

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E ANTI-SUBJETIVISMO: A RELAÇÃO ENTRE HERMENÊUTICA JURÍDICA E A DEMOCRACIA

LEGAL INTERPRETATION AND ANTI-SUBJECTIVISM: THE RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL HERMENEUTICS AND DEMOCRACY

Rafael Lazzarotto Simioni¹

Julio Cesar Franco²

RESUMO

Esta pesquisa estabelece uma relação entre os aportes teóricos da hermenêutica filosófica da tradição fenomenológica e a subjetividade na interpretação jurídica, propondo uma reflexão crítica sobre o poder discricionário, a subjetividade do intérprete e o livre convencimento, observando a ausência dos ideais fenomenológicos sobre o papel do julgador.

Palavras chave: hermenêutica filosófica; interpretação jurídica; subjetivismo.

ABSTRACT

This research establishes a relationship between the theoretical of philosophical hermeneutics of the phenomenological tradition and subjectivity in legal interpretation, proposing a critical reflection on the discretionary power, the subjectivity of the interpreter and the freedom of belief, observing the absence of phenomenological ideals about the role of the judge.

Keywords: philosophical hermeneutics; legal interpretation; subjectivism

INTRODUÇÃO

Ao contrário dos critérios lógicos e formais do estilo *bouche de la loi* de interpretação sustentados na época do positivismo legalista da Escola da Exegese, atualmente, os julgadores, na função institucional do Poder Judiciário, dispõem de uma série de metodologias e matrizes

¹ Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS. É professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM e professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade do Vale do Sapucaí-Univás. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM). Teoria, filosofia e sociologia do direito são suas principais áreas de interesse. <simioni2010@gmail.com>.

² Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Possui graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano (2002). Especialização em Direito Constitucional pela Universidade José do Rosário Vellano (2005). Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Especialização em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Tem experiência e exerce atividade laboral como Oficial de Apoio Judicial junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) na área de Direito, com ênfase em matérias cíveis e tributárias. <j.franco73@hotmail.com>.

teóricas diferentes para pensar a interpretação e a argumentação jurídica. A interpretação de textos sempre exerceu um papel fundamental no momento de sua compreensão, principalmente quanto se trata de lei e na consequente aplicação do direito enquanto instrumento indispensável à vida social e harmônica. É por meio dela que se encontram as possibilidades de adequação e amoldamento das previsões legais com os anseios da sociedade.

Conforme a perspectiva neopositivista consubstanciada na obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen³, a construção do direito em uma decisão não escapa de uma dose de subjetividade daquele que detém a função jurisdicional de decidir uma demanda judicial.

Sabemos que o direito é um fenômeno complexo e aproveitando-se dessa máxima, podemos imaginar que a sua *ultima ratio* seria apenas um instrumento à disposição do poder, imune às profundas transformações e influências provocadas pelo campo dos paradigmas hermenêuticos filosóficos? O que se extrai de concreto sobre a integridade e a tradição na interpretação jurídica calcada na Teoria do Direito? Seria um retrocesso à evolução da Teoria do Direito, caso houvesse uma maior aplicação da moral, da consciência ética e uma maior participação concreta das partes no exercício do contraditório dentro de um processo judicial? Apesar de não constar mais no atual ordenamento processual civil brasileiro, o "livre convencimento motivado" ainda prevalece no momento da aplicação do direito no caso concreto? O critério de valorização das provas alivia o caráter puramente subjetivista ou discricionário do julgador no momento da decisão?

O importante a ser ressaltado aqui é que a manifestação jurisdicional no ato de decidir não pode se limitar a uma atividade subjetivista do julgador, julgando livremente "como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva"⁴, dando azo a um retorno perigoso ao relativismo kelseniano, caracterizado pelo ato de vontade do juiz.

Contrário aos ideais democráticos, referida problemática é encontrada na expressão processualística antiga e sugerida aos intérpretes da época, prevista no Código de Processo Civil de 1973, onde se afirmava que o juiz "apreciaria livremente a prova", servindo de estímulo a alguns em aplicar o direito ao caso concreto, desconsiderando a prova produzida e decidindo de maneira arbitrária e subjetiva, desviando gravemente a função jurisdicional e consequentemente deturpando o verdadeiro conteúdo da tarefa do juiz.

