

A antropofagia na Crítica Hermenêutica do Direito: a apropriação de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer

Anthropophagy in Hermeneutics criticism of Law: the appropriation of Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer.

Daniel Ortiz Matos*
Gilberto Guimarães Filho**

Resumo

A Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck por vezes é criticada diante do fato de uma aparente incompatibilidade entre os aportes teóricos de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, já que estes seriam de contextos e pressupostos filosóficos distintos e inconciliáveis. Este trabalho busca demonstrar que o ato feito por Streck é antropofágico, uma ação de construir uma nova teoria a partir de problemas político-jurídicos detectados no Direito brasileiro e que une Dworkin e Gadamer no seio do seu empreendimento teórico. Deste modo, não existiria nenhuma pretensão de conciliá-los enquanto pensadores alinhados, tampouco de aplicá-los diretamente. Acredita-se que desta maneira possa haver uma melhor compreensão da Crítica Hermenêutica do Direito e que evite críticas inadequadas à pretensão do autor.

Palavras-chave: Hermenêutica. Crítica hermenêutica do Direito. Lenio Streck. Ronald Dworkin. Hans-Georg Gadamer.

Abstract

The Hermeneutics criticism of Law developed by Streck Lenio is sometimes criticized on the fact that exist an apparent mismatch between the theoretical contributions of Ronald Dworkin and Hans-Georg Gadamer, because they are from distinct contexts and their philosophical assumptions and irreconcilable. This paper seeks to demonstrate that the act done by Streck is anthropophagic, an action to build a new theory from political and legal problems detected in the Brazilian law that unites Gadamer and Dworkin within its theoretical enterprise. Thus, there would be no claim to reconcile them as thinkers aligned, either to apply them directly. It is believed that in this way there can be a better understanding of the Critical Hermeneutics of law and avoid criticism unsuitable to the claim of the author.

Keywords: Hermeneutics. Hermeneutics criticism of Law. Lenio Streck. Ronald Dworkin. Hans-Georg Gadamer.

*

** Mestrando em Direito pelo Programada de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), vinculado à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, sob a orientação do Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca estabelecer elementos essenciais para a compreensão de como o professor Lênio Streck, na sua *crítica hermenêutica do Direito*, inclui o pensamento filosófico de Hans-Georg Gadamer e o pensamento jurídico-político de Ronald Dworkin.

A motivação deste trabalho advém de diversas incompreensões do projeto teórico de Streck, o que leva à discussão de diversos falsos problemas, como considerar inválida a relação entre Dworkin e Gadamer, discutir se é possível compreender o Dworkin como um hermenêuta ou alguém mais próximo à tradição hermenêutica que à analítica e as questões se Streck é realmente um Dworkiniano ou um Gadameriano e se realiza interpretações corretas. Acreditamos que desenvolver os problemas jurídicos e políticos enfrentados por Lênio permite que compreendamos como ocorre o ato antropofágico com o pensamento de Dworkin e de Gadamer e o motivo de as questões acima mencionadas não serem problemas ou elementos que enfraquecem a crítica hermenêutica do Direito. Acreditamos, inclusive, que as críticas que partam dos pressupostos aqui expostos serão muito mais válidas e contundentes, pois não realizariam críticas a compreensões ou pretensões que nunca foram feitas ou ditas por Streck.

A *Crítica Hermenêutica do Direito* tem como ponto de partida o problema de haver decisões judiciais que não são democráticas, ou seja, nas quais o juiz procedeu de modo arbitrário, conforme a sua consciência e isto é um desrespeito ao Estado democrático de Direito que estabelece as regras do jogo no qual o juiz atua. Em suma, o problema enfrentado por Streck é o ato interpretativo do juiz no momento de decidir. Por isto há a ênfase na necessidade de uma teoria da decisão.

Deste modo, inicialmente buscamos a compreensão do pensamento de Gadamer e de Dworkin para depois desenvolvermos os pontos de partida, problemas e pretensões enfrentados por Streck no Direito brasileiro, que naturalmente se diferenciam do que é enfrentado pelos autores originalmente. O movimento de apropriação de certos elementos de Dworkin e de Gadamer serão compreendidos a partir dos objetivos da *crítica hermenêutica do Direito* e das concepções filosóficas e jurídicas que são incorporadas de maneira própria.

1. O ato compreensivo-interpretativo em Gadamer

Aluno de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer foi um dos filósofos mais importantes do século XX. Alemão, nasceu no ano de 1900 em Marburg e faleceu Heidelberg no ano de 2002 com 102 anos, tendo vivido todas as vicissitudes do século XX. Lecionou em Leipzig, Frankfurt e Heidelberg, tendo se tornado professor emérito em 1968.

O grande intento de Gadamer foi fazer justiça à experiência da verdade nas ciências do espírito, superando a concepção meramente metodológica por meio de uma hermenêutica filosófica. O título de sua obra magna *Verdade e método (Warheit und Methode)*, já aponta estes termos fundamentais de sua reflexão, a qual resgata elementos marginalizados na concepção de verdade das ciências humanas baseadas em métodos.

A hermenêutica filosófica de Gadamer (2002, p.19) procura se manter na direção de questionamento do Heidegger tardio e torná-la acessível de uma nova maneira. Para isto, entre rupturas e continuidades com seu ilustre mestre, Gadamer pergunta como é possível aplicar a estrutura do *Dasein* heideggeriano, a historicidade, a temporalidade e outros elementos nas ciências humanas, já que tais questões fundamentais modificam a relação do homem consigo mesmo e com o conhecimento que este produz. O filósofo propõe uma nova ciência do espírito, incorporada no seio da tradição como um evento de linguagem. A pergunta fundamental de Gadamer é: “que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se ‘carregado’ por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?” (OLIVEIRA, 2006, p.226).

