

# O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*

## Introdução

Tendo como norte que *ser que pode ser compreendido é linguagem* ou, por outras palavras, que a linguagem se encontra alçada, a partir da virada ontológica, à condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo, Streck vai desenvolver toda uma linha de raciocínio voltada para divisar a experiência do direito como compreensão.

Desenvolve, então, a partir de Gadamer, duas matrizes de raciocínio para concluir, ao final, pelo acerto da tese da resposta certa em direito, como sendo aquela hermeneuticamente correta. Pela primeira, busca resposta para a indagação: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? E, na segunda matriz, investiga a diferença ontológica entre norma e texto.

Neste artigo, visitaremos as duas matrizes teóricas delineadas por Streck ao escopo de, afastando a faixa normativa do positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora, divisar uma nova ótica para compreensão da experiência jurídica a partir da hermenêutica filosófica ao escopo de inserir a decisão judicial no âmbito do pluralismo jurídico em que, segundo estamos convencidos, ela deve se erigir a partir de um acoplamento lingüístico-metodológico que, privilegiando a consciência dos efeitos da história, enseje o acontecer da verdade a partir da contextualidade existencial e finita em que se encontra mergulhado o intérprete.

## 1. Fé na lei e desconfiança da justiça? Ou desconfiança da lei e fé na justiça?

A tradicional idéia de se reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os

juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque, sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato<sup>1</sup> formam uma ponte para a nova realidade.

Nessa linha, Sobota<sup>2</sup> também divisa este fenômeno ao registrar que:

<sup>1</sup>ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/84, p.131.

<sup>2</sup>SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* In: Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, p. 251 (separata do *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Mauricio Adeodato).

\* Juiz Federal e professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Doutorando em Direito pela Unisinos/RS

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Nesse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, autoprodutivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensinaria.

Por outro lado, hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho — o advogado, o agente do Ministério Público, o magistrado, o delegado, etc. — daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias, mais que isso, determinados existenciais e os caminhos hermenêuticos que viabilizam sua mobilização, que a compreensão do Estado e do Direito deixa a desejar.

Atento a isso, Adeodato<sup>3</sup> chama a atenção para não se separar a teoria da práxis. E procedendo a uma abordagem das bases metodológicas da pesquisa em Direito observa que:

...não obstante o Direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a “prática” do Direito quando escrevem seus trabalhos “teóricos”. Dificilmente eles se referem a seus “trabalhos de campo”, a suas experiências práticas como operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui-se metodologia unânime dos pesquisadores.

Não é por outra razão que resolvemos abordar o tema proposto trazendo a lume dados empíricos a partir dos quais pretendemos alavancar sua compreensão.

<sup>3</sup> ADEODATO, João Mauricio Leitão. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. In: *Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999, p. 145.

## Dado empírico 1

O referencial a seguir foi colhido a partir de julgamento proferido pelo mais alto Tribunal Federal Alemão (BGH NJW 61, 359), segundo Sobota<sup>4</sup> em artigo publicado no *Internacional Journal for Semiotics of Law*:

Certa madrugada, cerca de uma hora, o reclamante ouviu um grito de socorro partindo de umas ruínas na vizinhança. Conforme ficou mais tarde comprovado, um psicopata estava batendo em uma mulher com um martelo. O reclamante entrou rapidamente na casa em ruínas e tentou socorrer a vítima. Afortunadamente, teve sucesso e foi capaz de salvar a mulher, mas foi ferido ao fazê-lo e não pode trabalhar durante certo tempo. Sendo autônomo, o reclamante pretendeu obter compensação por seus lucros cessantes. Como nem o psicopata nem a mulher tinham condições financeiras, o reclamante moveu ação contra a companhia de seguros de saúde a que era filiado o marido da vítima. A companhia de seguros recusou-se a pagar e argumentou que os fatos não justificavam uma reclamação com base no art. 683 do BGB. Salvar a mulher ferida não era do interesse da companhia de seguros. Se o reclamante não houvesse socorrido a vítima, ela teria sido morta; estando morta, ela acarretaria menores despesas para a companhia. O Tribunal deu ganho de causa ao reclamante. (o art. 683 do BCG estabelece que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização).

## Dado empírico 2

Ainda a partir de Sobota<sup>5</sup>, o relato de julgamento proferido pelo Tribunal Regional de Apelação de Karlsruhe (OLG Karlsruhe, VersR 77, 936), assim sintetizado:

Um homem arriscou sua vida e sua saúde para defender um banco. O homem era um cliente do banco que percebeu o assalto acontecendo e atacou o ladrão por trás, julgando-se gestor de negócios agindo de acordo com os interesses do banco. Como o próprio banco havia ordenado a seus funcionários para não arrisquem suas vidas em caso de assalto, quando só dinheiro estivesse em jogo, os esforços heróicos do cliente pareceram

<sup>4</sup> SOBOTA, *op. cit.*, pp. 262-263.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 270.

algo excessivos e não evocaram a simpatia natural da Corte, que divisou no herói alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias, rechaçando, portanto, o pedido de indenização.