Em plena vigência da mais democrática das constituições brasileiras, quiçá do mundo, o resultado do processo dependia do que a consciência do juiz indicava. A gestão da prova

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 538.

possuía critérios intersubjetivos e inquisitivos do julgador, fundamentados por uma norma infraconstitucional e não devidamente filtrados pelo devido processo legal.

Tanto que o legislador, com ideais voltados à construção de uma decisão judicial mais democrática ao Código de Processo Civil atual, suprimiu do seu artigo 371 a expressão "livremente" prevista no código anterior em seu artigo 131, alertando para a necessidade de que o convencimento do julgador repouse obrigatoriamente na análise da prova produzida e na fundamentação de suas decisões judiciais ou administrativas, sob pena de nulidade do que decidido, ancorado no que previsto pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Vejamos o precedente do Supremo Tribunal Federal versando sobre esse entendimento:
[...] O que a Constituição exige, no artigo 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgamento as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional [...]. (AI 402.819 - Agr. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.09.2003).

Hans-Georg Gadamer, matriz hermenêutica do século XX, continuando as ideias de seu mestre Martin Heidegger, contribuiu de forma sensível para a filosofia e a hermenêutica atual, quando cria a hermenêutica filosófica baseada principalmente mesclada na ideia de compreensão do ser, da fusão de horizontes e da importância da linguagem.

A tarefa interpretativa e a teoria do direito assumem um espaço ainda mais crucial e se caracterizam como essenciais para a correta aplicação do direito no tempo e na circunstância que este é demandado, eliminando os espaços frouxos da legislação que constroem a discricionariedade judicial.

A par do presente trabalho, objetiva-se, portanto, instigar discussões e reflexões sobre a forma de compreensão e, conseqüentemente, a problemática filosófica em busca pelo conhecimento e pela "verdade", a fim de se afastar a ideia equivocada de definir o direito como absoluto e válido para sempre.

Para serem alcançados os objetivos do presente trabalho, a pesquisa segue uma metodologia analítica, colecionando teorias e ideias a respeito da hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bem como os conceitos e diferentes enfoques de Hans Kelsen e Lenio Luiz Streck, objetivando-se demonstrar que, quanto menos aplicado o subjetivismo, maior será a legitimidade na atividade jurisdicional.

1. O PARADIGMA HERMENÊUTICO E OS EFEITOS PROVOCADOS PELO GIRO LINGÜÍSTICO NA CONCEPÇÃO DE MARTIN HEIDEGGER E HANS-GEORG GADAMER

Nos tempos do positivismo clássico durante o século XIX, em seu contexto filosófico e com diretas influências no cenário jurídico, surgiram duas grandes modificações que formaram um divisor de águas para a compreensão da linguagem e da relação dos sujeitos no mundo contemporâneo, as quais receberam a denominação de “Virada Linguística”.

A primeira virada linguística, chamada de lógica ou formal, foi conduzida por Ludwig Wittgenstein, seu principal pensador, em meados de 1922⁵, e depois dela o sentido das coisas passou a não estar mais nem nas coisas, nem na consciência, mas na linguagem do ser, entendida esta como relação essencial e ainda como tudo o que torna possível o entendimento entre as pessoas.

Com a virada linguística lógica, o Direito não estava mais apenas na lei ou no texto da lei, sendo que o seu sentido era determinado pela interpretação, isto é, o Direito é norma e norma é resultado da interpretação dos textos jurídicos⁶. Supera-se naquele momento o positivismo exegético. A ideia então construída cria um rompimento com a filosofia da consciência e do mundo das ideias (metafísica) e coloca o Direito como uma ciência da linguagem.

Passada a virada linguística lógica e estando a linguagem como objeto de investigação e com sua importância já destacada, ganha força a virada linguística ontológica ou substancial com Martin Heidegger.

A partir desta virada, “estar aí” no mundo seria estar no mundo construído pela linguagem e mexer a linguagem, constrói o mundo, sendo exatamente o fato de nos comunicarmos por meio de linguagem que nos distingue dos animais.

Foi, indubitavelmente, uma virada linguística mais filosófica ou, quiçá, poética, a qual considerava que a língua é a morada do ser⁷. A partir desta nova visão, pretende-se enxergar e buscar a essência do ser. Pode-se afirmar que hoje só enxergamos aquilo que é um ente (materialmente falando) e no mundo jurídico, por exemplo, possuímos as leis, os artigos e as decisões jurídicas como textos entificados.

