

O PODER SIMBÓLICO E O “PRINCÍPIO” DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: O PROCESSO COMO DEMOCRACIA

SYMBOLIC POWER AND THE "PRINCIPLE" OF THE FREE MOTIVATED
CONVINCING: THE PROCESS AS DEMOCRACY

Marcelo Cacinotti Costa¹

Vinicius de Melo Lima²

RESUMO

Neste trabalho busca-se, lançando mão do importante trabalho sociológico denominado de “O Poder Simbólico”, de Pierre Bourdieu, tematizar algumas questões correntes no cotidiano social relacionada ao sentido das coisas no direito. Ou seja, surge a pergunta: temos autoridade para mudar o tradicional sentido das coisas e como iremos realizar esta tarefa? Logicamente que diante da precedente indagação, principalmente no âmbito do direito, estaremos, portanto, nos deparando com a questão da discricionariedade judicial. Pierre Bourdieu, ao abordar o que denominou de Poder Simbólico, traz algumas importantes contribuições ao direito ao constatar que inexistente poder sem o devido *reconhecimento*, ou seja, o poder somente se estabelece de verdade se não for autoritário. Também, o poder possui uma carga de sentido previa e socialmente aceita, notadamente de conteúdo moral e sedimentada na tradição. Daí a importância da superação do paradigma positivista da discricionariedade judicial, que confere ao juiz a possibilidade de decidir a causa com base em seu livre convencimento, ainda que, *a posteriori*, lance os motivos de sua convicção. Tal cenário é condizente com o solipsismo judicial, onde o magistrado, tal como Crusoé, preso em uma ilha deserta (consciência), não compartilha das expectativas comunitárias em torno da produção de respostas constitucionalmente adequadas.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – RS), pós-graduado em Direito Civil/Processo Civil e mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI - Santo Ângelo-RS), Advogado, Professor de Direito na Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ – Cruz Alta-RS) e no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo-RS/CNEC.

² Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – RS). Professor do curso de pós-graduação em Direito Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS (Unisc), Campus de Capão da Canoa (2013). Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE: O poder simbólico; O sentido das coisas; Discricionariedade judicial.

KEY-WORDS: The symbolic power; The meaning of things; Judicial discretion.

ABSTRACT

In this work we search, making use of the important sociological study called "The Symbolic Power" by Pierre Bourdieu, foregrounding some current social issues related to everyday things in the Law direction. In other words, the question arises: have we the authority to change the traditional sense of things and how we will be performing this task? Logically that, given the previous question, mainly under the Law, we will, therefore, coming across the issue of judicial discretion. Pierre Bourdieu, to address what he called Symbolic Power, brings some important contributions to the Law to find that nonexistent power without due recognition, in other words, the power of truth is established only if it is not authoritative. Also, the power has a load of sense anticipated and socially accepted, especially moral tradition and sedimented content. Hence the importance of overcoming the positivist paradigm of judicial discretion, which gives the court the opportunity to decide the case based on its free conviction, even if, *a posteriori* bid the reasons of his conviction. Such scenario is consistent with the judicial solipsism, where the magistrate, as Crusoe, stranded on a desert island (consciousness), does not share the community expectations around the production of constitutionally appropriate responses.

INTRODUÇÃO

Vivemos num contexto social formado pela tensão entre produção cultural oriunda de sistemas de referências teóricas, campo de produção balizado por nomes e conceitos prévios, e produção cultural resultante da dinâmica social e da constante atualização de sentido, cujo grau de extensão deste último, varia de indivíduo para indivíduo.

Diante disso, calha referir a importante contribuição gadameriana em relação à consciência histórica, a fusão de horizontes e do círculo hermenêutico, cuja matriz é capaz de

proporcionar aos métodos de interpretação tradicionais uma nova perspectiva, ou seja, uma perspectiva filosófica³.

Muito já se disse a respeito da relação interpretativa que há entre o indivíduo (*Dasein*) jogado-no-mundo e a sua relação com o mundo da cultura, principalmente na difícil tarefa de buscar um método interpretativo (hermenêutico) mais adequado, ou seja, sem desprezar a facticidade. Assim, busca-se neste trabalho identificar o ponto de toque daquilo que está contido no *a priori* teórico com a realidade fáctica a partir das contribuições sobre “o poder simbólico” trabalhado na perspectiva de Pierre Bourdieu.

Para Bourdieu, os sistemas simbólicos fazem parte de um conjunto de instrumentos de conhecimento e de comunicação estruturalmente ordenados e entrelaçados. Dessa estrutura advém o que denomina de ‘poder simbólico’, como sendo *um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre inteligências”*⁴. Portanto, para Bourdieu, o poder simbólico pressupõe uma carga de sentido previa e socialmente aceita, notadamente de conteúdo moral e sedimentada na tradição.

Nesse contexto, é possível observar que o que permite assentar precisamente uma concepção de solidariedade social, por exemplo, está no fato de que há um sistema simbólico estruturalmente funcional que torna possível um consenso social a respeito do sentido do mundo social. Sua integração lógica e é condição de integração da moral.

É sabido que a formação do sentido interpretativo das coisas se dá no entrelaçamento da tradição com a visão do que se apresenta no caso concreto, entretanto, há um sentido moral

³Gadamer deu-nos, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra, bem diferente, é inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido na sua totalidade, não podendo, assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação. O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que, como tal autocompreensão, somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 53.

⁴ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 9.

que provém da natureza das pessoas (existencial) que está acima de qualquer racionalidade, exsurge co-originariamente à vida humana e, conseqüentemente, ao direito⁵.

Portanto, no contexto de uma comunidade que se orienta e está estruturada em bases de sentido previamente determinadas pela sua tradição⁶, há um poder simbólico capaz de dar sustentação a todo este manancial moral previamente definido. Notadamente que o poder simbólico pode ser analisado por diversos ângulos, ou seja, na perspectiva ideológica, econômica, política, religiosa ou até mesmo como garantia de manutenção das instituições e ou da ordem jurídica, como no direito.

E é exatamente na perspectiva do enfraquecimento do conceito de jurisdição e do crescente processo de enfraquecimento da autonomia do direito que se pretende, a partir da noção do poder simbólico, rediscutir algumas questões que podem estar contribuindo para o esvaziamento do sentido das coisas, principalmente em nome do resgate da função da democracia para a manutenção e o fortalecimento de uma das funções estatais mais relevantes atualmente, qual seja, a prestação jurisdicional.

