

**NO QUE A FILOSOFIA PODE AJUDAR A APLICAÇÃO DO DIREITO?
DE COMO A HERMENÊUTICA SERVE AOS SEUS SENHORES**

**IN WICH TERMS CAN PHILOSOPHY HELP THE IMPLEMENTATION
OF LAW? HOW TO SERVE HERMENEUTICS THEIR MASTERS**

Rogério Gesta Leal*

Resumo: Pretende o presente trabalho abordar o tema da hermenêutica jurídica a partir de alguns clássicos autores neste âmbito, verificando em que medida tais contributos podem auxiliar na aplicação do direito à solução de casos concretos.

Palavras-chave: Filosofia. Hermenêutica. Direito.

Abstract: The present work aims to address the issue of legal interpretation from some classic authors in this field, determining to what extent such contributions can help implement the right solution to specific cases.

Keywords: Philosophy. Hermeneutics. Right.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito; Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura; Membro da Rede de Direitos Fundamentais; do Conselho Nacional de Justiça, Brasília; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, Brasília; Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira; gestaleal@gmail.com

Introdução

Os temas da Hermenêutica e da Interpretação jurídica têm-se apresentados como imprescindíveis à análise da Jurisdição contemporânea, notadamente quando os paradigmas clássicos envolvendo o Estado, a Democracia e os Direitos Humanos e Fundamentais estão passando por profundas revisões.

Para chegar a uma discussão a respeito das condições e possibilidades destes temas, impõe-se de plano avaliar algumas contribuições teóricas fundacionais da matéria, e os farei a partir de referenciais que constituem, ao longo do tempo, verdadeiros diálogos de fontes distintas, mas complementares, as quais, muitas vezes, são colocadas, por leituras apressadas, como incompatíveis entre si. Estou falando das contribuições de autores, como Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur, entre outros, que perfazem uma teia de articulações discursivas importantes, cuja convergência ocorre na superação das divergências.

Destaco, por outro lado, que o manejo desse universo cartográfico de autores vai me servir para, ao final, tentar demarcar alguns parâmetros do processo de decisão judicial e suas variáveis constitutivas.

1 Questões Históricas e Precursores: em busca de alguns fundamentos

Tornou-se lugar comum no âmbito da teoria do conhecimento afirmar-se que a hermenêutica pode ser definida, em linhas gerais, como teoria ou filosofia da interpretação do sentido do mundo.¹ Significa dizer que há um reconhecimento de que as expressões humanas contêm componentes significativos, que tem de ser conhecidos como tais pelos sujeitos sociais e transportados para os seus próprios sistemas de valores e significados. Como lembra Bleicher, trata-se de saber como é possível e de que forma se constitui esse processo de percepção, bem como se tornam objetivas as descrições de sentido subjetivamente intencionais, eis que passam sempre pela subjetividade dos intérpretes.²

O que significa, por exemplo, o tipo penal de bigamia para os países de cultura árabe? Os elementos materiais da Parceria Agrícola e do Arrendamento rural definidos pelo Estatuto da Terra não têm características distintas conforme a região e cultura do país?

Há cerca de dez anos poder-se-ia falar em obrigar um pai a amar ou a manter relacionamento afetivo com seu filho? Disse recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo que, se o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e causa lesões no direito da personalidade do filho, com atos de humilhações e discrimi-

¹ Conforme Miguel (1980, p. 39).

² Bleicher (1990).

nações, cabe, sim, reparação pelo dano moral causado, obrigando o pai a pagar indenização ao filho em um caso em que se discutia abandono afetivo.³

Ainda historicamente as raízes da palavra hermenêutica estão no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por *interpretar*. Tal expressão, em diversas formas, aparece numerosas vezes em textos da antiguidade.⁴ A palavra grega *Hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Essa palavra, resultado da junção do verbo *hermeneuein* com o substantivo *hermeneia*, remete para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram. *As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão.*⁵

Lembra Brice Wachterhauser que:

*Plato used this term in a number of dialogues, contrasting hermetic knowledge to that of **sophia**. Religious knowledge is a knowledge of what has been revealed or said and does not, like **sophia**, involve knowledge of the truth-value of the utterance. Aristotle carried this use of the term a step further, naming his work on logic and semantics *Peri hermeneias*, which was later rendered as *de interpretatione*. Only with the Stoics, and their reflections on the interpretation of myth, do we encounter something like a methodological awareness of the problems of textual understanding.*⁶

Em passagem deveras literária, Richard Palmer lembra que:

*The term “hermeneutics” seems to be related etymologically to the Greek god Hermes. Hermes, you will recall from the **Iliad** and the **Odyssey**, was the messenger of the gods. He carried messages from Zeus to everybody else, especially from the divine realm and level down to the human level. In doing so, he had to bridge an ontological gap, a gap between the thinking of the gods and that of humans. According to legend, he had (1) a mysterious helmet which could make him invisible and then suddenly reappear, (2) magical wings on his sandals to carry him swiftly over long distances, and (3) a magical wand that could put you to sleep or wake you up. So he not only bridged physical distances and the ontological gap between divine and human being, he bridged the difference between*

³ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-13/justica-sp-condena-pai-indenizar-filho-abandono-afetivo>>. Acesso em: 13 jan. 2010. Veja-se que O Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o assunto ao julgar um recurso de Minas Gerais, proposto pelo filho que alegava abandono moral pelo pai. O relator, ministro Fernando Gonçalves, entendeu que não existe dano moral pela simples e boa razão de que não há meio de obrigar alguém a amar outro, mesmo que seja seu filho. O ministro César Asfor Rocha repudiou o que chamou de tentativa de quantificar o amor com o intuito de conceder indenização. O ministro Aldir Passarinho Júnior salientou que a questão deve ser resolvida no âmbito do Direito de família.

⁴ Aristóteles, no *Organon*, considerou que o tema da hermenêutica merecia tratamento diferenciado. Da mesma forma em escritores tão importantes quanto Aristóteles, como Xenofante, Plutarco, Eurípedes, Epicuro, etc., conforme Cassirer (1989).

⁵ Palmer (1989, p. 24). Ainda adverte o autor que há três vertentes básicas do significado de hermenêutica: (1) exprimir em voz alta, ou seja, dizer; (2) explicar, como quando se explica uma situação; e (3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira.

⁶ Wachterhauser (2002, p. 29).

*the visible and the invisible, and between dreams and waking, between the unconscious and the conscious. He is the quicksilver god ["Mercury" in Latin] of sudden insights, ideas, inspirations. And he is also the trickster god of thefts, highway robbery, and of sudden windfalls of good luck.*⁷

Essa ideia de que a hermenêutica se afigura como forma de transpor distâncias sígnicas, semânticas e pragmáticas, construindo atribuições de sentidos, forja-se na crença de que as diferenças cognitivas, culturais, sociais, políticas, ideológicas, econômicas, não inviabilizam a comunicação compreensiva voltada para o entendimento. A questão é saber se há regras mínimas para que isto ocorra com certo grau de previsibilidade, segurança e transparência.

A 3ª Turma do TRF da 4ª Região considerou ilegal a realização de concurso público para juiz do trabalho de Santa Catarina em horário especial. O benefício havia sido concedido liminarmente pela 2ª Vara Federal de Florianópolis, em novembro de 2004, a Maurício Rocco Loewen, que pertence à Igreja Adventista do Sétimo Dia. A religião considera sábado um dia sagrado, o que levou o candidato a pedir na Justiça autorização para fazer prova após o pôr do sol.⁸

Ao longo de sua história, a hermenêutica foi surgindo gradativamente como uma teoria da interpretação, no mínimo, em três níveis estruturais: (1) para auxiliar as discussões sobre as linguagens dos textos, cada vez que surgia a necessidade de traduzir literatura especializada que não possuía tradução direta, quer em virtude da distância no espaço e no tempo, quer de diferenças em nível de linguagem;⁹ (2) para facilitar a exegese da literatura bíblica, eis que praticamente todas as religiões que assentam seus pressupostos em um texto sagrado desenvolveram sistemas de normas interpretativas, atingindo sua principal formulação durante e posteriormente à reforma;¹⁰ (3) para guiar a *jurisdiction actum*, no âmbito da solução de litígios, ante também a diversidade de povos e culturas que deveriam conviver sob uma mesma jurisdição.¹¹

⁷ Palmer (1999, p. 1). Mais tarde ainda vai referir o autor que: *Although Aristotle's treatise Peri hermêneias defined hermeneutics very narrowly in terms of determining the truth and falsity of assertions, the words hermêneuein, hermêneia, and their cognates were widely used in ancient Greek to mean interpretation in several senses: first, the oral interpretation of Homer and other classic texts- the interpreters of Homer were called "hermeneuts"; second, translation from one language into another was a hermeneutical process; and third, the exegesis of texts. This exegesis brought out the meaning, sometimes a hidden meaning.* (PALMER, 1999, p. 9).

