

**Universidade Federal do Pará
Instituto de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito.**

Ricardo Araujo Dib Taxi

**A APROPRIAÇÃO DO CONCEITO GADAMERIANO DE
TRADIÇÃO PELA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

**THE APROPRIATION OF THE GADAMERIAN CONCEPT OF
TRADITION BY LEGAL HERMENEUTICS**

Belém - Pará
2013

RESUMO

O presente trabalho visa discutir a leitura que a hermenêutica jurídica contemporânea faz do conceito gadameriano de tradição, em especial no tocante à compreensão dos Direitos Humanos. A concepção de que toda interpretação acontece sob o fio condutor de uma tradição, que em Gadamer tem um caráter de constatação filosófica, no Direito é usualmente lida como uma exigência normativa aos juristas, para que se apropriem e pensem a partir da tradição dos direitos humanos. Assim, esse artigo questionará primeiramente se a tradição pode ser vista como uma espécie de guia a ser compreendido e vivenciado pelos juristas em suas decisões cotidianas, e se os Direitos Humanos, apesar de suas aporias internas, podem ser considerados como uma tradição constituída e frutífera ao pensamento jurídico.

PALAVRAS CHAVE – Tradição; Hermenêutica; Direitos Humanos

ABSTRACT

The present paper intends to discuss how juridical thought appropriates the hermeneutical concept of tradition, especially when linked to the concept of human rights. The conception that every understanding takes place into a tradition, which Gadamer develops on a philosophical way, is assimilated in Law as a doctrine of understanding, a duty of thinking through human rights tradition. Thou, this article will interrogate firstly if tradition can be a guide to be comprehended by jurists in up to solve problems of decision, and if human rights, despite its internal contradictions, can be seen as a constituted tradition and important to juridical thought.

KEY WORDS – Tradition; Hermeneutics; Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir o conceito hermenêutico de tradição trabalhado por Gadamer (GADAMER, 1999) e a forma como esse conceito foi adaptado à hermenêutica jurídica por jusfilósofos brasileiros nas últimas décadas.

Mais especificamente, pretende-se visualizar essa discussão a partir de uma ideia que tem sido incorporada no pensamento jurídico brasileiro como um fundamento de legitimidade do Direito, capaz de substituir a ordem positivista calcada na segurança como certeza e previsibilidade.

Trata-se dos chamados direitos e garantias fundamentais. Da tese muito repetida de que esses direitos não são apenas regras pactuadas por convenções, mas expressam uma autêntica tradição histórica que, desde o pós-guerra (1945), pretende pautar as relações internas e internacionais na proteção da dignidade da pessoa humana como objetivo último de toda sociedade.

O ponto problemático nessa discussão consiste em reconhecer que, muito embora os chamados direitos e garantias fundamentais tenham sido incorporados ao texto constitucional, os juízes cotidianamente continuam prolatando sentenças e acórdãos com interpretações às vezes claramente incompatíveis com o conteúdo daqueles direitos.

De maneira ainda mais grave, juízes usualmente dão conteúdo diametralmente oposto a direitos como saúde, liberdade de expressão, educação, presunção de inocência, sem que se possa vislumbrar alguma coerência de princípio entre as fundamentações dessas decisões. Essa situação parece induzir à ideia de que os direitos e garantias fundamentais são apenas molduras, que por falta de um núcleo de sentido

suficientemente consolidado, são discricionariamente interpretadas pelos juízes, da forma como descreveu Kelsen no último capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998).

Para enfrentar esse problema, que ameaça desmoronar o ideal de segurança jurídica e frustrar a expectativa de que os direitos possam sair do plano abstrato e ser efetivamente garantidos à população, a hermenêutica aparece como um campo fecundo de estudo, como a tentativa de, sem buscar uma objetividade¹ típica das ciências naturais, guiar e estudar como se pode atribuir sentidos buscando alguma coerência, mostrando que não se trata de um puro solipsismo ou arbitrariedade, mas da tentativa de defender valores intersubjetivos.

Nesse contexto, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, já muito trabalhada nos campos da filologia, da crítica literária e da teologia, foi trazida ao pensamento jurídico brasileiro nas últimas décadas especialmente por Lênio Luis Streck na tentativa de revitalizar a noção de hermenêutica, de tirá-la do domínio da metodologia, da técnica, e trazê-la ao campo da ontologia.

