XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Renata Albuquerque Lima– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-575-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Hermenêutica Jurídica I, durante o XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em São Luís-MA, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017. O evento é promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir em torno de questões hermenêuticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 4 (quatro) artigos, ora publicados, guardam sintonia com a interpretação da Ciência do Direito.

Dessa forma, as autoras Elayne Auxiliadora de Freitas Calsavara e Cláudia Maria Borges Costa trabalharam a temática “Fractalidade, sistema do direito positivo e teoria da norma jurídica: uma associação possível?”, em que são estudadas as ideias da Geometria Fractal proposta por Benoit Mandelbrot, assunto o qual se insere no campo da Teoria da Complexidade.

Já Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske, com o artigo “O pensar hermenêutico como não dualidade separativa do fenômeno jurídico enquanto o próprio operar do círculo da compreensão” visam aplicar o círculo hermenêutico como condição de possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico enquanto este se perfaz como forma própria de ser do próprio ser-no-mundo.

Cristiano Roberto Campelo e Jaime Meira do Nascimento Junior, na pesquisa intitulada “Princípios e regras como estrutura normativa à luz da Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988: conceitos, distinções e chaves hermenêuticas” estudam a perspectiva dos princípios como balizadores das decisões judiciais, apresentando a distinção entre regras e princípios, bem como os conflitos e colisões fundamentados na teoria de Robert Alexy.

E, por último, Matheus Pereira da Silva faz uma análise hermenêutica das decisões judiciais da operação lava-jato, mais detidamente o caso de quebrar o sigilo telefônico do ex-presidente Luís Inácio “Lula” da Silva e o afastamento do cargo de presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PENSAR HERMENÊUTICO COMO NÃO DUALIDADE SEPARATIVA DO FENÔMENO JURÍDICO ENQUANTO O PRÓPRIO OPERAR DO CÍRCULO DA COMPREENSÃO

THE HERMENEUTICAL THINKING AS NO SEPARATIVE DUALITY OF THE LEGAL PHENOMENON AS THE OWN OPERATION OF THE CIRCLE OF UNDERSTANDING

Claudine Rodembusch Rocha [1]
Henrique Alexander Grazzi Keske [2]

Resumo

O presente artigo, através de pesquisa bibliográfica, tem por objetivo aplicar o círculo hermenêutico como condição de possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico enquanto este se perfaz como forma própria de ser do próprio ser-no-mundo, em sua função de regulamentar, normativamente, a si mesmo, bem como à vida social no qual se percebe como inserido; uma vez que toda a experiência de instauração desses sentidos normativos se dá e opera na e através da linguagem, de onde se chega ao caráter de inesgotabilidade de se poder dizer o Direito, em todas as suas instâncias constitutivas.

Palavras-chave: Círculo da compreensão, Experiência jurídica, Hermenêutica, Linguagem jurídica, Linguisticidade

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article, through bibliographical research, is to apply the hermeneutic circle as a condition for understanding the juridical phenomenon as a proper way of being of the being-in-the-world, in its function of regulating itself normatively, as well as to the social life in which one perceives himself inserted; since the whole experience of the establishment of these normative senses takes place and operates in and through language, arriving at the character of inexhaustible of being able to say the Right, in all its constitutive instances.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Circle of understanding, Legal experience, Hermeneutics, Legal language, Linguistics

---

[1] Doutora em Direito pela Universidade de Burgos, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

[2] Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Professor de Direito da Universidade Feevale.

INTRODUÇÃO

A proposta de que tratamos, agora, diz respeito à ampliação do círculo da compreensão que pode, assim, nos habilitar a relacionarmos, de forma mais adequada, as instâncias instauradoras de sentido da existência, mormente aquelas que se articulam para sustentar o fenômeno jurídico, que parte da necessidade existencial de estabelecer os sentidos normativos através dos quais a existência mesma se ocupa de e em regulamentar a vida social. Ora, ao partirmos de uma pré-compreensão, e intencionarmos chegar a uma compreensão mais aproximada, que nos possibilite um nível de conhecimento maior, mais amplo acerca da coisa tematizada, precisamos, então, dessa instância do operar circular; precipuamente, porque apresentamos tal circularidade como um dos modelos estruturais da hermenêutica e, igualmente, como ferramenta de análise ampliada para a compreensão do todo da existência humana, onde está inserido e de onde emana o próprio fenômeno jurídico, em suas formas mais próprias de expressar-se.

O meio originário onde se dá a experiência de sentido é a linguagem; e, portanto, é pela linguagem que toda a produção de sentido jurídico se expressa, quer através da norma legal, quer através de sua aplicação, ou mesmo da discussão doutrinária acerca dos institutos jurídicos consubstanciados historicamente nas ordens e/ou sistemas jurídicos. Agora focamos, entretanto, a linguagem como tema, só que a partir de um outro enfoque. Esta retomada se faz necessária, porque o problema de tematizá-la reside na circunstância de que ela mesma não pode ser objetificada. Isto significa que, se ocorre essa multiplicidade infinita de sentidos instaurados, é porque esta possibilidade é constitutiva da própria linguagem; de forma que o dizer jurídico de qualquer norma legal e/ou sentença que a procura aplicar ao caso concreto, não só não foge a esta circunstância, senão que serve de uma mostra clara desse seu caráter próprio. Da mesma forma, as tentativas de se chegar a uma linguagem completamente lógico-dedutiva, calcada em modelos artificialmente construídos, com a finalidade de promover uma explicitação total do objeto de análise, também repousa em uma impossibilidade. Preparar a questão da não possibilidade de se tematizar completamente qualquer objeto de estudo, requer, assim, considerar-se que:

> É uma visão restritiva da lógica, reduzir a linguagem a uma mera predicação ou logicidade, ou seja, ao processo que atribui propriedades a um sujeito presente, sem, ao mesmo tempo, dar-se conta, neste processo, do ser (no-mundo) que também (aí) se expressa. (GRONDIN, 1999, p. 173).

