifica a presença dos decisionismos (altamente antirrepublicanos) e dos argumentos utilizados para justificar o *modus operandi* e colorir o mau traço (desenho) das decisões é o equívoco quanto ao conceito de tradição. E mais, além de um problema de conteúdo, também se vislumbra um problema de forma. A estrutura decisional e a(s) teoria(s) da decisão vigente(s) no Brasil permitem/conduzem a “neoessementismos” travestidos de erudição que, muitas vezes, demonstram uma (grande) desonestidade intelectual. Assim, o julgador brasileiro atua por vezes utilizando-se de *indisciplinas semânticas* que, diante de uma ainda mais acentuada gravidade, se configuram como verdadeiras *insubordinações semânticas*, e, além de decidir como bem entendem, também fazem uso de toda uma série de expressões e conduções interpretativas para justificar as equivocadas decisões por um arcabouço pseudointelectual. Esta problemática não é nova, pois, como dizia Heidegger a respeito do fato do pensamento romano não ter sido capaz de trazer a experiência contida na semântica originária grega, “com este traduzir começa a carência de chão firme do pensamento ocidental”¹¹.

⁹ “A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação” (Gadamer, 1996b, p. 18-19). Esta tomada de posição passa a ocorrer, em meu entender, a partir da conscientização do sujeito de sua posição como tal, como consequência do que Gadamer indicou ao afirmar que “o reconhecimento que esta palavra (interpretação) alcançou só ocorre com palavras que logram exprimir simbolicamente a atitude de toda uma época” (Gadamer, 1996b, p. 19).

¹⁰ A compreensão do universo ocupado pelos seres humanos traz em si um ponto de enorme reflexão: Não temos capacidade plena de percepção do que somos para além de um pequeno número de gerações, irrelevante do ponto de vista histórico. O que almejamos, portanto, quando buscamos nossa origem, se não podemos alcançar muito para além de conhecimentos esparsos sobre nossa própria ascendência. Portanto, o elemento fundamental que se coloca como a continuação de nossa ascendência e, portanto, como nosso posicionamento perante o mundo é a cultura. A cultura em que estamos inseridos e vamos absorvendo e tomando para nós mesmos. O ambiente cultural, portanto, substitui a possibilidade de avanço no conhecimento histórico de nossa ascendência. Neste sentido, portanto, damos muito mais importância ao fato de sermos nacionais de um determinado país, falarmos um determinado idioma, praticarmos determinados hábitos alimentares e de lazer, entre muitas outras possibilidades culturais. As sociedades complexas manifestam a sua cultura sem perceber a função primordial de substituição de sua própria origem que a mesma representa. Em todo este contexto, é fundamental compreender que a tradição irá firmar suas posições neste ambiente no qual não se trata de apontar ascendências pessoais ou mesmo antecedentes históricos ou interpretativos sempre identificados em sua origem. As decisões judiciais que seguem uma tradição autêntica, portanto, salientam o conceito de que o ambiente cultural – no sentido amplo, obviamente – deve ser preservado para a própria garantia da segurança jurídica. Ora, se o homem deseja o respeito às tradições no âmbito cultural (num sentido restrito de cultura), com mais razão deve lhe ser garantida a tradição nas decisões jurídicas e no “fazer o direito”.

¹¹ “O pensar romano assume as palavras gregas, traduzidas sem a experiência igualmente originária que corresponda ao que elas dizem, sem a experiência palavra grega. Com este traduzir, começa a carência de chão firme do pensamento ocidental” (Heidegger, 2010, p. 53).

O tema traz em si um outro matiz, de grande importância e que decorre do senso comum sobre a função e posição ocupadas pelo juiz na sociedade contemporânea.

O juiz, por ser visto como um sujeito capaz de decidir a vida das pessoas e, em tese, capacitado tecnicamente para tratar sobre o tema do Direito a ponto de fazer justiça, possui uma consideração social de certa relevância, para dizer o mínimo. A sociedade acredita que o juiz é qualificado pela posição ocupada¹². Ou seja, aceita a autoridade por uma superioridade outorgada. Não é que não se deva obediência ao juiz pela posição ocupada, mas a transmissão do conhecimento jurídico pelo juiz deve se dar não pela sua condição de julgador, mas pela autoridade que lhe é conferida pelo conhecimento que lhe cabe. Conhecimento aqui visto como capacidade de conhecer o Direito e julgar do modo correto. Ou seja, a constatação de que a autoridade judicial decorre da outorga social tácita conduz à aceitação (quase que inquestionável, muitas vezes) da decisão judicial não por ser uma decisão que merece ser obedecida (pela representação da força do Estado), mas pela representação de uma capacidade decorrente de um conhecimento efetivo.