Sem voltar ao ideal de uma interpretação objetiva mediante a reconstrução de uma intenção, Hans-Georg Gadamer desenvolve contudo uma visão não relativista do compreender, articulando a noção de que todo compreender ocorre a partir de preconceitos, que não são individuais, mas, por assim dizer, histórico-sociais, pois expressam uma *tradição*. Nesse sentido, a pretensão iluminista que inspirou o ideal de uma interpretação objetiva, livre de preconceitos, falhou sobretudo em não compreender

1

A ideia de que a interpretação de um texto jurídico para solucionar um caso concreto possa ser unívoca, que existe *uma única interpretação viável*, muito defendida na época da hermenêutica romântica a partir da suposta recuperação da intenção do legislador, é hoje abandonada como uma invasão do método das ciências naturais nas ciências humanas. Mesmo um autor como Ronald Dworkin, que defende a tese de *one right answer*, jamais afirmou (muito embora alguns digam equivocadamente o contrário) que todo Juiz ao decidir um caso necessariamente deveria chegar ao mesmo resultado. Pelo contrário, no pensamento dworkiniano, a ideia de uma resposta certa é uma exigência argumentativa imposta aos juízes, para que fundamentem a razão pela qual escolheram aquela interpretação (DWORKIN, 2002).

a historicidade, o encadeamento prévio de sentido que não obsta, mas é verdadeira condição de possibilidade da interpretação.

Em todo caso, essa reviravolta na compreensão do que seja interpretar foi operada em Gadamer com a declarada pretensão de conhecer fenomenologicamente o que seja interpretar, e não de criar uma doutrina da compreensão (GADAMER, 1999). Para os juristas, contudo, incluindo o professor Streck, o objetivo inicial de resgatar esse pensamento é a crítica da discricionariedade positivista, na tentativa tanto de mostrar seu equívoco descritivo quanto de oferecer uma possibilidade mais satisfatória de *teoria da decisão judicial*.

Nesse sentido, o conceito gadameriano de *tradição* foi assimilado como uma exigência aos juristas, e não simplesmente como uma constatação ontológica. Repete-se muito em trabalhos acadêmicos em obras e até em acórdãos que os juízes *devem* interpretar a partir de uma tradição.

Portanto, o objetivo desse artigo é discutir o conceito de tradição tal qual foi cunhado por Gadamer e a forma como foi apropriado pela hermenêutica jurídica, sobretudo no pensamento brasileiro atual. De maneira mais geral, pretende-se em suma discutir se a própria hermenêutica filosófica pode funcionar como guia para a construção de uma teoria da decisão.

Pode-se ver, então, que o objetivo aqui é contribuir com as discussões no plano jurídico. Se, contudo, essa pesquisa puder também colaborar no desenvolvimento e elucidação da própria hermenêutica filosófica e de suas raízes continentais, o objetivo dessa investigação terá sido largamente superado.

2 O CONCEITO DE TRADIÇÃO EM VERDADE E MÉTODO

Muito embora esse trabalho se insira no campo jurídico e não no filosófico, seria impossível discutir o conceito de tradição sem antes tecer algumas considerações introdutórias indispensáveis acerca da relação entre hermenêutica e ontologia. Obviamente, não será feito um resumo geral da obra gadameriana, o que seria impossível, mas esclarecimentos que se relacionam diretamente com o tema do presente estudo.

Gadamer é um daqueles filósofos que, muito embora possuam um trabalho extenso, escreveram uma obra magna, pela qual ficaram especialmente conhecidos. No caso desse autor, trata-se indubitavelmente de *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*², publicada em 1960 (quando o autor já tinha 60 anos), uma obra de maturidade, que condensa pesquisas acadêmicas de mais de meio século e representa de maneira sistemática a visão gadameriana acerca de como a hermenêutica se insere no pensamento filosófico.

A primeira informação indispensável refere-se ao que o autor pretendeu ao chamar sua hermenêutica filosófica. Essa resposta é facilmente encontrada no já bastante comentado prefácio à 2ª edição da obra, no qual Gadamer assevera que não teve a intenção de elaborar uma doutrina da compreensão, uma vez que “*o que está em questão não é o que fazemos ou que deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém ou nos acontece*” (GADAMER, 1999, p. 14).

Percebe-se assim que o autor pretende (e ele próprio o afirma ao longo da obra) inserir sua perspectiva de modo análogo ao pensamento crítico kantiano, que antes de investigar os fenômenos em si pretende questionar as condições de possibilidade do conhecimento, do sujeito cognoscente. Em Gadamer, contudo, a investigação filosófica

É muito importante asseverar que, muito embora Gadamer seja geralmente citado com base nessa obra, algumas concepções ali presentes, como a de *tradição*, foram sendo remodeladas e inclusive alteradas ao longo de outros trabalhos. Após publicar aquela obra, o autor passou pelo menos duas décadas escrevendo artigos em resposta às diversas críticas que sofreu, algumas por parte de grandes filósofos como Habermas, Derridá e o próprio Heidegger. Em suas réplicas, portanto, o autor não apenas reafirmou sua posição como a aprimorou. O presente artigo tentará mostrar que o conceito de tradição foi um dos que o autor precisou trabalhar de maneira especial.

não precede o método, mas vem *ao invés* do método. Ao invés de doutrinar, o autor pretende compreender, entender o que acontece quando alguém diz que uma boa interpretação foi realizada, que houve efetiva compreensão.