### Dado empírico 3

Decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, em Tocantins, determinando soltura de acusados de furtarem duas melancias:

Decido:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o r. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)... Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra — e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se. Rafael Gonçalves de Paula — Juiz de Direito.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> In: [www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir\\_news.asp?id=143](http://www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir_news.asp?id=143) consulta realizada em 04/08/2007, 20h.

### Dado empírico 4

Sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Belo Horizonte:

*Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos mais fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram retirantes. Nada mais*” (José Américo de Almeida, em “A Bagaceira”). Várias famílias (aproximadamente 300 – fl. 10) invadiram uma faixa de domínio da Rodovia BR 116, na altura do Km 405, 3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora, o DNER quer expulsá-los do local. “Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel. E aqui estou eu com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os *excluídos*, de que nos fala a Campanha da Fraternidade desse ano. Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio. Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite??). Só isso para identificá-los. Nada mais. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se *indigentes* já é qualificação bastante? Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento. Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza. Não seria pelo menos digno — e ao menos falaz — deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida? O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações” (fl. 16v). Daí esta brilhante solução: *aplicar a lei*. Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (arts. 920 e ss. do CPC), ela — *como toda lei* — tem em mira o *homem comum, o cidadão médio*, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem. Mas este não é o caso do presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias). Não. Os *“invasores”* (propositadamente entre aspas)

definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que *“habitam”* as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de *excluídos*, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país. Contra esse exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso reintegração de posse), enquanto ele próprio — o Estado — não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a *Lei Maior*. Ou seja, enquanto não construir — ou pelo menos esboçar — “uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I), erradicando a “pobreza e a marginalização” (III), promovendo a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegurando “a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (art. 5º, XXIII e 170, III), dando à família, base da sociedade, “especial proteção” (art. 226) e colocando a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir diretamente ou pelo braço da Justiça — o reto cumprimento da lei. Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas — lembrou Rufolf Von Ihering há mais de 200 anos — hão de trabalhar em harmonia. *“A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”*. Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em *princípios*, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores. Se assim é — vou repetir o raciocínio — enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, *feita para o homem comum*, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem *“incomum”*. Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário — ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos arts. 267, I e VI, 295, I, e parágrafo único, III, do CPC, atento à recomendação do art. 5º da LICCB e olhos postos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem di-

reito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial *a alimentação, o vestuário e a moradia*.” Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas “invasões”. PRI. Antônio Francisco Pereira — Juiz Federal.<sup>7</sup>

## Dado empírico 5

Oferecido por Streck<sup>8</sup> porque também atento à práxis como fomento à teorização:

Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas*. Não houve contestação por parte da prefeitura.

## Dado empírico 6

Ainda coligido por Streck<sup>9</sup>. Confira-se o excerto de uma decisão prolatada pelo Juiz do Trabalho Ivo

<sup>7</sup> *In*: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339> consulta feita em 04/08/2007, 20h10.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, p. 57.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*.

Dantas no Processo 1.404/1988 – JCJ do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal:

... à primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poderão ser entendidos de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos Princípios Fundamentais do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade com um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.

O que de plano se permite extrair do exame desses casos é que o processo jurídico, seja aqui, num Estado periférico, seja na Alemanha, não é governado por marcos regulatórios universais. Ao contrário, é moldado, construído por padrões nem sempre evidentes e auto-organizados.

Observando o *dado empírico 1*, vemos que a objeção da seguradora no sentido de que salvar a mulher não era de seu interesse, porque se tivesse morrido — caso não houvesse a interveniência do reclamante — ela (seguradora) obteria uma vantagem econômica, foi considerada pelo tribunal como uma “estranha objeção”<sup>10</sup> firmando a Corte que era de seu interesse porque a ação do autor visava a possibilitar tratamento médico à mulher o mais rápido possível o que evitaria despesas na qualidade de dependente do marido. A consequência, portanto, foi a de que o reclamante agiu sob a condição de gestor de negócio.

Todavia, quando nos deparamos com o *segundo dado empírico*, observa-se que o mesmo fato obteve tratamento diferenciado pelos juristas. O pedido daquele que agiu de conformidade com os interesses do banco (ou algum banco quer que seus clientes sejam assaltados em suas dependências?!) que igualmente àquele outro reclamante arvorava-se na condição de gestor de negócio não foi acolhido. Entendeu-se que houve excesso. O herói era simplesmente alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias.

Ora, por que motivo a Corte Regional de Apeiação de Karlsruhe não considerou como fundamentos para decidir a ponderação de valores, “a prioridade de motivos humanitários sobre interesses meramente pecuniários”, ou o princípio da boa-fé como condições de possibilidade tal qual o mais alto Tribunal Federal Alemão supostamente (afirmamos *supostamente* porque a decisão erigiu-se com a fundamentação de que a seguradora deduziu perante a Corte uma “estranha objeção”!) tenha considerado?

A resposta não aponta para a circunstância de que o sistema jurídico é tão complexo que não se pode avaliar a variedade de fontes potenciais do Direito? E que isso pode ensejar no discurso jurídico o velamento das condições de possibilidade?