⁸ AMS n. 2004.72.00.017119-0/SC - com informações do TRF-4.

⁹ Notadamente nas traduções de línguas mais antigas para as mais novas: do grego para o italiano, francês, alemão, por exemplo. Contemporaneamente há vários exemplos na área jurídica, diante da cada vez mais complexa rede de temas e assuntos que chegam ao poder judiciário (manipulação genética, transplante de órgãos, direito autoral, crimes virtuais, etc.), que possuem códigos linguísticos e aspectos normativos estranhos ao cotidiano e mesmo cultura dos juristas, demandando, entre outras, investigações gramatical e exegética próprias, cujos fundamentos e argumentos não se encontram sob o domínio pleno da ciência jurídica.

¹⁰ Nesse ponto, ver o excelente texto de ONG, Walter J. Ramus: *Method, and the Decay of Dialogue: From the Art of Discourse to the Art of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

¹¹ Conforme Ferraris (2000). Também nesta direção o trabalho de Gerald Bruns, ao sustentar que: *As a theory of interpretation, the hermeneutic tradition stretches all the way back to ancient Greek philosophy. In the course of the Middle Ages and the Renaissance, hermeneutics emerges*

Em verdade, com a emergência do Romantismo e Idealismo alemães a condição da hermenêutica se alterou, tornando-se mais filosófica no sentido estrito do termo, passando a ser concebida não mais como ferramenta metodológica e didática para o auxílio de outras disciplinas, mas transformando-se em condição de possibilidade para a comunicação simbólica enquanto tal. Como quer Eric Hirsch, a hermenêutica altera o centro de preocupação da comunicação, no sentido de: *The question “How to read?” is replaced by the question, “How do we communicate at all?”*¹²

Por uma questão de demarcação de tempo e espaço, entendo que a filosofia antiga e clássica não interessaria tanto quanto a moderna, ao menos no que se refere à hermenêutica jurídica – objeto de minha atenção –, *locus* em que as preocupações mais intensas sobre a relação do homem com sua história em termos de participação ativa e não tanto como espectador vai demandar uma postura mais crítica no ato compreender/apreender o mundo e suas nuances.

A necessidade de a Idade Moderna romper definitivamente com as estruturas do medievo faz com que as especulações teóricas do Iluminismo buscassem purgar o pensamento humano da incerteza dos elementos históricos e culturais particulares, tema que está expresso no surgimento das ciências sociais que buscam encontrar o humanamente comum no homem moderno.¹³

De outro lado, impunha-se ao novo tempo uma metodologia de investigação, compreensão e apreensão do mundo que possibilitasse maior segurança, estabilidade e rentabilidade aos setores produtivos da época.¹⁴ Tal fato outorgou às ciências sociais uma metodologia muito especial: fundada nas verdades eternas da natureza humana, purgada dos preconceitos históricos e culturais, e seguindo o método nomológico-dedutivo das ciências naturais objetivando formular leis científicas sobre os seres humanos capazes de lhe imprimir maior estabilidade, certeza, previsibilidade e constância de comportamentos e ações, características indispensáveis às demandas de mercado que iniciavam a se impor.¹⁵

Ora, nesse diapasão, como o homem, a partir principalmente de Kant, não conhece mais as coisas, mas tão somente o conhecimento das coisas, há de se buscar um conhecimento válido e puro de tal forma que, sempre e em todas as partes,

as a crucial branch of Biblical studies. Later on, it comes to include the study of ancient and classic cultures. (BRUNS, 1992, p. 41).

¹² Hirsch (2007, p. 22).

¹³ Nesse sentido, o trabalho de Mootz (2001, p. 523-618).

¹⁴ É importante verificar que o Iluminismo foi palco de triunfos espetaculares no campo das ciências exatas, conquistando significativamente o mundo natural. As ciências sociais nascem sob o influxo deste movimento e comportamento do pensamento científico. Em outras palavras, se os métodos das ciências naturais fossem estritamente seguidos, então os êxitos dessas ciências poderiam finalmente alcançar-se nas ciências sociais. Ver o trabalho de Lara (1991, p. 34-92) bem como o texto de Vayne (1990, p. 57).

¹⁵ Veja-se que o grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria política e jurídica moderna foi o de como dominar a natureza para que ela não se apresentasse mais de forma ameaçadora à espécie humana, surgindo as ciências como um dos instrumentos fundamentais para regulá-la. A partir daqui, a natureza não vai mais ser considerada como objeto de medo e de contemplação, mas como campo de estudo e de atuação do homem, convidado a aperfeiçoá-la; e, mediante esse trabalho, convidado a aperfeiçoar a si mesmo. Nesse sentido o texto de Kantorowicz (1991, p. 35). Na mesma direção o excelente trabalho de Tronttini (1992, p.181ss.).

esteja provido de lógica necessária e validade universal¹⁶ (como a tipologia dos contratos codificados no Estatuto Civil brasileiro: compra e venda, locação, empreitada, etc.). Essas ponderações kantianas vão proporcionar, de um lado, a necessidade de contar com um instrumental de categorias que outorguem unidade e logicidade ao discurso e à comunicação, formas indispensáveis de se apoderar da natureza em proveito próprio; de outro lado, vão demonstrar como a experiência social é neural para que o processo de intervenção do homem nesta natureza não ocorra de forma abstrata e individualista.¹⁷

Em verdade, na base disso tudo está um clássico debate sobre ciências da natureza e ciências do espírito, muito bem apreendido por Betti:

*[...] mentre le scienze naturali si occupano dei fatti oggettivi, dei quali si acquisiscono conoscenze astratte universali, per subordinarle sotto leggi permanenti, le scienze umane, quali psicologia, antropologia, pedagogia, scienze della letteratura, della lingua, della storia ed altre, si dedicano al contrario alla soggettività dell'uomo, al suo modo di vivere il mondo, di sperimentarlo con sentimenti, pensieri ed interessi, laddove l'uomo è l'autore creativo.*¹⁸

Esta tendência universalizante e totalizante do pensamento, em busca de uma apreensão cada vez maior do mundo em que opera, faz com que as perspectivas localizadas ou regionais deem lugar a percepções integradoras. Daqui advém a mudança radical de fase da hermenêutica – a qual se pode chamar de Teoria Hermenêutica –, até agora preocupada com a filologia de textos clássicos, principalmente os da antiguidade greco-latina e com a exegese dos textos sagrados, Antigo e Novo Testamentos.¹⁹

Por óbvio que as preocupações interpretativas que assolam esse período estão conectadas com as demandas de uma cultura burguesa ascendente que necessita de instrumentos e mecanismos de estabilização e perfectibilização de sua leitura e inserção no mundo, até em virtude dos cenários belicosos que este mo-

¹⁶ Por certo que esta perspectiva vai gerar, ao depois, problemas envolvendo o que se poderia chamar de pretensão de universalidade da hermenêutica (tema de confronto entre alguns filósofos, entre os quais, Gadamer e Habermas), como adverte Kaufmann: *ma non si deve in alcun caso fraintendere questa universalità dell'ermeneutica, facendone un assoluto; l'ermeneutica è una delle molte possibilità di entrare in rapporto con il mondo e con il diritto, e non può, perciò, restar chiusa rispetto ad altre teorie, come la teoria analitica o la teoria dell'argomentazione; anzi, essa implica ed apre addirittura alla necessità di tali teorie.* (KAUFMANN, 2003, p. 7).