Quando se recua aos trabalhos daqueles com quem Gadamer dialoga profundamente ao longo da obra, sobretudo Schleiermacher e Wilhelm Dilthey, percebe-se que em ambos a hermenêutica já é chamada de filosofia. Schleiermacher é inclusive citado em livros de história da hermenêutica como aquele que fez surgir uma filosofia hermenêutica (BLEICHER, 1980). Nesses autores, contudo, a investigação filosófica visa a desmistificar os entraves que atravancam a compreensão, que geram o mal entendido, com a finalidade de guiar ou construir uma autêntica doutrina do compreender.

O principal entrave, que diga-se de passagem é de fundamental compreensão nessa pesquisa, é a questão histórica. Como compreender adequadamente manifestações de sentido esculpidas em outras épocas, em contextos históricos diversos? Como evitar a imposição arbitrária de preconceitos do presente à compreensão de textos do passado?

Schleiermacher respondeu em sua obra *Hermenêutica e Crítica* (SCHLEIERMACHER, 2005), influenciado pelo filólogo alemão Friedrich Ast, que para transpor essa barreira histórica é necessário realizar não apenas uma leitura gramatical, mas uma leitura psicológica, que reconstrua a intenção do autor. Para tanto, é imprescindível apropriar-se da cultura da época do autor, do espírito de seu tempo. Assim, para compreender adequadamente Platão, por exemplo, se faria necessário conhecer não apenas a gramática grega mas o espírito grego³.

Dilthey, tendo Schleiermacher como maior influência, continuou esse trabalho e buscou construir uma crítica da razão histórica, que consiga atingir um conhecimento objetivo

através do contato adequado com a história, impondo ao interprete o dever de alhear-se aos seus próprios conceitos compreender as manifestações de sentido que vêm de outros tempos.

Esse pequeníssimo e despretensioso resumo de dois autores grandiosos, embora limitado, é indispensável para que se compreenda o que Gadamer denomina como aspecto *filosófico* de sua hermenêutica. Em *Verdade e Método*, o autor chama a concepção acima resumida de *historicismo*, isto é, uma busca de objetividade histórica, pela qual o interprete alheia-se a seu próprio contexto e conhece o dizer do outro.

Pois é justamente contra essa noção que, por influência de Martin Heidegger, Gadamer apresenta os conceitos de historicidade e de tradição. A confiança que os historicistas possuem de um acesso objetivo ao conhecimento histórico ignora o que Heidegger chama de *Dasein*, termo de difícil tradução (até por ser um neologismo) mas que parece indicar que o homem está lançado em sua temporalidade, em sua condição histórica, na qual toda compreensão é possibilitada e ao mesmo tempo limitada pela história e pela finitude (HEIDEGGER, 2008). O termo é geralmente traduzido por *ser-aí*, no qual o *aí* indica que o sujeito cognoscente não vê os objetos que se apresentam no mundo de fora, como uma consciência autônoma, mas está desde sempre lançado no mundo, em um momento histórico, o sujeito é um *ser-no-mundo*. A separação entre sujeito e objeto, que parece óbvia para a epistemologia tradicional, apresenta-se em Heidegger como uma artificialidade da metodologia científica (HEIDEGGER, 2008).

\ Nesse sentido, Gadamer critica a crença historicista mostrando que o interprete, sempre que vai interpretar uma obra escrita em outra época, mesmo que queira se dissipar de tudo que atrapalha o acesso àquele texto *em si*, é inevitavelmente influenciado por tudo que foi dito sobre aquela obra desde que foi escrita até o momento em que o interprete tem contato com ela. Os efeitos que essa obra teve na história, sua *história efetiva*, é assim uma condição ontológica do interpretar, fora do âmbito de escolha do interprete. “***Quando se nega a história efetiva na ingenuidade da fé metodológica, o***

resultado pode até ser uma deformação do próprio conhecimento” (GADAMER, 1999, p. 450).

É imprescindível, portanto, ao discutir o conceito de *tradição* na hermenêutica filosófica, mostrar que em *Verdade e Método* é nessa discussão que ele aparece. Frente ao ideal de um método hermenêutico que utilize a história como uma ferramenta à disposição do interprete, Gadamer apresenta a tradição como algo que carrega o interprete, como a historicidade dentro da qual a compreensão está desde sempre lançada.

