

A contribuição de Gadamer como ferramenta à hermenêutica jurídica

LEAL, Rogério Gesta*

Resumo: A interpretação jurídica hoje conta com uma plêiade de debates e enfrentamentos teóricos de alta sofisticação epistemológica, razão pela qual é prudente e urgente a retomada de alguns clássicos da filosofia e hermenêutica para o seu trato. É o que pretende este ensaio, trazendo à lume as contribuições de Hans-Georg-Gadamer para o tema.

Palavras-chave: Interpretação. Hermenêutica. Direito.

Abstract: The legal interpretation nowadays has a multitude of theoretical debates and confrontations with high epistemological sophistication, which is why it is prudent and urgent resumption of some classics of philosophy and hermeneutics to his dealings. It's what I want with this test, bringing to light the contributions of Hans-Georg Gadamer to the topic.

Keywords: Interpretation. Hermeneutics. Law.

Introdução

Pretendo, neste ensaio, trazer à colação algumas contribuições pontuais sobre importância da reflexão filosófica de Hans-Georg-Gadamer à hermenêutica jurídica, considerando alguns de seus trabalhos mais voltados aos processos de atribuição de sentido no âmbito das comunicações intersubjetivas. Para tanto, vou me valer também de interlocutores e estudiosos do autor alemão no ponto, tentando associar elementos casuísticos à esfera jurídica, em especial no que toca à decisão judicial e seu processo formativo.

1 As investigações gadamerianas sobre a hermenêutica enquanto ação filosófica

É recorrente em Gadamer a tese de que qualquer pretensão cognitiva de compreender algo e de interagir com este algo deve sempre partir de um estudo que considere as estruturas prévias da própria compreensão, o que implica e lhe permite avaliar os fundamentos das diversas formas de experiência humana (religiosa, ética, histórica, estética, etc.), não somente a científica.¹

Por certo que não desconheço a contribuição definitiva e predecessora de Heidegger no tema, em especial para Gadamer e por exatamente romper com a hermenêutica tradicional até então vigente,

* Unisc; gestaleal@gmail.com

¹ Neste sentido, o texto de Guerrero (1995, p. 187). Para Gadamer, *el análisis de la experiencia estética juega un papel central en su obra fundamental: Verdad y método, ya que la experiencia de la verdad que se da en el arte aparece como modelo para toda experiencia histórica.*

assentada na lógica de que a função da interpretação era a de meio de acesso à compreensão – metodologia – (Quem não entendesse a passagem de um texto, tinha de recorrer a uma interpretação, cujo Telos natural era o de produzir compreensão).² A partir deste filósofo alemão, o fundamental passa a ser a compreensão, constituindo-se a interpretação em configuração ou elaboração da compreensão.³

Como bem ponderado por Ricoeur:

Em Dilthey, a questão da compreensão estava ligada ao problema de outrem: a possibilidade de se aceder, por transferência, a um psiquismo estranho, dominava todas as ciências do espírito, da psicologia à história.

Os fundamentos do problema ontológico devem ser procurados do lado da relação do ser com o mundo, e não da relação com outrem. É na relação com minha situação, na compreensão fundamental de minha posição no ser que está implicada, a título principal, a compreensão.⁴

Não é crível, por estes termos, que alguém esteja em situação tal que detenha a onisciência e oniconsiência do universo que apreende/compreende/interpreta (magistrado, advogado, etc.), valendo-se tão somente de sua subjetividade ou daquela do qual origina um objeto de interpretação. Imagine-se, como exemplificação, o disposto no art. 93, IX (todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade), da Constituição Federal, mais o art. 131, do Código de Processo Civil Brasileiro – CPC, e art.155, do Código de Processo Penal Brasileiro CPP), no sentido de que: o juiz apreciará livremente a prova/o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. Pergunta-se: o que vem a ser esta livre apreciação da prova em face do dever de fundamentação? Eis os efeitos práticos do que se está falando.

Em face disso, a interpretação de um texto não pode se afigurar como mera pré-compreensão subjetiva do intérprete, sem que ele considere o texto e o contexto a ser interpretado (com toda a sua história passada, presente e futura), sob pena desta – que visaria ao desvendamento do outro indivíduo constituidor do texto e seu universo – se desvirtuar em um monólogo do intérprete com sua própria pré-compreensão.⁵ Nesse ponto, lembrando Ricoeur, o método deveria ser colocado sob o controle de uma ontologia prévia, pois, em vez de o homem se perguntar como sabe, deveria se questionar sobre qual o modo de ser desse ser que somente existe compreendendo.⁶

Tal modo de ser diz com a forma e os procedimentos utilizados no processo de compreensão/ação do sujeito cognoscente em suas dimensões pragmáticas para com terceiros, garantindo níveis de transparência e publicidade à constituição comunicativa que vai gerar entendimentos e deliberações consecutórias (neste ponto, aquelas normas do CPP e do CPC referidas indicam que a livre apreciação da prova precisa estar conectada com o universo do contraditório e das provas construídas no feito, o que não garante o exercício desmesurado da discricionariedade subjetiva do magistrado, ao menos em tese).

Assim é que, em vez de um monólogo, é preciso estabelecer-se um diálogo compreensivo hermenêutico em qualquer relação de comunicação e linguagem, formatando o que Heidegger chama de circulo hermenêutico entre cada interpretação e as pré-compreensões que as alimentam, tendo com

² Grondin (1999, p.164).

³ Ver também o texto de Tugendhat (1992, p. 227-239).

⁴ Ricoeur (1992, p. 227-239). Adverte Ricoeur que: “Ao mundanizar, assim, o compreender, Heidegger o despsicologiza [...] Não se deu a devida atenção ao fato de essas análises pertencerem a uma meditação sobre a mundanidade do mundo e de pretenderem, essencialmente, arruinar a pretensão do sujeito cognoscente de erigir-se em medida da objetividade.” (2008, p. 40).

⁵ Grondin lembra que: Heidegger pensa, evidentemente, em algo muito mais primário: para, por exemplo, interpretar textos de maneira correta, exige-se que primeiro se torne transparente a própria situação hermenêutica, para que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos preconceitos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. Grondin (1999, p. 165).

