

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Eliana Maria De Souza Franco Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-861-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O presente grupo de trabalho funcionou conjuntamente com o grupo de trabalho Teoria Constitucional. A união das duas áreas revelou-se adequada porquanto os temas tratados não só fizeram referência às questões mais caras à hermenêutica jurídica, notadamente a de matriz constitucional, como também permitiu que os grandes desafios da teoria constitucional pudessem ser abordados a partir da sua longa trajetória, fincada no fenômeno da democracia e na dinâmica do controle de constitucionalidade. Esse encontro virtuoso de textos e expositores estimulados e abertos ao debate, materializou o desenvolvimento de um excelente trabalho de reflexão sobre o atual estágio da Teoria Constitucional e da Hermenêutica Jurídica no Brasil, especialmente, propiciando análises oportunas sobre a realidade nacional, notadamente no que se refere aos direitos sociais, direito à informação, ativismo judicial e inteligência judicial. Temos certeza de que as leituras que compõem o presente Grupo de Trabalho, associado ao de Teoria Constitucional, serão muito úteis para todos aqueles interessados em retomar antigos temas e avaliar novas temáticas a partir de reflexões inteligentes e oportunas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SOLIPSISMO E EXPERIÊNCIA A PARTIR DE WALTER BENJAMIN
SOLIPSISM AND EXPERIENCE IN WALTER BENJAMIN

Ricardo Araujo Dib Taxi

Resumo

O artigo propõe-se a refletir sobre o conceito de experiência hermenêutica e sua relação com a interpretação jurídica. A partir da distinção trazida por Walter Benjamin entre *erlebnis* como vivência individual e *erfahrung* como experiência intersubjetiva, mostrar-se-á que uma questão fundamental no debate contemporâneo acerca da hermenêutica jurídica, qual seja problema do chamado solipsismo judicial, pode ser melhor compreendida quando se reflete sobre a distinção entre os dois tipos de experiência.

Palavras-chave: Solipsismo, Hermenêutica, Experiência

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to reflect upon the concept of hermeneutical experience and its relation to legal interpretation. Departing from the distinction brought by Walter Benjamin between *erlebnis* as individual experience and *erfahrung* as intersubjective experience, it will be shown that a fundamental question in contemporary debates about legal hermeneutics, which is that of legal solipsism, could be better understood through the reflection about the distinction between those two kinds of experience.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Solipsism, Hermeneutics, Experience

1. INTRODUÇÃO

O objetivo central do presente artigo é pensar filosoficamente a questão do solipsismo judicial a partir das noções benjaminianas de experiência e perda da capacidade de narrar como um fenômeno característico da contemporaneidade.

A pesquisa toca a relação entre história, capacidade de narrar o passado e a importância dessa narrativa para que se possa falar em algum tipo de reconstrução ética na contemporaneidade.

Quando se fala em reconstrução ética, especialmente em um contexto que de alguma forma dialoga com a tradição da hermenêutica contemporânea, já de antemão se anuncia que a pesquisa não tratará de ética enquanto uma concepção metafísica, no sentido de uma ontologia como a tomista ou de alguma ética que seja fundada em uma lei natural ou em princípios universais. Em um sentido bastante diverso, trata-se de uma tentativa de construir uma relação com o outro, com o tu a partir de uma linguagem intersubjetiva que permita o diálogo entre as diferenças e que de alguma forma não seja violenta em relação a nenhuma das partes.

Um dos pressupostos básicos da chamada hermenêutica contemporânea, especialmente em figuras como Gadamer, Ricoeur, Vatimo etc. consiste na percepção de que quaisquer valores ou princípios, por mais fundamentais que sejam, são construídos e percebidos a partir de uma tradição, de uma historicidade. Nesse sentido, qualquer compreensão e mesmo uma intuição de algo que possa aspirar ao nome de universalidade continuará sendo historicamente fundado. Frente a tentativas de naturalizar valores ou trata-los como condições à priori, a hermenêutica aponta justamente para o caráter temporal, finito e tradicionalmente dado de toda compreensão de mundo, de todo horizonte de sentido.