Assim, na obra principal de Gadamer, o conceito tema dessa pesquisa tem um claro cunho ontológico, isto é, pretende descrever a ontologia da compreensão e não guiá-la. Não se trata, pois, de um fio condutor histórico a ser recuperado pelo interprete, mas deste tornar-se consciente de que mesmo a interpretação que parece mais objetiva vem a partir de uma tradição. Todas as respostas a que uma boa interpretação pode chegar seriam ainda assim respostas a perguntas que foram lançadas na tradição, perguntas que em um dado momento histórico apresentam-se como fundamentais.

Mais a frente, serão apresentadas outras explicações de Gadamer sobre o papel da tradição na compreensão, talvez contraditórias com a acima mencionada. Antes disso, contudo, é importante trazer a questão para o âmbito jurídico.

3 A APROPRIAÇÃO DA TRADIÇÃO NA OBRA DE STRECK

Muito embora o professor Streck não seja o único a trabalhar a hermenêutica no âmbito jurídico, sua contribuição pioneira tornou-se paradigmática, sobretudo pelo cuidadoso resgate do trabalho de Hans-Georg Gadamer e a difícil tentativa de pensar o Direito a partir da ontologia e da fenomenologia. Por essa razão, discutir a incorporação de Gadamer ao pensamento jurídico a partir de Streck, porquanto seja apenas uma possibilidade, é especialmente rica em fontes e em discussões.

Como dito na introdução, a hermenêutica filosófica já era estudada no Brasil sobretudo no âmbito da filosofia e da crítica literária. Os cursos de pós-graduação em letras, os cursos de filologia e as discussões sobre interpretações de autores como Kafka, Goethe, Thomas Mann costumam fazer muitas remissões a Gadamer e à questão do círculo hermenêutico. Benedito Nunes, no âmbito filosófico, estudou Heidegger e Gadamer e tem um extenso trabalho publicado no campo (NUNES, 2004). No Direito, contudo, foi sobretudo Streck quem, impulsionado por Luis Alberto Warat e por Ernildo Stein, trouxe a discussão de forma produtiva.

Como dito por Lênio em sua obra *Verdade e Consenso* (STRECK, 2009), incomoda bastante o fato de que o Direito esteja nas mãos dos juízes, de que não haja critérios comuns a dizer quando se aplica ou não um princípio, qual o alcance de um direito fundamental, qual garantia processual é devida em uma dada situação. Em suma, vive-se um estado de natureza hermenêutico, no qual juízes utilizam o critério que julgam mais conveniente e interpretam muitas vezes de maneira solipsista, discricionarista⁴.

A doutrina brasileira fala insistentemente em um movimento de constitucionalização do Direito, tendo como âmago os direitos e garantias fundamentais. Diz-se que, a partir da incorporação da chamada força normativa da Constituição, os ramos do direito tradicionalmente ensimesmados devem agora ser interpretados à luz da Constituição, e esta por sua vez à luz dos direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2007). Autores como Ingo Sarlet, o recém empossado ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso e diversos outros juristas afirmam que o Brasil vive um pós-

É bem verdade que Streck parece ser bastante apropriativo quando diz que Kelsen aposta em decisionismos e na discricionariedade no último capítulo da *Teoria Pura do Direito*. Streck critica bastante o fato de Kelsen ter dito que a interpretação é um *ato de vontade*, interpretando o termo vontade como arbítrio, como vontade individual e não ligada a padrões. Como neo-kantiano, contudo, é importante lembrar que Kelsen utiliza vários termos legados por Kant. Neste autor, um ato de vontade é simplesmente um ato prático, contrário a um ato de conhecimento do mundo. Assim é que existe uma *Crítica da razão prática* que cuida do agir, da vontade. Ler, portanto, *vontade* em Kelsen como abertura para o arbítrio parece um exagero, muito embora seja correto afirmar que o positivismo considera a discricionariedade inevitável.

positivismo, que rechaça tanto a discricionariedade quanto a aplicação mecânica de regras, socialmente desvinculada. Esse desiderato é atingido sobretudo graças à aplicação de princípios como padrões morais orientadores e dos direitos e garantias fundamentais como verdadeiro guia do neo-constitucionalismo.

Esse otimismo, contudo, não é compartilhado por Lênio Streck, e justamente aqui entra a importância da hermenêutica. Muito embora esse autor também mencione a importância dos princípios como um guia interpretativo e a imprescindibilidade de um movimento constitucionalista pautado em direitos fundamentais, Streck critica bastante o cotidiano do Poder Judiciário, especialmente as fundamentações judiciais. Como se pode dizer que o Brasil vive a era pós-positivista se os princípios são vistos pelos juízes como uma abertura para decisões discricionárias? Como se pode dizer que se chegou a era dos direitos fundamentais se tais direitos são fetichizados e justificam todo tipo de decisão, até aquelas bastante absurdas que prendem um ladrão de galinhas com base nos “direitos fundamentais da sociedade”?