Assim Gadamer (2011, p.354) concebe a sua diferenciação em relação a Heidegger:

Heidegger só se interessava pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.

A aprendizagem pessoal de Gadamer com Heidegger acabou quando este retornou para *Freiburg* em 1928 para assumir a cadeira de Husserl. Durante a década de 30 foram apresentadas as três conferências de Heidegger depois conhecidas na sua obra *A origem da obra de arte (Der Ursprung des Kunstwerkes)*. Estas foram ao encontro das próprias perguntas de Gadamer e à sua experiência de proximidade entre arte e filosofia, despertando um efeito imediato. Tendo este objetivo em mente, o ponto de partida gadameriano em *Verdade e método* foi por meio da experiência da obra de arte.

Gadamer (2002, p.15) nos diz o motivo de começar pela questão da interpretação na arte:

O ponto de partida de minha teoria hermenêutica foi justamente que a obra de arte é uma provocação para nossa compreensão porque se subtrai sempre de novo às nossas interpretações e se opõe com uma resistência insuperável a ser transposta para a identidade do conceito.

A experiência de arte seria uma advertência à consciência científica, pois reconhecera os seus limites. Possui uma verdade que não se reduz a adequação entre *res* e *intelecto*. Deste modo, Gadamer inicia a parte I de *Verdade e Método* com uma crítica à consciência estética¹ tendo o intento de validar a experiência de verdade que se dá pela obra de arte contra a verdade científica, adotada pela Estética. Isto visaria não apenas legitimar uma verdade na arte, mas um conceito de verdade que corresponderia ao todo de nossa experiência hermenêutica (ROHDEN, 2009, p.64).

A arte não é mero jogo subjetivo ou entretenimento que nos distrai da seriedade da vida. A arte seria sim uma experiência de verdade como uma revelação, que nos diz sobre a real essência das coisas e é por isso que o exemplo da arte exerce a função orientadora na primeira parte de *Verdade e Método*. O que é revelado na arte é o que permanece, a essência das coisas. A obra de arte confere um “crescimento do ser” (*Seinszuwachs*) o qual nos ajuda a conhecer. O que está em jogo na obra, o que ela atrai, é o verdadeiro ser que é realizado na obra pela própria obra. (GRONDIN, 2012, p.5)

Gadamer desenvolve a questão da arte enquanto forma de linguagem que permitiria compreender a linguagem em um âmbito anterior e mais fundamental do que a linguagem científica – o que será retomado enquanto virada ontológica na terceira parte de *Verdade e Método*. Deste modo, coloca-se a seguinte questão: “como o jogo da linguagem, que é o jogo mundano de cada um, se conjuga com o jogo da arte? Como um se relaciona com o outro?” (GADAMER, 2002, p.13). É claro que nos dois casos o caráter próprio da linguagem, a linguisticidade, está incluído na dimensão hermenêutica.

Na segunda parte de *Verdade e Método* o objetivo é reconquistar, por meio da historicidade e da pré-compreensão, uma experiência da verdade perdida nas ciências do espírito. Gadamer (2011, p.355), utiliza o termo de Heidegger *círculo hermenêutico*, tratando-

¹ Falando sobre a Estética de Kant baseada no juízo de gosto (GADAMER, 2002, p.84): “Mas o preço que ele paga por essa justificação da crítica no terreno do gosto consiste em negar ao gosto qualquer significado cognitivo. É um princípio subjetivo, ao qual ele reduz o senso comum. Nele não se reconhece nada dos objetos que são julgados como belos; apenas se afirma que a eles corresponde a priori um sentimento de prazer no sujeito. (...) É o jogo livre da imaginação e da compreensão, uma relação subjetiva idônea para o conhecimento, que apresenta o fundamento do prazer no objeto.”

o como o movimento que dá a possibilidade do conhecimento, no qual a interpretação é função permanente e que deve evitar os encrostamentos, os sentidos absolutizados.

Esta descrição do círculo é concisa, mas já aparece aí o pano de fundo da compreensão em Gadamer, que poderia ser sintetizado do seguinte modo: o intérprete nunca chega ao texto como tábula rasa, do zero, capaz de conferir ao conhecer do texto objetividade, mas chega por meio da sua pré-compreensão (*Vorverständnis*), seus pré-juízos que são sua memória cultural (linguagem, mitos fundantes etc.). A partir disto, o contato com o texto gera um sentido preliminar, pois gerado de acordo com as expectativas anteriores à leitura. Depois o trabalho hermenêutico é de elaboração e reelaboração deste momento inicial, o qual é revisto o tempo todo, sempre com maior penetração no texto, sem nunca totalizar o sentido deste; e a cada nova revisão o texto apresenta novos sentidos, ele “fala mais”. Portanto, a interpretação deve se desenvolver em conceitos mais adequados, pois surgidos de uma relação mais refinada com o texto, na qual o intérprete praticamente o habita e este habitar modifica o próprio intérprete. Apesar de chegarmos ao texto a partir as pré-compreensões, estas são postas à prova, pois sua legitimidade pode não se sustentar ao passo que a análise do texto é aprofundada e a pré-compreensão não é capaz de compreendê-lo no que este tem de próprio (GADAMER, 2011, p.354-396).

Neste sentido afirma Gadamer (2011, p.388):

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação (...). O círculo da compreensão não é, portanto (...) metodológico; dele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.

Gadamer também nos mostra que somente no Iluminismo (*Aufklärung*) o conceito de pré-juízo teve sentido negativo, pois eram tidos como juízos da tradição, de respeito irrefletido às autoridades instituídas. O Iluminismo desejava que o homem seguisse seu próprio intelecto, independente da tradição. Todavia, Gadamer (2011, p.361-362) percebe que a superação de todos os preconceitos é também um preconceito iluminista, cuja revisão importa à nossa capacidade de conhecimento adequado a partir de nossa finitude e nossa consciência histórica.