Ou seja, a tradição inautêntica que serve aos princípios da transmissão pela outorga de poder pela obediência devida é travestida de tradição autêntica decorrente do efetivo conhecimento transmitido/transmissível e dá força às decisões como se as decisões fossem, sempre, baseadas numa tradição autêntica. Isto é gravíssimo e cria um círculo vicioso que vai alimentando e difundindo a perversa má tradução semântica que conduz à *ausência de chão firme* apontada por Heidegger. Dito de outra forma, a aceitação das decisões “quais forem” que emanam do Poder Judiciário e a divulgação de valores que lhes são ínsitos ajudam a transformar as más decisões em novos fundamentos que, pouco a pouco, vão transformando o *locus* onde se faz Direito no Brasil em um calabouço sem saída, do qual todos somos prisioneiros. A divulgação e a aceitação desta modalidade de decisão e força decorrente de sua constante aplicação são perversas, intelectualmente desonestas e trazem como resultados, além de outros, pelo menos uma consideração social de superioridade do juiz perante os demais participantes da vida social e um distanciamento dos sujeitos de direitos das decisões pela (falsa) erudição. E, mesmo considerando-se que a tradição não exige uma temporalidade (ou ainda um intervalo de tempo para constituir-se como tradição), a sucessão de

decisões mensais ou hebdomadárias acaba por atentar contra a simples existência e força do que seria a efetiva tradição. E tudo isso amparado por uma liberdade de julgamento, a qual, já indiquei, se baseia na cisão entre compreender, interpretar e aplicar, separadamente. Ou ainda, como não raro se vê: julgar e aplicar para depois interpretar (ou seria efetivamente justificar?).

E, para tornar ainda mais tenebroso o ambiente, não raro pode-se deparar com juizes que não possuem grande qualidade (no sentido de conteúdo) judicial, mas, por apresentar um simples conhecimento acima da média, são considerados grandes intelectuais. É como se em todas as profissões fosse possível haver maus e bons profissionais, com exceção da atividade judicante. O bom juiz, simplesmente por ser bom juiz, acredita que é um ser melhor que os outros e que o simples ato de decidir o faz mais qualificado, tanto intelectual quanto eticamente (o que é uma absurda constatação). Mas o pior é a aceitação da comunidade jurídica desta premissa, que vai transformando um absurdo em verdade universal *goebbelliana* e ofendendo a tradição como fundamento da ciência jurídica e do entender gadameriano. As verdades universais das decisões inautênticas, ao se transformarem em juízos de valor sedimentadores da jurisprudência, em verdade vão impondo uma força aos juizes ainda maior que ao parlamento, e este excesso de poder transforma a sociedade em um reflexo das aceitações das decisões pela sua origem, que, como vimos, está enfraquecida. O juiz hoje ocupa o centro do poder na sociedade e, ao descuidar-se da tradição (ou desconsiderá-la), é um falso julgador que atende a seus princípios individuais – ainda que sejam dignos e éticos, mas isto, por si só, já é um desvio. Dito de outra forma, a desconsideração da tradição autêntica, do ponto de vista filosófico, destrói a valoração de qualquer decisão, que deixa mesmo de ter importância e somente são palavras num papel.

Da fusão de horizontes e do processo hermenêutico da “negociação” semântica

No processo hermenêutico, o horizonte está no hermeneuta, um horizonte que não decorre de uma imaginativa participação em outro processo histórico que não a facticidade e a temporalidade do próprio intérprete. Interpretar, porém, exige a compreensão do ambiente

¹² Como se o simples fato de ser juiz justificasse, por si só capacidade técnica elevada e conhecimento jurídico acentuado, o que sabemos não ser verdade pela qualidade do ensino jurídico e dos concursos públicos em nosso país.

do que é interpretado e da origem e força do que o compõe na tradição. Gadamer indica, com razão, que

compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas o que não é verdade é que se ganha este horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre o horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer (Gadamer, 2008, p. 455).