Por isso, ao abordarmos, então, o círculo da compreensão, de maneira extensiva, enquanto modelo estrutural para, com ele, analisarmos o fenômeno jurídico, precisamos trazer o tema da inesgotabilidade da tarefa do pensar e dizer o Direito, através do qual o fenômeno jurídico se expressa e se torna realidade vivencial humana. Essa impossibilidade de se exaurir um tema jurídico, em todas as possibilidades de seus enfoques, ocorre pela condição intrínseca da linguagem, ainda que possamos nos valer das potencialidades interpretativas da hermenêutica. E dizendo isto de outra forma, ainda mais enfática: essas referidas possibilidades de interpretação da hermenêutica só se perfazem por causa desse caráter próprio da linguagem. Nesse sentido, porém, faz-se necessária essa importante ressalva de Grondin, acerca da busca incessante pela palavra de comunicar aquilo que pretendemos explicitar:

> É menos constitutivo para o lado hermenêutico da compreensão, que ele ocorra na linguagem, o que seria uma banalidade, do que o fato de ele viver no interminável processo da 'inserção na palavra' e da busca por uma linguagem compartilhável: e ele deve ser entendido como esse processo. (GRONDIN, 1999, p. 200).

Assim, é que os operadores do Direito, em todos os níveis, e além deles, as forças sociais produtoras do fenômeno jurídico como um todo, se veem, fundamentalmente, envolvidos por esta busca incessante e interminável pela palavra capaz de estabelecer uma linguagem compatível com os fins instaurados pela própria existência, ao regulamentar a si mesma, ou seja, de regulamentar a própria vivência e experiência humanas, individual e coletivamente considerada. Logo, toda a produção do Direito (norma, sentença e doutrina), se insere nesse processo existencial de instaurar o sentido adequado ao contexto social de onde promana.

Entretanto, mesmo ao considerarmos esta busca como tarefa da hermenêutica, ainda precisamos atentar para o fato de que as oposições internas do sistema do conhecimento, ao apresentarem tanto o real quanto o argumento que se usa para explicitá-lo, é que se constituem em geradoras do sentido. Este processo é caracterizador da atividade de legislar, porque se trata mesmo de uma tensão produtiva, metafísica, por remeter e conter uma realidade não tematizável totalmente. (ROHDEN, 2002).

Não se trata de impossibilidade de tematizar, senão de fazê-lo de forma cabal, acabada, reduzindo o tema discutido na lei a mero objeto. Trata-se de uma impossibilidade de tornar os temas totalmente disponíveis em sua plurivocidade de sentidos, uma vez que tais sentidos, instaurados pela existência, enquanto fenômeno social a ser regulamentado pelo

Direito, se revestem do caráter de temporalidade do ser-no-mundo, ou seja, nos informam do entendimento dado à questão naquele dado momento de sua edição, a partir do qual se desdobram, para além disso, em infinitas possibilidades de operar uma determinação, que será sempre provisória, em função da multiplicidade dos entes/fatos que se põe a tematizar.

1 TRATA-SE DA BUSCA POR OUTRO FUNDAMENTO?

Mesmo que o objeto de estudo deste trabalho não seja o de tematizar concepções de metafísica, é preciso ressaltar que o sentido desta expressão, aqui, também é outro, que não o da tradição estabelecida pelo pensar do Ocidente, pois a proposta desta tradição é justamente a de um projeto racionalizador completo, cujo rebento mais notório é, exatamente, a possibilidade de a lei expressar esse projeto racionalizador da realidade social. Um projeto que se caracteriza pela postura de pensar a si mesmo como sendo capaz de, ao tematizar completamente algo, terminar por colocar como disponíveis os seus conteúdos, objetificados pelo seu dizer manifestador.

Ao contrário, o caráter do metafísico dito dessa maneira, se refere a essa impossibilidade do dizer totalitário, de esgotar os sentidos instaurados: é metafísico porque inesgotável, como uma fonte a jorrar continuamente o sentido normativo de algo que a existência logrou/considerou necessário tematizar enquanto norma jurídica. Por conta disso, a norma jurídica, da mesma forma, se consubstancia em um dizer que se perfaz em uma linguagem que não se fecha em suas possibilidades, não se podendo fixar, definitivamente, seus conceitos como absolutos; e isto ainda sem considerar os problemas específicos de sua aplicação, onde se chega ao outro nível do problema: ao aplicar, inexoravelmente, o julgador também interpreta - aplicação e interpretação não podem ser separadas, a não ser com recurso a esse paradigma lógico-formal objetificador.