Desta maneira, Gadamer se libera do conceito de objetividade científica em prol de tornar presente a historicidade da compreensão. Sua teoria exclui elementos da hermenêutica psicologizante de Dilthey, nas quais há na ação de conhecer o ideal de esclarecimento, de partir do zero, da objetividade através de uma empatia que nos permite conhecer o sentido do

texto a partir do próprio tempo do autor. Assim, desenvolve sua hermenêutica da tradição na qual os preconceitos e a tradição são pressupostos, necessários em qualquer relação nossa com o mundo. Isto acontece porque toda compreensão é histórica e se dá pela linguagem. Portanto, necessita interpretação e a interpretação só pode se dar a partir da tradição na qual o homem é jogado (PIETERZACK, 2009, p. 32).

O homem, portanto, não sai da história para compreender ou compreender a própria história. Ele se compreende nela². Não há mais oposição entre razão e tradição – que significa entrega, transmissão de cultura, de linguagem. Então a tradição não deve ser vista como na tradição romântica alemã, mas a tradição deve sim ser alvo de críticas e reflexão. Deste modo a hermenêutica de Gadamer não é tradicionalista. Contra os iluministas ele invoca os eventuais direitos da tradição e contra os românticos a força da tradição da razão, de tal maneira que não coloca mais razão e tradição em uma oposição; um opera no outro o tempo todo.

A grande mudança em Gadamer é que a distância do passado deixa de ser um abismo, um inimigo ou algo que devemos retornar ao espírito da época. Esta distância não deve ser transposta, mas é nela que a atualidade tem suas raízes. Nós estamos em uma "situação hermenêutica", na qual se deve buscar a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição (GADAMER, 2011, p.392). Deve-se reconhecer esta distância com uma rica possibilidade de compreensão. Neste sentido, há uma fusão de horizontes, entre presente e passado, formando um único horizonte histórico, dentro do qual já nos encontramos, mas este é tão concreto quanto fugidio (GADAMER, 2011, p.404). Por isto, a hermenêutica é um acontecer da verdade na história, pois nenhum conhecimento é absolutizante ou pretende se perpetuar em uma objetividade.

A terceira parte de *Verdade e Método*, para muitos considerada a parte mais importante, é onde ocorre a “virada ontológica da hermenêutica”. Para compreender essa virada ontológica, Grondin diz que precisamos partir do adágio centro de tantos debates: “O ser que pode ser compreendido é linguagem”. E então Grondin (2012, p.14) diz:

O adágio afirma que é então “na linguagem” (é linguagem) que nós compreendemos o mundo. Isso pode ser, mais uma vez, outra banalidade, mas Gadamer quer destacar que nossa compreensão se realiza essencialmente sobre um modo lingüístico. Quando nós compreendemos a história, o mundo, os outros, os textos, as notícias do mundo, esta compreensão “é linguagem”.³

² “Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos.” (GADAMER, 2011, p. 367-368)

³ Tradução feita por Cristian Marques. Segue o texto original: “L’adage précise ensuite que c’est <en langage> (est langage) que nous comprenons le monde. Il s’agit peut-être encore une fois d’une banalité, mais Gadamer

Esta compreensão da linguagem parte de uma crítica da linguagem como simples signo. Ele discorda do instrumentalismo com o qual a linguagem é pensada nesta perspectiva, pois parte da premissa que o pensamento pode se referir às coisas antes que estas sejam apresentadas como linguagem, como se pudéssemos inventar as palavras sem pressupor elementos da língua. (GRONDIN, 2012, p.15).

É nestas distinções que se pode esclarecer a questão que Gadamer tem sempre recolocado, de saber que função desempenha no acontecimento hermenêutico a intenção do autor. Isto está claro no uso cotidiano do discurso, pois basta compreender o outro, o que ele tinha em mente ao falar, e não entrar na rigidez da escrita. Mas ao falar do diálogo Gadamer (2002, p.28) diz que:

É isto o que acontece verdadeiramente no diálogo: o que se tem em mente articula-se, à medida que se torna algo comum. A enunciação individual, portanto, está sempre inserida num acontecimento comunicativo, não podendo ser compreendida como algo singular. Por isso, falar de *mens auctoris* e da palavra do 'autor' só possui uma função hermenêutica onde não está em questão uma conversa viva, mas apenas exposições fixas.

Neste ponto, a hermenêutica tradicional parece não ter superado as consequências do psicologismo. “Na leitura e compreensão de um escrito está em questão um processo, pelo qual aquilo que está fixado no texto deve elevar-se a uma nova expressão e deve concretizar-se de novo” (GADAMER, 2002, p.28). Por isso seria um mal-entendido ontológico hipostasiar o que quem fala tem em mente como o padrão de medida da compreensão. Como se fosse possível criar um tipo de comportamento reprodutivo. A leitura não é uma reprodução que permite comparação com o original. Isto pois “todo texto que lemos só se realiza na compreensão. Também o texto que está sendo lido experimenta um crescimento ontológico, e é só através deste que a obra recebe sua atualidade plena” (GADAMER, 2002, p.29).

Gadamer diz que utilizou o conceito de jogo para liberar essa realidade verdadeira da linguagem no diálogo. O processo de entendimento mútuo não pode ser um procedimento metódico que fixa um indivíduo contra o outro, mas consuma-se na dialética de pergunta e resposta. Um processo que nunca se inicia do zero e nunca termina com uma soma plena (GADAMER, 2009, p.120):

Mesmo o texto, e antes de tudo, aquele texto que é uma 'obra', isto é, uma obra de arte linguística que se encontra diante de nós destacada de seu 'criador', é como

veut d'abord souligner par là que notre compréhension se déploie essentiellement sur un mode langagier. Lorsque nous comprenons l'histoire, le monde, autrui, des textes, des nouvelles du monde, cette compréhension <est langage>.”

alguém que responde incansavelmente a um esforço jamais esgotável de compreensão interpretativa e é como um indivíduo questionador que se contrapõe a um outro sempre pronto a responder.