Nesse sentido, se existe alguma universalidade possível quando se fala em uma ética hermeneuticamente fundada, trata-se de algo construído por meio de uma abertura à tentativa quase impossível da construção de uma linguagem comum. Aqui reside, como se sabe, um perigo bastante conhecido, a saber o risco de que essa universalidade seja violentamente construída a partir da imposição de uma linguagem sobre a outra, do silenciamento por meio do poder em suas várias faces. Mesmo que esse perigo consiga ser evitado, ainda se faz necessário escutar o alerta de Jacques Derrida, para quem a preocupação fundamental sempre a tentar falar sobre aqueles que não são alcançados por uma linguagem aparentemente comum, que são excluídos ou silenciados.

Falar hoje em dia em uma tradição ética suficientemente sólida que fosse capaz de servir como solo comum para guiar experiências interpretativas, como na interpretação jurídica por exemplo, soa como uma empreitada quase quixotesca. Em meio a multiplicidade de interpretações de textos jurídicos fundamentais que ameaçam qualquer crítica a se perder no vão das meras opiniões politicamente influenciadas, buscar a resposta a isso no conceito abstrato de tradição parece supor um certo tipo de olhar nostálgico para um passado no qual se possuía uma ordem simbólica comum e se podia pressupor como intersubjetivas as experiências éticas.

Mas a construção de um solo ético, a possibilidade de entrar em diálogo em um mundo de experiências fragmentadas, pressupõe uma linguagem que precisa perpassar narrativas comuns, que precisa recorrer a uma história como construção de sentido dessa ética.

Assim, embora esse artigo não pretenda defender que uma ética não metafísica só pode ser possível recorrendo-se à noção de uma narrativa histórica de construção dos valores que orientarão a ação, tal orientação será aqui investigada como um elemento frutífero de pensamento ético justamente na medida em que a crítica histórica é capaz de desvelar linguagens e individualidades que foram excluídas.

No entanto, aqui se apresentam duas dificuldades. Em primeiro lugar, relacionar ética com narrativa histórica torna necessária a articulação tanto de uma concepção acerca da narrativa quanto no tocante à compreensão histórica. Além disso, mesmo que esse primeiro desafio possa encontrar referenciais capazes de dar conta do desafio, permanece a dificuldade de pensar uma ética, de pensar a ação a partir de uma reflexão histórica a qual, mesmo que possua aspectos normativos, tem uma linguagem diferente da linguagem usual da normatividade ética.

Para enfrentar essas questões e apontar possibilidades, essa pesquisa rememorarão alguns textos fundamentais do filósofo alemão Walter Benjamin, sobretudo suas “Teses Sobre o conceito de História” “O Narrador”. Com Benjamin, será enfatizada uma narrativa histórica que faça jus à história dos oprimidos e que implique em um certo tipo de redenção, na medida em que pensa como seria possível uma conversa ética mais plural do que a temos hoje.

A partir das reflexões de Lênio Streck, pode-se compreender solipsismo na hermenêutica jurídica como uma certa prática, uma certa cultura na qual juízes, ignorando sentidos compartilhados e muitas vezes interpretações textuais de lei, decidem conforme

sua própria consciência, em uma confusa mistura entre direito como instituição pública e coletiva e justiça individual, leitura pessoal do que demanda a situação.

Como se sabe, Streck pensa o solipsismo a partir do horizonte da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, e crítica o solipsismo tendo como pano de fundo o conceito gadameriano de tradição como um conjunto de sentidos compartilhados fundamental para uma prática social e institucional como o direito.

Em todo caso, na presente pesquisa o problema do solipsismo será abordado na perspectiva de Walter Benjamin e sua distinção entre dois conceitos de experiência, quais sejam *erlebnis* (vivência) e *erfahrung* (experiência). Buscar-se-á refletir sobre a crescente perda da capacidade narrativa de uma experiência intersubjetiva e os reflexos disso na hermenêutica jurídica, em um sentido comum que possa ser compartilhado pela comunidade jurídica. Assim, a hermenêutica gadameriana será trazida e pensada em diálogo com Benjamin apenas no tópico do artigo no qual se tratará a questão do solipsismo, uma vez que o professor Streck a pensou no horizonte de Gadamer.