É nesse sentido a informação trazida por Streck (2011), na obra Verdade e Consenso, ao afirmar que o socorro para elucidarmos essa questão, vem de Castanheira Neves, senão vejamos:

> É dessa maneira que se distinguia, no pensamento jurídico, uma perspectiva teórica, ("científica") e uma perspectiva "prática" – a "teoria" e a "prática" -, e se instituía o que se poderá designar por *dualismo normativista* – ser do direito nas normas (as normas do sistema jurídico) e interpretação e conhecimento dele por meio destas, primeiro, e sua aplicação, depois: dualismo de entidades, de momentos, de atos. O que exatamente significava, por um lado, que o pensamento jurídico entendia o direito como um pensamento racional autossubsistente, ou segundo um platonismo de normas, que o pensava normativo-dogmaticamente autônomo e objetivado no seu sistema de normas ("o direito que é") – ou seja, como um sistema autônomo perante

> a realidade histórico-social de sua prática realização, ou sem que, quer as exigências normativo-práticas provindas dessa realidade, quer a problemática também normativamente específica dessa sua concreta realização nessa realidade, fossem reconhecidas com qualquer influência determinante da sua sistemático-dogmática normatividade. (2008, p. 389).

A proposta da Hermenêutica, de cumprir com sua tarefa, então, se refere a não considerar este encargo como referido apenas às claras e precisas definições da lógica (normativista-positivista), apresentadas como o término explícito do conteúdo daquilo que se quer expressar, por meio da norma e de suas definições classificatórias. Se nos prendermos a esse dizer, não só corremos o risco de limitar o dizer da norma, senão de, através dele, perdermos o fato, por encobrimento de algo que não se pode expressar pelo texto normativo. Entretanto, é aqui que surge a questão propriamente hermenêutica: tentar explicitar isso com a linguagem; mesmo tendo sempre presente a condição de que é claro que não se pensa que a linguagem tenha preparada uma expressão para tudo. A verdadeira linguagem jamais esgota o enunciável. Sua universalidade é a da busca da própria linguagem (da busca pela palavra a expressar corretamente o enunciado normativo). Portanto, não só não se esgota aquilo que pode ser enunciado, em função da enunciação, bem como não se esgota a linguagem no que foi possível enunciar; e, concomitantemente, nem se pode prescindir do enunciado normativo. (GRONDIN, 1999).

Rohden aponta para o caráter de que tal tarefa se mostra inalcançável, uma vez que esta se dirige para uma tentativa de explicitação do sentido da vida humana, de tal forma que:

> Nele, a humanidade, desde seus primórdios - antes que a Filosofia se erigisse em forma sistêmico-racional, vivencia a experiência de sentido, de segurança, de orientação, de instauração de uma nova ordem que extrapola toda a tentativa técnico instrumental de conceituação. (2002, p. 120).

E aqui podemos também afirmar, aplicando-se esse dizer no sentido de buscarmos uma compreensão do fenômeno jurídico que, antes mesmo de o próprio Direito se erigir como essa forma sistêmico-racional de normas, já se vivenciava, enquanto sociedade, essa experiência de sentido que instaurava essa mesma normatividade. Por sua vez, essa experiência instauradora de sentidos, que exige regulamentar a vida social, é que confere segurança às próprias normas, bem como o seu cumprimento e aplicação, mas que, igualmente, no mesmo fluir temporal desse processo, acaba por se orientar e reorientar e se expressar através de uma nova ordem; de forma que esse caráter processual de produção do Direito acaba por superar aquela tentativa inicial, técnico-instrumental de estabelecer uma conceituação cuja pretensão fosse ter assegurada sua perene validade.

Percebe-se, neste dizer, que a Hermenêutica, valendo-se de seus modelos estruturais, se (re) descobre, como uma nova possibilidade. E esta nova possibilidade, ao mesmo tempo, presente e passível de ser bem identificada na própria tradição filosófica e, logo, jurídica, é a de seguir para além dos instrumentos técnico-formais, que essa mesma tradição desenvolveu. Entretanto, tais instrumentos são necessários, já que procuram pelo conceito, como forma de apresentar os limites caracterizadores das categorias às quais se dirigem em seu esforço classificatório. Porém, nesse esforço manifestador, que, entretanto, não pode ser descartado; então, essas elaborações conceituais apontam para outra margem, outra de suas faces, ou seja, para a forma contínua ou movimento próprio, que acompanha o poder instaurador de sentido da linguagem, aqui focada nos sentidos da linguagem jurídica.

Deve-se destacar que essa busca pela palavra manifestadora, opera uma objetificação da coisa tematizada e, ainda que provisoriamente, nos confere uma certa segurança, por nos permitir uma aproximação com o sentido disto que intentamos explicitar, de tal forma que: "A locução coisifica, por assim dizer, a relação originária, isto é, a compreensão (...)". (GRONDIN, 1999, p. 171).

Pela expressão coisifica, anteriormente empregada, entendemos se querer significar uma forma de tornar tangível, presentificar essa relação originária do ser-aí com seu mundo, a partir dos sentidos que logramos explicitar, mas que não esgotam inteiramente ao processo mesmo deste ser-aí poder expressar-se enquanto possibilidade normativa da existência mesma.