⁵ O chamado giro linguístico teve origem no Círculo de Viena, com as influências de Wittgenstein, além da teoria da sintaxe lógica de Rudolf Carnap.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, Editora Vozes, 2008.

Faz-se necessária, no entanto, uma compreensão ontológica, uma busca pela essência do ser presente no ente. Haja vista que, tratar o ser em vista da fundamentação, da sua concepção de fundamento do ente, o qual pode ser conferindo desde Platão (século IV. a.C.), modificando a compreensão da metafísica, para a qual, os sentidos estavam nas coisas.

A ruptura com a filosofia da consciência após vinte séculos liberta a filosofia do fundamento sobre a essência, passando na modernidade para o ingresso do mundo prático, da epistemologia, entendida como teoria do conhecimento, pressupondo que, além da descoberta do elemento lógico-analítico, avançava-se a uma dimensão de caráter prático-pragmático.

A autocompreensão, uma espécie de hermenêutica de si mesmo por meio da linguagem e presente no pensamento de Martin Heidegger, haja vista ser vista a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender, como uma forma de preocupação com o sentido do ser, construindo, assim, a hermenêutica como elemento de ligação com o próprio preocupar-se do homem consigo mesmo.

Assim, na medida em que se compreende, o homem compreende o ser e, assim, compreende a si mesmo⁸.

A dúvida consiste, todavia, no que seja o ser. Na visão da filosofia da hermenêutica de Heidegger, o ser está naquilo que é óbvio para nós, isto é, naquilo que dispensa qualquer questionamento. É o pressuposto na linguagem, um sentimento e uma percepção que temos sobre as coisas. A invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem⁹.

Heidegger somente ingressa na problemática da hermenêutica com o objetivo de desenvolver, a partir dela, a pré-estrutura da compreensão como elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano. Concebendo uma nova possibilidade de constituição de sentidos e introduzindo essa pré-compreensão como elemento prático condiciona e precede o conhecimento.

Trata-se de uma virada hermenêutica, uma virada linguística ontológica onde o sentido não está mais na consciência, mas sim no sentimento, na sensibilidade, na natureza do ser e no uso da linguagem para entender que a interpretação que o sujeito faz em relação ao mundo não tem relação com a experiência científica que se vive e sim nas questões metafísicas em geral.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 108.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pag. 15.

Na seara do Direito, a filosofia da hermenêutica implantada por Heidegger demonstra sua importância no sentido de que tudo que se tem nele deve conter um espírito interpretativo, de forma que a dimensão da interpretação supere sobremodo a influência do elemento lógico pragmático.

A filosofia da hermenêutica de Heidegger defendia que analisamos o mundo sob a perspectiva de *Dasein*, que é o compreender do ser, dotados de pré-compreensões e pré-juízos que, ainda que inconscientemente, formam nossas ideias e nossas interpretações. O círculo hermenêutico de Heidegger é em exata medida a ideia do conhecimento como uma articulação da pré-compreensão¹⁰.

Válido seria, neste sentido, afirmar que aquilo que se discute apenas é discutido em virtude de ainda não existir uma pré-compreensão que auxilie em sua interpretação e aceitação¹¹. Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto e sim como condição de possibilidade.

Sobre a função da hermenêutica, Heidegger ainda destaca a ambivalência do ser (consequência da *aletheia*), quando afirma que a alma, que constitui o ser do homem, descobre em seus modos de ser todo ente naquilo que ele é e como ele é, ou seja, descobre sempre todo ente em seu ser¹².

A difusão do pensamento heideggeriano ocorreu de forma célere e extensiva, em virtude do espaço por ele conquistado, tendo como um de seus principais discípulos Hans-Georg Gadamer, que continuando as suas ideias, desenvolve uma nova forma de pensamento, uma nova hermenêutica filosófica.

Em que pese a existência de semelhanças entre as teorias de Heidegger e Gadamer, decorrentes da própria influência que o primeiro exerceu sobre este último, a hermenêutica filosófica parece carecer do caráter eminentemente filosófico outrora encontrado no pensamento heideggeriano. Gadamer reconhece que Heidegger somente ingressa na problemática da hermenêutica e nas críticas históricas com o objetivo de desenvolver, a partir delas, desde o ponto de vista ontológico, a pré-estrutura da compreensão.