Como não poderia deixar de ser o poder simbólico está inserido no âmbito do direito e nele exerce função fundamental, principalmente quando reconhecido pela comunidade como legítimo, íntegro e democrático. O poder simbólico, portanto, na visão de Bourdieu, somente pode ser exercido a partir do *reconhecimento*, merecendo a seguinte transcrição:

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção

⁵ Falar em moral sempre se apresenta como uma temática bastante movediça e perigosa, entretanto, a ideia que se quer registrar é a que a moral sempre será a mola propulsora da humanidade, independentemente de qualquer área do conhecimento, pois ela se estabelece como o objeto intencional das coisas. Inexoravelmente, os homens têm maiores inclinações para a autopreservação de si e dos outros do que o contrário, o que permite seja dito que há uma intencionalidade voltada para a preservação da vida, para evitar sofrimentos... François Jullien, ao registrar o diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes sobre a (a)moralidade do homem, propõe principalmente fundar a moral sobre a relação espontânea do homem diante do insuportável. E, também, ao comentar as teses defendidas pelo interlocutor e adversário de Mêncio que sustenta a maldade natural do homem, indaga: “*Entretanto, há um ponto sobre o qual o adversário de Mêncio permanece evasivo: se a natureza do homem é má, de onde os sábios-reis do passado puderam tirar a moralidade?*” JULIAN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, p. 72.

⁶ Encontramo-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado com estranho ou alheio. Trata-se sempre de algo próprio, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. Como refere Antônio Osuna Fernández-Largo, *La autoridad – y la tradición, que es una forma suya – representa un momento privilegiado de una razón que constantemente se enfrenta a la realidad. La tradición se renueva sin cesar en la historia humana y siempre replantándose a sí misma. Incluso em la justificación de las revoluciones de cualquier orden, no es posible explicarlas, si se prescinde de la situación em que están replanteadas*. FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidade de Valladolid, 1992, p.72.

sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou económica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não reside nos sistemas simbólicos em forma de uma *illocutionary force*, mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é competência das palavras⁷.

Ora, Bourdieu reforça a ideia de que o poder se constitui em um fenômeno de intensa coerção social que passa a regular as relações sociais, entretanto, sua adesão pelos destinatários (*reconhecimento*) é o que determina a sua eficácia e a sua manutenção no tempo. Dessa forma, há uma relação de dependência da legitimação com a validade, ou seja, é possível concluir que inexistente *reconhecimento* dissociado de democracia e de liberdade.

A partir daí, então, faz-se uma breve incursão no pensamento bourdieusiano naquilo em que se relaciona com o poder simbólico no direito.

1. Breves considerações sobre o pensamento de Pierre Bourdieu no Direito

Verifica-se no pensamento de Bourdieu uma nítida preocupação da força simbólica do direito naquilo para o qual o direito efetivamente se presta, ou seja, a sua efetiva aplicabilidade ao meio social. Daí a preocupação com a preservação da autonomia do Direito, fatalmente enfraquecido ou refém de modelos jurídicos que apostam no *formalismo* em detrimento do mundo social. Também, nessa mesma perspectiva, Bourdieu consagra o que denomina de *instrumentalismo* como um *reflexo* ou um *utensílio* ao serviço dos dominantes⁸.

Já de início é possível perceber que as inquietações de Bourdieu têm estreita ligação com o que de há muito no Brasil se critica, na obra do Professor Lenio Luiz Streck⁹, em relação ao protagonismo judicial, senso comum teórico e, principalmente, as consequências ou os efeitos colaterais que tais práticas antidemocráticas podem causar a qualquer contexto jurídico que se afirme como constitucionalmente livre e democrático.

⁷BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 14-15.

⁸BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 208.

⁹Consulte-se STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

Notadamente que o processo de reducionismo das práticas interpretativas, bastante presente no imaginário dos juristas, decorre de uma prática arcaica de ver o direito como um sistema fechado em si mesmo, capaz de desprezar o contexto fático e, ao mesmo tempo, o conteúdo ou a carga de sentido que a tradição histórica dispõe. Como leciona Bourdieu, “A ciência jurídica tal como concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autónomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna”¹⁰.

E o pensamento a respeito da autonomia do direito está completamente contraposto com o verdadeiro sentido do monopólio estatal. Bourdieu reafirma que o afastamento pretendido pelos positivistas do final do século XIX, mais exatamente se referindo a Kelsen e a sua “Teoria Pura do Direito”, visava aliviar as pressões sociais e tornar o corpo de doutrinas e regras absolutamente independente de qualquer constrangimento externo. Entretanto, embora se saiba que o reconhecimento do direito está na sua autonomia, o conteúdo normativo de um Estado Social, como é o caso do Brasil, deve estar voltado para o cumprimento de algumas prioridades constitucionais, como, por exemplo, a democracia e a liberdade.

Noutra perspectiva, vê-se claramente em Bourdieu uma preocupação com o que denominou de *retórica da impessoalidade e da neutralidade*. Denuncia indicando na sintaxe do direito o predomínio de construções passivas e de frases impessoais, campo fértil para a construção de um sujeito universal ao trazer intensa liberdade interpretativa aos enunciados normativos, o que compromete sobremaneira a objetividade desejada do direito, abrindo-se cada vez mais a interpretação em direção ao temerário e conseqüente relativismo. Neste aspecto, Bourdieu refere:

Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ele é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e de Weber, a que o sistema das normas jurídicas continuamente sujeito, e isto desde há séculos. Com efeito, aquilo a que se chama ‘o espírito jurídico’ ou ‘o sentido jurídico’ e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (evidentemente, com uma mestria mínima dos meios jurídicos acumulados pelas sucessivas gerações, quer dizer, do *corpus* de textos canónicos e do modo de

¹⁰BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 208.

pensamento, de expressão e de acção, em que ele se reproduz e que o reproduz) consistente precisamente nesta *postura universalizante*¹¹.

Ora, Bourdieu não ignora o fato de que há na base do pensamento jurídico moderno uma dicotomia que se caracteriza por ser, ao mesmo tempo, antagônica e complementar, como, por exemplo, a tradicional separação do direito em público e privado. De forma mais profunda, também, está o antagonismo estrutural existente entre o posicionamento teórico, limitado à pura construção doutrinária, e à posição do direito centrada nos casos práticos, reduzida estritamente à aplicação.

Neste contexto, tendencialmente se cristaliza uma luta simbólica permanente entre dois polos extremos: de um lado a prevalência da interpretação do direito fundada na regra em si e na doutrina e, de outro lado, a valorização da interpretação voltada para a avaliação prática dos casos particulares. Neste aspecto, Bourdieu se refere à luta simbólica no direito entre o teórico e o empírico que se origina na própria tradição do *civil law* e do *common law*¹².