Assim, o enunciado da norma como que nos instila essa segurança, que se traduz por segurança jurídica de tudo o que se realiza sob seu enquadramento, uma vez que a locução normativa torna disponível para nós o entendimento dessa relação originária que instaurou o próprio sentido que a regra, agora, expressa. Dessa maneira, a norma, inseparável de seu texto, presentifica a relação originária de normatização, com a qual o ser-no-mundo estabelece as regras de conduta (de forma jurídica), com as quais intentou organizar e regulamentar a existência mesma. A possibilidade de se poder materializar essa normatividade, enquanto atividade legislativa e, concomitantemente, de função jurisdicional é que reveste o sistema jurídico de sua necessária segurança, ainda que tocada mais pela busca de uma aproximação cada vez maior dessa tarefa de expressar essa relação originária com que o ser-aí estabelece a regulamentação da vida social.

Logo, sendo proposta da Hermenêutica vivenciar tal experiência de sentido, de forma compreensiva, entende-se que tal experiência extrapola as tentativas técnico-instrumentais de conceituação, porém, não as elimina. Da mesma forma, por este argumento, se pode

reconhecer que esta possibilidade lógico-sistêmica não é capaz de objetificar a experiência de sentido, disponibilizando seus significados completamente. Então, a partir destas duas impossibilidades, tanto a de não se poder esgotar e exaurir o sentido de algo, quanto a de não se poder objetificar o processo possibilitador do sentido; ou seja, pelo enfoque daquilo que tais articulações não nos permitem fazer, se chega, então, a uma possibilidade positiva, isto é, se chega à possibilidade ontológica instauradora do Direito, enquanto sentido que determina uma certa ordem social. Este caráter de positividade diz respeito àquilo que se é capaz de operar, desde que nos consideremos, como seres humanos, na condição de partícipes e agentes do processo instaurador do sentido da existência. Tal processo, então, se nos afigura como sendo o modo de ser próprio da existência, enquanto esta se expressa pela necessidade instauradora da normatização da vida humana, nos aspectos individuais e sociais.

Essa tarefa inalcançável do dizer da locução normativa, como uma possibilidade que não chega a termo, ou que só pode chegar a termo em determinado contexto, pode ser expressa da seguinte forma: "Enquanto referência a uma explicitação de uma totalidade de sentidos, (...)", em que o ser experiência a própria totalidade, sem poder esgotá-la totalmente. (ROHDEN, 2002, p. 120).

A capacidade de normatizar, ou melhor, de instaurar os sentidos que o ser-no-mundo quer normatizar, se reveste do caráter de uma tarefa, ou seja, procurar pela possibilidade de explicitar uma totalidade de sentidos que já é, originariamente, experimentada pelo ser-aí, como aquilo que, em dado momento, a existência quer estabelecer como regra, como regulamentação de seu existir mesmo. Ao se colocar diante de uma tarefa destas dimensões, deve-se compreender, entretanto, a impossibilidade de realizá-la de forma completa. Daí é que surge o fato da construção permanente do Direito.

A busca por uma nova matriz de sentido e de uma crítica hermenêutica ao Direito, mas focada no encontro de uma análise que procura explicitar o fenômeno jurídico como ínsito à sociedade, porque produzido pela relação originária e indissociável do ser-no-mundo, para afirmar que o Direito é sociedade em movimento, de acordo com a terminologia empregada por Streck, nos alerta para o risco que se corre, ao se permanecer sob o predomínio do paradigma anterior, ou seja, do pensar metafísico-objetificador do Ocidente, de forma que:

> O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização que, na sua forma simplificada, redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma (aristotélico-tomista e da

> subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador. (2011, p. 216).

Provavelmente, por este operar de padrões de sentido estabelecidos, ou de fixação de um único sentido para o texto da norma e, logo, para a norma, estaríamos diante da pretensão de se chegar a uma forma de segurança, em uma espécie de obsessão jurídica por segurança, que, entretanto, não se descarta como desnecessária. O problema está em considerar essa padronização como o enquadramento dos fatos à norma que, para sua aplicação, exigiu a elaboração de métodos interpretativos, considerados somente como técnicas de subsunção em um único sentido considerado aceito. Esse subsumir pode dar a entender que a dinâmica social teria que se incluir em algo maior, considerando-se aqui a norma como sendo esse dispositivo a determinar a dinâmica social, sem considerar entre esses âmbitos o acontecer simultâneo de sua autoconstituição recíproca e dinâmica para ambos, de forma que se procurava, pelo paradigma anterior, estancar o fluir do próprio Direito, em seu acontecer de construção permanente, prendendo-o às formas estanques da lei e, logo, impedindo seu caráter transformador das próprias situações que a existência manifestava enquanto necessidade de regulamentação. Se este é o problema fundante, então, não pode a hermenêutica erigir um novo fundamento para o existir do fenômeno jurídico, que não a própria possibilidade de construção permanente do Direito.

2 DIREITO COMO CONSTRUÇÃO PERMANENTE ENQUANTO PROCESSO INSTAURADOR DAS REGRAS DO JOGO DA EXISTÊNCIA MESMA

Reforça-se, desse modo, que se está referindo à condição de não se poder explicitar, completamente, a totalidade de sentidos instaurada. Entretanto, isto parece querer significar, também, que, embora não se tenha, por este viés, a pretensão de se abarcar a totalidade, concomitantemente, se pode experimentar certo vislumbre desse todo. A tarefa da Hermenêutica seria a tentativa de explicitar esse movimento. Esta incapacidade de explicitação completa se dá porque, estando inserido no contexto da linguagem, o ser do homem não participa de seu contexto como alguém capaz de extrair-lhe conceitos e palavras, como se tivesse acesso a um reservatório ou fonte exterior a si mesmo. Tais palavras aplicadas a si e à sua vida, bem como ao mundo circundante, especialmente no que diz respeito à sua necessária experiência normativa, com que pretende regular sua vida nesse mesmo mundo, não são capazes de nos separar dessa imersão no sentido de que somos co-criadores, de maneira a explicitar a tudo, de forma objetiva e conclusiva. A própria linguagem

está inserida no modo operante da existência de instaurar sentidos. Podemos, portanto, assim relacionar a compreensão, com a linguagem e com o ser:

> A compreensão, que sempre é configurada ela mesma pela linguagem e acontece por meio da linguagem, deve ser capaz de realizar conjuntamente todo o conteúdo da linguagem, para poder chegar até o ser, que ela ajuda a expressar. (GRONDIN, 1999, p. 200).

Dessa forma, a compreensão que se expressa no texto e que, valendo-se da linguagem contida na norma, deveria expressar todo o conteúdo que pretende normatizar, produz algo que não se torna possível, uma vez que acaba por desvelar uma das formas de acesso a esse ser que se quer regulamentar a si mesmo e a seu mundo: o ser que se expressa na norma é o ser-no-mundo que percebe a necessidade de normatização da própria vida. Assim, ao dedicar-se a tal atividade permanente e não há outra forma de agir, a não ser pensar-se e expressar-se no meio da linguagem, o ser humano, a partir desse ilimitado poder instaurador de sentido, debate-se constantemente. Busca-se a si mesmo, na precisão unívoca, com objetivo de segurança, de estabilidade, somente para evidenciar esse movimento permanente e inquietante na direção do próprio ser que, no homem e somente no homem se desvela e oculta em sentido: o ser que exige de si mesmo e de todas as suas construções lógicas que seja capaz de submeter a si próprio, bem como ao seu mundo, a esse mesmo conjunto de normas.

Assim, por sermos e para sermos, como homens, um modo de ser no mundo; e, concomitantemente, para descrevermos as coisas do mundo, explicitando os sentidos instaurados, nos valemos das estruturas da linguagem. E cabe destacar que esse modo próprio de ser no mundo se refere aqui ao modo de ser jurídico, de forma que para expressar-se enquanto norma, sentença e debate teórico, sempre estaremos nos valendo dessas estruturas da linguagem. É dessa forma que nos movemos no meio da linguagem, para fazermos com que um certo sentido apareça, bem como podemos perguntar pela forma como a própria linguagem se estrutura enquanto instauradora do sentido do ser, desse ser que se lança à tarefa de se auto-regulamentar-se , elaborando todo um sistema jurídico para dar conta da tarefa que propõe a si mesmo.

Dessa forma, a compreensão está na linguagem e se dá na linguagem que instaura o sentido, do ser e do mundo, em sua totalidade, ou no dizer de Stein (1996) não há compreensão do homem na linguagem, sem compreensão do ser, ou compreensão da totalidade. Só que esta compreensão da totalidade não pode ser expressa de uma vez por todas, através de alguma fórmula predicativa, de uma maneira de dizer, que contivesse todas

as variáveis, as quais, uma vez relacionadas entre si, nos permitissem objetificá-la, reduzindo-a a alguma coisa manipulável e inteiramente quantificável.

Nenhuma lei é capaz disto, nem sentença, muito menos qualquer discussão doutrinária, sendo todas essas construções jurídicas, portanto, tocadas por essa provisoriedade. Trata-se da tarefa infinita da Hermenêutica, tentar expressar, continuamente, esse vislumbre de totalidade. Por isso a hermenêutica se vale de aproximações de sentido. Para podermos explicitar os entes intramundanos que visamos compreender (os fatos que nos lançamos a normatizar), já operamos no sentido de pertencermos a essa totalidade, uma vez que: Nós estamos com as coisas e, em alguns aspectos, somos até mesmo como as coisas, no espaço hermenêutico, nós compartilhamos com elas o mundo. (FIGAL, 2007).

Esse compartilhar da condição de ser-no-mundo e que constitui o caráter próprio da experiência hermenêutica, tem como objetivo desvelar a verdade dos entes, inclusive do ente humano, em sua complexidade, em sua experiência normativa, enquanto, para tal, se expressa no fenômeno jurídico. Tal tarefa, por isso mesmo, se nos afigura em sua inesgotabilidade, ao não podermos perder de vista o sentido dessa plenitude possibilitadora da existência mesma, enquanto que, concomitantemente, logramos explicitar os sentidos específicos das coisas que tematizamos (todas as normas, regras, princípios e pressupostos que norteiam a atividade normatizadora do ser) que, por sua vez, nos ocultam a própria instância instaladora dessa totalidade de sentidos:

> A experiência hermenêutica é a revelação da verdade: a verdade nunca é totalmente destituída de ambiguidade; a emergência do sentido da 'desocultação', é, sobretudo, a ocultação simultânea da verdade em toda a sua plenitude inesgotável. (PALMER, 2006, p. 246).