Em razão disso, a corrente de pensamentos exercidos por Gadamer atribui como intuito a comprovação de que “ser que pode ser compreendido é linguagem”. Por isso, para ele, o

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2011, pag. 251.

¹¹ “O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se preliminarou como possibilidade de articulação”. In. STRECK. **Hermenêutica Jurídica em crise**. Pag. 252.

¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 50.

sentido não se encontra somente na locução ou no que está escrito, mas em todas as criações humanas, na historicidade, atribuindo ao seu pensamento, uma tarefa de caráter hermenêutico¹³.

Diferentemente de Heidegger, a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura distante, do mundo vivido e refletido num interesse filosófico pelo diálogo com a tradição, com a língua e sobre as condições filosóficas da interpretação¹⁴.

Gadamer, além de basear suas ideias e pensamentos na fenomenologia de Edmund Husserl e Martin Heidegger, atuou basicamente em face do extremo positivismo e suas verdades absolutas, indicando maior primazia à compreensão da verdade por meio da linguagem do que à questão de método.

A linguagem é elevada na hermenêutica filosófica de Gadamer, sendo esta que determina a compreensão, limitando a capacidade do indivíduo de agir, observar e analisar o mundo de acordo com sua linguagem. Para ele, a linguagem afasta o intérprete da subjetividade¹⁵.

Como continuador das ideias de Heidegger, o pensamento de Gadamer se encaixa de forma mais adequada no cenário jurídico atual e no que propõe o presente trabalho, sobretudo em relação à compreensão dos textos normativos. Pois, mesmo que sendo inúmeros os aspectos de relevância e importância no que concerne à interpretação e aplicação do direito aos diversos setores da vida cotidiana, possui como fator principal afastar o julgador de critérios subjetivos no momento de decidir o caso concreto.

Conforme Gadamer, portanto, a compreensão é sempre passível de modificação, de forma que as opiniões prévias e os pré-juízos inerentes à ideia de “ser” não devem se caracterizar como arbitrários, sob pena de impossibilitar o alcance das várias probabilidades de interpretação seguintes.

Todavia, em sua perspectiva, Gadamer defende que cada leitura de um texto é uma leitura diferente, pois cada época o entenderá segundo seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. O leitor de um texto deve estar primeiramente disposto a que o texto lhe diga algo¹⁶. Não é possível que o intérprete analise o texto de forma fechada e com rigidez tamanha

¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro, Vozes: 2004.

¹⁴ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 14.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Petrópolis, Vozes: 2009.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, p. 405.

que impossibilite o acompanhamento de novos horizontes ou ideais sobre o tema, pois, caso contrário, arrisca-se comprometer a sua correta compreensão.

Significa, pois, que aquele que quer compreender não pode se entregar às suas opiniões prévias e ignorar a opinião do texto, não até que este já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão¹⁷.

Neste ponto, Gadamer admite a temporalidade na compreensão, isto é, considera a condição histórica existente e o acontecer nesta história. A história seria para Gadamer a condição necessária para que o ente exista enquanto ser no mundo.

Na acepção de Lenio Streck (2011), Gadamer assim considera a tradição:

A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós outros entenderão cada vez de maneira diferente.

Sendo assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela concepção de tradição ou "entrega de algo" (Streck, 2017), ao qual é denominado como "fusão de horizontes", onde 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.

Referido horizonte, na medida em que desenvolvemos e geramos novos espaços pessoais de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim. Dessa maneira, a compreensão que se realiza mediante o diálogo hermenêutico implica fundir o meu horizonte histórico com o horizonte do outro, ganhando um novo. Isto não se limita apenas em conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão inter-relacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.

Faz-se necessária, desse modo, uma confrontação entre visões de mundo e experiências prévias a fim de gerar a melhor resposta para problemas jurídicos. A história opera, conscientemente ou não, em toda compreensão, condicionando e controlando a fusão de horizontes.

Através da fusão de horizontes se procura explicitar ou desvelar as razões mais originárias e fundamentais que podem justificar alguma decisão ou interpretação, as quais, invariavelmente, podem apontar para os padrões de moralidade da sociedade. É, portanto, o

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, p. 405.

exercício de compartilhamento de pré-compreensões que proporciona uma pluralidade de interpretações.