¹⁷ Conforme Kant (1994). Lembra Jean Grondin que: “Da circunstância de que o princípio de razão suficiente deriva da nossa razão. Kant tira a conclusão de que a ordem, por ela constituída ou descoberta, tem validade apenas para o mundo dos fenômenos, ou das coisas, no modo como elas se nos manifestam e são elaboradas por nós. O mundo das coisas em si mesmas desaparece, agora, em pura irreconhecibilidade.” (GRONDIN, 1999, p. 119).

¹⁸ Betti (1979, p. 19). Refere ainda o autor que: *Perciò tale ambiente della soggettività richiede un altro modo di conoscenza, che corrisponde all'individualità concreta degli uomini e al loro sviluppo storico dinamico, a differenza di leggi universali immutabili.*

¹⁹ Ver o texto de Davidson (1994, p. 61ss.). Grondin também lembra que: Tornado acósmico e progressivamente inseguro, o sujeito hermenêutico torna-se romântico: ele se volta para a Antiguidade, para explorar às apalpadelas as regras artificiais de seu agir. Constitutiva para esta visão romântica torna-se, pois, a insegurança elementar do sujeito, e, conseqüentemente, sua dependência do trabalho preliminar da Tradição. (GRONDIN, 1999, p. 122).

delo de (des)organização comunitária criou ao longo do tempo, revelando outra faceta desta natureza humana que é exatamente a destrutiva, concorrencial e predadora. Daqui surge o debate levado a efeito pelos teóricos do contratualismo social, com Hobbes, Locke, Rousseau,²⁰ sustentando que o homem necessita de proteção contra a agressão dos seus semelhantes, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social, a partir da neutralidade normativa assegurada pela formalização e racionalização do direito.

Assim é que os juristas modernos, se de um lado quebram o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro, não rompem com o caráter dogmático impresso na concepção de sistema jurídico por esse modelo, ao contrário, tentam aperfeiçoá-lo ao fornecer-lhe qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas cujas validades repousam na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos.

A jurisdição consegue, em tal arcabouço, transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas pelo projeto hegemônico de sociedade vigente em cada época, veiculadas no conjunto de ordenamentos jurídicos instituídos.

O teórico do direito, como alguém capaz de reproduzir em laboratório – na sua razão – o próprio direito, o qual assume a forma de um sistema de enunciados cabais e que funcionam politicamente, toma uma nova função. A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominiun* e *societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII, o que equivale à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais.²¹

A partir disso, elabora-se uma teoria jurídica que fornece elementos para o estabelecimento de expectativas controláveis das reações humanas e a instauração de convivência ordenada, tudo mediado pela norma positivada e por seu guardião oficial, o Estado.²²

Dessa forma é que autores fundadores do que se pode chamar da hermenêutica moderna, como Schleirmacher,²³ vão sustentar que há determinados passos

²⁰ Já abordei este tema, de forma mais exaustiva, em meu livro: Leal (2002). Ver também os textos de Angoulvent (1995); Bobbio (1991); Macpherson (1979); Manent (2006); Moura (1991); Ribeiro (1999); Villanova (2007).

²¹ Ferraz Júnior (1997, p. 69). Essa reconstrução racional equivale a uma espécie de física geral da socialização.

²² Morató (1998, p. 361).

²³ Friedrich Ernst Daniel Schleirmacher (1768-1834) foi filósofo e teólogo do romantismo alemão, nascido em Breslau. Como sacerdote, viveu em diversas cidades até instalar-se definitivamente em Berlim, oportunidade em que desenvolveu um trabalho extremamente árduo de tradução das obras de Platão, tendo ainda oportunidade de lecionar teologia em Halle, de 1804 a 1806. Considerado como um dos grandes representantes do romantismo, sua produção teórica esteve influenciada diretamente por Fichte, Spinoza, Kant e Schelling.

sempre necessários a qualquer interpretação que se pretenda correta, a saber: (a) tudo que necessita de uma maior determinação em um dado contexto, somente pode sê-lo por referência ao campo de linguagem partilhado pelo autor e pelo seu público; (b) o significado de cada palavra tem de ser determinado por sua referência ao meio em que atua; (c) existindo um conhecimento histórico e linguístico adequado, o intérprete encontra-se em posição de compreender melhor o autor do que este se compreendeu a si próprio.²⁴ Com tais procedimentos metodológicos, pretendia o autor outorgar uma pretensão de universalidade aos processos e resultados de interpretação, garantindo com isso a ampliação da objetividade deles.²⁵

Paul Ricoeur a esse respeito vai sustentar que, antes de Schleiermacher, o que existiu, de um lado, foi a experiência da filologia dos textos clássicos, sobretudo os da antiguidade greco-latina, e, do outro, uma exegese dos textos sagrados, o Antigo e o Novo Testamentos. Por outro lado, diz o autor, o programa hermenêutico de Schleiermacher era portador de uma dupla marca – romântica e crítica: romântica, por seu apelo a uma relação viva com o processo de criação e crítica por seu desejo de elaborar regras universalmente válidas da compreensão.²⁶

De certa forma, a partir desses paradigmas hermenêuticos, vai se constituir perspectiva mais ligada às circunstâncias históricas e políticas determinadas e determinantes na instituição das formas de compreensão dos discursos e das justificativas do poder político, bem como do jurídico.

Veja por exemplo o tema disposto no art. 229, do Código Penal brasileiro, que criminaliza a conduta de quem mantém casa de prostituição: “Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, o intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Ora, salvo melhor juízo, além da tipicidade formal – condizente à adequação do fato concreto à letra fria da lei penal incriminadora –, há a busca pela verificação da efetiva e concreta lesão ao bem jurídico. Assim, a evolução do conceito de tipicidade, ocasiona, também, reflexão no que diz respeito à pertinência da norma incriminadora ao contexto social.

Por tais razões, a aplicação de sanção penal em relação à conduta, descrita na referida norma penal, é alvo de divergência doutrinária e jurisprudencial, em face exatamente da sociedade ter evoluído e revisado alguns de seus costumes, em

²⁴ Schleiermacher (2000). Como se pode notar há certa tendência psicologista no processo de interpretação proposto pelo autor, que restou conhecido como divinatório.

²⁵ Tenho ciência da crítica acertada que Gadamer faz à Schleiermacher no sentido de que: “[...] a teoria da compreensão de Schleiermacher culmina numa teoria do ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se funde por inteiro no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é estranho ou estranhável no texto.” Esta teoria da compreensão o autor, antes, chama de Teoria da Produção Genial (p. 300), valendo a pena observar suas críticas no ponto (GADAMER, 1997, p. 439). Todavia, interessa-me aqui destacar sua contribuição metodológica ao problema da apreensão do problema interpretativo.

²⁶ Aduz ainda o autor que: “Talvez toda hermenêutica fique sempre marcada por essa dupla filiação romântica e crítica, crítica e romântica. Crítica é o propósito de lutar contra a não-compreensão em nome do famoso adágio: “há hermenêutica, onde houver não-compreensão”; romântica é o intuito de “compreender um autor tão bem, e mesmo melhor do que ele mesmo se compreendeu.”(RICOEUR, 2008, p. 27).

especial no que se refere ao pudor e à quebra de paradigmas atinentes à conduta sexual, gerando, por vezes, um menor nível de censura relacionado à existência de casas de prostituição.

Atente-se para o fato de que não estou a falar, como bem explicitou o Ministro Arnaldo Esteves Lima, nos autos do REsp 820406/RS, das hipóteses de exploração sexual de crianças e adolescentes (artigo 244-A, do ECA), de rufianismo (artigo 230, do Código Penal) e do favorecimento da prostituição (artigo 228, do CP), sobre as quais a sociedade expressa total repugnância.