A razão metodológica para que a questão seja abordada a partir do pensamento benjaminiano pode ser sumarizada nos seguintes termos. Como fica claro na leitura de *Verdade e Método* (GADAMER, 2013), a preocupação central gadameriana com a ontologia da compreensão eclipsa o papel da hermenêutica filosófica enquanto filosofia prática, isto é, enquanto um caminho normativo para pensar a interpretação e para criticar o modo como juízes realizam essa atividade prática no dia a dia. Isso obviamente não impossibilita tal trabalho, mas não era o propósito central de Gadamer, como fica muito claro no prefácio à 2ª edição de seu livro.

Assim, quando o direito de um país se encontra em crise, como na atualidade brasileira, quando a distinção entre normalidade e exceção se encontra borrada, quando o judiciário enquanto instituição parece estar cada vez mais distante de preocupações centrais relativas ao Estado de direito e às bases democráticas da Constituição Federal, se torna necessária não apenas uma reflexão ontológica acerca do que significa compreender, mas sobretudo uma abordagem crítica que consiga apontar caminhos para que se compreenda como se chegou até aqui e que caminhos de resistência e crítica são possíveis de se seguir.

Por essa razão, embora Walter Benjamin tenha sido um filósofo ligado à teoria crítica tal como pensada na escola de Frankfurt e, nesse sentido, distante da reflexão gadameriana, sua concepção de história, de perda da capacidade narrativa como perda da

possibilidade de uma experiência pode ser um caminho muito rico de diálogo entre dois campos filosóficos como hermenêutica e teoria crítica.

O artigo se dividirá em três partes. Na primeira parte, será feita uma explanação geral do conceito benjaminiano de narrativa e do modo como o filósofo alemão articulou a noção da perda das experiências intersubjetivas com o declínio da capacidade de construir narrativas. Em seguida, será explanada a concepção de solipsismo tal como articulada por Streck em algumas de suas obras sobre hermenêutica jurídica. Por fim, será feita uma relação entre a perda da experiência enquanto narrativa intersubjetiva e o problema do solipsismo, visto agora de um ângulo diferente daquele apresentado pelo professor Streck.

2. A PERDA DA TRADIÇÃO EM BENJAMIN

O texto central na obra de Walter Benjamin para pensar a questão da narrativa é um pequeno ensaio intitulado “O narrador”. Embora o tema apareça também nos ensaios sobre Franz Kafka e mesmo nas teses sobre o conceito de história, “O narrador” tem aqui uma função especial uma vez que não apenas discorre sobre do encurtamento da capacidade de narrar na contemporaneidade, como também discute os elementos centrais da arte de narrar e liga seu declínio à precarização cada vez maior de experiências intersubjetivas de mundo, que pressupõem um sentido compartilhado.

Para compreender a crise da qual Benjamin trata, é importante primeiramente entender os termos que o filósofo usa para contrapor duas possíveis experiências de mundo. Benjamin usa o termo “Erfahrung”, que em alemão costuma ser simplesmente traduzido por “experiência”, para simbolizar uma experiência enquanto algo que tem um sentido intersubjetivo, compartilhado, podendo assim ser comunicado.

Para dar um exemplo, quando um país alcança um nível institucional de respeito pela Constituição enquanto lei maior, a afirmação de que determinada lei ou ato normativo contraria o texto constitucional tem por si só uma força retórica de mostrar que aquela lei ou ato não pode ser tolerada. Isso porque o respeito constitucional é como que pressuposto, parte de uma visão de mundo compartilhada. Assim, quando o argumento da inconstitucionalidade parece não ter por si só força para contrariar determinado ato normativo, isso significa que o posto hierárquico da Constituição não é mais experienciado a partir de uma visão de mundo compartilhada.

Embora o exemplo acima seja pertinente ao pensamento jurídico, Benjamin pensou a questão da experiência de modo bem mais amplo aludindo a sentidos compartilhados de mundo que foram perdidos com a modernidade.

Para contrapor esse tipo de experiência compartilhada de mundo (*Erfahrung*), Benjamin traz o conceito de *Erlebnis* (vivência) que possui um sentido mais individual e cotidiano (WU, 2004, p. 175). O exemplo literário fundamental da *Erlebnis* para Benjamin é o romance. Tendo surgido em sua forma moderna justamente após a derrocada do feudalismo e da ordem simbólica de mundo que lhe era peculiar, esse novo estilo literário representa a solidão do escritor burguês, que não mais busca reproduzir no papel as narrativas passadas oralmente de geração em geração, mas produz algo por assim dizer interno, a partir de uma vivência individual.