O filósofo crê ter mostrado de modo convincente que a compreensão do falado deve ser pensada a partir da situação de diálogo, a partir da dialética de pergunta e resposta, na qual nos entendemos e articulamos o mundo comum. A coisa (*Sache*) “suscita perguntas” (GADAMER, 2002, p.13). O processo de pergunta e resposta desenrola-se, portanto, entre o texto e seu intérprete. Coloca-se em questão a coisa de que se fala. Também um livro, que aguarda a resposta do leitor, é a abertura de um diálogo dessa natureza. “Ali, algo vem à fala” (GADAMER, 2002, p.13).

O parceiro do diálogo acompanha efetivamente o movimento e atesta em seu não saber que se tornou um parceiro de diálogo. O jogo aberto de perguntas e respostas não transcorre entre aqueles que sabem, mas entre indivíduos que questionam. “Todavia, a verdadeira arte de conduzir um diálogo dá-se quando os dois parceiros de diálogo são ambos conduzidos. Esse é então um verdadeiro diálogo que conduz a algo.” (GADAMER, 2009, p.119). Portanto, não é um sujeito do conhecimento isolado que compreende, mas sempre em contato com o outro, seja um texto ou indivíduo que tem sua alteridade respeitada.

A virada hermenêutica, portanto, vai além dos métodos da ciência moderna. Assim, descortina o outro lado da cultura científica que domina nossa civilização e entra em cena como a cultura das “humanidades”, as ciências humanas, abarcando a totalidade de nossa configuração humana de vida.

2. A Interpretação Jurídica em Ronald Dworkin

Ronald Dworkin destacou-se como um dos mais importantes jusfilósofos da contemporaneidade. Desde seus primeiros escritos da década 60 até a obra derradeira, *Religion without God* (2013) inseriu-se como um protagonista no cenário da teoria jurídica anglo-saxônica e para além destes limites. Isto não significa, obviamente, ampla aceitação, até porque muitas de suas críticas confrontavam concepções dominantes, mas tão somente que suas ideias não passaram despercebidas. Tanto é que durante sua trajetória não foram poucos os debates com respeitáveis interlocutores, destes destacam-se: Hebert Hart, Joseph Raz, Richard A. Posner e Stanley Fish.

Um dos pontos centrais de seu empreendimento teórico é a interpretação jurídica, sobretudo, a partir da publicação do Império do Direito em 1986. Os textos anteriores estariam inseridos numa primeira fase do pensamento dworkiniano, que tinha uma perspectiva mais crítica. Não obstante, neste contexto foram fincados marcos que delinearão o período mais construtivo.

No artigo intitulado “*Casos Difíceis*”, presente na obra *Levando os Direitos a Sério* de 1977, a ideia de interpretação aparece relacionada com a distinção entre os *easy cases* e o *hard cases*. Dworkin inicia este texto reconhecendo uma diferença significativa do seu projeto ao Positivismo exposto por Hart. Para este último existiria o poder discricionário nos casos em que não houvesse uma regra de direito “clara”, estabelecida anteriormente por alguma instituição. Deste modo, diante da zona de penumbra o juiz teria a possibilidade de criar direitos que seriam aplicáveis às demandas vindouras. Em sentido diverso, o jurista americano defende a chamada tese dos direitos “segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos direitos políticos existentes (DWORKIN, 2002, p.136)”.

Diante disto, o juiz deve basear-se em argumentos de princípio (*principle*), por ser uma decisão política que melhor tutele os direitos individuais ou coletivos, e não em argumentos de política (*policy*), que fundamentam uma decisão política que melhor atenda á um bem coletivo.

A resolução dos casos difíceis por argumentos de princípio apresenta duas objeções a ideia da originalidade da decisão judicial. A primeira seria a ausência de legitimidade política dos juízes para a criação de direitos. E a segunda, no que tange ao direito das partes não serem surpreendidas por um direito *ex post facto*. Partindo dessas duas premissas o jurista entende que a jurisdição deve ser o menos original possível.

Dessa forma, nos *hard cases* os intérpretes tem que ir além dos textos legais explícitos (disposições constitucionais, leis, jurisprudência) e utilizar-se dos princípios de modo coerente e consistente com as possibilidades encontradas na história institucional. Esta, segundo Dworkin, “(...) faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração (DWORKIN, 2002, p.136)”.

Lawrence B. Solum (2010) em ensaio sobre a interpretação na obra de Dworkin, ao tratar deste primeiro momento encontrado em “*Casos Difíceis*” entende que há dois níveis ou fases para a decisão jurídica, sendo estes:

Step one: identify the set of possible legal rules that fits the existing institutional history (e.g., the texts of the authoritative legal materials). If there is only one rule that fits, or if all the rules that fit favor the same resolution of the case, then we need not proceed beyond step one. Step two: select from among those rules on the basis

of the principles or values that provide the best justification for that institutional history⁴ (SOLUM, 2010, p.553).

Haveria, portanto, uma dimensão de ajuste, adequação (*fit*) e outra de justificação (*justification*), ambas tendo como referência a história institucional do direito. Nestes termos, não partiria o intérprete de um vazio jurídico, ao contrário encontraria fundamentos (*grounds*) que permitiriam um juízo consoante com a responsabilidade política que possui, sendo, também, um entrave para a discricionariedade.