Tais indagações nos colocam diante da constatação de que realmente o processo decisório judicial não é regido por padrões universais (ora, em ambos os casos as duas Cortes alemãs se deparavam com o mesmo texto: o art. 683 do BGB<sup>11</sup> estabelecendo que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização). Há sempre em causa padrões ou marcos que não se mostram auto-organizados ou mesmo evidentes. Estão difusos, mas devem ser considerados no âmbito da implicação sob pena de embair o desvelamento do ser (o direito) na situação concreta. É por isso que se avulta capital a diferença ontológica entre texto e norma tão insistida por Streck, como adiante teremos oportunidade de verificar.

A coisa não é diferente por aqui. Observe-se que no *terceiro dado empírico*, para libertar os acusados de furtar duas melancias, o magistrado divisa muitas condições de possibilidades, mas não elege nenhuma delas

<sup>10</sup> No original, segundo a tradução, *op. cit.* p. 263.

<sup>11</sup> Bürgerliche Gesetzbuch – Código Civil Alemão.



e estrangula — e aqui afirmamos sem adentrar um milímetro sequer no acerto da decisão — o processo decisório, quando deixa para *quem quiser* o desvelamento do ser.

Na verdade, uma das principais ferramentas para velamento das condições de possibilidades consiste no uso de premissas ocultas que sempre existem e se movimentam na esfera da implicação. A ausência de argumentação e fundamentação de muitas decisões decorre de truísmo: o marco regulatório — que nos chamados *casos difíceis* de regra não é a norma escrita — é tão evidente que o jurista entende que não precisa ser desvelado. Esse ocultamento constitui um verdadeiro entinema e se avulta como uma opção estratégica para se furtar a uma hermenêutica de caráter filosófico que atenda não apenas aos atos intencionais, mas coloque em discussão fenomenológica os atos atencionais a fim de que possam entrar em causa a tradição, a historicidade, a faticidade, o *sensus communes* para ensejar o desvelamento. A decisão erige-se aprisionada porque se quis interpretar dessa ou daquela forma para atingir certo e determinado objetivo igualmente preconcebido. No caso, tivemos sorte! Imaginemos que o magistrado tivesse a partir do nível de argumentação deduzido mantido os dois acusados na prisão!!!

Por esse caminho, a razão estaria com Dworkin quando divisa a necessidade de um juiz sobre-humano. Um *Juiz Hércules*<sup>12</sup> dotado de uma inteligência ímpar e uma carga imensurável de conhecimentos para solucionar os casos difíceis. Ponderamos, todavia, parodiando Bernad Jakson<sup>13</sup>, pois à sociedade nada restaria senão ter esperança na integridade pessoal de cada juiz..., que decidiria exclusivamente com base em sua visão própria de mundo, ou em seus princípios de convivência pessoal.

É por tudo isso que temos insistido que em se tratando das práticas jurisdicionais nem tudo tem valido a pena, ainda que a alma não seja pequena. De regra, ainda permeia o imaginário da magistratura brasileira a idéia de que se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa... Com isso, embaraça-se o desvelamento

ocultando da esfera de explicitação (verberação), condições de possibilidades.

Se nossa atenção se volta para o *dado empírico 4*, vemos que o processo decisório judicial se erige de maneira oposta. Ali, a decisão revela uma completa atenção aos efeitos da consciência histórica — não estamos dizendo que essa atenção não tenha sido considerada no dado empírico 3, faltou, isso sim, foi a argumentação própria da esfera de explicitação, o que pode acarretar sérios problemas diante de determinados resultados. Aqui, o magistrado afastou o comando de um marco regulatório expresso que assegura a reintegração na posse a quem provar o esbulho, considerando a *consciência histórico efectual* como contraponto da *situação hermenêutica*, o que permitiu o desvelamento do ser mercê de várias condições de possibilidades quando a decisão confronta padrões regulatórios não tão evidentes ou auto-organizados como a norma expressa e cuja consideração e explicitação na esfera de implicação veio a permitir o desenvolvimento da compreensão. Não é por outro motivo que Stein<sup>14</sup> proclama:

Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, se não existe uma consciência histórica efetual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa compreensão, mas de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, embutida na idéia da consciência histórica efetual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica.

Palmilhar por esse caminho significa um “retorno ao mundo da vida, a saber, uma posição anterior à objetividade da ciência”<sup>15</sup>, afastando, assim, tanto o predomínio da objetividade do texto como o da subjetividade do intérprete, em que a compreensão

não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia fren-

<sup>12</sup> Criado por Dworkin ao declarado escopo. Conferir DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 164-203.

<sup>13</sup> Segundo SOBOTA, *op. cit.* p. 272.

<sup>14</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 76.