O que não se pode negar, todavia, é que, em nível de senso comum/imaginário social, já há certa tolerância à existência de casas de prostituição, principalmente quando estas, com certa hipocrisia, localizam-se em áreas não residenciais, até porque, não raro, esses locais não são destinados exclusivamente à prostituição, mas se apresentam como bares, ou casas de *show*, voltadas ou não para encontros sexuais, o que aumenta o nível de tolerância social.

Talvez até pode-se pensar na possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em tais situações, ante a ausência de ofensa concreta a bem jurídico relevante, combinado com o princípio da adequação social, consubstanciado na aceitação (tácita) da sociedade em relação à citada conduta, afastando, então, a possibilidade de aplicar-se reprimenda criminal àqueles que praticaram o núcleo típico inscrito no artigo 229, do Código Penal.

De qualquer sorte, os tribunais permanecem divididos na espécie, demonstrando a força que a cultura e os hábitos e crenças sociais impõem nas convicções expedidas decisionalmente, a saber:

EMENTA: MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Conduta de manutenção de casa de prostituição, socialmente aceita, sem necessidade de intervenção penal, por força da adequação social da conduta. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime (3) Nº 70024551228, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 26/06/2008).
EMENTA: CASA DE PROSTITUIÇÃO. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE. Os delitos de “casa de prostituição” e de “favorecimento da prostituição”, este quando não envolve menores, são condutas atípicas por força da adequação social. À sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como “acompanhantes”, “massagistas”, motéis, etc, que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, em razão de tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não será as de origem mais modesta. Recurso improvido. (Apelação Crime (4) Nº 70023513120,

Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 07/05/2008).

Em sentido contrário:

[...] A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. O enunciado legal (art. 229 e art. 230) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais. Os crimes em comento estão gerando grande comoção social, em face da repercussão, existindo uma mobilização nacional de proteção dos menores. Recurso conhecido e provido. (REsp 585.750/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 15/03/2004 p. 295). PENAL. RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ARTIGO 229 DO CP).

I - A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (Precedentes).

II - A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v.g., desvirtuada atuação policial (artigo 2º, caput da LICC).

Recurso conhecido e provido.” (REsp 146.360/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/1999, DJ 08/11/1999, p. 85).

Para compreender como ocorre a constituição do sistema jurídico (ordenamentos e normas), pode-se então fazê-lo, a partir de Schleiermacher, da seguinte maneira:

- a) A determinação da especificidade do jurídico a partir do compartilhamento do seu universo linguístico entre autor da norma (Estado *versus* Soberania Popular) e seus operadores (juristas) e os seus destinatários em geral (Sociedade Civil). Esta é uma relação demasiadamente complexa, com um grau de dificuldade envolvendo o sistema jurídico e seus operadores, e outro grau maior ainda envolvendo seus destinatários gerais, ou seja, a sociedade como um todo. Isso ocorre no primeiro nível de complexidade (envolvendo os operadores jurídicos que manejam o sistema) porque o compartilhamento linguístico entre eles é deficitário, haja vista a precária formação de grande parte dos operadores do direito no país, não sabendo manejar o sistema em sua exaustão, deixando de aprofundar os meandros e potencialidades que ele apresenta.²⁷

²⁷ Isso ocorre, por exemplo, com a baixa densidade constitucional das abordagens dos problemas jurídicos ante os tribunais, tratando-os no âmbito da infraconstitucionalidade, centradas quase sempre em fragmentos do direito privado.

De outro lado, afigurando-se como mais incisiva a dificuldade do compartilhamento referida por Schleiermacher, apresenta-se o profundo distanciamento que a Sociedade Civil em geral mantém como sistema jurídico como um todo (e também da jurisdição e do Poder Judiciário), haja vista seus indecifráveis e intrincados códigos linguísticos, que não possibilitam uma comunicação compreensiva, mas unilateral, alcançando somente os iniciados – quando os alcança.²⁸

Tudo isso pode ser sentido de forma mais gravosa, por exemplo, no espaço das audiências judiciais – sejam instrutórias, sejam de tentativa de conciliação. Como vai se estabelecer um espaço de interlocução que vise ao entendimento entre sujeitos falantes que possuem categorias de comunicação diferentes, inviabilizando a compreensão das falas e, inexoravelmente, a composição de interesses que elas veiculam?

- b) Quanto ao significado de cada palavra ser definido no meio em que atua, mister é que se considere aqui a importância do *locus* em que a discursividade jurisdicional vai operar, e isto porque, em regra, os atos e negócios que ocorrem entre sujeitos de direito nem sempre podem ser visualizados diretamente pela ótica normativa do tipo legal codificado (contrato de compra e venda, locação, empreitada, etc.). Isso acontece porque os indivíduos não têm obrigação de conhecer os termos da lei; a duas, porque as práticas negociais no cotidiano do mercado ora respeitam critérios formais e tradicionais, forjados por lei, ora não, principalmente em um país em que metade de sua economia tem-se revelado informal.

Esse cenário sofre mutabilidades permanentes, criando institutos novos que, a despeito de não estarem alcançados pelo sistema jurídico diretamente, geram efeitos jurídicos aferíveis. Pode-se citar, a título exemplificativo, as situações – no âmbito da construção civil – dos contratos de subempreitada (em que o empreiteiro contrata, por vezes à revelia do contratante, terceiro para realizar parte de um serviço); o caso das locações híbridas (envolvendo a migração de um locativo matricialmente residencial para outro misto, em que o locatário utiliza parte da residência para o desenvolvimento de atividade comercial de subsistência²⁹). Para tais situações, se a opção for a de enquadramento normativo direto perante o sistema jurídico, a resposta do sistema vai ser – em tese – negativa/proibitiva,

²⁸ Veja-se a dificuldade de explicar para um homem comum do povo que, no Brasil, pelos termos do art. 44, do Código Civil de 1916, consideram-se bens imóveis, para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram; II - as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade; III - o direito à sucessão aberta. Afinal, o que são direitos reais, penhor agrícola, ações assecuratórias, apólices da dívida pública oneradas com cláusula de inalienabilidade, sucessão aberta?

²⁹ Isso geralmente ocorre envolvendo famílias que necessitam aumentar sua renda mensal e, para tanto, resolvem abrir um negócio de *fundo de quintal*, ou mesmo para comércio de produtos de pequeno valor – como os conhecidos estabelecimentos de R\$ 1,99. Também se pode identificar aqui aquelas situações em que há o desemprego inesperado de algum membro familiar, obrigando-o a encontrar alguma forma de subsistência, como a do comércio domiciliar. Ver decisão: (1) STJ – RESP 330420 – RS – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 04.11.2002; (2) 2ª TACSP – AI 724.977-00/4 – 8ª C. – Rel. Juiz Ruy Coppola – DOESP 03.05.2002.

porque tais figuras não estão previstas nele, podendo gerar a compreensão de que se tratam de simples ilicitudes a serem corrigidas pelo paradigma duro dos tipos contratuais previstos pelas normas.

Outra possibilidade, mais condizente com a realidade material sobre a qual opera o sistema normativo, é a de se buscar o que chamo de *equalização circunstancial dos parâmetros legais* ao caso concreto, destacando nele suas potenciais características metanormativas e normativas, com critérios e considerações a serem especificados mais tarde.