A dinâmica da fusão de horizontes não pretende, contudo, que seja o passado engessado enquanto único momento correto e de cogente aplicação. O projeto do horizonte histórico é apenas e tão somente uma fase da compreensão.

Heidegger acompanha essa ideia do processo circular entre visões quando outorga uma maior importância na sua teoria sobre a natureza metafísica da compreensão. Nesse sentido, salientou a relevância da interpretação como o desenvolvimento das possibilidades abertas do "estar ali". O compreender é um "ver em redor", e sua fundamentação reside no "ter prévio", isto é, na pré-compreensão do intérprete. Não existe interpretação sem pressupostos ou sem preconceitos, pois são condicionamentos prévios do "estar ali"¹⁸.

A experiência é, então, a consciência de que temos consciência e, doutro lado, a consideração de dados históricos prévios nada mais é do que parte da interpretação e produção de novo entendimento, levando-se em conta aquilo que outrora já foi lido, interpretado ou decidido, caracterizando um caráter construtivo na história.

É nesta sustentação que Gadamer afirma que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos são a realidade histórica do seu ser¹⁹. A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão de horizontes de ambos. A importância da teoria hermenêutica de Gadamer é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado.

Seria possível, então, encontrar uma resposta correta para um caso concreto sem um exercício amplo voltado para um contraditório adequado e democrático por meio de uma maior participação das partes no processo? Esta busca do nível filosófico na dimensão hermenêutica e não nas razões lógicas normativas, visando a melhor solução jurídica, se dá por um sentido mais autêntico e adequado? A experiência nos mostra que hoje, neste momento, existe uma melhor resposta, e que, todavia, pode não ser a melhor resposta amanhã.

Se o principal problema existencial é determinar se é possível falar de uma verdadeira compreensão, lado outro, não podemos nos esquecer da história da norma, isto é, de sua tradição. Dessa maneira, não podemos falar de uma "verdade" na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas de uma "verdade" construída dialógica, consensual e procedimentalmente.

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, Editora Vozes, 2008.

¹⁹ Para uma análise crítica do pensamento de Gadamer, recomenda-se a leitura de Ernildo Stein. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

Em contraponto ao pensamento de Gadamer, ainda hoje nos deparamos com a flagrante existência do rígido formalismo e pela ausência de qualquer fundamento teórico-filosófico na aplicação do direito, onde o juiz, diante do instituto do *non liquet*, é obrigado a encontrar uma solução ao caso concreto, manifestando sua subjetividade e envolvendo questões relacionadas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário.

Nesses casos, resta evidente que o ato de julgar é advindo de um "ato de vontade", onde as decisões tratam implicitamente a interpretação ao modo solipsista²⁰ (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si.

No anseio de se encontrar o aspecto hermenêutico da legislação em comento, não se pode permitir a sua análise sob um panorama unilateral e desprovido de qualquer apreciação do histórico e da tradição da sociedade na qual ela é inserida. “A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles”²¹.

Ademais, faz-se imprescindível que o intérprete do direito busque a sua melhor virtude, no sentido de que o exercício da hermenêutica e sua interpretação exijam uma reflexão aprofundada e cautelosa de seus objetivos e princípios.

Observar o direito enquanto um mero instrumento de realização de políticas do governo ou finalidades econômicas e, por isso, contestá-lo com argumentos baseados nessas premissas é esvaziar o seu conteúdo principal e enfraquecer a sua importância no seio da sociedade.

Não somente o texto deve ser observado em sua formalidade e em sua semântica, tampouco apenas em sua compreensão histórica.

Streck nos lembra das lições de Gadamer, segundo as quais, todas as estruturas de sentido concebidas como textos, desde a natureza passando pela arte, até as motivações conscientes ou inconscientes da ação humana, são suscetíveis de interpretação²².

Valendo-se, então, dos pensamentos propostos por Gadamer, dentre tantas outras perspectivas, vislumbra-se que a compreensão decorre de uma fusão de horizontes da tradição,

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. v. 1. p. 549.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pag. 337.

influenciada pela pré-compreensão do intérprete, sendo o conjunto de preconceitos absorvido pelo indivíduo por meio da tradição linguística²³.