Assim, a partir da crítica ao Positivismo Jurídico⁵ na versão exposta por Hart, Dworkin procurou edificar uma perspectiva ruptural, e o fez de modo mais sistemático na obra Império do Direito, em que desenvolve a concepção do “*Direito como Integridade*”, e seu interpretavismo assume novos contornos.

Em *Law’s Empire* o jurista norte-americano sugere um giro interpretativo na teoria e prática jurídicas, sustentando que o direito possui uma “natureza” interpretativa, e que se encontra imbricado com a política e a moral. Deste modo, as proposições jurídicas transcenderiam o espaço analiticamente estabelecido do direito, demandando também uma justificação moral e uma legitimidade política⁶.

Deste modo, a juridicidade é pensada de modo distinto da tradição positivista que intentava definir um modo neutro, empírico, de verificação e que estivesse limitado ao sistema do direito. Para esta, as proposições do direito seriam meramente descritivas, e sua veracidade resultaria de um evento produtor anterior realizado por um órgão competente para tanto (*tese das fontes sociais*). Todavia, para Dworkin, este teste de reconhecimento apresentaria falhas, principalmente, nos casos difíceis, aonde esta identificação restaria prejudicada denotando, assim, sua insuficiência em descrever o fenômeno jurídico.

⁴ Livre tradução: Fase um: identificar o conjunto de regras legais que se adéquam a história institucional existente (e.g. os textos dos materiais legais que possuam autoridade). Se somente uma regra, ou se todas as regras que são adequadas favorecem a mesma resolução do caso, então nós não procederíamos para além da fase um. Fase dois: selecionar entre estas regras baseadas em princípios ou valores que provê a melhor justificação da história institucional.

⁵ O Juspositivismo é colocado em destaque por ser o paradigma jurídico que num primeiro momento centralizou a crítica dworkiniana. Assim, reconhece-se que suas abordagens afrontaram diversas outras concepções seja do Direito como também no campo da Moralidade. Neste sentido Ronaldo Porto Macedo, assevera que: “Dworkin lançará um desafio metodológico mais amplo a diversas teorias jurídicas contemporâneas, além do positivismo jurídico (como o realismo, o naturalismo, o pragmatismo e algumas versões do ceticismo moral e político) qualificando suas abordagens como “arquimedianas (2013, p.97)”

⁶ Neste aspecto Andrei Marmor afirma que Dworkin questiona as teorias analíticas, pois partem da distinção entre o conceito abstrato de direito e sua aplicação prática, sendo questões separadas e independentes. Em suas palavras: “Hay que señalar que esto equivale a un ataque frontal contra la teoría analítica del derecho; Dworkin desafía su presuposición básica, esto es, que el concepto de derecho y la justificación de sus requerimientos particulares sean cuestiones separadas “(MARMOR, 2000, p.55).

Num sentido oposto ao Positivismo Jurídico quanto à “natureza” das disposições jurídicas, as teorias como o Jusnaturalismo e o Realismo Jurídico defenderiam que as estas não seriam descritivas, mas sim valorativas, seja em decorrência de parâmetros morais ou numa concepção contextualista do significado, respectivamente.

Estas concepções (Juspositivismo, Escola do direito Natural e o Realismo Jurídico) representariam teorias semânticas do direito e que, por isso, possuiriam um defeito denominado de “agulhão semântico” (*semantic sting*). Em geral, sustentariam o “argumento de que, a menos que os advogados e juízes compartilhem de critérios factuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é direito” (DWORKIN, 2003, p.54).

Assim, acreditariam que a mera existência da discussão jurídica entre advogados e juízes, revelaria que há um compartilhamento e uma aceitação do que venha a ser o direito e da maneira como este é identificado. Esta explicação seria adequada se os desacordos fossem apenas empíricos, no entanto, parcela significativa das divergências jurídicas é teórica, ou seja, tangenciam os fundamentos do direito, procuram saber acerca da veracidade ou falsidade das proposições de direito. Deste modo, o “agulhão semântico” impediria uma explicação razoável acerca deste tipo de desacordo tão presente no cotidiano das práticas jurídicas.

Dworkin entende que as teorias semânticas do direito devem ser abandonadas, e a forma de suplantá-las seria por intermédio de outra perspectiva, que considere o Direito como um conceito interpretativo. Nesta, o dualismo entre uma proposição descritiva ou valorativa tão estimada para a corrente analítica - que distingue juízos de fato de juízos de valor, as descrições das prescrições – perde força uma vez que sendo disposições interpretativas não seriam nem uma nem outra, mas uma simbiose de ambas⁷. Sobre isto, Stephen Guest explica que o jurista norte-americano:

Não tem como intento dispensar essas ideias de descritividade e normatividade. Em vez disto, ele quer que aceitemos a ideia de que, por sua natureza alguns conceitos, não são plenamente entendidos a não ser de maneira interpretativa. São conceitos que precisam ser investidos de algum significado que uma simples descrição não pode fornecer. (2010, p.28).

Todavia, este algo a ser interpretado, não seria um fato bruto que não dependesse do intérprete, como se aquele estivesse separado (*out there*), há uma atribuição de sentido que pressupõe a participação do intérprete naquela prática. Assim, o direito é entendido como um

⁷ Sobre isto Pablo Raúl Bonorino escreve que as proposições jurídica em Dworkin “pertencen a un género intermédio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones, pero que no puede identificarse exclusivamente com ninguno de los dos dos. Esta necesidad es la que no lleva a explorar una concepción de la interpretación capaz de entenderla como una forma específica de conocimiento”. (2002, p.39)

interpretative concept, por ser uma práxis social argumentativa, em que os partícipes necessitam atribuir um sentido, um valor, um *telos*. Discorrendo sobre o tema na introdução do livro *Justiça de Toga*, o jurista afirma que:

Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos estas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade (...). Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e formulamos e concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores que especificamos (DWORKIN, 2010, p.19).