- c) Quanto à dimensão histórica e linguística da compreensão da norma em sua pretensão e fundamentação original, o que se pode destacar é a possibilidade de aferir quais as razões de justificação da sua existência, para então demarcar as possibilidades de contemporanizá-la, de forma positiva ou negativa. E, nesse sentido, o que pretendia Schleiermacher era efetivamente que se reconfigurasse, pela via da hermenêutica, da maneira mais perfeita possível, todo o transcurso interior da atividade compositora do escritor.³⁰

Entretanto, por que isto é importante? Pelo simples fato de que se afigura inexecutável um saber perfeito e uma verdade absoluta na perspectiva do autor alemão sob comento, em face mesmo da finitude do gênero humano, havendo em toda a esfera do pensar temas infundáveis à contenda, o que impõe a necessidade da conversação enquanto forma de constituir saberes e verdades comuns (passíveis de eliminar ou diminuir aquela contenda).³¹

Um dos temas típicos e pragmáticos de contendas que se pode citar aqui é o que envolve o Decreto-Lei de Alienação Fiduciária no Brasil, n. 911/69, forjado para atender aos interesses das instituições financeiras internacionais e nacionais que aportavam recursos no país para o seu desenvolvimento industrial. Os critérios de proteção do capital colocado à disposição do mercado deveriam, naquele período, garantir proteção unilateral dos bancos, em nome da redução do risco de inadimplemento eventual e do cumprimento dos contratos avençados, independentemente das cláusulas leoninas, adesivas e absolutamente abusivas, eis que onerando por demais o mútuo estabelecido ao consumidor que dele lançava mão. Por tal razão, em caso de inadimplemento parcial da dívida, poderiam as institui-

³⁰ Conforme Schleiermacher (1998). É daqui que decorre a advertência do autor no sentido de que o intérprete deveria considerar os textos independentemente da pretensão de verdade, como meros fenômenos de expressão, o que de certa forma coloca a hermenêutica em perspectiva distanciada das ciências exatas, e mais próxima das ciências da cultura e sociais.

³¹ Refere-se, assim, o autor que: “[...] quem não gostaria de valorizar um colóquio significativo, que também poderia facilmente tornar-se ação significativa em múltiplas direções, como ainda uma meditação mais atenta, destacando nelas os pontos vivos, procurando captar sua conexão interna e perseguindo todas as suas alusões silenciosas?” (SCHLEIERMACHER, 1977, p. 19). Também em Gadamer essa percepção vai estar muito presente, pois chega a afirmar: “Meu próprio esboço hermenêutico, em seu objetivo filosófico básico, não diverge muito da convicção de que somente na conversação chegamos às coisas. Somente quando nos expomos à possível concepção oposta, temos chances de ultrapassar a estreiteza de nossa própria concepção.” (GADAMER, 2001, p. 32).

ções financeiras lançar mão de expedientes desapossatórios dos bens adquiridos e alienados fiduciariamente ao mutuário,³² sem direito à prévia e ampla defesa, prerrogativa garantida pela ordem constitucional instituída a partir de 1988.

A partir daqui, tendo-se ciência dessa historicidade da norma de alienação fiduciária no país, e cotejando-a com as garantias constitucionais processuais (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, direitos do consumidor), a jurisdição brasileira, ainda que de forma tímida, começou a contestar a constitucionalidade de determinados dispositivos desse estatuto normativo, notadamente no âmbito da violação que ele acometia àquelas garantias, asseverando, entre outros argumentos, que o art. 3º, do Decreto-Lei 911/69, deveria ser interpretado em conformidade com a ordem constitucional vigente, em observância à ampla defesa, descabendo a concessão de liminar com base na simples mora.³³

A despeito disto, importa também reconhecer que há julgados há tempo consolidados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que entendem, de forma extremamente restritiva, que a violação dessas garantias processuais não seriam suficientes para desrespeitar norma constitucional direta:

CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO ALEGAÇÃO DE OFENSA À CF, ART. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV E LV – I. Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da Lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a Lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. II. Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). III. A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LIV e LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. Agravo não provido.³⁴

³² Pela via da Busca e Apreensão, nos termos do art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, afigurando-se como matéria de defesa tão somente a realização do pagamento ou a purgação da mora existente, afastando, pois, qualquer alegação sobre existência de cláusulas abusivas, inconstitucionais, etc.

³³ Agravo de Instrumento n. 70001451012, da 14ª Câmara Cível, do TJRS, Rel. Sejalmo Sebastião de Paula Nery, julgada em 28/11/2004. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 4 jan. 2005. Assim também nossa decisão na Apelação Cível n. 70008303059, sustentando que, existentes na avença entabulada entre a instituição financeira e o consumidor disposições contrárias ao sistema de proteção e defesa do consumidor e ao princípio da boa-fé objetiva, a demonstrar atuação contratual contrária ao direito, ocorre invalidade das obrigações excessivas, afastando a mora *solvendi*. Ausente a mora *solvendi*, não está presente o requisito autorizador do ajuizamento da ação de busca e apreensão, carecendo o proprietário fiduciário desta demanda. Julgado em 15/04/2004, na 14ª Câmara Cível do TJRS. Sobre esses temas, recomendo a leitura do trabalho de Schonblum (2004).

³⁴ STF – RE-AgR 154158 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 20.09.2002 – p. 112. Na mesma linha decisional: *AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade,*

Adverte Grondin que a visão da hermenêutica tradicional era de que se entende tudo de modo correto e liso, até que se encontre uma contradição. Uma hermenêutica, nessa perspectiva, somente se faria necessária quando não mais fosse possível esse entendimento plano.

A compreensibilidade era antigamente o primário ou inato, a não-compreensão, por assim dizer, a exceção, razão pela qual necessitava de um auxílio hermenêutico. Indo de encontro a tal compreensão, Schleiermacher põe esta perspectiva de cabeça para baixo pressupondo o mal entendido (o equívoco) como realidade básica. Desde o início do esforço de compreensão normalmente só se torna insegura, por já ter sido anteriormente descuidada.³⁵

Essa mudança de paradigma, estabelecendo o ponto de partida do conhecimento e da compreensão a partir do primado universal do mal-entendido (ou do conhecimento e da compreensão parcial), decorrência também da problematização pós-kantiana da razão, que se torna instável em razão do caráter perspectivista e hipotético de suas tentativas de compreensão, traz a lume novas possibilidades da hermenêutica e da interpretação. Pergunta Grondin:

Quando é que se pode realmente afirmar que se entendeu alguma coisa até o fim? Em toda a compreensão, mesmo onde ela aparece estar dando certo, não pode ser excluído um resto de mal entendido. Para Schleiermacher interessa a universalização da experiência demasiado humana, de que como consta em 1829, “a não compreensão não quer nunca dissolver-se totalmente.”³⁶

Seguindo essa cadeia de raciocínio, os primeiros passos da Teoria Hermenêutica, agora já na dicção de Dilthey,³⁷ vão tomar como pressuposto fundamental que o texto/realidade a interpretar é a própria realidade juntamente com o seu encadeamento no mundo dos homens, pois, antes da coerência de um texto, vem a da história, considerada pelo autor como um grande referencial identificador do indivíduo temporalizado e espacializado. Esse homem, assim, não é um estranho para o seu semelhante, pois fornece sinais de sua própria existência, perceptíveis

do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes. STF – AI-AgR 360265 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 20.09.2002 – p. 109.

³⁵ Grondin (1999, p. 127). Citando o próprio Schleiermacher: *O negócio da hermenêutica não deve iniciar apenas ali, onde a compreensão se torna insegura, porém desde o primeiro começo do empreendimento de querer entender um discurso. Porque a compreensão normalmente só se torna insegura por já ter sido anteriormente descuidada.*

³⁶ Grondin (1999, p. 127).

³⁷ Wilhelm Dilthey (1833-1911) historiador e filósofo alemão, desenvolveu suas atividades acadêmicas principais em Berlin, trabalhando principalmente o tema da filosofia da vida, influenciado diretamente pelo romantismo alemão e por pensadores da estirpe de Nietzsche e Bergson. Ver o texto de Mengoni (1996).

e mesmo constituídos por seus pares,³⁸ criando provas físicas e inteligíveis ao longo do seu processo de desenvolvimento: sistemas culturais, a filosofia, a arte e a religião, o Direito. É preciso, pois, interpretar os signos objetivados nestas estruturas sociais significadas/significantes.