⁶ Ricoeur (2008, p. 37). Nas palavras do autor: “A teoria do conhecimento é, desde o início, transformada por uma interrogação que a precede e que versa sobre o modo como um ser encontra o ser, antes mesmo de se opô-lo como um objeto que faça face a um sujeito.”

estas não uma reação não receptiva que intente descartá-las do processo, mas ao contrário, impende realçar as estruturas e pré-estruturas pessoais que as veiculam, de forma consciente e crítica, gerando, assim, no máximo possível, a autonomia emancipatória tão desejada.⁷ Por esta razão é que:

A hermenêutica tem a tarefa de tornar acessível cada específico ser-aí, em seu caráter de ser, a este mesmo ser-aí, compartilhá-lo, ocupar-se com a auto-alienação, pela qual o ser-aí é atingido. Na hermenêutica forma-se, para o ser-aí, uma possibilidade, a de tornar-se e de ser entendedor para si mesmo.⁸

A partir dessa virada ontológica da hermenêutica, Eric Hirsch lembra que:

Now hermeneutics is not only about symbolic communication. Its area is even more fundamental: that of human life and existence as such. It is in this form, as an interrogation into the deepest conditions for symbolic interaction and culture in general, that hermeneutics has provided the critical horizon for many of the most intriguing discussions of contemporary philosophy, both within an Anglo-American context (Rorty, McDowell, Davidson) and within a more Continental discourse (Habermas, Apel, Ricoeur, and Derrida).⁹

Daí a importância da hermenêutica de que fala Gadamer, em linha de afinidade heideggeriana, realizada por um sujeito histórico que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, etc. Assim, a explicitação de algo, enquanto isso ou aquilo, funda-se essencialmente sobre uma aquisição e uma visão prévias, bem como sobre uma antecipação.¹⁰

Na lúcida expressão de Vattimo, o que interessa para Gadamer é saber “[...] *che tipo di «sapere» sia quello dell’applicazione (o dell’interpretazione che non taglia fuori l’applicazione)? Interessa a Gadamer è il fatto che questi saperi si presentino come il sapere «di un soggetto in azione» [WM, p. 649] e, in quanto tale, costituisca un tipo di sapere convergente con quello delle scienze dello spirito.*”¹¹

Daí porque Gadamer vai elaborar, também no Verdade e Método, o que se pode chamar de uma ontologia da obra de arte em sentido hermenêutico, fundada na atividade histórica e cultural do espírito humano, exprimida, sobretudo, pela língua. É em sequência que o autor desenvolve um teorema que chama de teoria da experiência hermenêutica, tendo a linguagem como horizonte de uma ontologia hermenêutica.

A partir daqui fica fácil entender que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda a história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito: a tradição.

Gadamer denuncia el prejuicio de todo antiprejuicio. Los prejuicios o presupuestos son constitutivos de la realidad histórica del ser humano, son condiciones a priori de la comprensión, y la pretensión historicista y cientifista de eliminar todo prejuicio es, a su vez, un prejuicio, pero en el sentido de un

⁷ Ver os textos de Heidegger (1973).

⁸ Ricoeur (2008, p. 37).

⁹ Hirsch (Op. it., p. 51). Diz o autor em seguida que, para pragmatistas como Rorty, “[...] *some interpretations are more useful or amenable than others, but none can per se be claimed to be “closer” to the Truth. In the name of tolerance and mutual understanding, one has to accept the plurality of interpretations; it is only the notion that there is only one valid one that is harmful.*”

¹⁰ Ricoeur (2008, p. 42), citando Heidegger no livro Ser e Tempo.

¹¹ Vattimo (2004, p. 33). Ratifica isto em seguida o autor: “*Gadamer può infatti individuare un altro aspetto caratteristico di un’interpretazione che si riappropria del compito dell’applicazione, e assume così la forma di un sapere in azione: ossia il fatto di presupporre un particolare rapporto sia con se stessi, sia con gli altri.*”

*falso prejuízo. Este afã por desembarazar-se de todo prejuízo (que ya se halla en Descartes, que quería evitar toda precipitación y prevención, y que se desarrolla durante la Ilustración) pretendía una comprensión libre de presupuestos. Pero tal pretensión no es posible, y revela una concepción psicologista que pretende la posibilidad de una comprensión basada en una coexistencia atemporal entre el intérprete y lo interpretado. Ante este psicologismo, Gadamer defiende una concepción ontológica basada en la temporalidad del ser de ambos polos: autor y intérprete. Por ello postula la necesidad de una distancia temporal en el proceso de la comprensión. Dicha distancia temporal es productora de sentido y es la que permite desembarazarse de los falsos prejuicios para permitir destacar aquellos otros pre-juicios que ofrecen el camino de la comprensión.*¹²

A problemática de Gadamer, de certa forma, encontra-se estruturada no clássico trabalho nominado Verdade e Método, oportunidade em que manifesta sua primeira aproximação à hermenêutica como a exploração filosófica do caráter e das condições fundamentais de toda a compreensão e rejeita a posição de que a tarefa da hermenêutica consiste em investigar metodologias no domínio das ciências sociais ou de qualquer outra disciplina, como queria Betti.¹³

Na introdução e no prefácio de Verdade e Método, o autor alemão define os contornos do propósito de sua obra: “A hermenêutica aqui desenvolvida não é, por conseguinte, uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender o que as ciências humanas são na verdade, para além da sua auto-consciência metodológica, e o que as liga à totalidade da nossa experiência do mundo.”¹⁴

Já no prefácio a segunda edição assim se expressa:

Por conseguinte, não pretendi remotamente negar a necessidade de uma obra metodológica no seio das ciências humanas (Geisteswissenschaften). Nem me propus reavivar a velha disputa sobre o método entre as ciências naturais e humanas.... A questão que levantei procura descobrir e trazer à consciência algo que a disputa metodológica apenas leva a ocultar e negligenciar, algo que não tanto confina ou limita a ciência moderna quanto a precede e a torna possível.¹⁵

Mas por que essa ferrenha crítica à intenção da modernidade constitui uma compreensão/cognição metodizável do mundo e de suas relações? Porque isto se afigurava como uma desesperada tentativa de encontrar um novo porto seguro (Ponto de Arquimedes) ao conhecimento e à compreensão/interpretação do mundo, ou seja, a ideia de um último fundamento atemporal derivaria da fuga humana ante sua própria temporalidade. Em outras palavras:

A concepção de que existe uma verdade absoluta brotaria, pois, de uma repressão ou esquecimento da própria temporalidade. Em vez de perseguir o fantasma de um último fundamento, Heidegger recomendava estabelecermo-nos radicalmente ao nível da finitude, elaborando a própria estrutura preconceituosa como estrutura positiva e ontológica da compreensão, para percebermos as nossas próprias possibilidades, a partir da nossa situação existencial.¹⁶

¹² Riu (1997, p. 298). Por certo que esta *distância temporal* que refere o autor espanhol é de complexa definição e concreção, eis que ocorre dentro do círculo hermenêutico gadameriano, no qual a chamada históriaefetual contamina a percepção/compreensão e ação do sujeito histórico.

¹³ Em uma carta a Betti, Gadamer é explícito em relação a isso, afirmando que: “[...] procuro pensar os acontecimentos para além do conceito de método da ciência moderna, de um modo explicitamente universal.” Inseto no texto de Coreth (1992, p. 67).

¹⁴ Introdução do livro Gadamer (2000, p. 34).

¹⁵ Gadamer (2000, p. 14).

¹⁶ In Grondin (1999, p. 181). Lembra ainda o autor que: “Não é do lado fantasmagórico de um respaldo universalmente válido, filho do positivismo e por isso da metafísica, que se pode tratar da compreensão, porém de um dar-se conta do eis-aí-ser, ou ser-aí, a ser conquistado com base nas possibilidades que estão à sua disposição.”