Esta atitude interpretativa aproximaria o direito das artes, o que Dworkin fez em várias oportunidades, principalmente, com a Literatura - por ser uma prática social que objetiva precipuamente a compreensão do seu propósito e não da sua causa. Por isso, o jurista rejeita a interpretação intencionalista para o direito, que se limitaria em descobrir as intenções daquele que gerou o objeto a ser interpretado. Assim, como o valor de uma obra de arte não estaria circunscrito àquele que a fez, o que faz uma proposição jurídica ser verdadeira transcende a tese das fontes sociais, devendo revelar o seu porquê, sua justificação⁸.

Nestes termos, a interpretação jurídica seria criativa e construtiva, pois impõe um propósito a fim de que o direito se revele o melhor possível (*the best it can be*) para o caso, sendo uma interação entre o valor e o objeto. Esta criação não seria arbitrária, uma vez que existe toda uma história institucional que filtraria as possibilidades interpretativas.

Objetivando tornar o seu interpretativismo algo funcional ao estudo do direito enquanto prática social, Dworkin propõe uma distinção em três fases ou etapas. A primeira, pré-interpretativa, haveria uma identificação das regras que fornecem o conteúdo hipotético da prática social. A segunda, fase interpretativa, seriam apresentada uma justificativa geral dos principais elementos identificados na etapa anterior, demonstrando também que foi realizada uma interpretação e não uma invenção. Na terceira e última, fase pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete moldaria a sua ideia acerca daquilo que a prática realmente requer, de modo à melhor servir a justificação aceita na etapa anterior. Estas fases não seriam estanques, ao contrário, se manifestariam num *continuum* de interpretação construtiva.

O interpretativismo dworkiniano deve ser compreendido o interior de sua concepção do “Direito como Integridade”. A *integrity* seria uma virtude política, que exigiria o

⁸ Neste sentido Lawrence B. Solum aponta que a justificação antes apresentada por Dworkin como um das fases do “processo” interpretativo, assume, a partir do Império do Direito, uma posição central em toda interpretação jurídica. Em suas palavras: Whereas the theory of interpretation offered in *Hard Cases* seemed to be a two-step theory, the theory offered in *Law’s Empire* looked like a one-step theory. Fit and justification were not two distinct moments in the interpretive enterprise; rather, justification now does all the normative work and fit merely identifies that which must be justified. (2010, p.555).

compromisso com outros ideais, tais como *fairness, justice e due legal process*, e está ligada a ideia de comunidade (de princípios) que entende a integridade como parte primordial de sua política. É a chave para melhor interpretação construtiva. Seria uma terceira via, alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo. Dworkin defende que as afirmações\proposições jurídicas possuem elementos do passado (convencionalismo) com elementos do futuro (pragmatismo). O princípio da integridade propõe um programa interpretativo aonde a identificação dos direitos e deveres legais partem do pressuposto como se originados de um único autor (comunidade personificada) que expressa uma *coerente* visão de justiça e equidade.

A coerência direcionaria a interpretação das normas e as decisões judiciais a uma harmonia com a história legal e o sistema de princípios éticos-políticos. A resposta correta, portanto, seria alcançada pela coerência⁹, pois, conferiria legalidade a uma disposição jurídica.

A analogia dworkiniana do romance em cadeia (*chain novel*) ilustra com clareza seu interpretativismo. O interprete-autor tem que continuar uma história iniciada por outro, almejando torná-la sempre a melhor possível. Como consequência haveria sempre um refinamento que aumentaria o grau de vinculação para aqueles que darão sequência a narrativa. Esta (re)construção tem que ser coerente, pois não parte do nada, não é uma criação *ex nihilo*, mas é atualizada, pois, o valor, o propósito que lhe é atribuída tem fazer sentido no presente.

3. A Crítica Hermenêutica do Direito e a antropofagia de Gadamer e Dworkin.

A obra de Lenio Streck, conforme Ernildo Stein no prefácio de *Hermenêutica jurídica e(m) crise* “nos leva para um território situado além das ontologias ingênuas que em geral sustentam a dogmática jurídica até hoje e lhe dão, assim, um irrenunciável caráter ideológico.”. Estas “ontologias ingênuas” seriam a base do grande problema e alvo da Crítica Hermenêutica do Direito, que é a superação das teorias da consciência como fundamento que

⁹ A questão da coerência entra no encadeamento das decisões-capítulos. A força do precedente tem por base a ideia de *fairness*, de acordo com a qual os direitos devem ser sancionados de forma coerente, tendo em conta as decisões anteriores respeitantes às mesmas questões. Para realizar cabalmente a função jurisdicional, o juiz deve descobrir qual o princípio ou princípios que convém para a decisão judicial, de modo a esta ser considerada pertencente ao todo do direito, juntamente com as precedentes e com a legislação que serve de base, sendo necessário uma compatibilidade entre princípios estabelecidos e as outras decisões do tribunal para que se possa dizer se a sua decisão é ou não coerente.(RODRIGUES, 2005, p.49)

legítima o *modus operandi* do ato decisório dos juízes. Isto pois, conforme extensivamente exposto na sua obra *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* a doutrina dominante, considerável parte dos juristas brasileiros e as fundamentações desde os juízes singulares aos ministros do STF têm por base uma compreensão da ação de interpretar a norma e o caso como um ato subjetivo da consciência do decisor. Ou seja, algo que não pode ser discutido em termos de certo e errado, já que cada um pode livremente pensar à sua maneira e decidir. Sendo isto muitas vezes considerado uma vitória em oposição à antiga interpretação positivista da lei que supostamente fazia do juiz mero autômato.