Nesse sentido, Makkreel diz que:

But it is Dilthey who gives hermeneutics its “canonical” modernist direction. Hermeneutics is generalized as the “human science” which applies to the various disciplines which deal with Geisteswissenschaft, the sciences of “understanding.” And, it is Dilthey who contrasts such sciences from the natural sciences, Naturwissenschaften, which are distinguished as sciences of “explanation.” It is this distinction which becomes canonical and which remains operational within the still modernist hermeneutic traditionalists. Modern hermeneutics thus becomes a “humanities” methodology, broader than exegesis, but not a truly “general” method, and it remains distinct from the natural sciences.³⁹

O reconhecimento de que são nessas estruturas históricas e concretas do convívio social que vão se estruturando as redes de significados e significações possíveis de serem apreendidos/compreendidos pelos homens, implica aceitar que este homem se revela a si e aos outros no exato momento da exteriorização da sua vida e pelos efeitos que ela produz nos outros. Em outras palavras, “ele só aprende a conhecer-se pelos meandros da compreensão que é, desde sempre, uma interpretação.”⁴⁰ Por tais razões é que Ricoeur vai dizer:

Como se sabe, o espírito geral da Crítica pretende inverter a relação entre uma teoria do conhecimento e uma teoria do ser; deve-se medir a capacidade do conhecer antes de se enfrentar a natureza do ser. É compreensível que o clima kantiano tenha sido o adequado à formação do projeto de referir as regras de interpretação não à diversidade dos textos e das coisas ditas nesses textos, mas à operação central que unifica a diversidade da interpretação. Se Schleiermacher não está pessoalmente consciente de operar na ordem exegética e filológica o tipo de revolução copérnica operada por Kant na ordem da filosofia da natureza, Dilthey estará perfeitamente consciente disso, no clima neokantiano do fim do século XIX.⁴¹

³⁸ Para o autor, a compreensão do que o indivíduo é para si mesmo somente pode ser atingida mediante as objetivações da sua própria vida; o conhecimento de si mesmo é já uma interpretação que não é mais fácil que a dos outros, por que o indivíduo só se compreende a partir dos sinais que ele dá de sua vida e que lhe são remetidos pelos outros.

³⁹ Makkreel (1975, p. 40).

⁴⁰ RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Op. cit., p.189. Na verdade, Ricoeur já defendia, em seu livro RICOEUR, Paul. *The conflict of interpretations*. New York: Northwestern University Press, 1974, p. 4, que: “hermeneutics can be traced back to Aristotle’s *Peri hermeneias* and that in this classical work hermeneutics is a general theory of human comprehension.”

⁴¹ Ricoeur (2008, p. 26). Com isto se incluiu as ciências exegéticas e filológicas no interior das ciências históricas. Diz o autor: “Somente no interior dessa inclusão a hermenêutica vai aparecer como uma resposta global trazida à grande lacuna do kantismo [...] Mas não se tratava apenas de preencher uma lacuna do kantismo. Tratava-se de revolucionar profundamente sua concepção do sujeito. Por haver-se limitado à busca das condições universais da objetividade na

Na contribuição de Dilthey, por fim, percebe-se que a compreensão de um determinado texto/realidade se institui a partir da compreensão de um outrem que aí se exprime, momento em que acontece o deslocamento do objeto da hermenêutica do sentido e da referência do texto para o plano de existência conjuntural e histórica que nele se encontra, notadamente a partir da subjetividade que o criou. O autor está preocupado em superar o dualismo existente entre lógica e vida, reivindicando a investigação rigorosa àquela área que foi banida como metafísica, e trazendo a comunhão entre eles: ciência e vida, teoria e praxis.⁴²

Por intermédio de sua *Crítica da Razão Histórica*, Dilthey pretendeu trazer à esfera da ciência a área da vida, fornecendo as bases para a possibilidade de padrões de ação moral genericamente válidos, o que alarga o próprio conceito de ciência – dotando-o de uma nova base epistemológica – para que o conhecimento genericamente válido possa derivar tanto dos fenômenos quanto da experiência anterior (conceitualizado como esfera da vida).⁴³

Daí porque Ricoeur sustenta que:

*Indeed, hermeneutic modernity could be said to have arrived somewhat late because it was primarily in the work of the late nineteenth and early twentieth century thinkers such as Friedrich Schleiermacher (1768-1834) and Wilhelm Dilthey (1833-1911) that hermeneutics becomes both philosophical and expands beyond exegesis.*⁴⁴

Pode-se, tranquilamente, trazer aqui uma experiência contemporânea envolvendo a importância do resgate dos elementos subjetivos fundacionais que se desprendem do texto interpretado e se direcionam à intenção do seu autor, que é o caso – aproveitando o mote exemplificativo da alienação fiduciária no país – da

física e na ética, o kantismo somente conseguiu evidenciar um espírito impessoal, portador das condições de possibilidade dos juízos universais.”

⁴² Não desconheço a crítica *psicologista* que fazem à Dilthey (em especial a de WACHTERHAUSER, 2002), no sentido de o processo de interpretação implicaria a transposição do intérprete para dentro da alma do autor, para os fins de reconstrução da obra interpretada a partir da natureza do ato que a produziu, em especial no texto de Dilthey (1996).

⁴³ Vale a lembrança de Grondin no sentido de que “Para entender realmente um discurso, isto é, para banir o risco sempre ameaçador do equívoco, devo poder reconstruí-lo a partir da base e em todas as suas partes[...] Esta justiça hermenêutica em face do objeto leva Schleiermacher a formular a tarefa da seguinte maneira: entender o discurso primeiro tão bem, e depois melhor que seu autor.”(GRONDIN, 1999, p. 129). Em seguida, o autor ratifica esta compreensão quando afirma que: “Só nos tornaremos partícipes da verdade, se estivermos hermeneuticamente intencionados, isto é, se estivermos dispostos a romper o frágil dogmatismo da esfera meramente gramatical, para penetrar na alma da palavra.” (GRONDIN, 1999, p. 132).

⁴⁴ Ricoeur (1981, p. 54). Em outro texto, porém, não deixa o autor francês de lembrar que: “Mas Dilthey ainda pertence a essa geração de neokantianos para quem o pivô de todas as ciências humanas é o indivíduo, considerado, é verdade, em suas relações sociais, mas fundamentalmente singular. É por isso que as ciências do espírito exigem, como ciência fundamental, a psicologia, ciência do indivíduo agindo na sociedade e na história. Em última instância, as relações recíprocas, os sistemas culturais, a filosofia, a arte e a religião se constroem sobre essa base. Mais precisamente – e foi isso que também marcou época – é como atividade, como vontade livre, como iniciativa e empreendimento que o homem procura compreender-se.” (RICOEUR, 2008, p. 31).

deturpação material e processual que se imprimiu ao instituto do depósito em face de sua utilização no âmbito de outro instituto jurídico que é a alienação fiduciária.

Nesse sentido, o art. 4º, do Decreto-Lei 911/69, prevê a hipótese de que, inexistente a busca e apreensão do bem alienado e impago, seja convertido o pedido de busca e apreensão em ação de depósito, o que cria a possibilidade de prisão do devedor em não entregando o bem perseguido. Todavia, não se afigura possível essa conversão ficcional de um instituto em outro, a uma, porque viola a intenção matricial e feição constitutiva do depósito, que envolve, como elementos característicos, entre outros, a obrigação de custódia e de restituição da coisa na ocasião ajustada ou quando reclamada, evidenciando a natureza precária/temporária de sua existência (art. 627, CCB); a duas, porque a finalidade da alienação fiduciária é outra que não temporária e restitutiva do bem, mas efetivamente a de transferência da propriedade.⁴⁵

Com o auxílio dessa regra de interpretação sustentada por Dilthey, pode-se, facilmente, verificar que os elementos subjetivos conformadores dos textos normativos enfrentados acima precisam estar presentes em sua aplicação hodierna. Diante daqueles fundamentos, tenho referido que se revela incabível a prisão civil do devedor do bem objeto de alienação fiduciária, por não se encontrar na situação jurídica de depositário nos termos da lei civil, visto que não recebe a coisa para custodiá-la e devolvê-la, mas para dela se utilizar. Trata-se, pois, de depósito atípico, irregular e, conquanto voluntário e consensual, não retira do depositário uma parcela de propriedade sobre o bem.⁴⁶

Na verdade, o depositário infiel, em princípio e no sistema brasileiro, nada tem a ver com dívida constituída; pode acontecer que, em certos casos, seja depositário o próprio devedor. Em tal situação, somente restará configurada a condição de depositário infiel por desaparecimento ou danificação da coisa depositada, decorrendo daí eventual cominação de prisão civil, mas não pelo motivo de ser devedor, e sim pela configuração da situação de depositário infiel. Pode acontecer que o depositário da coisa seja um terceiro que não é nem credor nem devedor. Como ainda poderá o depósito da coisa ser confiado ao próprio credor e, nesse caso, ao configurar a situação de depositário infiel, ser este credor preso.