Para Gadamer, preliminarmente, a hermenêutica é definida como básico estar-em-movimento do ser-aí que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo,¹⁷ configurando o estudo da hermenêutica como o estudo do ser, e, por fim, o estudo da linguagem, eis que o ser que pode ser compreendido é linguagem.¹⁸

Todavia, o conceito de linguagem utilizado pelo autor não é o centrado na ideia de signo (na sua dimensão exclusivamente gramatical),¹⁹ o que realça as funções instrumentais daquela, mas crê na dimensão orgânica dessa linguagem, contando com a participação do sujeito histórico em sua constituição e uso, por meio do que constitui a tradição de toda uma civilização.

Por tais argumentos que a ideia de compreensão em Gadamer não se aloja fundamentalmente numa atividade subjetiva do intérprete,²⁰ mas em sua entrada no processo da tradição, em que passado e presente se condicionam constantemente. Assim, a antecipação de sentido que abrange toda a tradição deveria levar à compreensão de que as próprias partes determinam o todo, e que ela deveria procurar não somente seguir suas antecipações, mas consciencializar-se delas a fim de controlá-las e conseguir alcançar uma compreensão correta das coisas (que é sempre finita).²¹

A experiência do Direito Romano na formação de nossa cultura jurídica pode ser apresentada como um exemplo aproximativo dessa tradição de que fala Gadamer, pois ele vem influenciando grande parte dos institutos de direito privado e alguns públicos desde seu nascimento – de forma consciente ou não –, reproduzidos pela casuística e doutrina mais tradicional como sinônimos atemporais de verdades incontestes. No Direito de Família isso restou muito explícito, por exemplo, eis que até a década de 1990 era o homem o cabeça e chefe da família, ficando a mulher em uma situação de inferioridade jurídica extremada.²²

Alerta o autor²³ que a transformação da palavra em signo está na base da tradição científica moderna, com seu ideal de designações exatas e precisas, forjando e utilizando conceitos inequívocos. A partir desse referencial axiomatizado, a relação essencial da fala e da própria comunicação transforma-se numa relação instrumental, não se percebendo qualquer mediação orgânica entre a palavra e aquilo que ela designa – o pensamento parece separar-se das palavras, usando-as para indicar coisas. Gadamer adverte: “O pressuposto da linguagem é sempre o caráter comum de um mundo, ainda que seja somente um juguete [...] A linguagem não está aí como um simples instrumento de que lançamos mão, ou que construímos para nós, com o fim de comunicar e fazer distinções com ele.”²⁴

Dito de outro modo, para o filósofo alemão, as palavras não são algo que pertencem ao homem, mas à situação; elas não são meramente signos de que se possa apropriar; também não são algo

¹⁷ Introdução do livro Gadamer. (2000, p. 15). Neste sentido, Gadamer vai de encontro à tradição mitológica de um conhecimento puramente conceitual e verificável, realizando leitura histórica e dialética da experiência. Este conhecer não é simplesmente fluxo de percepções, mas acontecimento, evento, encontro; refere-se à acumulação de compreensão não objetificada que se pode chamar de sabedoria. Essa é uma tendência contemporânea de compreensão da hermenêutica mais como fenômeno cultural e histórico do que científico. Nesse sentido vai Wachterhauser, ao dizer que: “*Karl Otto Apel, but also seconded by Dagfinn Føllesdal and others, holds that there can be a hermeneutics of science as a cultural and historical phenomenon, but there cannot be a hermeneutics of the objects or products of science.*” Wachterhauser (1994, p. 47).

¹⁸ Prefácio do livro Gadamer (2000, p. 23). Neste sentido, são interessantes as reflexões de Vattimo (1995).

¹⁹ Rompendo, pois, com a lógica apofântica à qual as sentenças constituem unidades de sentido auto-suficientes, independentemente dos contextos em que operam. Ver Gadamer (p. 297 ss.).

²⁰ Neste ponto, há coincidência com Habermas, eis que adverte o autor: Tradição (Überlieferung) não é um processo que aprendemos a dominar, mas sim linguagem transmitida (tradierte), na qual nós vivemos. Habermas (1987, p. 19).

²¹ Significa dizer que a compreensão começa com algo que se dirige ao sujeito e que necessita, em princípio, da suspensão dos seus preconceitos.

²² Ver o já clássico trabalho de Baptista (1872).

²³ Na terceira parte do livro *Verdade e Método*, que trata exatamente da questão que envolve o tema da virada ontológica da hermenêutica, via linguagem, p. 559-709. Em especial, a partir da p. 590 (410 no original), Gadamer vai fazer uma análise detalhada desde a cultura Grega sobre o tema da linguagem e suas imbricações filosóficas.

²⁴ Gadamer (2000, p. 591-592).

existente que se possa modelar ou ao qual se atribua significados, fazendo com o que o signo torne visível outra coisa, mas afigura-se como a idealidade dos significados que reside nas palavras. As palavras são sempre já significativas.²⁵

Como se aplicaria essa premissa na questão polêmica dos Mandados de Injunção impetrados por associações e sindicatos de algumas carreiras públicas, no Supremo Tribunal Federal, versando sobre a garantia do exercício do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da CF? O Tribunal, por maioria, conheceu dos Mandados de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.²⁶ Pergunta-se, com isto não atuou como legislador positivo, alcançando modularmente os efeitos da legislação de greve à iniciativa privada à pública, exatamente adequando à situação violadora de direito fundamental regra de transição?

Heidegger está presente aqui com o que Gadamer chama de sua hermenêutica da facticidade, no sentido da facticidade da pré-sentença, a existência, que não é passível de fundamentação nem de dedução, razão pela qual deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro cogito como estruturação essencial de uma generalidade típica: uma ideia tanto audaz quanto difícil de ser cumprida.²⁷

A faticidade da vulneração de Direito Fundamental à Greve dos servidores públicos pela ausência de norma regulamentadora chamou, previamente, a pré-compreensão sobre sua natureza programática (há direito de greve dos servidores públicos sem norma regulamentadora?) ou de imediata aplicação (por tratar-se de Direito Fundamental Social explícito impõe-se sua concreção imediata?) – debate de alta complexidade política e administrativa –, optando-se pela segunda percepção Dessa maneira, mister seria a viabilização material de tal Direito, o que poderia ser obtido mediante, primeiro, da constituição em mora do Parlamento, com prazo assinado para agir²⁸ (o que não ocorreu), sob pena de supressão de seu silêncio não com a regulamentação do tema pela via jurisdicional, mas solução transitória do caso concreto submetido pela via dos Mandados de Injunção (opção direta do Tribunal).