O exemplo fundamental para Benjamin aqui é Don Quixote, de Miguel de Cervantes. Isso porque o livro narra justamente as aventuras de um fidalgo que, de tanto ler livros que representavam a ordem simbólica de cavalaria feudal, enlouqueceu e percorreu o mundo acreditando viver naquela ordem que então não existia mais. É como se Don Quixote fosse uma metáfora de alguém que já vive em um mundo no qual a *Erfahrung* se tornou impossível pela perda de uma ordem simbólica compartilhada, mas que ainda assim escreve se recusando a aceitar que a única experiência possível para um moderno é a vivência individual e desenraizada.

Com a perda da *Erfahrung*, portanto, Benjamin sinaliza a perda de uma tradição compartilhada que permita a narrativa de um sentido que perpassa a todos, almejando algum tipo de universalidade.

O domínio da ética é certamente um *locus* privilegiado para pensar essa questão, na medida em que as discussões contemporâneas sobre a possibilidade de uma ética filosófica traduzem justamente a dificuldade em se falar em um *ethos* comum em uma época dominada pelas vivências de validade individual.

Nesse sentido, é interessante perceber como aqueles que defendem hoje alguma espécie de ética universal como uma lei natural precisam necessariamente assumir o discurso de um conservadorismo moral, que busca no passado e mesmo no medievo as bases de um sentido moral universal que parece absolutamente distante da experiência ética contemporânea.

Para sumarizar o argumento, veja-se como Benjamin coloca a questão no início do ensaio:

“(...) a arte de narrar está em vias de extinção. São cada vez mais raras as pessoas que sabem narrar devidamente. Quando se pede num grupo que alguém narre alguma coisa, o embaraço de generaliza. É como se estivéssemos privados de uma faculdade que nos parecia segura e inalienável: a faculdade de intercambiar experiências”. (BENJAMIN, 1987, p. 198).

A imagem fundamental desse processo de deterioração da possibilidade de intercambiar experiências aparece para Benjamin nos combatentes que retornaram da primeira guerra mundial sem conseguir de forma alguma articular em linguagem a experiência radical vivida nas trincheiras.

Como afirma Robertu Wu em artigo intitulado “A experiência como recuperação do sentido da tradição em Benjamin e Gadamer” (WU, 2004), o homem antigo sabia que seu saber não é verdadeiro enquanto não é disseminado na coletividade, enquanto o homem moderno só conhece experiências individuais, concentrando-se na relação puramente superficial e subjetiva das sensações, exemplificado perfeitamente na superficialidade do consumismo.

Ainda argumentando sobre a perda da experiência intersubjetiva em Benjamin, Wu traz um dos elementos centrais para a presente pesquisa, qual seja a relação entre experiência e tradição, entre compreensão intersubjetiva e memória enquanto resgate de um passado cada vez menos importante aos olhos contemporâneos. O autor o diz nos seguintes termos:

É preciso acentuar que, em Benjamin, experiência é sempre a experiência do passado, da tradição. Na medida em que a experiência (Erfahrung) foi substituída pela vivência (Erlebnis), o passado também se perdeu. O homem moderno vive apenas o tempo mecânico. Esse tempo mecânico caracteriza-se pela rotina instaurada pelo capitalismo, em que o homem não possui mais uma relação com o passado, pois vive alienado no agora do mundo técnico. Por isso, é necessário haver um corte na história que revitalize o passado. (WU, 2004, p. 176).

Uma reconstrução ética que não seja a imposição violenta de uma ou poucas vozes sobre a vida de todos, isto é, que não tenha a pretensão de uma universalidade excludente dada de antemão precisa em primeiro lugar compreender que a tradição a partir da qual se pensa a ética é marcada tanto pelas vozes que falaram quanto pelas que foram

silenciadas, tanto pelo que se efetivamente lutou pelas reivindicações que sequer aconteceram porque se tirou a força e a identidade de quem poderia ter lutado.