Evidencia-se claramente nas entrelinhas da obra de Bourdieu, que não é jurista e sim um sociólogo, uma preocupação com a responsabilidade ética dos envolvidos no que denominou de luta simbólica no direito. Veja-se que tanto na visão dogmático-formal do direito, como na visão da aplicação prática, Bourdieu sustenta há uma racionalidade sem nenhum compromisso moral. Ou seja, enquanto de um lado prevalece o silogismo jurídico que reduz o direito aos enunciados, de outro, a ‘escolha’ por um tribunal de uma regra retirada de um precedente nunca pode ser pura e simplesmente aplicada a um novo caso, simplesmente porque inexistem dois casos perfeitamente idênticos.

¹¹BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 216.

¹² Podem-se compreender assim as diferenças sistemáticas que separam as tradições nacionais e, sobretudo, a grande divisão entre a tradição dita romana-germânica e a tradição anglo-americana. Na tradição alemã e francesa, o direito (sobretudo privado), verdadeiro direito dos professores (*Professorenrecht*), ligado ao primado da *Wissenschaft*, da doutrina, sobre o procedimento e tudo o que diz respeito à prova ou à execução da decisão, retraduz e reforça o domínio da alta magistratura, intimamente ligada aos professores, sobre os juízes que, por terem passado pela universidade, são mais dados a reconhecer a legitimidade das suas construções do que os *Lawyers* formados de certo modo na ‘tarimba’. Na tradição anglo-americana, pelo contrário, o direito é um direito jurisprudencial (*case-law*), assente quase sempre nos acórdãos dos tribunais e na regra do precedente e fracamente codificado; ele dá o primado aos procedimentos, que devem ser leais (*fair trail*) e cuja mestria se adquire sobretudo pela prática ou por técnicas pedagógicas que têm em vista aproximarem-se ao máximo da prática profissional – por exemplo, com o ‘método dos casos’ em uso nessas verdadeiras escolas profissionais que são as escolas de direito: o estatuto da regra de direito, que não se afirma fundado numa teoria moral ou numa ciência racional e que, tendo em mira apenas dar uma solução a um litígio, se situa deliberadamente ao nível da casuística das aplicações particulares, compreende-se se se souber que neste caso o grande jurista é o *juiz* da fila dos práticos. OP. Cit., p. 218-219.

Neste aspecto, o pensamento bourdieusiano se ajusta ao trabalho desenvolvido no Brasil pelo Professor Lenio Luiz Streck¹³, principalmente quando se critica o bacharelismo resultante da visão dogmática que encurta a visão interpretativa do mundo do direito, bem como na crítica à perspectiva discricionária que o imaginário dos juristas acredita estar atrelada à atividade jurisdicional, como forma de suprir as “lacunas” da lei.

Com Bourdieu é possível identificar uma aproximação com Gadamer quando se refere à tarefa da interpretação e a historicidade, daí a ligação do pensamento bourdieusiano fundado no que denominou de *luta simbólica* entre os profissionais do direito, cada um com uma perspectiva (histórica, social, jurídica) voltada para a prestação jurisdicional.

Em relação à interpretação como uma operação histórica Bourdieu leciona dizendo que “*A interpretação opera a historicização da norma, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco. Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até a indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de declarativo dispõe de uma imensa liberdade*”¹⁴.

Na parte final da citação acima, quando Bourdieu se refere à liberdade do intérprete tem ele em mente que esta liberdade é inerente à atividade jurisdicional, entretanto, tem em mente que a atividade interpretativa do juiz não é um ato solitário em que ele pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, senão vejamos:

De facto, a interpretação da lei nunca é um acto solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos na sua génese, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra, como julga Gadamer, ou que actuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo do seu ‘método de realização’, como queria Motulsky. Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das ‘regras possíveis’, e de

¹³Só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete. *Por isto a compreensão necessariamente será um existencial.* O que quer dizer isto? A resposta é: há uma *razão hermenêutica* que ocorre antes do conhecimento, como nos diz Ernst Schnädelbach. Para ser mais simples: o intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. De que modo é possível controlar o intérprete, para que este não “diga qualquer coisa sobre qualquer coisa”? Ele é controlado pela tradição, pelos “constrangimentos linguístico-epistemológicos” que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo. No plano da interpretação do direito, esse fenômeno ocorre por intermédio da obediência à integridade e a coerência, o que pode ser verificado a partir de uma Teoria da Decisão que desenvolve em Verdade e Consenso, mormente no posfácio. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise.** p. 277.

¹⁴BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 223

os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua *significação* real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva¹⁵.

Veja-se que Bourdieu trabalha um tipo de racionalidade no direito bastante específica, em que o resultado da decisão judicial, seja qual for ele, se dá muito mais pelas atitudes éticas dos agentes do que propriamente pelo conteúdo das normas puras do direito ou da atuação do julgador. Portanto, há uma *eficácia simbólica*, que se forma originariamente a partir do sentido das coisas, herdada da tradição, que se entrecruza nas diversas perspectivas das partes, resultando numa decisão que se legitima pelo *reconhecimento* e, principalmente, por não poder ser considerada em nenhuma hipótese arbitrária.

É certo que a preocupação de Bourdieu concentra-se no aspecto de se poder pensar num direito mais racional ou menos irracional, no sentido de que a decisão judicial não exprima a vontade e a visão do mundo do juiz, o qual teria a legitimidade de manifestar a *voluntas legis* ou *legislatoris* de forma solipsista.

Ora, o que Bourdieu fala vem ao encontro do que há muito se tem dito em relação à interpretação e à linguagem. Não há um texto normativo dissociado no sentido do mundo, assim como inexistente, parafraseando Lenio Streck, um tipo penal fundamental, de forma que pudesse ser aplicado de maneira indistinta a todos os casos.

Este esforço de reconhecimento de que os sentidos e as decisões não são tarefas desta ou daquela pessoa, e que os sentidos não podem ser inventados à mercê do intérprete, somente reforçam práticas de preservação da democracia. Não no sentido de que devamos, como defende Habermas, sempre chamar ao consenso todos os envolvidos antes de se chegar a um veredito, mas de conservar presente a ideia de que os sentidos das coisas têm uma coerência moral coletiva, da qual não se pode negar ou ignorar.

A historicidade da compreensão, portanto, é uma concepção complexa derivada de, pelos menos, duas premissas fundamentais: singularidade histórica; e a não superação da localidade dos compromissos epistêmicos e práticos (contexto da significatividade).

¹⁵BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 224-225.