<sup>15</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 341.

te à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é o ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade.”<sup>16</sup>

É sob tal contextura que podemos igualmente enfrentar os dois últimos dados empíricos. Observe-se, com efeito, que ambas as decisões foram erigidas a partir de um processo hermenêutico em que as condições de possibilidades foram consideradas. Significa dizer, em outras palavras, o juiz — em ambas as hipóteses — esteve atento aos efeitos da consciência histórico-efetual que, se de um lado aprisiona o intérprete na medida em que os fatos pesam sobre nossa compreensão porque somos muito daquilo que fomos e muito do que venhamos a ser, por outro lado, a consideração desses fatos históricos, queremos dizer: a retirada desses fatos da esfera do silêncio, do ocultamento e a projeção (desvelamento) deles na esfera da implicação onde serão analisados, explicitados, numa palavra, interpretados, permitirá que a compreensão seja alavancada em direção à resposta hermenêuticamente correta para a situação, ensejando o acontecer da verdade.

Ou será que não foi considerando os efeitos da consciência histórico-efetual em que nos encontramos emergidos, a cotidianidade, que apontam para a circunstância de que tradicionalmente educação não é coisa levada a sério no Estado brasileiro. Que as edificações preferem gastar com a construção de estádios de futebol, ginásios de esportes, pavimentação de ruas, etc., relevando a educação a uma posição inferior na escala de eleição de prioridades, não obstante todo um quadro normativo constitucional dirigido a tutelar direitos da criança e do adolescente, garantindo, entre eles, o ensino fundamental público e obrigatório? Ou será, ainda, que os fatos históricos, a cotidianidade, a tradição não têm revelado em grandes Estados periféricos como o Brasil que o problema da demissão imotivada de trabalhadores não diz respeito apenas ao empregado e ao empregador — o que resolveria a questão através de indenização — mas atinge indistintamente toda sociedade na medida que crescem os níveis de violência, aumenta-se a criminalidade, com todos os reflexos daí advindos?

<sup>16</sup> *Idem*, p. 347.

Não é preciso ir muito longe para se perceber o alcance do tema ora proposto para exame. A toda hora, a todo instante, as decisões judiciais são objeto de questionamento. Desde as proferidas pelos juízes monocráticos até as da mais alta Corte. Não faltam argumentos a favor ou contra esta ou daquela decisão, isso porque o Poder Judiciário tem sido chamado, não raro, a decidir casos difíceis (*hard cases*) que têm exigido às vezes a substituição da atuação do Executivo, quando define políticas públicas, e também a atuação do Legislativo, no estabelecimento de “decisões primárias”.

## **2. O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem**

Um olhar sobre as práticas jurídicas revela o quanto, de regra, os juristas brasileiros ainda não superaram o paradigma da metodologia dogmática. Comumente, nas nossas faculdades, as provas de direito apresentam um problema para ser solucionado e se um observador se puser a escutar o que os estudantes conversam após a aplicação do exame verá que o diálogo radia no sentido de: *você descobriu qual o artigo?* ou inda: *ah! Procurei tanto, mas não encontrei o artigo...* e assim por diante.

Com a diferença que ali o estudante pode deixar a questão em branco, porque não encontrou a “norma”, o magistrado não poderá se eximir de decidir, quando igualmente se depara com um caso difícil. Da mesma sorte, não deixará o advogado de acolher um cliente ou o agente do Ministério Público ou o delegado de cumprirem com seu mister.

Ao atuarem, todos eles — estudantes e profissionais do direito — buscam *descobrir* a norma, o que revela a faixada normativista em que nos encontramos mergulhados e untada em um comportamento solipsista próprio da filosofia da consciência que faz com que o sujeito se apodere do objeto a fim de descobrir sua essência, no caso, esclarecer, extrair o verdadeiro significado da norma.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> “Ante a lei vigente, vivemos já de antemão com a idéia natural de que seu sentido jurídico é unívoco e que a práxis jurídica do presente se limita a seguir simplesmente o seu sentido original. Se isso fosse sempre assim não haveria razão para distinguir entre sentido jurídico e sentido histórico de uma lei. Também o jurista

A partir daí, o imaginário dos juristas considera que o texto da lei contém o real sentido, e a linguagem avulta-se, então, como um instrumento, um mero veículo apto a revelar esse sentido. É por isso que segundo Streck:

Os juízes costumam jactar-se de que, primeiro decidem (chegam a conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que “antes foi decidido” (*sic*). Com isso pensam ter encontrado uma espécie de atalho no processo de conhecimento, por meio do qual imaginam poder ultrapassar o abismo gnossológico que tem angustiado a humanidade desde que o *logos* suplantou o mito. Assim, acreditam — e esse pensamento é ainda dominante na comunidade jurídica — na possibilidade de alcançar uma cognição livre de (inter)mediações. Sem se darem por conta, tornam-se reféns de um pensamento metafísico, no interior do qual a linguagem nada mais é do que veículo de conceitos que carregam o “sentido” das coisas. Enfim, longe de ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo — tese balizadora do *ontological turn* que revolucionou a hermenêutica no século XX —, a linguagem, para esse pensamento que povoa o imaginário dos juristas *continua relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a “realidade”)*.<sup>18</sup>

Guiado por este norte, o senso comum dos juristas envela a linguagem como condição de possibilidade de ser-no-mundo e ofusca o espectro de componentes materiais que desde já e sempre existiram a partir da historicidade e faticidade presentes na experiência do intérprete (tradição). E a verdade “torna-se produto de uma adequada manipulação desse “procedimento cognitivo” (*sic*), mascarado pelas diversas metodologias “hermenêuticas”, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar ilusão da certeza do processo interpretativo”, arremata Streck.<sup>19</sup>

---

não teria outra tarefa hermenêutica senão a de constatar o sentido original da lei a aplicá-lo como correto. Savigny, em 1840, descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como meramente histórica (no *System des römischen Rechts*). Assim como Schleiermacher não via problema algum em que o intérprete tivesse que se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário e atual.” (Gadamer, *op. cit.* pp. 428-429).