Nesse sentido, toda a produção do Direito, por sua vez, não é destituída de ambiguidades, nem tampouco fadada a não se constituir na expressão de uma dada verdade, expressa como norma jurídica, como um dado bem jurídico, então, protegido pela norma. Esta compreensão da totalidade, entretanto, é mais o âmbito que se deve buscar para tentar explicitar algo, do que, propriamente, o fato de podermos compreender essa totalidade, dado que não podemos compreender algo completamente. É por isso que Stein menciona a ocorrência do que chama de um 'ponto cego', ou seja, de uma limitação do processo do compreender. Tal fator não nos permite uma transparência absoluta de nosso objeto de análise, seja qual for, (uma transparência total do fato concreto, por exemplo), porque estamos irremediavelmente presos em nossa temporalidade, em uma tradição e história, que

empregamos para analisar o próprio fato; e, assim, de tal maneira estamos focados, que Stein (1996) afirma que, é dessa forma que podemos nos referir à fala de Heidegger "só depois do acontecido"; ou seja, só depois de termos acontecido, isto é, só depois que somos fato concreto de ser no mundo, fato concreto dominado pela história, pela cultura, só a partir daí é que compreendemos. Entretanto, é essa aparente limitação que nos abre amplas possibilidades de operar com o círculo da compreensão. Isto nos mostra ainda que não somos os autores do processo, bem como não dominamos a situação, pois nela igualmente estamos inseridos; e isto diz respeito à busca da totalidade, e também às tentativas parciais de explicitação dos sentidos das coisas, operadas por textos escritos para este fim; principalmente quando estamos lidando com textos jurídicos, ou seja, com as expressões da capacidade normativa do ser-no-mundo:

> (...) interpretamos erradamente a situação hermenêutica se nos vemos enquanto senhores e manipuladores da situação. Pelo contrário, somos participantes, e mesmo assim, não o somos totalmente, visto que não podemos ingressar na situação e mudá-la, visto que não temos o poder de alterar a fixidez de um texto. (PALMER, 2006, p. 249).

E já que nos trouxe a contribuição de Heidegger para a hermenêutica, Stein menciona, igualmente, a contribuição de Gadamer, pois este tomou do segundo Heidegger, "(...) esta ideia de que nós somos, desde sempre, um jogo jogado e que, na hermenêutica, nunca recuperamos tudo". (STEIN, 1996, p. 64). Tais expressões, agora nos permitem seguir, retomando alguns dos temas explicitados por Rohden (2002), em sua obra *Hermenêutica Filosófica*, ao tratar, tanto do jogo, quanto do círculo hermenêutico, como seus modelos estruturais.

Ao fazê-lo, porém, não focamos o jogo, que não é o objetivo do presente trabalho. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que esse processo de instauração de sentido se afigura como o caráter de um jogo e que se dá, precisamente, no meio da linguagem. Entendemos, assim, que esta instauração de sentido nos apresenta a natureza de jogo, pois, enquanto tal, dele não podemos deixar de fora o jogador, ou seja, o homem, como instância privilegiada, onde o sentido do ser, do mundo, dos objetos e das regras jogadas se vela e desvela, concomitantemente. Da mesma forma, não é possível participar do processo sem experimentar as jogadas e suas regras que podem, de início, ser prévias, ou seja, serem estabelecidas como um ponto de partida, mas que, depois, pelo próprio jogo dos sentidos instaurados, se modificam. Os próprios jogos se transformam em outras possibilidades, em outras formas ou maneira de se jogar; e, dessa forma as próprias regras e suas respectivas

aplicações acabam por se alterar no processo, ainda que umas sejam mais duradouras que outras.

Essa condição propícia da linguagem, como instauradora de sentidos e o processo compreensivo compõem, a seu turno, o caráter de não possibilidade de tematizarmos algo completamente: A linguagem, tal como a própria compreensão, é um fenômeno englobante. Nunca pode ser captada como um fato, nunca pode ser totalmente objetificada, tal como a compreensão, a linguagem engloba tudo quanto pode tornar-se objeto para nós; notadamente quando nosso objeto de estudo é o próprio fenômeno jurídico. (PALMER, 2006).

Dessa forma, a racionalidade que se apresenta aqui, não é aquela que tem o caráter identificado pela metafísica da tradição, que acessa um nível de verdade objetiva, de onde essa própria racionalidade retira a lei e a aplica como verdade inamovível a todas as situações concretas que sua força classificatória define, previamente, enquanto tal; isto é, como incluídas em seu esquema decidido a priori, de forma apriorística, definindo, portanto a realidade que a norma visa regulamentar. Se exige, aqui, porém, o operar de uma racionalidade hermenêutica, que opera circularmente, de forma que, é precisamente por este operar do círculo que, neste ponto, podemos retornar ao tema da inesgotabilidade da tarefa da hermenêutica.

Agora, convém aplicar, ao caráter de circularidade, a condição que Rohden (2002, p. 123) refere como característica do jogo, já que neste, como naquele, não se conhece: "(...) a priori, nem o que está no início, nem o que está no fim", ou seja, não podemos dispor, em uma concepção absolutamente radical, de nenhuma estrutura que nos retire do sistema da interpretação hermenêutica, de vivenciarmos a experiência de sentido antes de jogarmos seu jogo. Precisamos, em primeiro lugar, participar do processo para, depois, poder discuti-lo e, só então, verificar se suas regras são válidas, ou seja, se podem ser aplicadas às jogadas que experimentamos, até mesmo para estabelecer outros critérios e, inclusive, outros jogos. É por isso que se pode afirmar que a tarefa de normatizar a vida social não está colocada antes dessa mesma vida social, nem que tenha a capacidade de, enquanto uma forma a priori, de determinar o agir humano como um todo.