A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois a interrogação ou o entendimento acontece na linguagem¹⁶, já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efetual). A soberania do sujeito é fictícia, pois o intérprete é pouco mais que o efeito da tradição ao invés de sujeito controlador. Assim, os pré-conceitos jamais poderão ser postos no mesmo nível da consciência, simplesmente porque eles são a condição da consciência. Quando alguém lê um texto, o horizonte do texto se mistura com o horizonte do leitor de tal forma que ele será afetado pelo encontro com o texto (tensão entre texto e presente – em constante mutação).

Na linguagem, como condição de possibilidade, não existe ponto algum fora da linguagem do qual poderíamos testá-la. *Quando penso em pensar eu já pensei!* Todos os aspectos da vida têm uma estrutura hermenêutica e que tal estrutura é basicamente hermenêutica. “O ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁷.

Não possui a subjetividade humana o domínio do significado (sentido). Também não é possível aprisionar a realidade no que Streck denomina de *paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante*¹⁸. Assim, a linguagem se constitui como produto dialógico, encontra-se por toda a parte, pertence à vizinhança mais próxima do humano, no dizer de Heidegger¹⁹ ao fazer referência ao trabalho de Wilhelm Von Humboldt sobre o tema.

Se tudo que existe é linguagem e ela reside na palavra. A palavra é descrita por Heidegger como o que confere ser à coisa, ou seja, onde a palavra falta não há coisa. Neste

¹⁶ Pensando o sentido da linguagem como linguagem, temos de renunciar aos procedimentos de há muito habituais de se considerar a linguagem. Não podemos mais considerar a linguagem segundo as representações tradicionais de energia, atividade, trabalho, força do espírito, visão de mundo, expressão, pelos quais assumimos a linguagem como um caso particular de algo universal. Ao invés de esclarecer a linguagem como isso ou aquilo e assim fugirmos da linguagem, o caminho para a linguagem deve permitir a experiência da linguagem como a linguagem. Ao discutir a essência da linguagem, agarra-se a linguagem num conceito, mas o que a agarra é um outro elemento e não a linguagem ela mesma. Quando, porém, se atenta à linguagem como a linguagem, a linguagem nos obriga a trazer, para a linguagem como linguagem, o que pertence à linguagem. HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.199.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.504.

¹⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97.

¹⁹ O homem fala. Falamos quando acordados e em sonho. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. Falamos igualmente quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Falamos sempre de um jeito ou de outro. Falamos porque falar nos é natural. Falar não provém de uma vontade especial. Costuma-se dizer que por natureza o homem possui linguagem. HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 7.

ponto já nos ensina Streck ao se referir à *pá que (lavra)*²⁰ como o instrumento que possibilita se chegar ao fundamento (sem fundo) do ser.

Encontramo-nos sempre inseridos na tradição queiramos ou não, pois ela é a fonte da pré-compreensão que nos salta (é preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, pois ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos – autênticos e inautênticos²¹), que resulta na fusão de horizontes (contribuição gadameriana da *Applicatio* em não há como separar compreensão e interpretação).

Antes de se fundamentar e de se decidir, o intérprete já pré-compreendeu, inexistindo etapas de fundamentação, pois o que há é um processo hermenêutico único. Não se pode confundir o que Gadamer menciona sobre a impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar, com a circunstância de que a compreensão deva se dar em “um bloco homogêneo”. *Applicatio* significa impossibilidade de “acoplar” conceitos a coisas. Não há sentidos à disposição do intérprete que possam ser “encaixados” às “coisas-ainda-sem-sentido”.

O essencial em Gadamer está na ideia de que o intérprete e o objeto de interpretação estão ligados por um contexto de tradição, o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objeto quando o aborda, sendo, por isso, incapaz de começar com um espírito neutro.

Daí a afirmação de que temos um *como (Wie)*²² hermenêutico de interpretação. O texto jurídico não existe sem a norma, o texto não existe na sua “*textitude*”, a norma não pode ser vista, ela apenas existe no sentido (texto), por isso que na desconsideração disso, sempre “sobra a realidade” (fato é norma e norma é fato).

É o *als* (lugar de fala) que já temos enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas* que nos permite assegurar o fundamento prático das coisas, não o fundamento da

²⁰ Sendo a linguagem a casa do ser, é possível dizer que a palavra é *pá* (que) *lavra*, porque abre sulcos profundos na abissalidade do fundamento (sem fundo) do ser. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 350.

²¹ Reconhecer a morte (finitude) é a mais autêntica das condutas (responsabilidade – o ser-humano se sente responsável por sua existência); negá-la é a mais inautêntica, isso porque ninguém pode substituir o humano e inevitável.

²² Não há acesso à ontologia fundamental sem hermenêutica. É obvio, no entanto, e Heidegger sabe disso, que ele rompe com o paradigma das teorias da consciência, da subjetividade, da relação sujeito-objeto. É por isso que ele rompe com todo o realismo e idealismo transcendentais, para introduzir um idealismo sem sujeito. E este idealismo sem sujeito parte da idéia de mundo, do *como (wie)*, que é objeto do método fenomenológico. STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo**. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 278.

subjetividade, mas o lugar onde já exista uma legitimação moral coletiva da proposição. Ernildo Stein, ao se referir à postura heideggeriana, explicita:

Heidegger, todavia, pratica uma clivagem determinada a partir deste *como*, quando ele privilegia a questão do *als* – do *enquanto*, do *etwasalsetwas*, do *algo enquanto algo*. Neste *algo enquanto algo* existe a fratura da razão clássica estabelecida pela modernidade. É a reintrodução do elemento imaginário, da imaginação, do adjutório imaginativo que a Filosofia moderna em Kant havia levantado, mas que foi encoberto. Heidegger o retoma, na medida em que no juízo, no enunciado, temos um aspecto, um ponto de vista, um *als*, para poder predicar *algo de algo*. Este *enquanto*, porém, deve ser entendido como um *enquanto* hermenêutico. É um *als* que já tenho enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas*. Isto a tradição kantiana, no neokantismo, não conseguiu defender.²³

O intérprete, portanto, não é um livro em branco, não parte de um grau zero, de um ponto cego de compreensão ou de atribuição de sentido, à medida que a linguagem, como a história, possui um peso, uma força que nos conduz e nos arrasta. Isso significa que o tempo não é um obstáculo para compreender o passado, e sim o âmbito onde tem lugar a autêntica compreensão, na medida em que quando ausentes o tempo e a tradição, falta odescerrar da compreensão.