Assim, Streck busca não apenas fundamentar a interpretação em termos pós-positivistas, mas construir uma verdadeira teoria da decisão judicial, que guie os juízes ou ao menos os esclareça acerca de como a hermenêutica pode auxiliar nessa empreitada. Para tanto, intercala o pensamento de Ronald Dworkin com a hermenêutica gadameriana.

Como se sabe, Dworkin afirmou em sua obra *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, 2002) que, muito embora os juízes pensassem o direito como um modelo de regras, a fundamentação de diversos casos mostra a existência de padrões normativos mais gerais de natureza moral, os quais, ainda que os juízes não se deem conta, mostram uma certa tradição moral no Judiciário norte-americano. Assim, antes de postular uma autêntica teoria dos princípios, Dworkin afirma que esses padrões já fazem parte das fundamentações.

Lênio Streck se apropria da reflexão dworkiniana na construção de sua teoria, na medida em que compreende os princípios não como invenções do legislador ou meras

criações doutrinárias, mas como padrões que desvelam uma tradição moral, capazes de guiar a decisão judicial para padrões democráticos aceitáveis.

Se, como dito acima, os juízes continuam decidindo de maneira disforme, solipsista, é justamente por basearem-se em suas próprias consciências e não em padrões intersubjetivos. Refletir sobre os princípios pode ser então uma forma de trazer a tona esse solo democrático e oferecer algum padrão de segurança jurídica que não seja objetivo, mas que tenha ao menos coerência.

Para que se possa efetivamente incorporar essa via pós-positivista é necessário, portanto, compreender primeiramente que os princípios não são conceitos abertos a ser livremente valorados pelos juízes, mas representam exigências morais práticas já enraizadas numa dada tradição social, a qual os juristas *devem se apropriar*.

Para pensar a ideia dworkiniana de que os princípios morais representam efetivamente uma forma historicamente construída de apostar nos direitos, Streck resgata então o conceito gadameriano de tradição e vê em Gadamer uma possibilidade de garantir um solo ontológico que possa densificar a filosofia de Dworkin, a qual é declaradamente mais política do que autenticamente filosófica.

Para dar um conteúdo concreto aos princípios, para mostrar como de fato tais padrões podem representar uma tradição, Streck, de forma semelhante ao movimento constitucionalista do pós-guerra de uma forma geral, busca nos direitos e garantias fundamentais o grande fio condutor hermenêutico. A interpretação de textos não claros e a decisão de casos que não parecem ter uma resposta correta pode ser alcançada na medida em que se pense em qual direito fundamental está em jogo naquela situação.

Assim, Streck afirma em sua obra *Verdade e Consenso* que os juristas brasileiros precisam se apropriar da tradição dos direitos e garantias fundamentais, que precisam pensar as respostas constitucionalmente corretas não como um exercício de discricionariedade, mas como a busca de desvelar o que a tradição impõe àquela situação.

Além de Streck, vale ressaltar que diversos juristas brasileiros tentam resgatar os direitos e garantias fundamentais como uma forma de compreender o efetivo papel do direito na contemporaneidade, garantidor de uma emancipação social e que afaste a histórica vinculação dos direitos à manejos políticos escusos. Assim, uma autentica força normativa da Constituição exigiria uma força normativa dos direitos fundamentais.

O ponto inovador em Streck não é, portanto, apostar nos direitos fundamentais, mas acreditar que esses constituem uma tradição jurídico-filosófica a qual os juristas devem se apoiar e fazer falar, ao invés de decidirem conforme sua própria consciência.

Embora seja errado dizer que tal autor nunca menciona a tradição no sentido ontológico gadameriano, a grande maioria das referências a tal conceito na obra de Streck referem-na como uma exigência normativa aos juristas, como algo cuja apropriação está em seu poder. É como se a distinção entre julgar com a própria consciência ou julgar de acordo com a tradição fosse *uma opção política e principiológica dos juristas*.

Em suma, porquanto a obra de Streck seja profundamente cuidadosa e tenha contribuído bastante com as discussões hermenêuticas no âmbito jurídico, parece haver uma contradição entre sua forma de compreender a tradição e a forma tratada por Gadamer em *Verdade e Método*, contradição que se acentua sobretudo quando, a partir de Dworkin, Streck sustenta a chamada tese de *uma resposta correta*, que ele chama de *resposta constitucionalmente adequada*.

