XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

MÁRTIN PERIUS HAEBERLIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Naspolini - 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 - IMED – Rio Grande do Sul
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 – Goías
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
Prof. 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/ UNISINOS
Coordenadores: Gabriela Maia Rebouças; Mártin Perius Haeberlin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-748-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Porto Alegre entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, teve como tema central "Tecnologia, comunicação e inovação no direito."

Ao longo de três dias, docentes e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Hermenêutica Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr.ª Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE, e Dr. Mártin Perius Haeberlin, do Centro Universitário Ritter dos Reis/RS.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares, pela problematização dos coordenadores no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados.

O primeiro bloco de apresentações abordou os trabalhos mais teóricos e filosóficos, trazendo autores da hermenêutica que também seriam tematizados nos demais trabalhos: Heidegger, Gadamer, Robert Alexy e os jusnaturalismos foram trabalhados tendo como horizonte o tempo presente. Após a apresentação dos trabalhos, foram possíveis reflexões e debates sobre todos e cada um dos trabalhos. Sobre o primeiro trabalho apresentado ("O resgate da centralidade do ser em Heidegger") – que, de algum modo, conduziu um norte à reflexão dos demais –, o grupo refletiu sobre o sentido do pensar e sobre o esquecimento da questão do ser em alguns momentos da filosofia. Sobre o segundo trabalho ("A Hermenêutica Filosófica em Gadamer"), lembrou-se a passagem do entendimento do círculo hermenêutico para uma espiral hermenêutica, na qual os sentidos encontrados ao objeto modificam o ser que interpreta. Já quanto ao terceiro trabalho ("Novos Direitos: evolução dos fatos sociais e aplicação do círculo hermenêutico") discutiu-se a possibilidade de apropriações da virada hermenêutica heideggeriana em temas jurídicos hodiernos, como as questões relacionadas ao nome social e ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Ato contínuo ao trabalho "A formação da lei a partir do discurso ideal de Robert Alexy e a redução da discricionariedade

hermenêutica", discutiu-se os problemas na correção das leis – e a importância de um amplo debate a respeito das mesmas –, bem como a conexão do tema com a chamada "ética do discurso". Por fim, quanto ao trabalho "Os caminhos do jusnaturalismo no século XXI", refletiu-se sobre a possibilidade de afirmar valores universais na contemporaneidade e sobre os problemas ínsitos a concepções jusnaturalistas.

No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das decisões judiciais, com evidência para o papel das Cortes Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal do Brasil: interpretação e sentido normativo, globalização, mídia, teorias e processos decisórios no Direito estiveram entre os temas destacados. Também se estabeleceu a metodologia de apresentar-se os textos em bloco para, a partir deles, promover-se discussões e reflexões. Sobre todos os temas os participante puderam fazer observações. Quanto ao primeiro trabalho "Supremo Tribunal Federal e sua função interpretativa", refletiu-se detidamente sobre a pertinência de uma leitura que, dando sentido aos sentidos possíveis ao texto, desloque o eixo da verdade interpretada a partir do parâmetro da autoridade do interpretante, especialmente falando-se dos limites da tarefa de interpretar. Em relação ao segundo trabalho ("O diálogo hermenêutico na compreensão do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153"), pode-se compreender, a partir da questão da anistia, a necessidade de se pensar em "constrangimentos epistêmicos" dos intérpretes, a partir do marco teórico de Gadamer e Ricouer. Depois, em relação ao trabalho "Mídia, (in)formação e decisões judiciais", falou-se sobre o protagonismo do Poder Judiciário, em suas manifestações de poder, de um lado, e a comunicação social realizada a partir de um código binário (informação vs. não informação) de outro. Ao fim, tratou-se do tema "A globalização e sua influência nas decisões judiciais", considerando aspectos como o multiculturalismo e os modelos estrangeiros de decisões judiciais que vieram a afetar a jurisdição constitucional brasileira.