De qualquer sorte, para além desse caráter subjetivista demasiado de Dilthey,⁴⁷ vão se construindo outras variantes metodológicas de compreensão e

⁴⁵ Nesse ponto tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que “na linha da jurisprudência desta Corte, descabe a prisão civil de depositário de coisas fungíveis, por se tratar de depósito irregular, ao qual se aplicam as regras do mútuo.” In RHC 10235/MG, Quarta Turma do STJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 26/9/2000.

⁴⁶ Apelação Cível n. 70008303059, da 14ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Rogério Gesta Leal. Julgada em 15/4/2004. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 5 jan. 2005. Importa relevar o convencimento que tenho no sentido de que a Constituição Federal de 1988, ao permitir a prisão civil de depositário infiel, quis se referir apenas às obrigações concernentes aos depósitos clássicos, àqueles em que o depositário, como ensinou Serpa Lopes (1999, p. 39), recebe a coisa para guardar, conservar e restituir. Fora disso, não evidencia cabível a prisão civil.

⁴⁷ É definitiva a crítica que Gadamer faz a Dilthey nesse ponto, no sentido de que não tenha conseguido superar os paradigmas da teoria do conhecimento tradicional, eis que, “seu ponto de partida, a interiorização das vivências, não pode construir a ponte para as realidades históricas, porque as grandes realidades históricas, sociedade e estado, são sempre, na verdade, determi-

aplicação do sistema jurídico como um todo, como a de Emílio Betti,⁴⁸ partindo do pressuposto de que o conhecimento não é um espelho da realidade, eis que seus objetos são determinados pela maneira como se lhes compreende – o que retoma a problemática entre a mente e o objeto que ela apreende.

A despeito de ainda representar certo idealismo exacerbado, o autor italiano está preocupado em identificar o homem de seu tempo enquanto sujeito histórico absolutamente envolvido em um processo permanente de aprendizagem e autor-reconhecimento, estando sua capacidade de compreensão e o seu juízo axiológico sujeitos a mudanças contingenciais.⁴⁹

Discurso e compreensão apenas são possíveis em um contexto de comunicação em que dois sujeitos participam em igualdade de termos, para que o significado pretendido e percebido possa ser quase coincidente, isto é, não existe sentido à margem de uma comunidade falante.⁵⁰ Significa dizer que a compreensão é canalizada para uma totalidade significativa que está sempre presente como condição prévia, e da qual o sujeito já faz parte. De tal sorte, para o autor italiano, na atividade hermenêutica, tem-se de estar atento ao seu momento axiológico, ou seja, o intérprete tem de participar nos valores que encontra em seu objeto.⁵¹

Essa preocupação de compreensão das ações humanas e de seus significados, centrada fundamentalmente nos seus aspectos objetivos, tem uma explicação em Betti, qual seja, a de que a interpretação (*Auslegung*) é, inevitavelmente, a reconstrução do significado que o seu autor foi capaz de incorporar. Em razão disso, o observador/intérprete precisa ser introduzido em uma subjetividade que lhe é estranha e, por meio da inversão do processo criativo, tem de voltar à ideia que

nantes prévios de toda vivência.” (GADAMER, 1997, p. 415). Na mesma direção vai Ricoeur, ao lembrar que “Dilthey foi censurado por ter permanecido prisioneiro de um conflito entre duas metodologias e por não ter sabido libertar-se da teoria tradicional do conhecimento. Seu ponto de partida permanece a consciência de si, dona de si mesma. Com Dilthey, a subjetividade permanece a referência última.” (RICOEUR, 2008, p. 47).

⁴⁸ Emílio Betti foi um jurista italiano formado na tradição romântico-idealista que caracteriza o século XIX e o próprio século XX, pretendendo, ao longo de suas investigações filosóficas, superar o psicologismo de Dilthey, aproximando-se do pensamento de Bertrand Husserl e de Nicolai Hartmann, principalmente para perseguir a constituição de argumentos em favor da ideia de compreensão da realidade como método de interpretação e apreensão do mundo. Como principais obras do autor, citam-se: *Teoria Generale della Interpretazione*. 2 volumes, Milão: Giuffrè, 1955; *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 3 volumes, Lisboa: Almedina, 1974; *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1979; *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*. In: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari XVI*. Bari: Pádova, 1972, p. 3-22. *Posizioni dello Spirito rispetto all'Oggettività*. Milão: Giuffrè, 1979.

⁴⁹ Trata-se do que Betti chama do *Cânone da Compreensão Efetiva*, que diz respeito à necessidade de o intérprete retomar o processo criativo, traduzindo o pensamento do outro à realidade da vida presente. Ver o texto de Betti (1979, p. 26).

⁵⁰ É de se ver, desde já, que essa perspectiva de Betti não consegue escapar de um círculo vicioso, já que tem de explicar o processo de comunicação recorrendo a categorias que pressupõem a partida da sua existência e eficácia. A comunidade falante representa uma entidade supraindividual com caráter transcendental e metafísica, a despeito de se poder – em um caráter mais geral – ampliar essa perspectiva para falar de comunidades temporal e espacialmente localizadas, como a jurídica, por exemplo, com toda a sua especificidade de linguagem e objetos próprios.

⁵¹ Nesse sentido há excelente reflexão de Lapointe (1983). Além dele, o próprio Betti o afirma no texto *A Hermenêutica como metodologia geral das Geisteswissenschaften*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 99.

é incorporada no objeto.⁵² Assim, objetividade e subjetividade estão imbricadas nesse processo, porém, a subjetividade do intérprete deve penetrar na estranheza e na alteridade do objeto, caso contrário, esse intérprete apenas consegue projetar sua própria subjetividade no objeto interpretado.⁵³

Todavia, como se faz isto na prática? A partir dos quatro seguintes momentos (metodológicos) hermenêuticos: o recognitivo, em que se busca o sentido originário/imane da norma, e não a projeção subjetiva do intérprete (cânone da autonomia hermenêutica); o normativo, cujo objeto é obter o sentido da norma no direito vigente (cânone da totalidade e conexão significativa intrínseca), de forma integrada e coerente com o todo em que está constituído; o restaurativo (cânone da atualidade da compreensão), no qual deve o intérprete buscar retroativamente, em seu interior, o processo criador da norma, traduzindo à realidade o pensamento do passado; reprodutivo (cânone da congenialidade hermenêutica – ou correspondência hermenêutica de sentido), no qual se busca o sentido da norma no caso concreto, a partir dos indicadores que o intérprete extrai das possibilidades vivenciais do seu contexto ante os demais cânones.⁵⁴

Da mesma forma, o autor valora significativamente o denominado *contexto do sentido*, isto é, a totalidade no interior da qual as partes individuais são interpretadas, pois há uma relação íntima de coerência entre as partes individuais de um discurso devido e uma totalidade sobreposta,⁵⁵ construída com estas, o que significa reconhecer o *caráter tópico do significado*, ou seja, a relação com a própria posição e com os atuais interesses do intérprete que toda a compreensão envolve.⁵⁶ Tudo isso, entretanto, não poderia acontecer a partir dos excessos subjetivos do intérprete – seja ele qual for – mas contando com cânones científicos capazes de garantir mais objetividade contextual e integrada à interpretação. Assim, na sua teoria da interpretação, todas as formas de interpretação científica,

⁵² Para tanto, há determinadas *condições metateóricas* que precisam ser atendidas pelo intérprete, a saber: o interesse pela compreensão anteriormente definida como tal, a atenção a todo o processo de compreensão, a abertura de espírito ao universo compreendido e a autoanulação dos seus preconceitos.