Assim, segundo a hermenêutica de Gadamer, compreender não é se deslocar para o outro e reproduzir suas vivências, mas efetivamente colocar-se de acordo com a coisa, encerrando sempre em um momento de aplicação²⁴. Por isso, na história efetual de Gadamer, a fusão dos horizontes entre intérpretes permite que se torne consciente a pré-compreensão, afastando os obstáculos advindos da comunicação linguística.

Necessário ainda levar em conta, para Gadamer, a finitude humana, sendo considerada verdade aquela que se caracteriza como histórica e temporal, posto que o ser humano é e sempre será incompleto, devendo, em vista desta realidade, admitir a complementação de todos os preconceitos que se tornaram conscientes após o exercício da hermenêutica.

Na ótica de Gadamer, as perguntas permitem vislumbrar aquilo que ficou suspenso. Deve-se, antes de tudo, compreender os questionamentos e provar as variadas possibilidades de sentido, indicando que “aquele que quer pensar tem que perguntar”²⁵.

Para que seja possível interpretar a legislação, é imprescindível compreendê-la, ao passo que interpretar é compreender, e compreender é aplicar. Conforme lições de Streck, a hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico²⁶.

A abertura ao texto e a permissão da demonstração de sua alteridade são evidentes e cruciais para que casos polêmicos possam ser enfrentados e debatidos, na busca por uma possível solução. A invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem.

²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, p. 559-560.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, p. 559-560.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, p. 551.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 294

2. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PRESENTE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A DOGMÁTICA PROCESSUAL DESFAVORÁVEL AO SUBJETIVISMO E A DISCRICIONARIEDADE

No momento atual, onde se observa uma maior participação popular nas suas diretrizes representativas, a democracia não vê com bons olhos e se sente ferida diante de uma expressão do tipo: "Decido conforme minha consciência de julgador e meu entendimento pessoal". Porém, referida expressão não era incomum, diante de uma norma permissiva para equívocado entendimento, encontrada no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, fazendo crer que a figura do juiz está acima das partes numa relação processual.

Expressões como "livre convencimento" e "juiz como destinatário das provas" são exemplos da problemática da discricionariedade judicial e que atormenta a teoria e filosofia do direito desde os meados do século passado.

Nesse sentido, teses processualistas importantes e prestigiadas, como a de Cândido Rangel Dinamarco em sua obra *A Instrumentalidade do Processo*²⁷, entendiam a "liberdade de convencimento" como manifestação do fenômeno mais amplo da própria independência dos juízes, demonstrando que normas legislativas abertas favorecem uma atuação intersubjetiva dos juízes.

O Brasil é constituído por um Estado Democrático de Direito e importante demonstração dessa democracia é a garantia da fundamentação da decisão judicial ou administrativa, estampada no Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, uma espécie de controle contramajoritário sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Outra demonstração da democratização do nosso sistema jurídico e de qualificação da prestação jurisdicional se deu recentemente, por meio do Artigo 489 do atual Código de Processo Civil de 2015, pois estabelece critérios para que a decisão judicial seja fundamentada. Ambos os exemplos supracitados proporcionam às partes um maior controle sobre o que consta das decisões judiciais e quem deseja democracia e respeito pela Constituição, mormente no que tange ao princípio de que "todo poder emana do povo e em seu nome será exercido", deve lutar pela aplicação dos referidos textos.

Muito embora alguns limites foram impostos, dispositivos permissivos para que o juiz produza provas de ofício, previsto no Art. 370 do CPC/2015, foram mantidos. Contudo, o que

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 363.

devemos ressaltar é a atitude cooperativa das partes, aliás, princípio norteador do atual Código de Processo Civil, concedendo eventual redistribuição do ônus probatório.

Contradições também estão previstas, por exemplo, quanto ao que disposto no art. 489, § 2º, referente à expressão "ponderação"²⁸, entendida como metodologia decisória frágil e não disposta de mecanismo que previna o arbítrio, o âmbito processualístico apresentado atualmente pelo Código de Processo Civil, norteado pelo que previsto no art. 93, IX da Constituição, reverbera um posicionamento mais democrático em sua disposição legal, mesmo apesar de muitos processualistas ainda pensarem de modo anacrônico que o juiz possui livre convencimento e aprecia livremente a prova.