Mas o horizonte do hermeneuta pode não ser o mesmo – e dificilmente o será – do seu interlocutor na comunicação. E esta circunstância não pode ser ignorada, mas não necessariamente irá impossibilitar o diálogo hermenêutico. Isto porque não possuir um mesmo horizonte do interlocutor não impede a compreensão do horizonte que não o próprio e pode, inclusive, ser facilitado pela compreensão do que se compõe o horizonte do interlocutor. Lembra o filósofo, ao tratar de distintos horizontes históricos e desta possibilidade de um encontro que denomina fusão de horizontes:

Quando nossa consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, isto não quer dizer que se translade a mundos estranhos, nos quais nada se vincula com o nosso; pelo contrário, todos eles juntos formam este grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente (Gadamer, 2008, p. 455).

A fusão de horizontes entre os interlocutores-hermeneutas é necessária para que o diálogo hermenêutico possa ocorrer. Mas há de se atentar ao fato de que *não se está diante de uma média de compreensão, mas de uma possibilidade de interpretação*. A facticidade não pode impedir a compreensão do outro, nem a própria posição do sujeito pode impossibilitar a hermenêutica pela simples constatação de uma diferença conceitual ou mesmo de horizontes.

Ou, visto de outra forma, a fusão de horizontes é a possibilidade do diálogo, em que o interlocutor irá deslocar-se de uma visão do horizonte que ocupa para buscar alcançar a hermenêutica. Assim mesmo, como lembra Gadamer,

esse deslocar-se não é nem empatia de uma individualidade na outra, nem submissão do outro sobre os próprios padrões, mas significa sempre uma ascensão a uma universalidade superior; que rebaixa tanto a particularidade própria como a do outro. O conceito de horizonte se torna aqui interessante, porque expressa essa visão superior mais ampla, que aquele que compreende deve ter. Ganhar um horizonte quer dizer sempre

aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor; integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos (Gadamer, 2008, p. 456).

Há de se compreender que a fusão de horizontes indica a necessidade de compreensão premente de que a hermenêutica trata a compreensão do mundo sob a luz de um acordo de vontades. O entendimento somente é possível com a fusão de horizontes, e, como indica Lawn (2007, p. 190), “uma coisa, uma pessoa ou um texto estende seus horizontes para incluir e se fundir com os outros”.

A linguagem, portanto, trata de possibilitar o acordo de vontades que ocorrerá pela fusão de horizontes estabelecida pelos interlocutores hermeneutas. Este acordo de vontades pode permitir, como se compreende, uma certa “negociação” semântica, que, como toda negociação, pode chegar a um resultado equilibrado e que corresponde a uma certa média de interesses. Neste caso, não de interesses, mas uma espécie de média compreensiva.

Da cisão entre práxis e ciência do Direito. Por que não é necessário (ou possível) decidir-se com base nesta circunstância?

O último tema importante a ser salientado neste texto é a crítica à questão de cisão operada entre o mundo prático e o mundo teórico pelos juristas, com especial gravidade, no universo dos juízes. Não haveria mais que se falar em distinção entre o que ocorre na teoria em Direito (como nos casos hipotéticos e absurdos ocorridos entre personagens como Caio, Tício e Mévio) e o que (deveria) ocorrer(r) no âmbito da teoria da decisão. Os julgadores não podem mais decidir de acordo com o que não acreditam. Neste particular, inclusive, não pode haver um descolamento entre ciência e práxis. E, no mais deve-se ter em conta que o descolamento é artificialmente produzido pelas dificuldades impostas pelo universo do Direito.

Por outro lado, também deve-se compreender que não é qualquer um que pode atuar no universo do Direito, muito menos como julgador. O poder que emana das decisões judiciais deveria, também, ser um poder científico, pois não existe este descolamento na realidade. Isto se dá desde o ensinamento do Direito nas escolas até as decisões judiciais, que se configuram como os dois parâmetros mais importantes para a compreensão do Direito.

Neste sentido, deve-se compreender, amparando-se no pensamento da hermenêutica contemporânea proposta por Gadamer e Heidegger, que a cisão entre teoria e prática não pode ocorrer, pois não são universos díspares ou que não se comunicam. O mundo é uno, e as concepções filosóficas também, sejam na razão pura ou na razão prática (para fazer uma sintética distinção).