O simbólico, portanto, em Bourdieu representa muitas facetas para o direito, mas aquela que nos parece ser mais apropriada neste momento de crise de sentido no direito, está na representação de que o sentido das coisas é uma tarefa moral coletiva, de consciência histórica e de fusão de horizontes, onde se reforça a ideia de que o Estado não se confunde com a vontade daquele que possui o poder jurisdicional nele personificado, daí a simbologia da toga. Esta, por coincidência, praticamente banidas dos juízos de 1ª instância, mantida tão somente no âmbito dos tribunais, o que talvez possa indicar alguma consequência psicológica do que ora defendemos, ou seja, o senso comum dos juristas acredita que o juiz possui uma margem de liberdade para, nos limites de sua vontade, preencher eventuais lacunas da lei e julgar conforme suas convicções pessoais.

3. A (des)construção do “princípio” do livre convencimento motivado do juiz

²³STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo**. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 278.

A ideia ou o conceito de “princípio” assume forte carga simbólica e conteúdo deontológico, espelhando os indícios formais (Heidegger) da decisão jurídica democrática²⁴. Os princípios são padrões de argumentação responsáveis pela abertura do direito ao mundo prático, conforme ensina Streck. Nessa linha de raciocínio, a acertada crítica do referido doutrinador àquilo que denomina de “pamprincipiologismo”, ou seja, o incremento dogmático de pautas de argumentação com pretensão valorativa, em um retorno à vetusta jurisprudência dos valores, os quais contribuem para o aumento do poder discricionário judicial.

Em realidade, é preciso desconstruir ou desmistificar os “falsos” princípios, carentes de normatividade e que se alinham à concepção da Constituição como “ordem objetiva de valores”, sufragando, pois, o risco de uma “juristocracia” (Ran Hirschl), ou, ainda, de um judiciário como “superego de uma sociedade órfã”, tutor ou guardião da moralidade. Nessa senda, são exemplos o “princípio da afetividade”, o “princípio dispositivo”, o “princípio da confiança no juiz da causa”, e, no que se refere ao estudo em tela, o “princípio do livre convencimento motivado”.

A noção de livre convencimento motivado significa conferir ao juiz o poder discricionário de avaliar a prova dos autos segundo a sua própria consciência, ainda que, após, decline os motivos de tal convicção. Em síntese, a motivação surge como uma espécie de “capa de sentido”, âmbito no qual é possível dizer-se “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, em uma “jurisdição dos conceitos sem coisas”, isto é, despida da historicidade e da faticidade (Streck).

A empreitada interpretativa em tela permite uma reflexão em torno do mito de Sísifo, um personagem da mitologia grega, que, por contrariar os deuses superiores, foi condenado a empurrar um pesado rochedo até o cume de uma montanha, e, cumprida a tarefa, ver a enorme pedra rolar montanha abaixo até o sopé ou o ponto de partida, repetindo a operação um sem-número de vezes, sem qualquer expectativa de conclusão ou êxito do intento. Em suma, a ideia do “trabalho inútil” está na raiz do mito de Sísifo.

²⁴ Conforme Tomaz de Oliveira, “O conceito de princípio funciona assim como uma espécie de indício formal: em todos os casos conflituosos há uma possibilidade de um argumento de princípio. Afinal, será possível imaginar um caso hipotético em que não estaria em jogo, ou pudesse ser arguido em favor de um dos oponentes, o *princípio da igualdade*? Poderia haver um processo em que as discussões não violassem o *devido processo legal*?” Assevera o autor, ainda, que “No momento em que se tem uma quebra com esse elo que o passado nos lega, há a necessidade de uma intensa justificação, que não exclua de sua apreciação a comum-idade dos princípios e sempre fundamente, na medida em que for necessário, em que medida tais princípios estão observados pela decisão. Assim, estabelece o direito como integridade de Ronald Dworkin.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 238.

Com efeito, o simbólico e o real mantêm uma intrínseca conexão, aliás, já assinalada por Castoriadis, segundo o qual “As sentenças do tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível”²⁵.

Por outro lado, vale resgatar a lição de Albert Camus, em obra intitulada “O Mito de Sísifo”, na qual o filósofo francês lança uma perspectiva otimista sobre o papel de Sísifo, ao destacar que ele “ensina a fidelidade superior que nega os deuses e levanta os rochedos. Ele também acha que tudo está bem. Esse universo doravante sem senhor não lhe parece nem estéril nem fútil. Cada um dos grãos dessa pedra, cada clarão mineral dessa montanha cheia de noite, só para ele forma um mundo. A própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano. É preciso imaginar Sísifo feliz”²⁶.

Inúmeros são os desafios hermenêuticos enfrentados nas lides processuais em matéria probatória: a título de ilustração, podem ser lembrados os casos de absolvição por falta de materialidade delitiva quando o laudo de exame toxicológico faz menção à “pesquisa de canabinóides” ao invés do princípio ativo tetra-hidrocanabinol (THC), encontrado na droga *cannabis sativa* (“maconha”); a tese da “certeza *ex ante*” do flagrante em matéria de caracterização do crime de tráfico de entorpecentes, reputando ilícita a prova colhida sem a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, em que pese se trate de infração penal permanente; a (in)constitucionalidade do artigo 23 da Lei Complementar 64/90, a qual permite que o juiz decida a lide eleitoral com base em presunções e indícios, de acordo com a sua “livre convicção” motivada.

À luz do quadro anteriormente descrito, cumpre indagar: qual a questão de fundo debatida com o “princípio” da livre convicção motivada, no âmbito do processo jurisdicional?

Cumpre descortinar o paradigma ou a perspectiva que impulsiona a presente reflexão crítica, a título de pré-compreensão: a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para a superação de discricionariedades interpretativas, na esteira de Gadamer, Dworkin e Streck.

²⁵ CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142.

²⁶ CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. p. 76.

Ora, a compreensão de um determinado instituto reclama o reconhecimento da existência de uma história institucional ou de uma tradição no sentido autêntico. Há, pois, uma tensão entre o texto e o presente, sendo que a fusão de horizontes encontra na consciência histórico-efetual um valioso ponto de apoio para uma adequada leitura do ordenamento jurídico, tendo em vista a sua organicidade.

Na lição de Gadamer, ao cuidar da temática da incindibilidade entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação dos textos, menciona que “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”²⁷.