Seguindo o sentido grego da palavra “*ethos*”, que aponta para aquilo que é comum, para uma noção de comportamentos construídos como corretos dentro de uma comunidade, nos encontramos na modernidade em grande aporia, na medida em que uma das características centrais de nossa época consiste justamente no pluralismo e na impossibilidade de um *ethos* comum. Mesmo conservadores como MacIntyre que são nostálgicos dessa ética das virtudes e de uma vida comunitária partem do ponto de vista segundo o qual a sociedade moderna esfacelou tal possibilidade.

Na leitura aqui proposta, a nostalgia conservadora de uma ética baseada numa única linguagem é vista como algo que mascara uma violência excludente, que consiste justamente no apagamento das individualidades e na exclusão dos que não refletem os valores dessa suposta linguagem comum.

No entanto, a ética de fato necessita ao menos de uma tradução entre linguagens, de um momento no qual a disputa política pelo significado de nosso horizonte de compreensão alcança um ponto em que algum diálogo é possível e no qual algo é compartilhado, ainda que por meio de uma disputa de sentido.

3. O PROBLEMA DO SOLIPSISMO JUDICIAL

Para compreender a questão do solipsismo tal como colocada por Streck, é necessário compreender ainda que brevemente as bases filosóficas dentro das quais esse conceito é construído pelo autor, bem como os pressupostos políticos ali articulados.

Ao contrário de uma articulação mais claramente construída nas bases do idealismo alemão ou mesmo de um cartesianismo, o argumento de Streck une premissas metafísicas da história da filosofia com uma crítica política ao Judiciário como um poder com um déficit democrático. Isso não se deve ao fato de os juízes não serem eleitos, mas de não respeitarem a lei democraticamente criada que estariam obrigados a observar. É importante lembrar tanto o argumento filosófico quanto o político.

Acerca do embasamento filosófico, desde obras anteriores como “Verdade e Consenso” (STRECK, 2009) até “O que é isto: decido conforme minha consciência” (STRECK, 2017), Streck constrói seu argumento lembrando grandes paradigmas da

tradição filosófica ocidental. Por uma declarada influência heideggeriana, o filósofo gaúcho lê a tradição como suportada por uma metafísica de fundo, pode ser alterada de tempos em tempos mas que possui um ponto que permanece pulsando por séculos a fio, qual seja a confusão entre ser e ente, a atribuição metafísica de um sentido de totalidade das coisas baseada no dado e não na pergunta pelas condições de possibilidade.

Nessa tradição, há três paradigmas centrais, embora muito se tenha de distinto dentro de tais paradigmas. Primeiramente o **realismo ou objetivismo**, característico da Grécia antiga e mesmo do medievo, quando se compreendia a realidade como por assim dizer objetiva, acessível diretamente ao ser humano. A concepção aristotélica de verdade como adequação do logos à coisa é um excelente exemplo desse paradigma, na medida em que o papel da linguagem se resume a enunciar uma realidade pré-dada.

Segundo o jusnaturalista realista Michel Villey em “A formação do pensamento jurídico moderno” (VILLEY, 2005), a ruptura com o realismo teria se dado ainda na baixa idade média com a construção do nominalismo em Guilherme de Ockham. Em todo caso, foi apenas com Descartes que de fato se instaurou a tradição filosófica criticada por Streck como filosofia da consciência ou **subjativismo**. Seu traço fundamental é a crença de que a verdade se encontra na razão, no pensamento, e não nas coisas em si. Dessa forma, embora isso seja mais um desenvolvimento do idealismo alemão fichteano do que algo que se possa atribuir ao próprio Descartes, a verdade se torna produto da vontade humana enquanto pensamento construtor de sua própria realidade. Não há nada externo que limite a vontade pretensamente onipotente do ser humano moderno.

Importante mencionar que o argumento de Streck não se constitui em uma história exegética da filosofia que busque reconstituir verdadeiramente o passado tal como se apresentou. Ao contrário, lhe interessa mais pensar os reflexos dessa tradição metafísica moderna no imaginário jurídico, seus reflexos na construção de uma cultura autoritária no campo da interpretação e decisão judicial.

No argumento de Streck, não apenas os juízes pensam sua atividade enquanto livre criação de sentido, mas a própria comunidade de juristas, que têm (ou teria) a função de balizar a dogmática, parece assumir como óbvio que os juízes possuem um livre convencimento e a criação de normas concretas é um complemento natural da autoridade judicante.