O ensino jurídico acaba ficando pé nestas mesmas concepções equivocadas, trazendo elementos de teoria que não podem ser aplicados na prática, distanciando-se e criando dois universos jurídicos: científico e pragmático.

Assim, não é admissível que um desembargador vote de modo diferente somente para acompanhar o voto do relator que certamente sequer conhece (ou compreende) a gravidade de sua decisão, seja qual for. Certamente ele não compreende a inexistência de uma cisão entre o seu pensar teórico e o seu exercício de atividade judicante que têm como origem uma mesma pessoa e um mesmo *locus* decisório. Um juiz não pode decidir por seus próprios fundamentos, inclusive com mudanças injustificadas (ou mesmo poderiam ser nomeadas de mudanças bruscas) de opinião de acordo com cada caso concreto. Todos os casos são concretos. Todo o direito é concreto.

Cobra-se mais do que coerência nestes casos; cobra-se a própria manifestação da existência do pensamento que não pode ser cindido.

Também não pode ocorrer uma cisão entre o que é ensinado nas escolas de Direito com o que se opera na prática do Direito, sob pena de se buscar a construção de uma realidade “adaptada” ao que foi aprendido na escola, numa espécie de *pret-à-porter* jurídico, numa expressão já amplamente difundida por Streck.

Neste sentido e como já expus, a tradição em Gadamer vai trazer um aporte importante ao Direito, pois deveria ser um fundamento utilizado para implementar esta fusão (ou ausência de cisão) numa tentativa de sedimentar a (que deveria ser evidenciada) fusão (ou existência concomitante) de ciência e práxis.

O vácuo interpretativo na tentativa de julgar casos o mais perto possível da denominada realidade prática afasta o Direito das concepções jurídicas científicas e, portanto, diminui a sua força.

Neste aspecto, a questão da (opção pela) discricionariedade indica o afastamento da opção pela ciência, uma vez que a escolha por fundamentos éticos pessoais pode conduzir a decisões sem valoração científica e que podem ser fundadas na subjetividade (decisória) sem a presença do conteúdo científico. É como se o julgador escolhesse ou a aplicação da ra-

ção prática (“ato de vontade”) ou a ciência. E, muitas vezes, se afasta a aplicação da ciência pela decisão discricionária como se o julgador pudesse se colocar num grau de superioridade substituindo a ciência. Ora, um juiz que fosse mais “valioso” do que a ciência seria excessivamente forçoso. Contraditoriamente, o que se espera do julgador é que ele “faça” a ciência, mas para tal não pode fazê-lo sem afastar a discricionariedade. Guardadas as proporções, nas ciências físicas e químicas, por exemplo, há protocolos a serem seguidos, condições de análise que são necessárias às experimentações. Ainda que obviamente o Direito não possa ser “feito” também desta forma, há critérios que podem ser aplicados quando das decisões judiciais, amparados por elementos que devem ser compreendidos pelos fundamentos gadamerianos e heideggerianos, tais como fusão de horizontes, tradição autêntica, entre outros. Não se está defendendo uma aplicação das ciências já enumeradas e uma saída pragmática empírica ao Direito, mas há determinados postulados que precisam ser obedecidos, e o primeiro deles é afastar a possibilidade de o julgador querer decidir por si só, como se fosse possível/razoável/aceitável uma supressão da aplicação da ciência. Muito não faltaria para que houvesse uma constatação divina de sua posição ocupada no Direito. Aliás, posição esta que, hodiernamente, já vem sendo defendida. Se assim o for, o julgador brasileiro será alçado diretamente da posição de decididor para a de entidade religiosa sem, sequer, passar pelo “intermédio” da produção científica.

À guisa de conclusão. O que se pode extrair da hermenêutica contemporânea de Heidegger e Gadamer para o universo do Direito?

Gadamer e Heidegger nos ensinam que a hermenêutica contemporânea, ao transportar a linguagem de uma simples compreensão como ferramenta da hermenêutica a um componente desta, propõe um giro ontológico (*ontologic turn*), decorrente da viragem linguística que compreende uma nova posição da linguagem. A lapidar e antológica frase de Heidegger *a linguagem é a casa do ser* praticamente define o que ocorreu com a filosofia e deveria ocorrer com o Direito: a compreensão de que Direito é linguagem. E, por isso, não se pode “fazer” ou “dizer” o Direito de qualquer modo, ou “criando” uma nova linguagem. E mais, talvez o Direito seja a ciência em que a linguagem mais deva ser respeitada, para garantia das instituições e das relações

humanas. Neste sentido, inclusive, o respeito científico também decorre das decisões pragmáticas.