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 223-224.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 224.

A experiência jurídica, como experiência humana, tem que se encontrar pautada na tradição. Já se disse — e com acerto — que *somos muito do que fomos e um pouco do que seremos*. “A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade.”<sup>20</sup> A tradição chega assim à experiência hermenêutica não como um simples acontecer do qual nos apoderamos, mas como linguagem. E prossegue Gadamer afirmando que “o fato de a interpretação dar-se no âmbito da linguagem não significa a transposição para um *médium* estranho. Significa antes que já se estabelece uma comunicação de sentido originário. O que foi transmitido de forma literária é assim recuperado do alheamento em que se encontrava, para o presente vivo do diálogo cuja realização originária é sempre perguntar e responder.”<sup>21</sup>, ou, numa palavra: dialética.

Na experiência hermenêutica tudo que é compreensível o é através da linguagem, que torna o ser acessível à compreensão e à interpretação porque “não é somente um entre muitos dotes atribuídos aos homens que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*.”<sup>22</sup> O processo hermenêutico move-se mediado pela tradição da linguagem dentro de uma esfera de sentido, por isso a linguagem não é um mero intermediário. Assim, Gadamer proclama que “compreender pela leitura não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente.”<sup>23</sup>

Linguagem é vida na medida em que nela se pode estruturar nossa experiência do mundo sob as mais diversificadas relações cotidianas. É nesse contexto que “o caráter da linguagem da experiência de mundo proporciona um horizonte mais amplo à nossa análise de experiência hermenêutica.”<sup>24</sup> Por isso, insiste Gadamer:

... na concepção da experiência humana de mundo que se dá na linguagem não se calcula ou mede simplesmente o dado, mas vem à fala o ente, tal como se mostra ao homem, como ente e como significante. É aqui — e não no ideal metodológico da construção racional que domina a moderna ciência natural da matemática — que se poderá re-

---

<sup>20</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 467.

<sup>21</sup> *Idem*, pp. 480-481.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 571.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 508.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 576.



conhecer a compreensão que se exerce nas ciências do espírito.<sup>25</sup>

A tradição vem a nós por meio da palavra da mesma maneira que as coisas que se constituem por apropriação e significação.<sup>26</sup> Há toda uma gama de concepções de mundo que a palavra desvela. “Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não dito, ao qual se refere respondendo e indicando.”<sup>27</sup>

Quando, assim, o conteúdo da tradição vem a nós<sup>28</sup>, revela-se um horizonte de sentido e o acontecer da verdade se torna possível. Mas, “não é enquanto linguagem, enquanto gramática nem enquanto léxico que a linguagem constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico, mas no vir à fala do que dito na tradição. Esse acontecer é ao mesmo tempo apropriação e interpretação. Aqui, portanto, pode-se dizer com toda razão que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa.”<sup>29</sup>

Sem dúvida, é insustentável a idéia que ainda permeia o senso comum dos juristas no sentido de que o magistrado primeiro decide para depois fundamentar. Sim, porque como possui uma pré-compreensão estabelecida em razão de sua historicidade, faticidade e finitude, quando o juiz se dirige a seu assessor e determina que desenvolva a pesquisa naquele processo sufragando a tese do autor, por exemplo, a verdade é que ele está decidindo a causa porque já encontrou o fundamento para tanto. O que se precisa entender é que ao fazer isso, a pre-sença (*dasein*) que já existia desde e sempre, já havia se manifestado numa pré-compreensão, ou dito de outro modo, opera-se uma antecipa-

ção de sentido<sup>30</sup> porque como homem o magistrado encontra-se mergulhado em sua tradição. O trabalho do assessor será apenas de explicitação racional.<sup>31</sup>

É nesse ponto que Streck chama a atenção para não confundir fundamentos com racionalidade argumentativa de segundo nível, pois “pretender alçar a retórica e/ou a argumentação a um *status de* “condição de possibilidade” do “processo interpretativo” nada mais é do que uma derivação da (velha) dualidade metafísica que sustenta a busca da verdade a partir da revolução moderna do método, no momento em que o método passa a representar o modo de resolução do problema do conhecimento.”<sup>32</sup>

E prossegue Streck acrescentando depois, com profunda segurança, o seguinte:

a assim denominada “fundamentação” é produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender (portanto, no caso do juiz, a decidir) daquele modo. É, pois, anterior ao ato explicativo, porque produto do processo compreensivo, que por sua vez é condição de possibilidade da interpretação. Dizendo de outro modo, a assertiva “primeiro decido e depois fundamento (ou justifico)” somente seria verdadeira se houvesse uma dualidade metodológica entre “explicar” e “compreender”. Ora, é preciso ter claro que a compreensão antecede a qualquer interpretação, o que significa dizer, com todas as letras, que *não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas,*

<sup>25</sup> *Idem*, pp. 588-589.