Vai redundar então outro conceito fundamental na arquitetura hermenêutica gadameriana, a saber, a ideia de história efetual enquanto instância basilar para cada (pré)compreensão que impregna a substância-história do sujeito de tal forma que não permite ser conduzida à última nitidez e distância. A história efetual não está em poder do sujeito ou à sua disposição, porque ele se encontra mais submisso a ela do que disso pode ter consciência. Em toda a parte em que o sujeito se compreende, a história

²⁵ Gadamer (2000, p. 606). Daí porque não se afigura possível na perspectiva gadameriana – como é para Emilio Betti (compreensão não é aplicação, eis que anterior a esta) - que a significação permita tornar-se conhecida como tal (o sentido gramatical da norma), uma vez que o significado original não se deixa fixar definitivamente mesmo em sua matriz constitutiva, isto é, afigura-se muito difícil reconhecer autonomia absoluta do significado pretendido pelo autor, uma vez que ele mesmo é o resultado de múltiplas variáveis contingentes. Na mesma direção Kaufmann: *la comprensione di un significato linguistico non è un processo puramente ricettivo, ma sempre, anche ed in primo luogo, un autocomprendersi del soggetto che comprende. Questi si inserisce necessariamente nell'orizzonte del comprendere e la sua conoscenza dipenderà sempre anche da quanto egli stesso è credibile.* KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Op.cit., 2003, p. 26.

²⁶ Estou falando dos Mandados de Injunção n.: MI 670/ES, rel. orig. Ministro Mauricio Corrêa, rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Ministro Eros Grau, 25.10.2007. Da mesma forma ocorreu nos termos do Mandado de Injunção n. 721, Rel. Ministro Marco Aurélio, conforme relatado no Informativo n. 490 do STF, no qual se decidiu que o mandado de injunção tem carga mandamental, e não meramente declaratória, e que tendo em vista a ausência de edição de lei complementar exigida pelo § 4., do art. 40, da CF/88, para viabilizar o exercício do direito a requisitos e critérios diferenciados para aposentadoria para os casos de servidores cujas atividades sejam exercidas em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (inciso III), objeto central da ação, deveria ser adotada a disciplina própria dos trabalhadores em geral contida no artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91.

²⁷ Idem, p. 386. Na verdade, resgatando inclusive Husserl, Gadamer crê verdadeiramente no fato de que *todo o sentido do ser e da objetividade só se torna compreensível e demonstrável a partir da temporalidade e historicidade da pré-sentença*. Gadamer (2000, p. 387).

²⁸ Em face até do que dispõe o art.103, §2º/CF/1988, que prevê a fixação de prazo somente em se tratando de órgão administrativo, *verbis*: *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

efetual está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente, até a clareza definitiva daquilo que pode parecer significativo e questionável.²⁹

Talvez se deva a tal reconhecimento as precauções que o sistema processual brasileiro tomou em relação às situações que envolvam suspeição e impedimento do magistrado à causa, descritas nos arts. 134 e 135, do Código de Processo Civil, em especial as que dizem respeito a:

- a) quando o próprio juiz for parte no processo;
- b) quando o juiz for cônjuge ou parente próximo da parte ou do advogado da parte;
- c) quando o juiz participar da direção de pessoa jurídica que seja parte no processo;
- d) quando o juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de alguma das partes;
- e) quando alguma das partes for credor ou devedor do juiz de seu cônjuge ou de seus parentes próximos;
- f) quando o juiz for herdeiro, donatário ou empregador de alguma das partes;
- g) quando o juiz receber presentes de alguma das partes, dar-lhe conselhos ou financiar as despesas do processo;
- h) quando o juiz tiver algum interesse no julgamento da causa em favor de qualquer das partes; e, por fim,
- i) por motivo de foro íntimo.³⁰

Por certo que tais situações colocam o magistrado em risco de ter seu discernimento e a chamada distância neutral demasiadamente comprometida. Por outro lado, há contextos e circunstâncias de caráter pessoal (marcados pela história efetual) que também podem fragilizar o exercício do cargo jurisdicional, como o caso do magistrado que foi submetido ao longo do tempo a maus-tratos e violência doméstica, com pais separados tragicamente, pode vir a ter problemas de compreensão e cognição em litígios envolvendo relações parentais.

No âmbito do jurídico, por vezes, tenta-se mascarar tais ocorrências, especialmente porque a estrutura constitutiva do sistema jurídico está fundada em processos de institucionalização de categorias e significados veiculados pela moldura da norma – como se ela fosse suficiente, per se, para dar conta da complexidade contrafática a que se refere -, levando a crer, à moda de Savigny, que bastariam quatro perspectivas metodológicas de abordagem desse tema para que se encontrasse solução satisfativa aos problemas reais das relações sociais, a saber, o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático.³¹ Daí porque Habermas afirma que o momento histórico-efetual permanece produtivo em toda a compreensão da tradição, mesmo onde a metodologia das modernas ciências históricas tomou lugar, objetificando o que foi transmitido historicamente.³²

Em termos dogmático-normativos pode-se trazer a lume como exemplificação do que foi referido as situações de anulabilidade de negócios jurídicos cujas declarações de vontade emanarem de erro substancial potencialmente passível de ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio (art. 138, do Código Civil Brasileiro). O conceito de erro substancial já vem

²⁹ In: Grondin (1999, p. 190). Reforçando esta ideia: *A história efetual é mais ser do que consciência, ou, falando hegelianamente: mais substância do que subjetividade. Desse modo, nós pertencemos à história mais do que ela nos pertenceria.* GRONDIN (1999, p. 194).

³⁰ Veja-se que tais elementos normativos tanto podem ser reconhecidos de ofício pelo magistrado, como podem ser provocados pelas partes interessadas, consoante o disposto no art. 138, §1º, do CPC.

³¹ Kaufmann (2003, p. 11). Agrega ainda o autor que: *“Gli argomenti con cui vengono fondati i giudizi giuridici sono molti di più dei soli quattro citati, ad esempio: salvaguardia della certezza del diritto o della giustizia, valutazione delle conseguenze, senso del diritto, praticabilità ed unitarietà del diritto, ecc; il numero degli argomenti possibili è in via di principio illimitato.”*

³² Habermas (1987, p. 79).

desde muito tempo sendo trabalhado pela tradição jurídica brasileira, até porque já se encontrava no art. 86, do CCB de 1916. Desde então, as reflexões sobre o tema têm partido – na doutrina mais tradicional – do fato de que, sendo a declaração de vontade pressuposto do negócio jurídico, o direito cuida de sua realidade, de sua consonância com o íntimo querer do agente e de sua submissão ao ordenamento jurídico.³³ Toda a vez que tal consonância for atingida ou maculada estar-se-á diante de um vício do consentimento, passível de anulação.