Veja-se em suas palavras como o autor aponta os reflexos da problemática da filosofia da consciência na práxis jurídica:

“ Interessante notar como essa problemática atravessa os diversos campos ideológicos, isto é, a tese do protagonismo e do poder discricionário do juiz é professada por campos teóricos distantes entre si. É o caso de Ernani Fidelis dos Santos e Rui Portanova. Assim, o primeiro vai dizer que, para assegurar a imparcialidade do Juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei”. (STRECK, 2017, p. 42).

O subjetivismo tal como apresentado no excerto acima possui uma óbvia ligação com o autoritarismo, na medida em que do argumento metafísico que equipara interpretação à criação se passa em um salto para o argumento da discricionariedade e da liberdade interpretativa.

No entanto, para compreender o que há de antidemocrático nesse argumento, é necessário pressupor obviamente o Estado democrático de direito não apenas como um conceito vazio, mas como um valor fundamental que põe a exigência de que o direito seja uma instituição pública, controlada pela sociedade e mesmo construída por ela. Por isso Streck diz que “por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto -, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia” (STRECK, 2017, p. 104).

Se o positivismo clássico compreendia o caráter democrático do direito por meio do apego à literalidade dos textos de lei – obedecendo assim aos legisladores que representam o povo – a teoria do direito contemporânea, sobretudo a partir do pós-guerra, passa a se preocupar especialmente com o aspecto argumentativo da aplicação do direito. Em outras palavras, ao contrário de simplesmente pensar a aplicação do direito como um processo mecânico de aplicação literal, sabe-se que o texto precisa ser interpretado, de modo que é na sustentação de uma ou outra interpretação, na orientação dessa decisão hermenêutica e nas balizas intersubjetivas que devem orientá-las que se encontra o elemento democrático da decisão judicial.

Quando um positivista clássico insiste na separação entre o que o direito é e o que determinados intérpretes gostariam que o direito fosse, está geralmente implícita aqui uma concepção semântica acerca do sentido das regras, no sentido de que as palavras que compõem a regra são claras o suficiente para ensejarem uma aplicação direta e uniforme.

Por outro lado, quando um hermenauta como Streck faz a mesma afirmação, o sentido é distinto, na medida em que o pressuposto não é o da clareza literal, mas o de um sentido intersubjetivamente compartilhado.

Lendo Gadamer e o interpretando à luz de suas preocupações com questões atinentes à hermenêutica jurídica, Streck passa a compreender a tradição como um sentido compartilhado que deve ser recuperado pelos intérpretes no momento da aplicação, de modo a resgatar o que o direito “realmente é” ao invés de criar livremente direito novo.

Em Verdade e Método (GADAMER, 2013) esse problema não aparece, uma vez que ali a questão central é desvelar as condições de possibilidade da compreensão e não seus pressupostos normativos. Embora em escritos posteriores Gadamer tenha ampliado sua reflexão para pensar as condições da perda de um diálogo e de uma tradição comum na contemporaneidade, as reflexões sobre o direito a partir da hermenêutica filosófica costumam usar os elementos ontológicos para fazer crítica normativa, dada a falta de um maior esmiuçamento da questão pelo próprio Gadamer.

Embora Streck não costume pensar a questão do solipsismo em associação aos escritos posteriores de Gadamer, fato é que em obras como “A razão na época da ciência” (GADAMER, 1983) o filósofo alemão passa a refletir mais especificamente acerca dos elementos da sociedade moderna que de alguma forma tornam o diálogo um fenômeno cada vez mais raro.

Em todo caso, quando Streck critica o solipsismo, há em seu argumento uma crescente confusão entre ponto de vista ontológico e ponto de vista normativo, como se o que chama de paradigma da linguagem fosse por si só suficiente para reorientar o problema político do autoritarismo, tal como aparece nas interpretações subjetivas e arbitrárias do judiciário.

Em que pese a inegável importância política do argumento de Streck, especialmente numa época em que cada vez mais a sociedade parece apostar em juízes como heróis que se colocariam acima do Estado de direito, resta necessário avançar além da crítica política para pensar as condições, inclusive políticas, de desaparecimento da experiência jurídica enquanto *Erfahrung*.