O problema disto vai além de haver juízes que decidem de modo arbitrário e contrariando toda a tradição construída do nosso Direito, mas que este modo de pensar está enraizado no imaginário dos juristas brasileiros, desde o graduando aos mais ilustres juristas. Isto não é um mero problema filosófico de fundo, mas interfere decisivamente no caráter democrático do nosso Estado de Direito que se torna refém de juízes que acreditam que podem decidir como bem entenderem e consideram e que a sua opinião política ou religiosa. Sendo estas fontes de Direito a ponto de invalidar a aplicação da lei ou de provar que a lei está errada. Deste modo, as decisões espelhariam cosmovisões particulares de justiça.

É preciso ter claro um dos principais problemas de pesquisa que resultou na *Crítica Hermenêutica do Direito*, que seria o problema político-jurídico da discricionariedade, sua relação com um paradigma subjetivista e seu impacto no Estado de Direito e na democracia no Brasil. A partir desta questão, Streck realiza aproximações entre aportes de Ronald Dworkin e de Hans-Georg Gadamer. É necessário ressaltar que o jusfilósofo não é nem um Dworkiniano tampouco um Gadameriano, mas realiza apropriações de certos elementos de ambos, juntamente com construções originais, no intento de desenvolver uma nova matriz teórica do Direito, e que possa responder satisfatoriamente ao problema jurídico-social apresentado. Portanto, há um recorte nos escritos destes autores e uma nova construção é feita. Ou seja, mesmo que se argumente que não há uma aproximação direta¹⁰ entre Dworkin e Gadamer por serem de tradições filosóficas diferentes, este argumento perde sentido, pois a *Crítica Hermenêutica do Direito* utiliza-se de pontos de convergência que lhe permite um diálogo. Dito de outra forma, não há uma instrumentalização da hermenêutica filosófica que não foi pensada para as especificidades do direito, como também uma recepção *prêt-à-porter*

¹⁰ Em sentido contrário Paul Ricoeur, no *O Justo*, entende que há um elemento hermenêutico em Dworkin. As explicações da interpretação via modelos literários e o romance em cadeia o ligariam à tradição da hermenêutica, à filosofia continental, sendo um ponto em que Dworkin se distancia da analítica, pois é necessário sair do caso isolado, para pensar em uma perspectiva histórica a “empresa judiciária” em sua dimensão temporal. (RICOEUR, 1997, p.147)

das ideias de Dworkin que escreveu para um contexto jurídico (*common law*) diferente do brasileiro (*civil law*). Algumas contribuições dos dois são resignificadas em um novo empreendimento teórico.

Há um ato antropofágico por meio de uma leitura dos autores a partir de um problema principal e diante as idiossincrasias do Direito brasileiro. A Crítica Hermenêutica do Direito deve então ser compreendida a partir deste contexto. Desta forma, cumpre apresentar alguns apontamentos sobre como que é feito o recorte de elementos centrais das vastas obras destes dois grandes pensadores que são Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer. A primeira grande questão que norteará a exposição é a questão do historicismo e da tradição que tem o seu leito na questão da linguagem.

Na tradição do pensamento ocidental a linguagem sempre ocupou um papel instrumental, pois se baseava na concepção de verdade como correspondência entre discurso e realidade, presumindo-se, no caso dos modernos, um sujeito do conhecimento que é acultural - pois é apenas uma estrutura cognitiva. O início da *reviravolta linguístico-pragmática*, como é definido por Manfredo de Oliveira na sua obra *Reviravolta linguístico-Pragmática na filosofia contemporânea*, ocorre com a virada analítica de Ludwig Wittgenstein das *Investigações Filosóficas* e a virada existencial de Martin Heidegger. Ambas acontecem por meio de uma lida prática com o mundo e com a linguagem, negando o tradicional sentido da filosofia como conhecimento teórico, universal e necessário - no qual o conhecimento verdadeiro viria de um distanciamento do mundo por busca de conhecimentos *a priori*, anteriores à experiência.

Heidegger tenta mostrar outra lida com a linguagem, outro paradigma onde a linguagem é um momento fundamental para toda experiência do real. Nosso ser-no-mundo é linguístico, de tal maneira que é pela linguagem que ocorre a manifestação dos entes (os objetos, as coisas com as quais nos relacionamos). A linguagem então não é algo que nós utilizamos e desta forma manipulamos o real, mas ela nos determina, nela se revela o mundo e apenas nela ocorre o “evento de desvelamento do sentido do ser” (OLIVEIRA, 2006, p. 206).

Deste modo, a linguagem é o que constitui o nosso mundo e, portanto quem nós somos. Nós não compreendemos e depois colocamos esta compreensão em linguagem por meio de uma interpretação, mas o nosso processo de habitar um mundo, compreendê-lo é essencialmente linguístico. Estes sentidos são da nossa própria língua materna e do mundo no qual vivemos, o que não é subjetivo, mas sim de um horizonte compartilhado por uma cultura. Isto é a pertença a uma tradição, pois nossa existência no mundo tem como condição de possibilidade que nós estaremos em um contexto e que tudo o que vemos, compreendemos,

lidamos só acontece desta maneira por causa do contexto em que estamos e do qual é impossível sair. Não há a possibilidade de distanciamento objetificante deste.

Neste sentido diz Gadamer (2011, p.432) sobre a hermenêutica jurídica:

Assinalamos acima que a pertença à tradição é uma das condições para a compreensão nas ciências do espírito. Agora podemos tirar a prova, examinando como aparece esse momento estrutural da compreensão no caso da hermenêutica teológica e da hermenêutica jurídica. Evidentemente não se trata de uma condição restritiva da compreensão, mas, antes, de uma das condições que a tornam possível.