Já o erro se afigura como uma das mais vetustas formas de vício de consentimento, ocorrendo quando o agente, por desconhecimento ou por falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade se conhecesse a verdadeira situação. Há uma vontade declarada, porém, eivada de erro, que é um estado psíquico decorrente da falsa concepção dos fatos.³⁴ Todavia, para que torne defeituoso o ato negocial e, portanto, anulável, o erro há de ser sua causa determinante e alcançar a declaração da vontade em sua substância, e não em pontos acidentais.³⁵ Tal substância, no Código de 1916 e no novo Código, vem pretensamente definida (explicitando a nítida formação/preocupação positivista de a tudo alcançar na certeza das palavras), indicando o estatuto às suas possibilidades.³⁶

O problema da insuficiência da pretensão exauriente das palavras da lei, no particular, diz respeito à previsão de que, para se configurar o erro substancial enquanto vício de consentimento passível de anulação do negócio, mister é que ele se associe à conduta culposa do destinatário da declaração de vontade que, tendo condições de perceber o erro do declarante, não o fez. e assim, tornou-se responsável pela conclusão do negócio equivocado.³⁷ Tal perspectiva vem enunciada pela exigência da norma de um suplementar elemento subjetivo do tipo sob comento, a fim de configurar o vício, isto é, ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Em tal situação revela-se definitivo o questionamento fenomenológico, perguntando-se: Como definir ou mesmo identificar pessoa de diligência normal? Aqui, buscar elementos linguísticos parametrizantes de pessoa de diligência normal, revela-se tarefa quase impossível, ao menos em termos de formatação de paradigma. Essa insuficiência linguística deverá ser suplantada pelo tensionamento do caso concreto cotejado em face das suas circunstâncias pretéritas e presentes, a serem fundidas na compreensão correta do intérprete temporalizado.

Dessa forma, a própria experiência humana – assim como o pensamento e a reflexão – se apresenta como um dado linguístico, pois, ao formular-se uma assertiva, apenas se está usando palavras

³³ Conforme Pereira (1982, p. 35ss). Adverte o autor no texto que: “Ao observarmos um negócio jurídico, cumpre-nos de início apurar se houve uma declaração de vontade; em seguida, indagar se ela foi escorreita. Com ela o agente celebra um negocio jurídico, porém, o resultado deste, depende da verificação das ocorrências que o envolveram. Circunstâncias podem se verificar que não traduza a verdadeira atitude volitiva do agente, ou persiga um resultado divorciado das prescrições legais. Ocorrendo algum vício de vontade, não se nega a existência do ato jurídico posto que a vontade se manifestou o constituindo, porém, o direito recusa-lhe os efeitos. Em suma, há negócio jurídico, porém defeituoso, e nisso difere de todo daquelas hipóteses em que há ausência de vontade relativamente ao resultado – casos em que o negócio jurídico inexistente como tal e deve ser tido como nulo, pois o agente apenas parece ter realizado uma emissão de vontade sem tê-la feito ou sem capacidade para fazê-la.”

³⁴ Conforme o ensinamento de Lopes (1989, p. 62).

³⁵ Assim já se portava a jurisprudência pátria: *ATO JURÍDICO – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. ERRO ESSENCIAL COMPROVADO. Arts. 86 e 87 do CC. Pedido procedente. Se o adquirente cessionário agiu com falsa representação e influiu sobre a vontade das transmitentes-cedentes, levando-as a emitir vontade de modo diverso do que manifestaria, anula-se o ato jurídico por erro essencial, viciado que foi pela inexata determinação das partes. Art. 87 do CC. (TJPR - AC 6.990 - 2º C. - Rel. Des. Negi Calixto - J. 04.04.90) (RJ 160/95). Na mesma direção: *PROMESSA DE COMPRA E VENDA – VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO DEMONSTRADO - Demonstrando o depoimento pessoal do requerido varão que conhecia todas as circunstâncias que cercavam a construtora, o andamento da obra, e a credibilidade que cercava os sócios da construtora, não há como se admitir o vício de consentimento, alegado nas manifestações escritas dos contestantes reconvintes, impondo-se a manutenção da sentença que inacolheu as alegações de vício de consentimento. (TARS - AC 195139514 - 7º C. Civ. - Rel. Juiz Leonello Pedro Paludo - J. 01.11.95).**

³⁶ Art. 139, do novo CCB, arts. 87 e 88, do antigo.

³⁷ Theodoro Júnior (1989, p. 206).

que já pertencem a uma dada situação. Tal reflexão autoriza a dizer, com Palmer,³⁸ que a invenção das palavras para descrever uma experiência não é um ato gratuito, antes se forma e se conforma às exigências da experiência histórica localizada no tempo e no espaço.

Este espaço e tempo do mundo em que se vive não podem ser concebidos como elaborados por uma determinada e única subjetividade, mas apresenta-se, necessariamente, como transpessoais, estando a linguagem constituída consoante este mundo, mais do que conforme algumas subjetividades (hegemônicas). A conclusão permitida aqui é a de que a experiência do mundo (ou dos mundos) é algo que já reside na linguagem, e todo o objeto de conhecimento/compreensão é englobado no horizonte desta linguagem.³⁹

Mesmo assim, podem-se encontrar paradoxos, como o evidenciado pelas disposições do art.226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, dispondo que “[...] a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, e que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, associado ao art. 1.723, do novo Código Civil Brasileiro, dispondo “[...] que é reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família,” e ambos cotejados com o exposto no art. 5º, *caput* e inciso I, no sentido de que homens e mulheres são iguais perante a lei.

De um lado, a Constituição Federal garante a homens e mulheres direitos iguais e veda qualquer tipo de tratamento discriminatório, e de outro não reconhece a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Seguramente, aqui há componentes ideológicos e talvez religiosos ensejando tal aparente contradição normativa, transfigurando a função matricial da linguagem como garante da clareza, lógica e entendimento; todavia, afigura-se igualmente difícil sustentar no plano da integração do sistema jurídico que a vontade do legislador, por ser contraditória, não precisa ou deve ser respeitada, realizando o Judiciário atividade de legislador positivo em outra direção.⁴⁰

Mais coerente às competências constitucionais dos poderes instituídos, talvez seria provocar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que operam esse tipo de discriminação – a qual desde já entendo como existente no caso.⁴¹ Todavia, não foi o que o Supremo Tribunal Federal fez, já que, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, da Relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, reconheceu, em maio de 2011, a união estável homoafetiva, sob o fundamento, entre outros, de que a extensão às uniões homoafetivas do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência dos princípios constitucionais da igualdade,

³⁸ Palmer (1989, p. 206). Significa reconhecer que o fato central e decisivo é o poder que as palavras têm de dizer, e não as suas formas, eis que estas não podem ser separadas do conteúdo, o que ocorre quando pensamos na linguagem em termos instrumentais.

³⁹ Gadamer (2000, p. 646).

⁴⁰ Já há bastante tempo alguns Tribunais têm contestado estes paradoxos, com os seguintes argumentos: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo. Apelação Cível número 70009550070, Relator: Maria Berenice Dias. Julgado 17 nov. 2004.

UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR. Tribunal de Justiça. Apelação Cível numero 70006844153, RELATOR: CATARINA RITA KRIEGER MARTINS julgado em 18.12.2003.