Embora isso não seja explicitamente afirmado por Streck, e talvez seja arbitrário lhe imputar essa posição, parece claro nos textos daquele autor que a tradição se opõe a questões abertas, cuja solução depende de uma escolha. Fica parecendo que a tradição, se corretamente interpretada, sempre leva à uma resposta como mais correta que a outra.

Nesse ponto, unir Gadamer e Dworkin talvez seja especialmente perigoso, uma vez que a forma liberal com a qual Dworkin concebe tradição parece bastante limitada. E

se, por exemplo, uma tradição como a dos direitos humanos levar justamente a aporias inconciliáveis?

Embora haja outras questões políticas importantes em torno desse conceito, o objetivo do presente trabalho é discutir tradição enquanto simplesmente uma consciência da historicidade ou como (na obra de Streck) um viés normativo capaz de sustentar uma teoria da decisão.

Como foi dito acima, há uma contradição entre a forma como o jurista brasileiro fala de tradição e a forma como esse conceito aparece em *Verdade e Método*. Contudo, como dito na introdução, Gadamer já falou de outras formas sobre tradição, algumas das quais mais semelhantes à visão oferecida por Streck, embora com algumas diferenças. No tópico seguinte, portanto, tentar-se-á defender que há sim em Gadamer visões que autorizam a interpretação normativa da tradição, isto é, a visão desse conceito como uma exigência à uma boa hermenêutica.

4 A REVISÃO DOS PRECONCEITOS A PARTIR DA CONSCIENTIZAÇÃO DA TRADIÇÃO QUE LHES DÁ SUPORTE

No ultimo tópico, foi dito que Streck se apropria do conceito gadameriano de tradição como uma exigência aos juristas, como um tornar-se consciente do percurso histórico que forjou os princípios morais e os direitos fundamentais que hoje constituem o discurso legitimador de boa parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Pode-se ver que dessa forma Streck torna-se um exemplo especial de contraste com Gadamer, haja vista que, quando Streck usa a hermenêutica filosófica na construção de uma teoria da decisão, tal empreitada à primeira vista se opõe ao que Gadamer afirma no começo de seu *Verdade e Método* (que foi acima transcrito), quando diz que o objetivo

de sua hermenêutica não é construir uma doutrina de como interpretar, mas compreender o que acontece quando se interpreta, quais pressupostos entram em jogo.

De forma aproximadamente semelhante a Streck, pode-se ver uma tendência no pensamento jurídico em buscar na hermenêutica uma forma de refinar a interpretação e a questão da decisão judicial. Dessa forma, o Direito desde o começo vê em teorias filosóficas ferramentas a serem utilizadas com a finalidade prática de alcançar os objetivos que em um dado contexto histórico são vistos como os objetivos fundamentais de um ordenamento jurídico.

No que toca ao conceito de tradição, será essa apropriação uma violência contra o autêntico objetivo gadameriano? Estarão os juristas fazendo da hermenêutica filosófica exatamente o que seu autor não queria, isto é, um método ou doutrina da compreensão?

Os acadêmicos da área de filosofia tendem a ver dessa forma, e a alimentar um preconceito com os juristas no sentido de que estes costumam instrumentalizar e simplificar os conceitos filosóficos para fundamentar teorias do direito.

Em todo caso, em que pese a parcela de verdade nessa afirmação, será que o objetivo da hermenêutica filosófica é apenas esclarecer o que ocorre quando se tenta interpretar algo? Será seu objetivo tão somente descritivo? Será que Gadamer de fato abandona de vez a tradição da hermenêutica como uma tentativa de tornar a humanidade mais esclarecida acerca de si mesma, de sua história, da simbólica de seus valores fundamentais?

Após publicar *Verdade e Método*, Gadamer foi criticado por diversos filósofos como sendo conservador. Jürgen Habermas, em especial, em um conjunto de textos publicados sob o título *Dialética e hermenêutica* (HABERMAS, 1987), afirma que a hermenêutica filosófica tem um caráter claramente conservador ao afirmar que toda interpretação está presa à uma tradição, uma vez que não explica como pode um interprete criticar sua própria tradição. Nesse sentido, a hermenêutica gadameriana

defenderia que cada um julga de acordo com seus próprios valores e que não há como buscar desenvolver, abrir uma compreensão frente à crítica de seus próprios pressupostos (tese do próprio Habermas).

Em resposta a essas e outras críticas, Gadamer sentiu necessidade de esclarecer alguns de seus conceitos centrais, uma vez que se sentiu levado a um mal entendido. Em diversos artigos publicados sob o título *Verdade e Método II* (GADAMER, 2003) o autor tentou esclarecer pontos obscuros de seu trabalho. Ali, afirmou que quando se referiu à tradição e à historicidade como solo de toda compreensão, não tivera em mente uma tradição estática, acabada, mas um conjunto de sentidos que eram constantemente revistos pelo interprete. Uma tradição só permanece dando significado à um povo se for continuamente *atualizada*.