Só é possível a compreensão de algo pela pertença a uma tradição. Portanto, ao interpretar uma lei em determinado caso, isto só é possível pelo conhecimento da língua na qual a lei está escrita, da adequada compreensão do modelo jurídico adotado pelo local, a compreensão dos sentidos, do mundo compartilhado por quem habita este país submetido ao Estado de Direito. O Direito, segundo François Ost (2005, p.61) é tradição, ele se constitui através de “sedimentações sucessivas de soluções”. Conforme Gadamer (2011, p.432): “A tarefa da hermenêutica consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação.” O juiz não pode compreender o sentido geral da lei para todos os casos, pois, conforme Streck, apoiando-se em Gadamer, o ato de interpretar é inseparável do ato de aplicação.

A hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar à disposição do intérprete” – *para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*. Esse sentido não ex-surge porque o intérprete utiliza este ou aquele método. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro, a *subtilitas intelligendi*, depois, a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilitas applicandi*. *Claro que não!* Gadamer vai deixar isto muito claro, quando diz que esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio* (STRECK, 2013, p.305).

Esta tríade inseparável entre compreensão-interpretação-aplicação não pode significar que a aplicação de uma lei é ato discricionário do juiz. Resgatamos novamente Gadamer (2011, p.433):

A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas.

Mesmo antes da hermenêutica filosófica de Gadamer, a discricionariedade naturalmente já implicava riscos ao sistema, pois isto é um perigo à concretização dos objetivos políticos de um Estado que em casos importantes ficaria à mercê de alguns ministros, ou destino de cidadãos estando na decisão de juízes singulares. Streck diante disso busca em Gadamer um modo de pensar esta intersubjetividade, a ligação com a tradição e o

caso concreto como algo necessário para uma decisão adequada. Aproximando os elementos Gadamerianos de pertença à tradição com a necessidade de coerência com a história institucional do direito e o sistema de princípios ético-jurídicos de uma comunidade, aportes dworkinianos; o juiz não pode decidir de quaisquer maneiras, de modo livre, mas deveria realizar uma tarefa interpretativa que tenha legitimidade democrática e que não seja uma invenção daquilo que se interpreta.

Por outro lado, Streck também condena o outro lado da discricionariedade que é o ato interpretativo por silogismo, no qual o juiz deve subsumir o caso concreto à norma e, desta maneira, teria a aplicação. Em suas palavras observa que:

Resistente ao giro hermenêutico-ontológico, o *modus* interpretativo prevalecente na dogmática jurídica vem possibilitando a sobrevivência das velhas teses positivistas-normativistas acerca da interpretação, como a subsunção, o silogismo, a individualização do direito na “norma geral” a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade do Poder Executivo, assim como o papel da Constituição como estatuto meramente regulamentador do exercício do poder. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma “questão de método” e passa a ser filosofia. Consequentemente, na medida em que a filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento (STRECK, 2011, pp.284-285).

Gadamer (2011, p.433) diz que “a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”. Nisto, o jusfilósofo argumenta que acreditar na subsunção no Direito é retroceder no ponto anteriormente dito da pertença à tradição e da história institucional, bem como da *applicatio*, pois uma subsunção pressupõe que possa compreender a norma e o caso concreto como se separados, fora do contexto. Haveria a compreensão da interpretação geral da norma (como algo que existe em si) e a descrição do caso que seria objetiva e apenas subsumida à compreensão da norma. Streck nega tal possibilidade, pois não seria possível compreender o caso sem os sentidos jurídicos e não posso compreender os sentidos jurídicos sem o caso concreto, há uma interdependência no ato aplicativo. Portanto, só existe interpretação específica, de um caso particular que articula a relação de sentido que a norma suscita com o momento em que esta realiza o seu papel de dar sentido ao caso.

Assim, dialogando com Dworkin e Gadamer, a Crítica Hermenêutica do Direito compreende a interpretação jurídica como um ato criativo, de atribuição de sentido, mas que encontra limites seja da tradição ou da história institucional. O intérprete não estaria de fora acoplando os fatos nas normas, ao contrário encontra-se imerso numa intersubjetividade nos

qual os sentidos (jurídicos) se dão, é um participante comprometido de uma prática social argumentativa denominada de direito. Partindo destes pressupostos, é possível pensar um direito que não se caracteriza pela discricionariedade judicial, como defende até os dias atuais o Positivismo Jurídico.

Referências Bibliográficas

GADAMER, Hans-Georg. **Entre fenomenologia e dialética** – tentativa de uma autocrítica. In: Verdade e método II. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. Fenomenologia, Hermenêutica e Metafísica. In: **Hermenêutica em Retrospectiva**. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GRONDIN, Jean. La dimension métaphysique de l'herméneutique. In PORTOCARRERO, M.L.; UMBELINO, L. A.; WIERCINSKI, A(Dir). **Hermeneutic Rationality** – La rationalité herméneutique, international Studies in Hermeneutics and Phenomenology, Volume 3. Lit-Verlag, Berlin, 2012. Disponível em:
<http://jeangrondin.files.wordpress.com/2010/05/mc3a9taphysique-et-hermc3a9neutique-2012.pdf>

OLIVEIRA, Manfredo, A. De. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PIETERZACK, Cristiane. **A interpretação em Paul Ricoeur**: Uma Discussão para a Reformulação da Hermenêutica. 2009. 109f. Dissertação (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina.

RICOEUR, Paul. **O Justo: ou a essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ROHDEN, Luiz. Gadamer. In: PECORARO, Rossano (org.). **Os filósofos**: clássicos da filosofia. Vol. III, de Ortega y Gasset a Vattimo. 2. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.