<sup>26</sup> Porém, adverte Gadamer que “A palavra não é simplesmente a perfeição da *species*, como acreditava o pensamento medieval [...] Mas a palavra tampouco é um instrumento, capaz de construir, como a linguagem da matemática, um universo dos entes, objetivados e disponíveis graças ao cálculo. Nem um espírito infinito nem uma vontade infinita podem superar a experiência do ser, apropriada à nossa finitude. Somente por meio da linguagem, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo.” (*Op. cit.* p. 590.)

<sup>27</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 591.

<sup>28</sup> “A luz que faz com que tudo apareça de maneira que seja luminoso e compreensível é a luz da linguagem” (GADAMER, *op. cit.* 623).

<sup>29</sup> *Idem*, p. 598.

<sup>30</sup> Streck cita Heidegger para explicitar: “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil.” (STRECK, 2003, p. 228).

<sup>31</sup> Ainda para Streck “É evidente que, em um segundo momento, o julgador vai buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado (que, nos limites da discussão pode ser denominado de “fundamento”, que, na verdade, é um vetor de racionalidade estruturante), a partir de uma racionalidade discursiva.” (STRECK, 2003, pp. 228-229). As teorias da argumentação buscam uma racionalidade no discurso jurídico partindo do suposto de que *é correto o que é discursivamente racional*. Portanto, no discurso prático o jurista estaria obrigado a observar certas determinadas regras voltadas para a correção dos argumentos, o que faria exsurgir os critérios de racionalidade objetivos. Aqui, em suma, a verdade resta alçada à correção dos argumentos. Merece destaque por esse caminho: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005; GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; VIEHWIG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, UNB, 1979; PERELMA, Chaïm. *O Império retórico. Retórica e argumentação*. Porto: Edições Asa, 1993, entre outros títulos.

<sup>32</sup> STRECK, 2003, p. 228.

*antes é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo, que funciona como uma elaboração (explicitação) do que (já) foi compreendido. Só interpretamos quando e porque compreendemos algo antes.*<sup>33</sup>

Assim, a hermenêutica jurídica não pode ser cindida como sustenta ainda a hermenêutica clássica em três fases: primeiro compreendo (*subtillitas intelligendi*), depois interpreto (*subtillitas explicandi*), para depois aplicar (*subtillitas applicandi*). A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes compreender é sempre interpretar, lembra Gadamer que não hesita, congruentemente, enfim, em divisar a aplicação como o problema central da hermenêutica presente em toda compreensão.<sup>34</sup> Um momento faz parte do outro como lembra com agudeza Streck.<sup>35</sup>

O processo interpretativo dirige-se para um horizonte de sentido cujo objetivo é permitir que o intérprete se desloque para um questionamento correto sobre as questões postas à sua frente. Por isso é que Gadamer registra que “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas...”<sup>36</sup>

Nesse amálgama, quando as práticas jurídicas buscam concretizar a lei em cada caso, não se trata apenas de revelar qual o direito a ser aplicado e que serviria de fundamento de validade para a criação de direito, ainda que de caráter particular<sup>37</sup>. No momento da aplicação, ocorre, ao contrário, um processo a que Gadamer convencionou denominar *complementação produtiva do direito* que estaria reservado ao juiz.<sup>38</sup>

Fazendo distinção entre a hermenêutica teológica e a jurídica Gadamer registra que “A verdadeira concretização do anúncio se dá na pregação, assim como

a da ordem legal se dá na sentença. Mas aqui há uma diferença importante. Ao contrário do que ocorre na sentença do juiz, a pregação não é uma complementação produtiva do texto que interpreta.”<sup>39</sup> A sentença avulta-se, sob tal contextura, como uma complementação produtiva do texto que interpreta. Mas, adverte Gadamer, “Nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”<sup>40</sup>

Insta quadrar, a partir de agora, a diferença entre texto e norma. Já assentamos, aqui, que as práticas jurídicas ainda se voltam para identificar o sentido real, a verdade imanente que residiria nos textos jurídicos e que esse caminho conduz a experiência jurídica para um dogmatismo que afastaria a imissão de qualquer elemento histórico, tal como acontece com as ciências da natureza onde o grau de cientificidade é alcançado mercê de todo um aparato metodológico que assegura a reprodução da experiência, confirmando-a como verdadeira. Todavia, ressalta Gadamer que “A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.”<sup>41</sup> Por esse caminho — ainda é dele a lição — “o texto deve ser procurado como um documento cujo sentido real deve ser procurado além do seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição.”<sup>42</sup>

Nesse sentido, Streck se louva de Heidegger para quem *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*, para entender que não há uma separação entre o texto e a norma, há, na verdade, uma diferença que é ontológica, insiste Streck<sup>43</sup>:

*a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse*

<sup>33</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>34</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 405.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>36</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 400.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, pp. 309-310, 324, 329.