Mas ocorre que é necessário que seja compreendido pelo jurista – e ainda mais pelo julgador – que a participação e a penetração na *casa do ser* dependem também de fundamentos de uma hermenêutica que precisa abandonar as ultrapassadas decisões baseadas somente no que o julgador compreende subjetivamente como “o correto”, “a verdade”, “o saber”.

O intérprete que se pretende um julgador atento ao processo hermenêutico contemporâneo necessita ter em mente que não há cisões entre casos fáceis e difíceis; há casos a serem julgados. Necessita compreender que preconceitos não se confundem com fundamentos decorrentes da antecipação de sentido, sempre presente nas decisões. Necessita compreender que não se pode modificar o sentido por meio de expansões artificialmente criadas ultrapassando fronteiras semânticas e, muito menos, para se alcançar um resultado previamente concebido em “sua” “decisão”. Necessita compreender que a criação e sedimentação de mantras performáticos sobre ideias equivocadas fortalecem ideias equivocadas sobre o Direito, promovendo camadas errôneas de sentido que, muitas vezes, conduzem à desvalorização dos direitos implicados. Necessita compreender que a decisão que proferirá deve estar baseada nas decisões anteriores e que só justificadamente poderia ocorrer o rompimento paradigmático de uma sequência de decisões semelhantes, em respeito à tradição autêntica. Necessita perceber que, ao interpretar, concomitantemente compreende e aplica e que deve fazê-lo não antecipando ou justificando sua decisão amparada por juízos pessoais, subjetivistas e com um caminho a ser preenchido, cujo destino já foi antecipadamente alcançado. Necessita compreender que deve dar às suas decisões a mesma valoração que daria à sua produção científica.

E, por fim, necessita decidir sem apelos à sua consciência, para que possa tê-la, efetivamente, tranquila e descansada.

Referências

- GADAMER, H.-G. 1996a. Esboços do fundamento de uma hermenêutica. In: P. FRUCHON (org.), *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 57-78.
- GADAMER, H.-G. 1996b. Problemas epistemológicos das ciências humanas. In: P. FRUCHON (org.), *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 17-26.
- GADAMER, H.-G. 2008. *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 631 p.
- HEIDEGGER, M. 2008. *Ser e tempo*. 5ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 598 p.
- HEIDEGGER, M. 2010. *A origem da obra de arte*. São Paulo, Edições 70, 252 p.
- LAWN, C. 2007. *Compreender Gadamer*. Petrópolis, Editora Vozes, 215 p.
- LE CHAPELIER. 1791. Report, Paris. In: L. BENTLY; M. KRETSCHMER (eds.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Cambridge. Disponível em: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&imagesize=small#TranslationDisplay. Acesso em: 18/12/2014.
- LE CHAPELIER. 2010 [1791]. 1791, la première loi sur le droit d'auteur, par Le Chapelier. Disponível em: <http://blog.hugoroy.eu/2010/03/12/1791-la-premiere-loi-sur-le-droit-dauteur-par-le-chapelier>. Acesso em: 18/12/2014.
- RIDEAU, F. 2013. Commentary on Le Chapelier's report. In: L. BENTLY; M. KRETSCHMER (eds.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Cambridge. Disponível em: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_f_1791. Acesso em: 03/05/2013.
- SAVIGNY, F.C. von. 1840. *Traite de Droit Romain*. Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 527 p.
- STEIN, E. 2011. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: E. STEIN; L. STRECK (org.), *Hermenêutica e epistemologia – 50 anos de Verdade e método*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 9-24.
- STRECK, L.L. 2006. *Verdade e consenso – Uma teoria da decisão*. 5ª ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado Forense, 594 p.
- STRECK, L.L. 2010. *O que é isto, decido conforme a minha consciência*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 120 p.
- STRECK, L.L. 2011. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: E. STEIN; L. STRECK (org.), *Hermenêutica e epistemologia – 50 anos de Verdade e método*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, p. 153-172.

Submetido: 27/03/2014

Aceito: 30/06/2014