O terceiro e último bloco teve como foco a hermenêutica aplicada a questões concretas, envolvendo o Estatuto do desarmamento, bioética e tecnologias reprodutivas, derrotabilidade, racionalidade e argumentação na motivação judicial, dignidade humana e técnica normativa. Mais precisamente, iniciou-se com o tema do "Estatuto do Desarmamento", em uma tentativa, bastante debatida, de conciliar a noção de normativismo jurídico em Kelsen com a noção de realidade social em Ehrlich. Após, promoveu-se reflexão acerca da temática "Hermêutica da Facticidade aplicada às Tecnologias Reprodutivas", laborando-se a possibilidade de, a partir da hermenêutica filosófica, discutir a "sacralidade da gestação" e a noção convencional de natalidade como um "bem absoluto". Ato contínuo, tratou-se do tema da "Derrotabilidade" das regras, a fim de demonstrar que a existência e a validade de uma regra cederiam, desde um ponto de vista sistemático, em ocasiões nas quais suas aplicações

podem se revelar “extremamente injustas”. Após, houve um intenso debate sobre o trabalho apresentado relacionado a um curioso caso concreto (Apelação Cível n. 70005798004), que tratava da exclusão da meação por indignidade a um genro que assassinou o sogro. O debate demonstrou que, por vezes, a fundamentação, mesmo que chegue a conclusões adequadas, pode ser intrinsecamente deletéria ao entendimento do sistema jurídico e suas bases hermenêuticas. Posteriormente, discutiram-se algumas conclusões do trabalho que tratava do feminicídio a partir de uma análise de Hart e Raz, de modo a promover um debate sobre a juridicidade e legitimidade da criminalização específica dos homicídios fundamentados na questão do gênero. Por fim, tratou-se da questão da dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade, considerando-se diversos exemplos caracterizados de sua violação.

Como conclusão, o grupo afirmou a importância das pesquisas em Hermenêutica jurídica problematizarem o marco teórico estrangeiro escolhido para a análise do direito brasileiro e de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de seus contextos originais e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um campo de pesquisa no qual os autores e teorias sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social, sobretudo quando estrangeiras.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate, o que seguramente contribui para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof.ª Drª Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Mártin Perius Haeberlin, Centro Universitário Ritter dos Reis/RS

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.

O DIÁLOGO HERMENÊUTICO NA COMPREENSÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153: APROXIMAÇÕES ENTRE GADAMER E RICOEUR

THE HERMENEUTIC DIALOGUE IN THE UNDERSTANDING OF THE JUDGMENT OF THE ACTION OF NON-COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL PRECEPT N. 153: GADAMER AND RICOEUR APPROXIMATIONS

Emerson De Lima Pinto [1]
Joseane Mariéle Schuck Pinto [2]

Resumo

Trata-se da análise da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, que tratou da anistia no período da Ditadura Militar e negou a possibilidade de processamento dos agentes da repressão por crimes contra os direitos humanos. A partir do olhar dos autores Gadamer e Ricoeur pretende-se compreender o sentido interpretativo no julgamento da presente ação e o posicionamento adotado pelos Ministros do STF e sua relação com o cenário político-jurídico brasileiro atual, sobretudo, no tocante ao processo que culminou no impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff.

Palavras-chave: Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153, Gadamer, Impeachment, Ricoeur

Abstract/Resumen/Résumé

This is the analysis of the decision adopted by the Federal Supreme Court in Action for Non-compliance with Basic Precept 153, which dealt with the amnesty in the period of the military dictatorship and denied the possibility of prosecution of the agents of repression for crimes against human rights. From the perspective of the authors Gadamer and Ricoeur, we intend to understand the interpretive meaning in the judgment of this action and the position adopted by the Ministers and their relationship with the current Brazilian political-legal scenario, especially with regard to the process that culminated in impeachment of Dilma Rousseff.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Action of non-compliance with fundamental precept n. 153, Gadamer, Impeachment, Ricoeur

---

[1] Pós-doutorando em Direito pela Unisinos. Doutor em Filosofia e Mestre em Direito pela mesma Instituição. Advogado e Professor FEEVALE e CESUCA.

[2] Doutoranda em Ciências Sociais pela Unisinos/bolsista CAPES. Mestra em Ciências Sociais e Especialista em Relações Internacionais pela mesma Instituição. Advogada e professora universitária.