Dessa forma, não podemos nos deslocar para fora do círculo da compreensão; pois não dispomos de uma estrutura de conhecimento que, assim, nos habilite a perceber, com claridade total, o ser e o sentido que este ser instaura no mundo e com os entes, em sua tarefa de regulamentar a própria vida, em todas as suas infinitas expressões. Da mesma maneira, e ainda, de forma prévia, não podemos determinar objetivamente seu fundamento, como que saindo desse processo e, assim, ter a certeza do ponto exato onde podemos chegar com nossa

análise. E podemos, igualmente, retornar à afirmação de Heráclito, com que Rohden (2002) abre sua discussão: '*comum no círculo é o princípio e o fim',* mas só se chega a isto, percorrendo o caminho: no caso específico dessa análise – o direito em sua historicidade.

Por tratarmos do círculo da compreensão; e ao tematizarmos essa condição inesgotável do dizer algo acerca de nós mesmos, do mundo e das coisas, bem como da instância que possibilita o sentido de totalidade, precisamos referir que essa capacidade se constitui a partir de um centro. Por sua vez, esse núcleo central, em que o início e o fim do processo pela busca do sentido se relacionam, tem como peculiaridade o de se nos mostrar como uma dimensão aberta. Assim é a capacidade do ser-no-mundo esta de que estamos a tratar, isto é, a de se lançar à tarefa permanente de buscar a si mesmo, enquanto esse conjunto de normas, sentenças e doutrinas que procuram dar conta do fenômeno jurídico, como instituído pela existência mesma. É, pois, a partir e em função desse centro aberto que nos situamos, nessa possibilidade de compor ilimitadas formas desse dizer que buscamos expressar:

> A linguagem é 'centro' da hermenêutica, porque é, também, seu início e seu fim. Nada que é falado, ou representado, ou enunciado pela linguagem tem sentido fora dela. A linguagem é abertura, na medida em que não pode ser esgotada e, também, porque não pode ser concebida como exterioridade fixada fora dos falantes. As afirmações feitas em frases e enunciados são combinações determinadas na infinitude de combinações possíveis da linguagem. (ALMEIDA, 2002, p. 289).

Ainda no que diz respeito à tarefa da hermenêutica, Rohden (2002, p. 166) explicita que "(...) há uma circularidade 'eterna', uma inesgotabilidade de sentido, pois todo o ato filosófico está determinado permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão". E nesse passo, podemos também afirmar que todo o ato juridicamente considerado está determinado, permanentemente, pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Impõe-se ressaltar que a expressão 'antecipatório', não significa o *a priori* transcendental kantiano, porque só se pode antecipar, uma vez que já se esteja no círculo da compreensão, no qual acontecemos a partir de uma pré-compreensão já instaurada, de um sentido em que surgimos como seres humanos. É nesse âmbito que se instaura o sentido do ser e do próprio mundo, sentidos esses que se auto constituem reciprocamente. Da mesma forma, podemos nos referir a uma espécie de elemento jurídico imanente, porque toda a produção do Direito também se encontra inserida nesse movimento antecipatório da pré-compreensão, pois expressa, exatamente essa pré-compreensão, enquanto necessidade de regular as relações humanas, em dado momento. Além disso, toda a produção jurídica,

enquanto norma, sentença e doutrina tem como seu centro a própria linguagem, de onde brotam e emanam todos os enunciados que o caracterizam enquanto tal.

Antes, afirmamos que a centralidade do processo compreensivo e que possibilita a inesgotabilidade de nosso dizer é a linguagem. Agora, como compreensão e linguagem são processos auto-constitutivos e se inserem, no âmago um de outro, como o modo mais próprio de ser do ser-no-mundo, se pode perceber que esse caráter da linguagem se perfaz pela centralidade do processo compreensivo. Da mesma forma que o início e o fim do processo, ou seja, a busca pelo sentido e pela linguagem, e a projeção do sentido encontrado na e pela linguagem, se realizam na medida em que, por existimos, conseguimos presentificar os sentidos instaurados: é isto que a produção jurídica realiza, isto é, torna presente um certo sentido de norma e, concomitantemente, de fato, que passa a ser relevante e considerado pelo Direito.E como isto se manifesta de maneira ininterrupta, eis aí outra condição da inesgotabilidade de nossa possibilidade de dizer, de que se valem os institutos jurídicos, em sua tarefa de busca incessante de regulamentação da existência mesma, valendo-se, para tanto, do esforço de construir, significar e resinificar-se enquanto uma linguagem própria:

> A circularidade é o núcleo da compreensão possível que transpõe qualquer noção fixa de começo e fim e se situa no centro da linguagem – no presente; isso significa que o princípio e o fim sempre podem ser referidos, em qualquer esforço de compreensão. Antes de entender o passado, ou vislumbrar o futuro, compreender é uma vivência do presente, que requer conhecimento de tudo que o envolve. Desse modo, a partir do presente, o passado se desvela e o futuro se antecipa. (ALMEIDA, 2002, p. 239).

Nessa mesma linha, se pode perceber a já mencionada historicidade do fenômeno jurídico, ou seja, sua relação temporal, pois colhemos ainda como elucidação do caráter da Hermenêutica a afirmação de que o círculo da compreensão se presta muito bem para mostrar esse processo que:

> Do ponto de vista do círculo hermenêutico, temos como implicação o fato de que não existe uma interpretação única, última e definitiva de um texto, como também não há um ponto final no filosofar, (bem como da construção permanente de um sentido jurídico) porque somos finitos e com desejo infinito pela 'Sofia' que possuímos. (ROHDEN, 2002, p. 166).