4. O ESFACELAMENTO DE UMA EXPERIÊNCIA DEMOCRÁTICA COMUM

Como Streck percebeu corretamente, a possibilidade da interpretação jurídica como o resgate de um sentido compartilhado pressupõe a existência desse sentido, isto é, implica que haja um DNA comum capaz de nos guiar em leituras compartilhadas do direito.

Para dar um exemplo simples no qual isso de fato funciona, basta pensar em casos corriqueiros como questões contratuais. Se alguém compra um produto com um defeito oculto que não foi informado pelo vendedor há aqui incontestavelmente falta de boa-fé. Muito embora seja difícil precisar conceitualmente um conceito de boa-fé, é não obstante claro perceber como o direito incide nesse caso. Isso é assim porque existe na própria prática uma pré-compreensão compartilhada para esse tipo de caso.

Casos como a liberação do aborto ou das drogas, por outro lado, não possuem esse pano de fundo prévio compartilhado, o que torna difícil alcançar uma decisão plenamente compartilhada como no primeiro caso. Em todo caso, e aqui vem o argumento de Streck, mesmo em relação ao aborto existem compreensões compartilhadas como a fundamentalidade da vida, da liberdade, de modo que, ainda que não haja uma decisão automática a ser dada, há decisões que se pode considerar possíveis dentro do jogo hermenêutico no qual o tema é discutido.

Esse exemplo busca colocar a questão hermenêutica no panorama filosófico gadameriano. A crítica central de Streck diz respeito justamente ao problema advindo do fato de que os juízes pensam uma situação como aborto não como um caso balizado constitucionalmente, mas se perguntam o que eles próprios, em sua moralidade individual, pensam sobre a questão, sobrepondo-se a quaisquer balizas intersubjetivas. É como se a matéria prima fundamental do direito tivesse se tornado a moral, a moral individual.

Não espanta assim que justamente os juízes que atropelam a Constituição para fazer o que acham correto sejam mais admirados não apenas por parte da sociedade, mas também por membros do Judiciário. Perdeu-se uma espécie acordo *a priori* acerca do caráter fundamental da Constituição como baliza para o Estado de direito. Se precisamos argumentar com alguém porque é importante jogar o jogo do direito nas balizas constitucionais, isso significa que tais balizas já não são acordo prévio e passaram ser negociáveis, perdendo-se assim um elemento intersubjetivo absolutamente fundamental para pensar uma prática jurídica democrática.

É justamente no momento de pensar essa merda de um acordo prévio sobre algo básico, no esfacelamento da democracia enquanto valor, que o pensamento de Walter Benjamin pode ser de grande auxílio.

Como se sabe, Walter Benjamin escreveu viveu e escreveu seus principais textos justamente durante os momentos que antecederam o holocausto nazista. Tendo nascido no fim do século XIX, vivenciou de perto o nascimento do fascismo na Europa e a derrocada da social democracia e da visão progressista que se possuía sobre a história.

Muito antes do estabelecimento de Auschwitz e daquilo que viria a ser o horror da Alemanha nazista, Benjamin e a escola de Frankfurt refletiam sobre o esfacelamento da democracia, sobre o caminho que a intensificação dos afetos fundamentais naquele momento levaria.

Assim, embora o filósofo alemão não tenha explorado esse caminho, é bastante razoável ligar seu diagnóstico da perda da capacidade de ter experiências narrativas intersubjetivas com o declínio da social democracia alemã e o surgimento do fascismo enquanto um movimento longínquo e cujas raízes puderam ser percebidas por olhares mais agudos.

A percepção genial de Benjamin acerca da perda das experiências intersubjetivas como declínio da capacidade de narrar possui aqui também um papel fundamental. Para que exista o tipo de pré-compreensão hermenêutica compartilhada que Streck cobra dos juízes em suas decisões judiciais, é necessário que haja uma narrativa em comum, que possa ser compreendida enquanto horizonte de compreensão.

A duras penas, o Brasil vem ou vinha construindo desde 1988 a narrativa de sua jovem Constituição Federal como um caminho de redemocratização, como um afastamento do passado ditatorial rumo a um país inclusivo, dialogal, que respeita direitos sociais e que visa a redução das desigualdades e o respeito máximo aos direitos humanos.