<sup>38</sup> GADAMER, pp. 432-433.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 433-434.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 436.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 446-447.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 441.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A Diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: -Uma análise a partir do ontological turn*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo horizonte, n. 89, Jan/Jun 2004b, pp. 128-129.

*sentido*. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo*. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si só, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá sempre uma norma*. Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isso não pode significar que haja uma separação (ou independência) entre ambos (texto e norma)*. Com efeito — e permito-me insistir neste ponto —, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), *estes não subsistem separados um do outro*, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Daí porque não se deve dizer que o texto legal é um *mero texto*, ou seja, reduzir o texto a um mero enunciado lingüístico<sup>44</sup>. O texto legal diz muito, assim como o texto bíblico, uma poesia, etc. Mas no acoplamento lingüístico que a interpretação enseja — a revelar o horizonte de sentido da compreensão de um texto —, não se deve limitar pelo horizonte do autor (o legislador)<sup>45</sup>, como igualmente pelo horizonte daquele para quem o

texto foi originalmente escrito<sup>46</sup>, ou por outras, os textos não pretendem ser compreendidos como expressão de vida da subjetividade do autor<sup>47</sup>. Na verdade, “a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale.”<sup>48</sup>

A decisão judicial advinda sob tal contextura não restaria carregada de um subjetivismo tamanho, dizendo de outro modo: o texto jurídico como horizonte de sentido ao ensejar a norma como produto de sua interpretação faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do direito que, como questiona Streck<sup>49</sup>, não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio*?

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado. “O caráter de linguagem desse vir a palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal.”<sup>50</sup>, e prossegue Gadamer afirmando que “Cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando.”<sup>51</sup>

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, “a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção (*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada

<sup>44</sup> Streck se ampara, aqui, em Nelson Saldanha, quando o mestre pernambucano registra quieto “*texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto*: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. *Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se chegaria à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico*. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas.” (SALDANHA, Nelson. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. In: *Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito da LIFPE*, n. 10. Recife, 2000, p. 203 e ss., *apud* STRECK, 2004b, p. 130).

<sup>45</sup> “...frente à real exigência hermenêutica que compreende o sentido do texto, a reconstrução do que o autor realmente pensava é uma tarefa de somenos importância. A tentativa do historicismo consiste em ver nessa redução a virtude da cientificidade e considerar a compreensão como uma espécie de reconstrução que recupera, de algum modo, a gênese do texto. Desse modo, o historicismo segue o famoso ideal de conhecimento herdado do conhecimento da natureza, segundo o qual só compreendemos um processo na medida em que estamos em condições de produzi-lo artificialmente.” (GADAMER, *op. cit.* p. 486).

<sup>46</sup> Já o horizonte do intérprete, segundo Gadamer, “é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto” (GADAMER, *op. cit.* p. 503).

<sup>47</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 511.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 514.

<sup>49</sup> STRECK, 2004b, p.132.

<sup>50</sup> GADAMER, *op. cit.* p. 589.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 591.

perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo*, o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*.<sup>52</sup> Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck<sup>53</sup> “na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros.” E, aqueles que sustentam o relativismo da hermenêutica filosófica o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin<sup>54</sup>, sob o pressuposto de que

... poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.<sup>55</sup>

E Streck acrescenta, depois, arrematando com absoluta propriedade:

Numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma. Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta.<sup>56</sup>

Se o acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas passar por essa matriz, a decisão judicial, como

ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem como condição de possibilidade de manifestação de sentido, encontrar-se-á habilitada para ensejar o acontecer da verdade no momento da *applicatio*.

### 3. Aportes finais

As críticas a esse caminho hermenêutico são mais rápidas no gatilho do que certas na pontaria. Deveras, elas são alçadas no relativismo que daí adviria em função do poder discricionário que seria dado ao magistrado que se investiria de função criadora de direito.

Todavia, existem limitações ao cogitado relativismo. Sim, porque a norma advinda no momento da *applicatio* há de ser produto de uma compreensão existencial finita e histórica, ou seja, é erigida sob uma tradição que ao invés de proporcionar um fechamento da interpretação, não permite — isso sim — uma atribuição arbitrária de sentido e por isso lhe serve de blindagem.

Ocorreu-nos, neste momento, a lembrança de uma passagem muito interessante da literatura infanto-juvenil. Recordemos, por um momento, do *Pequeno Príncipe* de Saint-Exupéry. Em suas andanças ele se deparou com um planeta que era o menor de todos...