Lançadas tais premissas, deve-se ter em conta que o processo jurisdicional abandonou o denominado “sistema de prova tarifada”, sendo que o magistrado decidirá a lide a partir dos elementos de prova trazidos aos autos, sob o crivo do contraditório judicial. Há, pois, o dever de motivação ou de fundamentação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que brota da responsabilidade política da jurisdição, na perspectiva da coerência e da integridade (Dworkin). Logo, uma leitura a partir do modelo puramente adversarial (processo de partes) traz em seu bojo um pré-juízo inautêntico na comparação da lide como uma espécie de jogo de xadrez (Hart), onde o jogador que fizer uso da melhor estratégia sagrar-se-á “vencedor”. Uma coisa é a aplicação das regras da distribuição do ônus da prova em matéria processual penal. Outra coisa bem distinta é a aplicação de um instituto sem o filtro da hermenêutica da faticidade (Heidegger). É preciso ir para além do jogo de xadrez, a partir de uma leitura comprometida com a história institucional da Constituição e sua principiologia (devido processo legal, ampla defesa e contraditório dinâmico), mediante o controle hermenêutico da interpretação judicial.

Esse é justamente o ponto nevrálgico ou o problema do “princípio” do livre convencimento motivado: ao invés de contribuir para o saudável controle da discricionariedade judicial na aferição da prova, a tese fragiliza a autonomia do Direito e a

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997, V. I, pp. 432/433.

própria democracia ao deslocar do Poder Legislativo – em violação ao princípio majoritário e à soberania popular – para o Poder Judiciário a decisão quanto à admissão ou rejeição de provas produzidas ainda que sob o crivo do contraditório, uma vez que confere ao juiz um indesejável protagonismo ao tarifar as provas segundo seu arbítrio, mesmo que depois exponha os motivos de seu convencimento, em detrimento da dinâmica do processo jurisdicional democrático.

Depreende-se que a questão de fundo permanece incólume: como controlar a discricionariedade judicial no campo da gestão da prova? Tal enfrentamento é alvissareiro, uma vez que de nada adianta o esforço das partes na juntada de documentos, inquirição de testemunhas e outros elementos de prova, se, ao final, admitir-se o poder discricionário judicial ou o livre convencimento motivado para a sua valoração. Seria uma espécie de retorno ao mito de Sísifo!

Por conseguinte, na apreciação da prova, o juiz deve pautar-se pelos limites semânticos dos textos, sobretudo a Constituição, e não pelo “livre convencimento” motivado, o qual reclama uma (des)construção hermenêutica à luz do direito fundamental ao juiz imparcial e ao dever de fundamentação da fundamentação (Streck). Não pode descuidar, ainda, do “romance em cadeia” (Dworkin) e da tradição autêntica em torno do direito/dever de se obter respostas constitucionalmente adequadas, sob pena do incremento de “falsos” princípios sem qualquer ressonância no mundo prático. Afinal, e reiterando a perspectiva de Camus, é preciso imaginar Sísifo feliz, porquanto a própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano.

4. O acesso hermenêutico à verdade e a superação do paradigma positivista da subjetividade/discricionariedade

Da metafísica clássica e da visão objetivista do Direito (concepção aristotélico-tomista), percorreu-se o caminho inverso, isto é, rumo à filosofia da consciência, à semelhança da obra “Medida por Medida”, de Shakespeare.

Na mencionada peça, percebe-se que o governador Ângelo, ao analisar a conduta praticada por Cláudio – condenado por “crime de luxúria” (fornicação com a noiva Julieta antes do casamento) – percorre do objetivismo (aplicação da lei “às secas”) até o subjetivismo

arbitrário, diante da beleza da irmã do agente (Isabela) e da proposta lançada de deitar-se com ela para que soltasse o condenado, livrando-o da pena de morte.

Em tal seara, na qual a modernidade iluminista tem espaço significativo, diante da busca incessante da razão e da certeza - o “cogito” (Descartes) -, a subjetividade acabou por assujeitar o objeto da relação, instrumentalizando-o de tal modo a vingar um solipsismo. Dito de outro modo, o sujeito solipsita é o indivíduo egoísta, que não compartilha das expectativas comunitárias e, na atualidade, é revestido da crença do “decido conforme a minha consciência” (Streck).

O problema do positivismo normativista não é mais o “juiz boca da lei” (Montesquieu), mas sim, como se decidem os casos, isto é, como se controla o poder discricionário dos juízes. Como salienta Losano²⁸, o século XX põe em discussão o idealismo kantiano e a fé na racionalidade, pontos de apoio da teoria pura do Direito de Kelsen. No Direito, contesta-se a lógica como principal instrumento da interpretação, privilegiando-se a vontade do juiz em relação à dedução lógico-formal. A questão na qual Kelsen, ao edificar sua teoria pura, deixa em aberto é justamente a interpretação do Direito, vista como ato de conhecimento e como ato de vontade, processo mediante o qual o juiz, em sua concepção, seria livre para interpretar, dentro da moldura da norma jurídica²⁹.

O debate em torno do positivismo, como bem refere Streck³⁰, é uma discussão em torno de rupturas paradigmáticas, sendo que a característica nuclear do positivismo, qual seja, a discricionariedade, está ligada ao paradigma da subjetividade, ou seja, ao esquema sujeito-objeto. Nessa linha, o mencionado doutrinador sustenta procurar ancorar a discussão “*na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico*”.

²⁸ LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura do Direito: O século XX*. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, volume 2, 2010, p. 135. Kelsen, em sua Teoria Pura, procura realizar uma depuração do mundo real. Como explica Losano, “a validade do direito positivo é explicada mediante uma estrutura piramidal (a graus, hierárquica), na qual as normas de nível inferior recebem sua validade das superiores. A norma positiva mais elevada é a constituição, que recebe sua validade da norma fundamental; e esse é o elemento mais controvertido da doutrina inteira. Kelsen a define, de fato, como ‘uma norma não posta, mas pressuposta’; como expressão de um ato de vontade fictício; como pressuposto lógico-transcendental do sistema inteiro”. LOSANO, Mário. *Op. cit.*, p. 51.

²⁹ Kelsen prende-se à vontade do órgão aplicador, referindo que este é “um criador de Direito e também ele é, nesta função relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”. Percebe-se, pois, que pende de solução o problema do decisionismo judicial na obra de Kelsen, cuja crítica é essencial à produção democrática do Direito. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 393.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

Ora, a viragem linguística fez com que a linguagem deixasse de ser mero instrumento ou com uma função designativa, para constituir a relação sujeito-objeto, isto é, a linguagem passou a ser condição de possibilidade, dentro da intersubjetividade, da compreensão dos fenômenos sociais, dentre eles, o próprio Direito.