Esses valores não são fundamentais apenas porque estão escritos na Constituição Federal, mas sua própria compreensão pressupõe uma racionalidade narrativa, uma certa compreensão histórica na qual a Constituição aparece como símbolo de um momento e de um devir, cujos valores fundamentais podem orientar e dar corpo ao sistema jurídico como um todo.

Embora julgamentos autoritários e subjetivistas sejam também um problema político e nesse sentido exijam o tipo de crítica que Streck empreende, é importante alargar a discussão para as condições históricas em que tem havido o esfacelamento de nossa Constituição. Apenas assim podemos efetivamente compreender o solipsismo não

somente como uma falha individual de uma interprete, mas como sintoma de um momento histórico, cuja crítica precisa descer até os umbrais da história brasileira e do reaparecimento do autoritarismo como uma visão de mundo.

5. CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, buscou-se reler a questão do solipsismo tal como desenvolvida por Streck à luz da filosofia de Walter Benjamin.

O objetivo central nessa difícil empreitada foi pensar a perda de uma tradição enquanto um fenômeno não apenas jurídico, mas como um sintoma da fragilidade que vive hoje a democracia brasileira.

Nesse sentido, embora Streck seja hoje uma das vozes mais importantes do Brasil na denuncia de tudo o que tem sido feito pelo poder judiciário contra o Estado de direito, defende-se aqui que tal crítica deve ir para além da questão de hermenêutica jurídica em si, atacando a perda de uma narrativa constitucional compartilhada que espelhe um estado social e protetor dos direitos humanos.

São com efeito bem antigo os sinais da perda dessa narrativa. A saudade da ditadura militar e o discurso necropolítico acerca de vidas sem valor para o capitalismo não surgiu agora e seus efeitos há muito prenunciam.

Por ser amparada sob o signo de uma tradição compartilhada, a hermenêutica gadameriana pressupõe o diálogo como conceito fundamental e é um pensamento filosófico claramente imaginado em um horizonte democrático no qual, apesar das desavenças, duas pessoas ainda podem conversar e chegar a um acordo ou ao menos a ouvir de fato a voz do outro.

Assim, embora a voz de Streck soe alto e represente um dos últimos diques contra a barbárie, é bem provável que a hermenêutica adormeça a espera de dias mais democráticos.

6. REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **O narrador. Considerações sobre a obra de Nikolai Leskov**. In. Obras Escolhidas, Vol. 1. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987.

_____. **O anjo da história.** Trad. João Barrento. 2º ed. Autentica. Belo Horizonte, 2013.

GADAMER, Hans Georg. A incapacidade para o diálogo. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de (org.) **Hermenêutica Filosófica – Nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. **A razão na época da ciência.** Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

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

_____. *Heidegger & Ser e Tempo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito.* Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, CHAÏM. *The idea of justice and the problem of argument.* New York: The humanities Press, 1963.

_____. *The New Rhetoric.*” Francis B. Sullivan, tr. *Philosophy Today* 1 (March, 1957): 4–0

PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica.* Prefácio de Fábio Ulhôa Coelho; tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996

PLATÃO. *A República.* Trad. Anna Lia Amaral Almeida Prado; revisão técnica e introdução de Roberto Bolzani Filho. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Carta VII.* Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. – São Paulo, Loyola, 2008.

POUND, Roscoe. *Liberdade e Garantias Constitucionais.* 2 ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979

RICOEUR, Paul. *Na escola da fenomenologia*. São Paulo: Vozes, 2009.

_____. *Ser, Essência e Substância em Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Teoria da Interpretação*. Lisboa-Portugal: Edições 70: 1976

ROHDEN, Luiz. *Racionalidade retórica, uma linguagem filosófico-hermenêutica em Aristóteles*. in: Revista Síntese Nova Fase, v. 25, nº 81, p. 249-266, Belo Horizonte, 1998

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise**. 7º ed. Porto Alegre: 2007.

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

_____. **O que é isto: decido conforme a minha consciência**. 6ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2017.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

WU, Roberto. **A experiência como recuperação do sentido da tradição em Benjamin e Gadamer**. Anos 90. Revista do Programa de pós-graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2004.