Quando, como dito já no decorrer deste artigo, o autor se refere à história efetual, afirma que é justamente para mostrar que uma tradição sempre serve como solo interpretativo, mas que a construção a partir daquela tradição, por mais que permeada por ela, é a parcela de contribuição crítica do interprete. Assim, dizer que uma interpretação sempre se dá à luz de uma tradição não significa que está presa àquela tradição, mas sim que mesmo sob um pensamento inovador esconde-se uma historicidade, um vir-a-ser que ao qual o interprete deve tornar-se consciente.

Especificamente quanto ao conceito de *tradição*, Gadamer afirma em *Verdade e Método II* e em outra obra denominada *A razão na época da ciência* (GADAMER, 1983) que o verdadeiro trabalho de um interprete é dar-se conta da tradição que, imperceptivelmente, veladamente, condiciona sua interpretação, para que possa revisá-la e afastar-se dela.

Aqui, o que se pode observar não é apenas um esclarecimento daquele conceito, mas um desenvolvimento que se não for uma reformulação é aparentemente contraditório com as afirmações de *Verdade e Método*. Em sua obra magna, como já dito, a tradição aparece como o solo no qual se dá todo compreender, como a morada histórica da

compreensão, como o mundo circundante do qual o iluminismo erroneamente tentou extirpar o conhecimento autêntico, e que o romantismo felizmente trouxe de volta à consciência filosófica.

Quando, porém, Gadamer afirma que o interprete deve tornar-se consciente da tradição que fala por meio de sua interpretação para que possa vê-la sob um ponto de vista crítico, um outro olhar é lançado sobre sua hermenêutica. A qui, o papel da hermenêutica filosófica já não parece ser apenas o de esclarecer filosoficamente o que é interpretar, mas o de evitar o mal entendido que a assimilação ingênua da tradição pode levar.

Sob esse segundo ponto de vista, o diálogo entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica parece bem mais fecundo. Com efeito, como afirma não apenas Lênio Streck mas diversos juristas brasileiros como Paulo Bonavides, Eros Grau etc., a tradição jurídica consolidada no Brasil é o positivismo jurídico. Todas as discussões atuais, os desenvolvimentos ulteriores em torno de princípios e direitos fundamentais vêm como uma tentativa de romper com a tradição positivista.

Contudo, como esses juristas também sabem, não se rompe com uma tradição da noite para o dia. É frequentemente citado por Streck o fato de que os juízes aplicam o código penal não à luz da Constituição, mas à luz da era varguista na qual aquele diploma foi forjado. O Código de Defesa do Consumidor, considerado como uma das legislações mais modernas do mundo, é também aplicado pelos juízes muitas vezes a partir da lógica civilista, sem agregar os princípios especiais da política nacional das relações de consumo.

Enfim, diversos são os exemplos nos quais se vê um contraste entre os textos normativos e as obras doutrinárias contemporâneas e a prática cotidiana do Poder Judiciário. Fica parecendo que o Brasil vive uma teoria pós-positivista e uma prática positivista.

Nesse sentido, que é apontado pelos juristas brasileiros quando falam em hermenêutica mas que geralmente não é seu principal foco, parece especialmente importante refletir sobre o conceito de *tradição*. É impressionante observar como a tradição positivista, individualista burguesa, punitivista etc., continua permeando as decisões judiciais, muito embora os juízes talvez não reflitam ordinariamente sobre esse fato. Alhear-se de sua própria convicção e ouvir a tradição que ali fala veladamente é um autêntico diálogo com a tradição no sentido gadameriano.

É curioso que esse aspecto, que nas obras brasileiras nunca deixou de ser secundário, a hermenêutica filosófica tenha contribuído para uma crítica muito perspicaz da tradição que efetivamente vigora no direito brasileiro.

Nesse sentido, que os acadêmicos presos à obra magna de Gadamer costumam deixar passar, talvez o diálogo entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica seja especialmente fecundo, sobretudo quando se diz que os ramos do direito devem ser re-interpretados à luz da Constituição mas não se pensa no quanto a própria CF/88 é interpretada com base na velha tradição que aquele texto pretende extirpar.

5 CONCLUSÃO

Ao longo desse estudo, pretendeu-se refletir acerca do conceito de *tradição* e indagar a possibilidade e importância de realizar um diálogo frutífero entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica.

Como se pôde observar, a dificuldade não está apenas em transpor uma teoria filosófica para o horizonte de questionamentos do pensamento jurídico, mas a própria compreensão da filosofia gadameriana representa um desafio significativo, considerando que em diversos artigos o autor aperfeiçoou e até modificou algumas ideias originalmente apresentadas em *Verdade e Método*.