⁴¹ Tratei deste tema em dois trabalhos recentes: Leal (2011).

da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade (excerto do voto do Ministro Celso de Mello), com a prudente advertência do Ministro Gilmar Mendes de que pretender regular a união homoafetiva como faria o legislador é exacerbar o papel do Supremo, assim, acompanhou o Relator no mérito, mas limitou-se a reconhecer a existência da união homoafetiva sem pronunciar-se sobre outros desdobramentos possíveis.⁴²

Em tal cenário, é absolutamente rica a concepção de Gadamer que amplia significativamente a perspectiva que se tinha até então da experiência hermenêutica, despertando a atenção para o fato de que o que se compreende pela linguagem não é somente uma experiência particular, mas o próprio mundo no qual ela se revela. Enquanto linguisticamente estruturado, cada mundo está aberto, a partir de si, a toda a acepção possível e, portanto, a todo o gênero de ampliações; pela mesma razão, acessível a outros.⁴³ Novamente Palmer traz uma imagem extremamente rica em significados sobre o tema quando diz:

É tão grande o poder de dizer da linguagem, que ele cria o mundo no interior do qual tudo pode ser revelado; o seu alcance é tão grande que podemos compreender mais diversos mundos que se exprimiram na linguagem; tão grande é o seu poder de revelação que mesmo um texto relativamente curto pode abrir um mundo diferente do nosso, um mundo que, no entanto, conseguimos compreender.⁴⁴

Decorre daqui, pois, a universalidade do questionamento hermenêutico, não no sentido de que esteja fundada em uma pretensão de absolutidade, mas que se afigura como aspecto universal da filosofia que não se prende tão somente às preocupações metodológicas das chamadas ciências do espírito, consubstanciando-se na virada ontológica da hermenêutica. Como diz Grondin:

A palavra universalidade leva, aqui, facilmente a um engano. Seguindo indicações de Gadamer, pode-se constatar nos textos, que o verdadeiro chão para o discurso sobre universalidade, em Verdade e Método, deve ser buscado no domínio verbal da *universum*. A universalidade da linguagem, ou da compreensão, sublinha, por isso, que ele forma o nosso universo, isto é, o elemento ou o todo, no qual nós vivemos como seres finitos.⁴⁵

Dessa forma, a linguagem tomaria destaque em face de poder buscar expressão para tudo, não de maneira apriorística, mas pela via da conversação, da qual toda a expressão recebe vida, encontrando-se aqui o discurso sobre uma universalidade da linguagem e a infinitude da razão, tendo-se consciência, todavia, de que não há garantias de autodomínios definitivos em linguagem ou conceitos, mas apenas a busca incessante pela palavra correta diante da certeza de que a própria existência se encontra no tempo e perante a morte, haja vista que “A filosofia contemporânea – que vai em busca da

⁴² In <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 6 de maio 2011.

⁴³ Gadamer ((2000, p. 649).

⁴⁴ Gadamer (2000, p. 209).

⁴⁵ Grondin (1999, p. 203). Introdução à hermenêutica filosófica. Op.cit., p. 203. O autor faz referência à seguinte passagem de Verdade e Método: “Pois toda a crítica que se eleva para além do esquematismo de nossas frases, com o fim de entender, encontra por sua vez sua expressão na forma lingüística. Nesse sentido a linguagem rebaixa qualquer argumentação contra sua competência. Sua universalidade se mantém na altura da universalidade da razão.” A consciência hermenêutica se limita, aqui, a participar daquilo que perfaz a relação geral de linguagem e razão. Gadamer (2000, p. 649). “Esta discussão vai ser trazida por Habermas mais tarde, principalmente em face da assertiva de Gadamer de que: Se toda a compreensão se encontra numa necessária relação de equivalência com sua possível interpretação, e se à compreensão não se antepuser fundamentalmente nenhuma barreira, também a apreensão lingüística que essa compreensão experimenta na interpretação tem de levar em si uma infinitude que supere qualquer fronteira. A linguagem é a linguagem da própria razão.”

universalidade de nossa finitude, a realizar-se num interminável querer entender e dizer – estabelece, a partir disso, uma pretensão de universalidade.”⁴⁶

Esta pretensão pode muito bem dizer respeito também ao que Stein chama de “[...] desejo de constituir o ponto de partida e o eixo fundamental de posições filosóficas. Ou simplesmente um método de trabalho que afirma a imbricação entre método e coisa, adequando-se a um tipo de discurso em que a justificação das posições é feita de maneira circular.”⁴⁷

Essa é a lógica forçada de algumas ferramentas de reformas processuais recentes no Brasil, entre as quais: a) As súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; b) os recursos repetitivos, nos termos da Lei Federal n. 11.672, de 8 de maio de 2008, instituindo o art. 543-C, do CPC; c) as decisões monocráticas no segundo grau de jurisdição, extinguindo o processo, com ou sem julgamento de mérito, nos termos do art. 557, do CPC; (d) os casos quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, quando poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, nos termos do art.285-A, do CPC; e) o caso do parágrafo 1º, do artigo 518, do CPC, incluído pela Lei 11.276/06, que instituiu a chamada súmula impeditiva de recurso, impedindo que seja aceita a apelação contra sentença a qual esteja consoante a Súmula do STF ou do STJ.

Destarte, o homem pertence à linguagem e à história, participando nelas; o poder que a linguagem de determinada discursividade tem de ordenar e moldar o pensamento não é uma questão de rigidez ou de incapacidade, mas funda-se na situação ou no caso que ela comunica. Por isso vai insistir Gadamer que a interpretação nunca é um ato ocasional subsequente ao entendimento, é mais que isso, é sempre interpretação mesmo, enquanto explícita forma de entendimento; em face disso, o sujeito que interpreta é obrigado a ir para além do romantismo hermenêutico, para considerar não somente o entendimento e a interpretação, mas o processo unificado que os constitui.⁴⁸

Na análise, por exemplo, de ações judiciais envolvendo atos de tortura, sequestro, morte e desaparecimento de pessoas, provocados por agentes das forças públicas no período do regime militar brasileiro, e que buscam indenizações por danos materiais e imateriais, vê-se com clareza a importância do adequado e complexo entendimento fático que se precisa ter da história constitutiva dos eventos danosos, suas abrangências diretas e indiretas, materiais e imateriais, em face das pessoas atingidas (torturados, mortos, desaparecidos, sequestrados, e seus familiares, afetos, vínculos laborais e de realização profissional, psíquica, etc.).

Uma compreensão desse fenômeno que não considera tal conjuntura dá mais relevo a temas formais como o da prescrição e decadência da pretensão ressarcitória, independentemente de a violação ao Direito Fundamental aqui ser considerada como de lesa humanidade.⁴⁹

Por outro lado, o entendimento e a compreensão mais arejados, e considerando a história efetual dessas situações – imbricando entendimento e interpretação – , vai levar em conta aquelas variáveis referidas, reconhecendo que:

⁴⁶ Gadamer (2000, p. 204). É interessante notar aqui como esta preocupação está presente desde o início do trabalho de Gadamer, conforme a advertência de William Eskridge Junior., citando o próprio Gadamer, quando diz que: what we learn from the Platonic dialogues is that it “is more important to find the words which convince the other than those which can be demonstrated in their truth, once and for all”. Eskridge Junior (1990, p. 622).