A reviravolta linguística (*linguist turn*) demonstra que não se pode filosofar sem a linguagem, tese sobre a qual se concentra o pensamento filosófico do século XX, haja vista que esta é o “momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística. A seu turno, a pragmática existencial e a reviravolta hermenêutico-transcendental, no eixo Heidegger-Gadamer lançam suas bases sobre o ser e o compreender, passando a linguagem a ser um elemento imprescindível e co-constitutivo do processo reflexivo³¹.

Nessa senda, a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer), na perspectiva dos direitos fundamentais, buscam, na intersubjetividade, uma necessária alteridade tendo em vista a relação sujeito-sujeito. Dito de outro modo, o sujeito não mais é assujeitado pelo objeto, tampouco assujeita este, mas sim, o ser é destacado na relação com os entes, por intermédio do *dasein* (ser-aí).

O discurso do apego ao método colima o ponto nevrálgico da subjetividade, promovendo o “esquecimento do ser” (Heidegger) e a prévia antecipação de sentido provocada pelo *dasein*, comparável a uma clareira na escuridão, ou seja, há um desvelamento e um velamento do ser que se revela nos entes. O *a priori* compartilhado, as pré-compreensões, os pré-juízos – e prejuízos – que brotam do compartilhamento de experiências mundivivenciais do ser humano como ente de relação, colocam em xeque o método como instrumento hábil para se alcançar a verdade. É por isso que a obra *Verdade e Método*, de Gadamer, em realidade, merece ser compreendida como *Verdade contra o Método*³².

Noutras palavras, o método, com sua pretensão de abarcar e sistematizar a realidade, sempre deixa escapar algo, e, não bastasse isso, chega tarde na resolução dos conflitos, justamente porque, ao interpretarmos, já compreendemos. Heidegger³³ destaca que a

³¹ Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006, pp. 13, 201 e 225 e ss.

³² É a posição da doutrina, dentre outros, de Ernildo Stein e Lenio Streck.

³³ Heidegger salienta que sua obra *Ser e Tempo* que “A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades

interpretação de algo como algo funda-se em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia. Na mesma linha, interpretamos porque compreendemos e não compreendemos porque interpretamos, não se tratando de mero jogo de palavras, mas sim, a presença do ser-aí no processo de produção de sentido, nomeadamente na esfera jurídica, havendo, pois, uma fusão que deságua na *applicatio*, isto é, na aplicação do Direito à situação concreta pelo intérprete. Assim, interpretar e aplicar são coisas incidíveis³⁴.

Há um *encurtamento hermenêutico*, mediante a rejeição das “verdades eternas” e das “leis naturais”, com a superação da metafísica, além da proposta da superação da relação sujeito-objeto, que busca apoio nas teorias da consciência, discutindo-se uma nova questão do método, qual seja, *a analítica existencial*, como projeto de Ser e Tempo³⁵.

A hermenêutica filosófica, ao decretar a “morte” do método, não se mostra, por isso, consentânea com o irracionalismo ou com o subjetivismo arbitrário. Ao revés, designadamente em face de tal constatação – a crise do método – é que o intérprete precisa ancorar-se na tradição que decorre do processo histórico e da consciência dos efeitos da história nos institutos e na tomada de decisão. Ademais, o caráter alográfico do Direito demanda um esforço por parte do hermeneuta para a concretização normativa em atenção aos balizamentos constitucionais, diante da diferença entre texto e norma.

Os dois teoremas fundamentais da hermenêutica são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. O círculo diz respeito ao movimento do interpretar no já compreendido, não sendo vicioso, mas sim virtuoso, isto é, “O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo do compreender não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura prévia* existencial, própria

projetadas no compreender (...). A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. Ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, pp. 209-11).

³⁴ Streck ensina que “Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: esses *dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentados pelo esquema sujeito-objeto*. E a tarefa de um discurso crítico é a de mostrar essa incidibilidade e que há sempre algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré)-ontológico que nos antecipa o sentido. *Aí está a pré-compreensão, e esta é impossível de negar, mesmo que obedecemos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual*. No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico. *Afinal, é exatamente por isso que interpretar e aplicar são coisas incidíveis*” (STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.” *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado em Direito. Anuário 2005, n.º 2, (Org.) André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 178-9.

³⁵ STEIN, Ermildo. *Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 32-3.

da presença”. Aduz Heidegger, ainda, que “Na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”³⁶.

Por seu turno, a diferença ontológica radica na relação entre o ser e o ente, nos planos ôntico e ontológico, sendo que, enquanto o ente é mundano, o ser é transcendental, na esteira do giro ontológico-linguístico decorrente da superação da filosofia da consciência (o *cogito* de Descartes). A diferença ontológica entre ser e ente pode ser utilizada para a compreensão hermenêutica da diferença entre regra e princípio, diante das insuficiências da teoria da argumentação jurídica, como adiante se verá.

A alteridade hermenêutica vinca raízes na necessária escuta do texto, no fato de que o intérprete tem de deixar que o texto lhe diga algo³⁷, para que o mesmo possa aplicar a norma sem incorrer em ideias ou opiniões arbitrárias, mediante a suspensão dos pré-juízos inautênticos.

A linguagem, como ensina Heidegger³⁸, é a casa do ser, sendo que os pensadores e os poetas são os seus vigilantes, razão pela qual assume relevo na construção de um sentido autêntico da Constituição, não sendo um mero objeto ou instrumento que se coloca entre o sujeito e o objeto. O ser do “ente Constituição” se desvela no caso concreto, na perspectiva da concretização do devido processo constitucional, com reflexos no âmbito da prova e da posterior construção da decisão judicial.

4. Do controle democrático da gestão da prova: do solipsismo judicial à participação processual

³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. Ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, pp. 214-5.

³⁷ Para Gadamer, “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. **Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias**, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. **Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa**. Por isso, **uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto**. Mas essa receptividade **não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um autoanulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais**”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 358; grifos nossos).

³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009, pp. 24-5.

A concretização dos direitos fundamentais no horizonte delineado pela interpretação constitucional reclama uma compreensão em torno da integridade do ato decisório e suas consequências na vida das pessoas.

Com efeito, de há muito a jurisdição não se limita à resolução silogística dos conflitos, mas sim, visa à implementação da democracia por intermédio do processo. A decisão judicial demanda uma racionalidade para além do mero exercício da lógica, compondo a experiência mundivivencial dos problemas constitucionais, em especial diante das questões atinentes à gestão da prova no processo jurisdicional.

Nessa perspectiva, o devido processo constitucional insere-se na categoria de “trunfo”, tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin³⁹, voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando suas raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos *lato sensu*.