⁵³ Veja-se que o autor italiano destaca uma questão importante até hoje para os juristas, i.e., a de saber identificar qual a pretensão de sentido dada originariamente para os textos normativos, informação importante para que se possam tencionar seus limites e atualidades.

⁵⁴ Betti (1955, p. 116 ss.). Um dos grandes estudiosos de Betti na Itália, Giancarlo Rossini, refere – e com ele concordo –, neste particular, que: “*Segnalo, inoltre, come questa tripartizione delle funzioni dell’interpretazione di Betti non si sovrapponga alla distinzione tradizionale tra comprensione, spiegazione, applicazione utilizzata (e criticata) da Gadamer, sebbene vi siano punti di contatto e più di una coincidenza.*” (ROSSINI, 2008, p. 51). A questão é que Betti – ao contrário de Gadamer – insistia na importância do método de abordagem das coisas do mundo em face da necessidade de se outorgar a ela níveis maiores de segurança.

⁵⁵ Em uma figuração mais simples poder-se-ia referir a situação de interpretação de um determinado artigo de lei descolado de sua seção, capítulo e título a que pertence, quebrando a lógica do sistema na espécie.

⁵⁶ “O sentido do todo tem de provir dos seus elementos individuais, e um elemento individual tem de ser entendido em referência ao todo completo e penetrante do qual faz parte. Tal como o significado, a intensidade e as pequenas diferenças de uma palavra só podem ser compreendidas reportando-se ao contexto de sentido em que foi proferida, também o significado e o sentido de uma frase, e das frases com ela relacionadas, só podem ser compreendidos em relação à coerência recíproca do contexto de sentido, da composição orgânica e do caráter conclusivo do discurso.” (BETTI, 1990, p. 88).

como as que se encontram na Filologia, na História, na Teologia e no Direito, têm como base uma estrutura gnosiológica comum, cujos critérios de objetividade devem ser elaborados por uma hermenêutica, como fundamentação metodológica de todas as ciências do espírito.⁵⁷

Coincido com Grondin quando afirma que, em verdade, o que busca Betti é que cada interpretação parta da constatação de que a autonomia e coerência de seu objeto devem ser respeitados, e, com isso, resvala à filosofia da consciência e para o historicismo, pois, a fim de navegar contra o perigo da relativização histórica, ela construiu o *desideratum* de uma metodologia das ciências do espírito com fundamentação última, que obedeceu a rígidas regras e procedimentos.⁵⁸ Todavia, no plano da discussão sobre as espécies de normas jurídicas existentes nos ordenamentos positivados, esse mesmo autor, de forma bastante conservadora, vai entender que: “*i principi sono concettualmente distinti dalle norme, anche se non sono entità del tutto extra-giuridiche: occupano piuttosto una sorta di zona d’ombra tra l’interno e l’esterno del diritto positivo.*”⁵⁹

Na sequência deste debate, outros tantos autores e marcos teóricos da hermenêutica vão se constituir, mas tenho que os já clássicos referidos neste ensaio dão a dimensão de importância também pragmática do manejo cada vez mais ampliado de conceitos e categorias da filosofia para o enfrentamento de problemas cada vez mais complexos e desafiadores que alcançam o universo jurídico.

Referências

ANGOULVENT, Anne-Laure. *Hobbes et la morale politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1979a.

_____. *L’ermeneutica storica e la storicità dell’intendere*. In: *Annali della Facoltà di Giuriprudenza dell’Univerisità di Bari XVI*. Bari: Pádova, 1972.

_____. *Posizioni dello Spirito rispetto all’Oggetività*. Milão: Giuffrè, 1979b.

⁵⁷ Grondin (1999, p. 210).

⁵⁸ Grondin (1999, p. 214). É de se fazer justiça a Betti no sentido de que o próprio Grondin reconhece que: “Nenhuma hermenêutica filosófica, enquanto reconhece o direito limitado de uma hermenêutica meramente metodológica das ciências do espírito, terá algo a reparar na motivação de tais cânones [...] Questionável parece apenas, se tais cânones permitem, por si mesmos, fundir a objetividade de interpretações científico-espirituais e, repetitivamente, diferenciar de maneira positiva as interpretações corretas das falsas.”

⁵⁹ Betti (1979, p. 356).

_____. *Teoria Generale della Interpretazione*. Milão: Giuffré, 1955. 2 v.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Lisboa: Almedina, 1974. 3 v.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BRUNS, Gerald. *Hermeneutics. Ancient and Modern*. New Haven: Yale University Press, 1992.

CASSIRER, Ernst. *Filosofia da las formas simbólicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

DAVIDSON, Dermond. *Inquires into truth and interpretation*. Oxford: Mantill, 1994.

DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the Study of History*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

FERRARIS, Martini. *Storia dell'Ermeneutica*. Milano: Daltricce, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Arte e Verdade da Palavra*. Coimbra: Piaget, 2001.

_____. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HIRSCH, Eric D. *Validity in Interpretation*. New Haven: Yale University Press, 2007.

KANT, Imanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994.

No que a filosofia pode ajudar na aplicação do Direito? De como a ...

KANTOROWICZ, Hermann. *Las épocas de la ciencia del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Roma: Giuffrè, 2003.

LAPOINTE, Raymond. *Les trois dimensions de l'Herméneutique*. Paris: Plon, 1983.

LARA, Tiago Adão. *Caminhos da Razão no Ocidente*. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MACPHERSON, C. B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAKKREEL, Rudolf A. *Dilthey. Philosopher of the Human Studies*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

MANENT, Pierre. *Naissance de la politique moderne: Machiavel, Hobbes, Rousseau*. Paris: Payot, 2006.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.

MIGUEL, Alfonso. *Contribución a la Teoria del Derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.

MOOTZ, Frederic Jonh. *The ontological basis of legal hermeneutics*. Boston: Boston University Law Review. 2001. v. 79.

MORATÓ, Jordi Cortés. *Diccionário de Filosofia*. Barcelona: Herder S/A, 1998.

MOURA, Carlos Alberto. Hobbes, Locke e a medida do direito. In: *Filosofia Política*. Porto Alegre: LPM, 1991. v. 6.

ONG, Walter J. *Ramus: Method, and the Decay of Dialogue: From the Art of Discourse to the Art of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1989.

_____. The Relevance of Gadamer's Philosophical Hermeneutics to Thirty-Six Topics or Fields of Human Activity. In: *A Lecture Delivered at the Department of Philosophy*. Illinois: Southern Illinois University, 1999.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RICOUER, Paul. *Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*. Trans. John B. Thompson. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

_____. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

_____. *The conflict of interpretations*. New York: Northwestern University Press, 1974.

ROSSINI, Giancarlo. *L'ermeneutica giuridica di Gadamer. Un confronto con Betti e la filosofia analitica italiana*. Bologna: Gedit Edizioni, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermeneutics and Criticism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. *Hermeneutics. The Handwritten Manuscripts*. Montana: Scholars Press, 1977.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. *Contratos Bancários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

No que a filosofia pode ajudar na aplicação do Direito? De como a ...

TRONTTINI, Augusto. *Velhas e novas razões da modernidade*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1992.

VAYNE, Paul. *Acreditavam os gregos em seus mitos?* São Paulo: Brasiliense, 1990.

VILLANOVA, Marcelo Gross. *Lei natural e lei civil na filosofia política de Thomas Hobbes*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

WACHTERHAUSER, Brice R. (Ed.). *Hermeneutics and Modern Philosophy*. New York: State University of New York Press, 2002.

Recebido em 7 de fevereiro de 2011

Aceito em 18 de abril de 2011