⁴⁷ Stein (1987, p. 108). Neste texto o autor gaúcho trata de forma direta a hermenêutica como método, fazendo uma interlocução em termos de convergências e divergências com o chamado método dialético.

⁴⁸ Gadamer (2000, p. 275).

⁴⁹ Como o fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: **RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESO POLÍTICO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32.** Pretensão da parte em ver-se ressarcida por supostos danos decorrentes da prisão e tortura por motivos políticos. Prescrição quinquenal. O fato gerador do direito à indenização é o advento da Lei 11.042/97. Reconhecimento da prescrição. A Lei 11.815/2002 não possui reflexo no prazo para ajuizamento da demanda judicial. Sentença confirmada. Precedentes jurisprudenciais. Apelação Cível n. 70016138430, julgada pela Quarta Câmara Cível, em 14 dez. 2007, Relator Des. José Francisco Pellegrini.

1. Merece reparo a decisão singular que julgou extinto o feito em razão do reconhecimento da prescrição do direito de ação, aplicando ao caso dos autos o Decreto nº 20.910 de 1932, porquanto constatada a imprescritibilidade da demanda que visa reparar danos morais decorrentes de tortura praticada durante período de exceção do Estado, cujos agentes públicos extrapolaram os poderes de polícia, utilizando métodos desumanos para obter objetivos escusos.
2. Com efeito, adotar a prescrição quinquenal com base no Decreto nº 20.910 de 1932 é destituir a força normativa da Constituição, e reconhecer a aplicabilidade de norma de conteúdo valorativo inferior em detrimento de princípio de maior valor consagrado na Carta Magna.
3. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas.⁵⁰

Assim, no mundo/universo do jurídico, o código linguístico que o identifica e operacionaliza institui padrões de comunicação que ao mesmo tempo delimitam as possibilidades e limites de seus objetos conformadores e um lócus que pretende ter o seu próprio tempo e espaço (informados pela prescrição, decadência, preclusão, termos dos atos e fatos jurídicos válidos, etc.). Esse horizonte todo especial – somente acessível aos iniciados –, à medida que inclui sujeitos sociais que compartilham tal código, penaliza aqueles que não compactuam com o que ele estabelece, ou infringem suas normativas.

É interessante o caso que envolve o tema da chamada tolerância social ao discutir se a ausência de dano ou de perigo de dano a valores da comunidade tornam atípica a conduta de manter casa de prostituição, enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n. 104467, oriundo do Rio Grande do Sul, em que a Defensoria Pública da União pedia a manutenção da absolvição de donos de casa de shows na cidade praiana de Cidreira, RS, denunciados pelo crime previsto no artigo 229, do Código Penal.⁵¹ Os donos do estabelecimento foram absolvidos em primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas o Ministério Público estadual recorreu ao STJ, que determinou ao magistrado de primeiro grau que redigisse outra sentença.

Encaminhado *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a decisão foi a seguinte:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado.⁵²

⁵⁰ Apelação Cível n. 70037772159, julgada pela Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 abr. 2011, Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto.

⁵¹ Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

⁵² Habeas Corpus n. 104467/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 08 fev. 2010, DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011. EMENT VOL-02477-01 PP-00057.

Poder-se-ia questionar no caso se, diante da secularização dos tempos hodiernos, ainda é possível admitir punição penal na proteção da chamada moralidade sexual, considerando a separação cada vez maior entre Direito e Moral – notadamente de costumes e envolvendo os temas do multiculturalismo, do respeito à diversidade cultural (que se projeta em hábitos e tradições). Não haveria nesse tipo básico (código lingüístico) um lócus que alberga preconceitos e ranços axiológicos ultrapassados, haja vista que a jurisprudência já excluiu desta configuração motéis e casas de massagem, por exemplo? Isso não importou no caso para o STF, pois operou mais forte a tradição de que tanto Gadamer adequadamente fala, ou seja:

Existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base [...]. E nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do Aufklärung (Iluminismo), no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.⁵³

Gadamer faz entender que a atitude hermenêutica do intérprete é aquela que o coloca em uma situação de abertura e expectativa frente à tradição, oportunizando a interlocução com ela. Significa dizer que um dos princípios regedores desta hermenêutica é a própria concepção de conhecer/compreender, isto é, não se é conhecedor à procura de um objeto para tomar posse dele, identificando como ele é realmente,⁵⁴ mas, ao contrário, a relação com este objeto é a de experimentação, de libertação de preconceitos sígnicos para, com uma mente aberta, não se chegar conceitualmente a ele – em uma perspectiva de restrição de seus conteúdos e significados –, porém, para permitir vislumbrar o novo que aparece, que se constrói nessa experiência dialética, evidenciando algo que ainda não existia.

É o caso de decisão judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul envolvendo os termos da Lei Complementar Estadual n. 10.990/97, que em seu artigo 10, estabelece que o exame físico é requisito para ingresso na Brigada Militar. Na espécie, determinado candidato ingressou com Mandado de Segurança para prosseguir no certame da Brigada uma vez que foi reprovado no exame físico por possuir cárie dentária. O argumento da Corte, por maioria, foi o de que a existência de uma patologia a qual torne o candidato inapto para o serviço público deve se revestir de características tais que, pela sua natureza e gravidade, alterem a função do órgão afetado que inviabilize o exercício da função pública específica. Dessa forma, a existência de cárie em dente situa-se em um parâmetro de insignificância patológica e deve ser desconsiderada, havendo inclusive nos autos prova documental de que o candidato estava em tratamento dentário e que seria liberado em curto período de tempo.⁵⁵

Em termos operacionais, a oportunidade para questionar aquela tradição surge exatamente quando a participação do sujeito de comunicação em sua tradição é informada pela interação com outras tradições distintas da sua (fusão de horizontes). Assim, a oportunidade de questionar a tradição ocorre pela formatação de questionamentos dos preconceitos durante esta interação. Nas palavras de Bernstein: *Although our prejudgments are constitutive of our being, in our encounters with other horizons they are put at risk.*⁵⁶

No âmbito específico dos casos judiciais, pelo fato de eles se apresentarem com um grau de complexidade ampliado pela fenomenologia do mundo da vida em que acontecem, é ingênua a pretensão

⁵³ Gadamer (2000, p.421).

⁵⁴ Mediante, por exemplo, do universo conceitual forjado pela jurisprudência dominante e pelos doutrinadores de plantão.

⁵⁵ Mandado de Segurança n. 70005717491, Primeira Câmara Especial Cível, julgado em 30 jun. 2003, por maioria, Relatora para o Acórdão: Dra. Angela Maria Silveira.