Temos, então, uma sucessão de sentidos instaurados, baseados na tradição histórica, de forma que um interpretar se estabelece como início para o próximo, a partir de um método de análise que, ao ser utilizado se mostra, por sua vez, como passível de ser redimensionado. Forma-se, assim, como que uma continuidade, não aleatória e/ou não arbitrária, pela qual se

chega a uma unidade de sentido. A este caráter unitário se chega, porque existimos nessa mesma condição temporal finita. Nossa atividade, então, radica na capacidade de explorar todas as potencialidades disponíveis, a partir das próprias condições de possibilidade que se instauram, sem, contudo, lograr o final derradeiro de todo o processo, ou seja, sem sermos capazes de atingir o sentido último.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As referências feitas até aqui, nesse texto, aos aportes da Filosofia, como uma das possibilidades de nos lançarmos à explicitação do fenômeno jurídico, enquanto modo próprio de ser desse ser humano que está no mundo, o ser-aí, que só é capaz de se pensar enquanto experiência emseu mundo e, logo, de normatizar à própria vida, podem provocar alguma estranheza entre os próprios operadores do Direito, notadamente porque ainda nos percebemos fortemente ligados ao pensar positivista, através do qual, a norma se colocava e era pensada como determinante da realidade que visava regrar. A esse estranhamento, se oferece a explicação colhida de Streck, quando assim se expressa:

> Embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as consequências da viragem linguístico-ontológica para a interpretação do direito. Trata-se de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto e, consequentemente, a superação daquilo que, no direito, representou o lócus privilegiado da relação sujeito-objeto: o positivismo. (2011, p. 65).

Assim, ao procurarmos pelas formas estruturais da hermenêutica, nessa busca de explicitarmos o fenômeno jurídico, intentamos trazer alguns dos elementos que caracterizaram o movimento denominado de viragem linguístico-ontológica, para pensar o Direito para além da relação sujeito-objeto; no sentido de superarmos esse esquema, segundo o qual, um dado sujeito, o legislador, dotado de uma capacidade de pensar de forma a priori e, de pronto, acessar o nível de uma racionalidade objetiva, fosse capaz de,a partir desse nível privilegiado, expressar um conjunto de normas a serem aplicadas à regulação da vida social, individual e coletivamente considerada, que estaria, dessa maneira, reduzida a mero objeto nas mãos dos, então, aplicadores dessas normas à realidade social, tornada completamente disponível à sua ação. O problema está, justamente, em pensarmos o Direito a partir desse esquema prévio, ou seja, anterior à própria experiência mesma da dinâmica social. Nem o Direito, nem a sociedade se podem tornar objetos disponíveis, pois ambos se constituem de

âmbitos reciprocamente relacionados pela própria existência, que se expressa no ser do homem, enquanto este é ser-no-mundo e que exige de si mesmo essa tarefa permanente de autorregular-se a si e ao seu mundo, concomitantemente.

Essa tarefa de construção permanente da atividade reguladora se expressa na e pela linguagem jurídica, que apresenta limitações no seu dizer. Entretanto, isto não se constitui em limitação obstaculizadora do dizer, porque, como já referido, no círculo da compreensão, esse final definitivo, sendo inalcançável, nos mostra que podemos encontrar o sentido, desde o início do processo de busca, bem como nos revela a tradição do dizer da coisa que vem ao nosso encontro: Assim, o significado verdadeiro não é encontrado apenas ao final da investigação, mas também em seu começo. Desde a projeção inicial, até o resultado final, a tradição é o lugar no qual a investigação acontece. (ALMEIDA, 2002). De forma que o paradigma hermenêutico não vem para colocar de lado a tarefa de legislar do ser-aí e de interpretar a sua aplicação a partir dos métodos lógico-formais que elaborou, mas, sim, de procurar por uma explicação mais abrangente do fenômeno jurídico, para não fechá-lo nesses esquemas formais de investigação ou apreciação, mas de colocá-lo em um outro lócus privilegiado, ou seja, o de uma abertura para sua permanente instauração de sentido dos próprios fins do Direito. Este parece ser o próprio operar da Hermenêutica; o que, de certa forma, assegura a perenidade da própria construção permanente do Direito que, assim, nos sacia desse voltar-se ilimitado de e para a sabedoria; de e para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. *Hermenêutica e dialética:* dos estudos platônicos ao encontro com Hegel. Porto Alegre, Editora da PUCRS, 2002.

CASTANHEIRA NEVES. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. In: *Digesta*, v. 3. Coimbra: Coimbra Editores, 2008.

FIGAL, Günter. *Oposicionalidade:* o elemento hermenêutico e a filosofia. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2007.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica.* Tradução e Apresentação de BennoDischinger. São Leopoldo/RS: Editora da Universidade do Vale do Sinos, 1999.

PALMER, Richard. *Hermenêutica:* teoria da interpretação em Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica:* entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo/RS - Brasil: Editora da Universidade do Vale do Sinos, 2002.

STEIN, Ernildo Jacob. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade católica/RS, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso:* constituição hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Editora Saraiva, 4.ed., 2011.