O livre convencimento tem um nome: solipsismo, filosofia da consciência, subjetivismo²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias e os pensamentos apresentados por Wittgenstein, Heidegger e Gadamer, para citar apenas estes, causaram rupturas paradigmáticas no campo da hermenêutica filosófica e jurídica. Cumpre identificar a interpretação e a compreensão como sendo indispensáveis das diretrizes advindas após a virada linguística ontológica, a fim de regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições na vida social.

O quadro tecido acima ilustra o desafio da interpretação após o surgimento do fenômeno da Virada Linguística Lógica, onde o positivismo exegético perde sua força e abre espaço para uma análise para além da semântica do texto, permanecendo, até hoje, objeto de profundas reflexões e discussões, sendo, por vezes, praticado de forma manifestamente discricionária por meio do paradigma da subjetividade do julgador.

Necessário que um texto legal tenha uma interpretação mais adequada e justa diante das suas mais diversas possibilidades de compreensão, justificado, muitas vezes, pela fusão de horizontes, advindos de pré-juízos e pré-concepções que o sujeito intérprete carrega consigo.

²⁸ "[...] expressões como "ponderação de valores", "mandado de otimização", "proporcionalidade", "razoabilidade", "justa medida", "decido conforme minha consciência", têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o "sentido próprio" e o "próprio sentido". Por isso merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da "razoabilidade" (com ou sem "ponderação de valores") argumentação que se transformou em autêntica "pedra filosofal da hermenêutica" a partir desse caráter performativo[...]. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 58.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Conhecer o próprio ser da norma, permitindo que o texto apresente ao intérprete novos horizontes e amplie as possibilidades de interpretação inicialmente compreendidas, não significa que os seus prévios conceitos foram abandonados, mas sim que estes se debatam com outros apresentados em busca da "verdade real".

Neste sentido, encontramos na hermenêutica filosófica de Gadamer, os iniciais parâmetros de interpretação, que nos levam à busca pelo ser do ser-aí da norma, isto é, nos levam à compreensão como forma de interpretação e a análise para além das questões meramente linguísticas.

Neste panorama, a busca pela resposta correta de muitas questões jurídicas controvertidas pode ser resolvida através da fusão de horizontes de Gadamer, pois há a necessidade de um novo conteúdo à tarefa hermenêutica, qual seja, explicitar a sua relação com a tradição, a experiência e a temporalidade do existir, diante da necessidade humana em alargar o horizonte da compreensão.

Enquanto houver possibilidade de se firmar inclusive como regra contramajoritária, muito além de se portar enquanto instrumento de mera deliberação conforme a consciência e entendimento pessoal do julgador, o direito necessita de uma sensibilidade maior em sua compreensão e aplicação, restando cogente a consideração da sua essência em seus mais ampliados e variados aspectos.

Não existem verdades eternas. Entretanto, não podemos nos manter desatentos a uma tendência contemporânea no direito brasileiro de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos sem a cooperação e participação das partes.

A garantia do direito à produção da prova é da essência do processo, fundada no cumprimento do direito à ampla defesa e, em consequência, está o magistrado obrigado a considerar a prova produzida ao decidir o conflito. O principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial.

O livre convencimento do juiz reside na faculdade que possui de avaliar a prova diante da lei e do entendimento jurisprudencial cristalizado, agregando suas experiências profissionais e de vida, bem como suas convicções, mas jamais ignorando a lei, a prova dos autos e o entendimento sumulado a respeito de cada tema, como garantia aos litigantes do respeito ao princípio do devido processo legal, apresentando uma resposta efetivamente jurídica e não moral, econômica ou política. O direito não é e não pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja. Menos subjetivismo é igual a mais democracia.

As mudanças dos comandos normativos a respeito do tema acima ventilado são animadoras e indicam a eliminação da discricionariedade judicial e uma maior participação democrática do povo no instrumento de pacificação social.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **O fim do livre convencimento motivado**. Coordenação: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Vozes: 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução: Marcos Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A Despolitização o Discurso Jurídico nas Teorias da Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica**. In: *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM/ Rafael Lazzarotto Simioni*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

STEIN. Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência? 6ª edição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2017.

Recebido – 13/08/2020

Aprovado – 29/09/2020