⁵⁶ Bernstein (1982, p. 827). Ou seja, *“What here becomes apparent is Gadamer’s view that, although we cannot escape our prejudgments, through the dialogical interaction with other horizons the possibility arises for understanding ourselves — our prejudgments, our tradition — as mistaken.”*

de apreendê-los de forma exaustiva e perfeita a partir dos moldes fixados na norma jurídica (tão somente), isso porque a relação entre norma e fato é sempre tensa e conflituosa, não meramente subsuntiva, como tem sido operada pela maior parte da jurisdição brasileira ao longo dos tempos. A dimensão sempre nova dos fatos, atos e negócios que se apresentam ao sistema jurídico (independentemente de suas fórmulas e códigos) não é meramente subjetiva ou idealista – porque parte exclusivamente da capacidade de compreensão do intérprete que a maneja –, mas é materialmente real, porque são no e com o mundo que os constituem e que é constituído por eles.⁵⁷

Conclusão

O universo de contingências e necessidades que marcam o fluxo das relações sociais ratifica a importância das advertências de Gadamer, notadamente quanto aos cuidados em se interpretar as normas que regem o agir humano. Em face disto, a objetividade do processo de conhecimento/compreensão (*Sachlichkeit*) sugerida pelo autor alemão, funda-se no fato de que aquilo que se revela não constitui uma simples projeção da subjetividade, mas diz respeito a algo que atua sobre a compreensão quando se apresenta (a tradição).⁵⁸ Significa dizer que a experiência – neste caso, a da interpretação e aplicação do direito – não se restringe a uma atividade do sujeito, mas se apresenta como uma atuação da própria situação (tradição e mundo da vida) sobre este sujeito, envolvendo-o sem muitas possibilidades de controle absoluto dos seus resultados.⁵⁹

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.⁶⁰

Daí a importância do argumento do Min. Gilmar Mendes quando assevera que o direito fundamental ao contraditório, por exemplo, supõe o direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), no sentido de que: “[...] o dever do magistrado de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (“*Kenntnisnahmepflicht*”), mas também a de considerar, séria e detidamente as razões apresentadas (“*Erwägungspflicht*”) Mas no que consiste tal consideração preconizada pelo magistrado? Implica reconhecer que estas razões estão localizadas no tempo, espaço e cultura historicamente determinados, e é preciso desvendá-las nestas ambiências.⁶¹

⁵⁷ Ver nesse sentido o trabalho de Streck (2003).

⁵⁸ Ernildo Stein destaca isto quando assevera que: Esta tese vem explicitada de maneira mais clara no corpo do livro (Ernildo está se referindo ao livro *Verdade e Método* de Gadamer): O compreender não deve ser pensado ele mesmo como uma atuação da subjetividade, mas como o penetrar no acontecer da tradição, no qual passado e presente se medeiam constantemente.” STEIN (1987, p. 110).

⁵⁹ Até porque muitas das forças que delimitam os condicionamentos culturais, morais e éticos dos agentes jurídicos sequer são conscientes, fazendo parte de um *habitus* alienante e reificador de visões de mundo pré-constituídas. Neste ponto ver o trabalho de Habermas (2002, p. 67 ss).

⁶⁰ Gadamer (2000, p. 403). Significa dizer que a compreensão não se afigura como uma idealização a partir de princípios, mas o desenvolvimento do conhecimento pelos sujeitos adquirido a partir de um contexto mais vasto e que é determinado pela linguagem usada. Reforçando tal entendimento vai Kaufmann: “[...] l’applicazione non è una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere [Wm, p. 669], ciò comporta che il sapere dell’interprete non consista in nulla di generale o universale, da potersi poi usare e applicare a singoli casi concreti, ma coincida invece già sempre con il sapere situato di un soggetto in azione.” KAUFMANN (2003, p. 158).

⁶¹ Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05 fev. 2004. DJ 17-09-2004 PP-00053, EMENT VOL-02164-01 PP-00154, RDDP n. 23, 2005, p. 133-151, RTJ VOL-00191-03 PP-00922. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição,

Por tais argumentos é que Marinoni e Mitidiero⁶² insistem com a tese de que o parâmetro para aferição da fundamentação de uma decisão judicial, no Estado Constitucional, não é somente interno, ou seja, “Não basta que nela conste o esquema lógico-jurídico pelo qual o juiz chegou às suas conclusões. O critério é também externo: a adequada motivação deve ser aferida também em função da atividade das partes,” e digo eu, resultado das interlocuções não coatas e perturbadas por pré-conceitos que inviabilizem a compreensão ampla e crítica de todas as variáveis que sempre estão presentes em qualquer diálogo (processual ou não, litigioso ou não).

Por tais razões é que se sustenta que a aplicação judicial do sistema jurídico por qualquer profissional do direito não consiste em mero arbítrio, mas ao contrário, configura-se como um tipo de aperfeiçoamento crítico deste sistema, no qual é preciso assegurar, ao menos em termos de ideia regulativa, que cada cidadão deve ter condições de prever as decisões judiciais que envolvam as matérias de que se ocupam. “Ma non perché il significato di una legge sia da considerarsi come qualcosa di ovvio; tutt’altro. È invece perché una legge appartiene all’ordinamento giuridico vigente (che è riconosciuto come tale da tutti) che la sua interpretazione è sempre riconducibile al suo quadro d’insieme e ne costituisce potenzialmente un perfezionamento.”⁶³

Essa noção de integridade da compreensão/interpretação/aplicação é de extrema relevância na constituição e operação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Referências

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica de J. W. de Medeiros & C.^a, 1872.

BERNSTEIN, Richard J. From Hermeneutics to Praxis. *In The Review of Metaphysics*, v. 35, n. 4, 1982.

CORETH, Eduardo. *Cuestiones fundamentales de Hermenéutica*. Barcelona: Herder, 1992.

DI CESARE Domenico. *Gadamer*. Bologna: Il Mulino, 2009.

ESKRIDGE Jr., William N. Gadamer/Statutory Interpretation. *Columbia Law Rev.* v. 90, n. 3, p. 609-681, 1990.

aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

⁶² Marinoni e Matidiero (2010).

⁶³ Minda (2008, p. 72).

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

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

GUERRERA, Francisco. *El pensamiento alemán contemporáneo*. Salamanca: Esteban, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. México: Paidós, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 6 maio 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1.

MARINON, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e Propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*. Roma: Il Mulino, 2008.

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

_____. *Hermeneutics. Interpretation. Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*. Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1.

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

RISSER, James. *Hermeneutics and the Voice of the Other: Re-Reading Gadamer's Philosophical Hermeneutics*. Albany, NY: SUNY Press, 2007.

RIU, Antoni Martinez. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Herder, 1997.

STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO Junior. Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

TUGENDHAT, Ernst. Heidegger's Idea of Truth. In: MACANN, Christopher (Ed.). *Martin Heidegger. Critical Assessments*. 4 v.

VATTIMO, Gianni. *La fine della modernità*. Milano: Garzanti Editore, 1995.

_____. *Oltre l'interpretazione. Il significato dell'ermeneutica per la filosofia*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

WACHTERHAUSER, Brice R. (Ed.). *Hermeneutics and Truth*. Evanston: Northwestern University Press, 1994.