Nesse sentido, buscou-se mostrar que não há um sentido unívoco de *tradição* na obra gadameriana, mas que o percurso dos anos obrigou o autor a repensar e re-interpretar sua própria obra, sobretudo na tentativa de refutar argumentos que o taxam de conservador e veem sua obra como um enaltecimento romântico do passado.

Com relação à hermenêutica jurídica, sobretudo à obra do professor Streck, a tese a que essa pesquisa chegou foi a de que há problemas nessa apropriação, tanto metodológicos quanto filosóficos. O ponto chave dessa constatação foi o fato de que a tradição histórica parece ser mais o solo da compreensão, a condição de possibilidade, do que um caminho à disposição do interprete. Nesse sentido, a ideia de que o jurista *deve* seguir a tradição, como se isso fosse uma escolha, parece incompatível com o solo ontológico no qual foi construída a obra *Verdade e Método*.

Em todo caso, como se pretendeu mostrar já no ultimo tópico do trabalho, há outras obras em que Gadamer fornece um conceito que parece adequar-se perfeitamente a um problema central na hermenêutica jurídica contemporânea brasileira. Trata-se das interpretações que continuam seguindo a tradição anterior à Constituição de 1988, muito embora essa carta tenha pretendido construir uma nova ordem política e jurídica.

Assim, quando Streck defende que os juízes continuam sendo positivistas e sustentando preconceitos da primeira metade do século XX na própria interpretação da Constituição (e o fazem sem se dar conta), toca-se em um ponto no qual talvez o conceito gadameriano de tradição tenha efetivamente algo de muito importante a dizer.

Dessa forma, a tese conclusiva do trabalho foi a de que a forma aparentemente mais produtiva de pensar a tradição no Direito não é impondo aos juristas a exigência de seguirem a tradição (como se isso fosse uma questão de escolha), mas sim buscar mostrar que quando se interpreta já se está desde sempre seguindo uma tradição, ainda que *imperceptivelmente*.

Nesse sentido, um trabalho importante a ser feito no pensamento jurídico brasileiro é mostrar que os juristas leem textos contemporâneos com preconceitos e ideologias anteriores. Como a hermenêutica filosófica não cansa de mostrar, isso não se deve a um problema semântico, mas ao peso da historicidade que condiciona a leitura.

Dessa forma, o que se defende não é que os juízes deixem de lado seu preconceito e leiam a Constituição literalmente ou algo assim, mas que perguntem-se uma vez mais o que efetivamente essa nova ordem implica, em que sentido se coloca o texto constitucional com relação à velha tradição. Nesse aspecto, a própria conscientização da tradição já implica um afastamento crítico fundamental.

Em todo caso, em que pese todo o mérito de Streck, esse trabalho também chega a conclusão (não definitiva é claro) de que a hermenêutica filosófica parece pensada em um horizonte de prudência e em um resgate do humanismo, da sensibilidade prática, da ética, e de diversos conceitos que existem um autêntico dimensionamento do papel das chamadas ciências humanas e de sua sempre problemática relação com as ciências da natureza. Dessa forma, a elaboração de uma *teoria da decisão*, e nesse caso o próprio conceito de teorizar o processo interpretativo decisório parece não corresponder ao que Aristóteles buscou apontar quando diferenciou sabedoria e prudência, e que Gadamer recuperou em *Verdade e Método* (GADAMER, 1999).

Se a hermenêutica está no limiar entre técnica e sensibilidade prática, se a interpretação exige, mais do que rigor conceitual e teórico, uma virtude, um exercício habitual de auto-questionamento, a ideia de uma teoria da decisão aparece mais como um resquício da velha tradição que remonta a Dilthey e Schleiermacher e sua ânsia objetivista do que a um autêntico pensar hermenêutico.

Contudo, e isso é o mais importante, essa constatação não implica simplesmente uma lacuna no pensamento jurídico brasileiro ou uma má apropriação de Gadamer, mas implica que os juristas como Streck, orientados para os problemas fundamentais da arbitrariedade e do decisionismo judicial, talvez busquem na hermenêutica filosófica

respostas que ela não foi feita para fornecer, e que acabam violentando o autêntico sentido humanista e prudencial que permeia toda a obra gadameriana.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP. EDIPRO, 2ª ed., 2007.

BLEICHER, Joseph. **Hermenêutica Contemporânea**. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e Método II – complementos e índices**. Trad. de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Trad. Álvaro Valls. – Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NUNES, Benedito. **Filosofia contemporânea**. Belém: EDUFPA, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3º ed. Porto Alegre: 2009.