O processo devido somente se aperfeiçoa em razão da responsabilidade ética dos envolvidos na construção da resposta adequada à Constituição, com a garantia de influência e participação das partes no contraditório judicial. Conforme já mencionado por Bourdieu, a interpretação da lei não é uma atividade solitária do juiz, tal como Robinson Crusoe, isolado em uma ilha e alheio à dinâmica do processo democrático.

Na lição de Fazzalari, o processo é um procedimento em contraditório, cuja estrutura consistente na participação dos destinatários dos efeitos do provimento jurisdicional, na simétrica paridade das suas posições, na mútua implicação das suas atividades, na relevância das mesmas para o autor do provimento. Assim, infere o autor, cada contraditor pode “exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”⁴⁰.

³⁹ Dworkin sustenta que “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Introdução, XV.

⁴⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-120.

No mesmo sentido, Streck ensina que o contraditório passa a ser a “garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo”. Tal aspecto permite que a decisão se torne “visível e apta ao controle social-jurisdicional (...)”⁴¹.

A chave hermenêutica da comparticipação reside justamente nos efeitos endoprocessuais da democracia, ou seja, é preciso ter em mente que a marcha do processo deve retirar o foco do protagonismo judicial (solipsismo) rumo ao diálogo jurídico entretido entre as partes e o julgador. Como ensina Dierle Nunes, “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”⁴².

Nessa linha de raciocínio, da mera bilateralidade da audiência, é mister avançar para garantir o contraditório dinâmico, compreendido como garantia de paridade de armas e a possibilidade de influência no conteúdo da decisão jurídica e no desenvolvimento processual. O contraditório envolve o direito a uma cientificação regular durante o procedimento, o direito à prova, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imparcial⁴³.

Tome-se o exemplo, no processo civil, da fixação dos pontos controvertidos em matéria probatória, o qual não deve ser feito isoladamente pelo juiz, mas sim mediante o diálogo jurídico com as partes do processo, o que não se confunde com o despacho para a intimação das partes para que declinem as provas que pretendem produzir.

Como bem assinala Francisco Motta, uma teoria da decisão jurídica democrática deve ser “produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral* (...); por outro lado, a

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de ‘como discricionariedade não combina com a democracia’: o contraponto da resposta correta”. *Constituição e Processo*. A contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. 1. Ed. 4. Reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 226 e 230.

decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude”⁴⁴.

Por conseguinte, o deslocamento do ponto de tensão do juiz e das partes para o processo jurisdicional democrático, sobretudo em matéria probatória, revela-se uma necessária medida em franca sintonia com a Constituição Federal. Logo, o poder simbólico, para ser exercido de forma legitimada (democrática), não deve se coadunar com a ideia do protagonismo.

5. Conclusão

A concepção de “poder simbólico” apregoada por Pierre Bourdieu tem em seu núcleo fundamental a ideia de legitimidade das instituições, de modo que o poder somente é ignorado como arbitrário na medida em que reconhecido pelos cidadãos.

Com efeito, o reconhecimento está intrinsecamente vinculado ao respeito à autonomia e à dignidade humana, sendo que o processo jurisdicional tem se mostrado um valioso mecanismo de concretização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, é preciso mudar a perspectiva da jurisdição para o processo jurisdicional democrático, de modo a que as partes tenham a garantia de influência e participação no conteúdo da decisão jurídica, a fim de que possam legitimamente ver recaídos os efeitos decorrentes do provimento jurisdicional.

Daí a importância da superação do paradigma positivista da discricionariedade judicial, que confere ao juiz a possibilidade de decidir a causa com base em seu livre convencimento, ainda que, *a posteriori*, lance os motivos de sua convicção. Tal cenário é condizente com o solipsismo judicial, onde o magistrado, tal como Crusoé, preso em uma ilha deserta (consciência), não compartilha das expectativas comunitárias em torno da produção de respostas constitucionalmente adequadas.

Nesse sentido, o devido processo constitucional enfeixa a comparticipação processual e o policentrismo decisório de modo a promover a ampliação dos canais de resolução judicial, o que implica em uma ruptura com o paradigma positivista da

⁴⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese de Doutorado em Direito junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014, p. 275.

subjetividade/discricionariedade judicial. A linguagem é a casa do ser (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), razão pela qual a filosofia da consciência cede espaço à relação sujeito-sujeito, campo em que predomina a intersubjetividade e a construção em contraditório do ato judicial.

A garantia do contraditório não se resume à bilateralidade da audiência ou à intimação das partes para que se manifestem quanto às provas que pretendem produzir, indo além para assentar a concepção do processo jurisdicional como democracia. Não há se falar, pois, em protagonismo judicial ou mesmo das partes, mas sim, o redirecionamento do polo de tensão para o processo, cenário no qual a simétrica paridade de armas e a garantia de participação e influência na decisão jurídica surgem como instrumentos qualitativos de uma “democracia endoprocessual”.

A atualidade do pensamento de Bourdieu é relevadora da necessidade de uma crítica hermenêutica ao solipsismo judicial e à instrumentalidade, rumo à contribuição do contraditório em sua feição participativa no desenvolvimento das etapas da marcha processual. O simbólico está associado às instituições e aos entes, sendo que o horizonte interpretativo na direção da produção da decisão jurídica democrática não é tarefa solitária do magistrado, haja vista que o mesmo deve estar atento à dinâmica do processo e à relevância da argumentação das partes no diálogo jurídico entretido, em especial, na gestão da prova.

É mister resgatar, pois, que a prova não se destina ao juiz ou tem nele seu único destinatário; em realidade, a atividade probatória destina-se ao processo jurisdicional, sendo que a fundamentação da decisão jurídica é a garantia constitucional de que o diálogo não se transformará em monólogo judicial.

Por conseguinte, a desconstrução hermenêutica do “princípio” do livre convencimento motivado é medida de rigor para a caminhada rumo ao processo como democracia, onde o simbólico e o real se coimplicam reciprocamente, de tal maneira que o poder judicial somente se reveste de legitimidade mediante o respeito ao diálogo e à responsabilidade das partes na participação da decisão.

Referências Bibliográficas

- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. p. 76.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidade de Valladolid, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- _____. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- _____. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 3. Ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.
- JULIAN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura do Direito: O século XX*. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, volume 2, 2010.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese de Doutorado em Direito junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006.

STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo**. Ijuí: Unijuí, 2006.

_____. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. “Da interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.” *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado em Direito. Anuário 2005, n.º 2, (Org.) André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 178-9.

_____. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. “Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de ‘como discricionariedade não combina com a democracia’: o contraponto da resposta correta”. *Constituição e Processo. A contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.