Tinha o espaço suficiente para um lampião e para o acendedor de lâmpadas... O pequeno príncipe não conseguia entender para que serviriam, no céu, num planeta sem casa e sem gente, um lampião e o acendedor de lâmpadas. No entanto, disse consigo mesmo: “Talvez esse homem seja mesmo um tolo. No entanto, é menos tolo que o rei, que o vaidoso, que o empresário, que o beerrão. Seu trabalho ao menos tem um sentido. Quando acende o lampião, é como se fizesse nascer mais uma estrela, ou uma flor. Quando o apaga, porém, faz adormecer a estrela ou a flor. É um belo trabalho. E sendo belo tem sua utilidade.” Quando alcançou o planeta, saudou educadamente o acendedor: — Bom dia. Por que acabas de apagar teu lampião? — É o regulamento — respondeu o acendedor. — Bom dia. — Qual é o regulamento? É apagar meu lampião. Boa noite. E tornou a acender. — Mas por que acabas de acendê-lo de novo? — É o regulamento — respondeu o acendedor. — Regulamento é regulamento. Bom dia. E apagou o lampião. Em seguida enxugou a testa com um lenço de losangos vermelhos. — Eu executei uma tarefa terrível. No passado, era mais sensato.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 533.

<sup>53</sup> STRECK, 2004b, p. 133.

<sup>54</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Sinus, 1999, p. 229 e ss, *apud* STRECK, 2004b, p. 134.

<sup>55</sup> STRECK, 2004b, p. 134.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*.



Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e toda a noite para dormir... — E logo depois disso, mudou o regulamento? — O regulamento não mudou — disse o acendedor. Aí é que está o problema! O planeta a cada ano gira mais depressa, e o regulamento não muda! Então? — disse o príncipezinho. — Agora ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto! — Ah! Que engraçado! Os dias aqui duram um minuto! — Não é nada engraçado — disse o acendedor. — Já faz um mês que estamos conversando. — Um mês? — Sim. Trinta minutos. Trinta dias. Boa noite. E acendeu o lampião.<sup>57</sup>

Efetivamente, o exemplo possui o condão de revelar que a interpretação apenas pode ensejar o acontecer da verdade se ela se move dentro de uma esfera de sentido apta a promover a ligação entre o passado (tradição) e o presente. A aplicação do regulamento pelo acendedor de lampião hesitava em admitir a nova contextualidade, que suprimia o sentido da interpretação e, portanto, aplicação que antes o regulamento ensinava. Se o texto (o regulamento) diz — e efetivamente diz — tal apenas pode acontecer como complementação produtiva de uma norma, que, na hipótese, não se produzia a partir de uma esfera de sentido apta a ensinar o acontecer da verdade, ou dizendo de outro modo, a ensinar a interpretação hermeneuticamente correta: a resposta certa que a situação estava a ensinar.

Com efeito, o jurista deve estar atento para as transformações na historicidade e faticidade afetas à nossa condição existencial e finita a fim de que a compreensão, como condição de possibilidade, possa se manifestar numa esfera de sentido apta a ensinar decisões jurídicas que permitam a *reposta hermeneuticamente correta* para o caso concreto.

Crianças, tolos e idiotas dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa porque não conseguem compreender, ou compreendem mal. De regra, não conseguem desenvolver, a partir de uma contextualidade, uma esfera de sentido que permita um verdadeiro nível de correção.

Retornemos, pois, ao dado empírico 4. Imagine-mos que o magistrado se limitasse a aplicar o regulamento — entenda-se o texto que assegura a reintegra-

ção de posse no caso de esbulho. Comprovada a posse do DNER e o esbulho, a consequência seria a reintegração. A essa decisão chegará o magistrado que reduza o direito exclusivamente à norma escrita. Não sentirá, de regra, nenhuma dificuldade para decidir quando o fato se ajusta perfeitamente à norma tal qual a mão à luva. Isso porque, sem dúvida, o positivismo clássico imprime uma auto-suficiência metodológica absolutamente sedutora. A decisão, todavia — ao contrário do que a sentença no dado empírico o fez — velará condições de possibilidade que a situação hermenêutica está a desvelar, embotando a compreensão que não se erige avançada a partir da consciência dos efeitos da história, da faticidade, da tradição que devem ligar o intérprete à situação hermenêutica e ensinar o acontecer da verdade no momento da *applicatio*.

O juiz que não estiver atento a isso continuará, tal qual o acendedor de lampiões, cumprindo a norma, cego (sem consciência) às transformações no curso da história, na qual ele está inserido, e resvalará a faticidade às vezes até em nome de uma tradição que já não mais existe porque se vive sob nova contextualidade.

## Referências bibliográficas

ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26, nº 25/26. Recife: 1983/84.

\_\_\_\_\_. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. In: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DANTAS, Ivo. *Sentença*. In: STRECK, Lenio Luiz. *hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

PAULA, Rafael Gonçalves de. *Sentença*. In: [www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir\\_news.asp?id=143](http://www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir_news.asp?id=143).

PEREIRA, Antônio Francisco. *Sentença*. In: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339>.

<sup>57</sup> SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. *O pequeno príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2006, pp. 49-50.



RUIZ, Urbano. *Decisão*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. *O pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10. Recife, 2000.

SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995, p. 251, separata do *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. (2004a) *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

\_\_\_\_\_. (2004b) *A Diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 89, jan./jun. 2004.