Introdução

O presente artigo pretende a partir do olhar dos autores Gadamer e Ricoeur, analisar de forma interpretativa a decisão proferida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e que tratou da anistia no período da Ditadura Militar. O resultado, em apertada síntese foi à negativa da possibilidade de processamento dos agentes da repressão por crimes contra os direitos humanos[1]. Desse modo, se faz relevante a compreensão do sentido interpretativo da presente ação, assim como a sua relação com o cenário histórico político-jurídico brasileiro, sobretudo, no tocante ao processo que culminou no *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff.

Para tanto, relevante destacar que a hermenêutica filosófica não se limita ao entendimento instrumental dos significados e, por essa razão, tem se caracterizado pela crítica à epistemologia no sentido de que sustenta a racionalidade prática, justificando-se por meio de pressupostos. Ao ultrapassar a exploração do âmbito das respostas dadas ela se abre às possibilidades inesgotáveis da direção de se instaurar por meio de um procedimento que não se atém à letra, mas àquilo que, na história, chamou-se tradição, que toma como referência o *modo de ser linguagem* do ser humano. O esclarecimento dos significados institui uma propedêutica indutora de uma compreensão dos sentidos que se transforma, consequentemente, num pilar da hermenêutica filosófica que pode nos levar a fundamentar a ética originária de nossas experiências finitas, contingentes e limitadas historicamente, além de nos aproximar da *hermenêutica antropológica* de Ricoeur.

O filosofar implica um pensar que não parte da divergência verdade-método nem a ratifica; mas articula-os em conjunto, conjunto que forma a narrativa. Na hermenêutica filosófica desenvolveram-se padrões estruturais metodológicos que

[1] A ação foi proposta em 2008 pela OAB perante o STF e objetivava a interpretação restritiva ao Artigo. 1º, §1º da Lei 6683/79 (Lei de Anistia), a fim de que a Anistia não fosse estendida aos casos de "crimes políticos ou conexos com estes".

possibilitam tal diálogo. O diálogo se constitui em condição relevante no processo de construção de horizontes humanos que não ignoram as contribuições da ciência moderna, mas que não abdica dos elementos hermenêuticos fundados na experiência da consciência humana aplicada hermeneuticamente no Direito e na Constituição.

O acontecer da linguagem diz respeito à finitude do homem num sentido transformador, assim, trata-se do *medium* da linguagem que enseja a evolução de toda a nossa experiência do mundo e, inclusive, a experiência hermenêutica colaborativa na superação da dicotomia entre o objetivismo e subjetivismo contido tanto no pensar filosófico quanto na compreensão da Constituição e do sujeito constitucional no instante da resolução dos conflitos. Nesse horizonte, a decisão adotada na ADPF n. 153, que tratou da anistia no período da Ditadura Militar e negou a possibilidade de processamento dos agentes da repressão por crimes contra os direitos humanos, pode ter sido a primeira manifestação de um movimento golpista que teve seu ponto crucial no processo de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff.

1. Gadamer e a *aplicação* para o Direito: o *cuidado* de Ricoeur

Ao ingressar no tema da aplicação para o Direito de Gadamer, deve-se observar que compreender e interpretar não podem ser restritos ao âmbito do cognitivo, já que traduzem um dos nossos modos de *ser*. O *ser* para ser *compreendido* requer a instauração de um caminho que sobe e desce como na dialética platônica. O filosofar não se constitui em condição unívoca que vai da palavra ao conceito, mas pelo caminhar que vem do conceito à palavra e emerge a razão pela qual ele não pode ser contido tão só ao estudo do método das ciências naturais tampouco ao plano epistemológico.

A compreensão do sentido do ser não sobrevém da aplicação das regras matemáticas, contudo parte da perspectiva aristotélica segundo a qual não se exigem provas matemáticas de um retórico (ou de questões morais ou políticas), assim como não se pode exigir do matemático "indícios científicos".

A hermenêutica perdeu sua autoconsciência histórica, pois a teoria pós-romântica era dividida em *subtilitas inteligendi* (compreensão) de uma *subtilitas explicandi* (interpretar), e seu último componente, que, para nós, é a substância. Seu

terceiro componente chama-se *subtilitas aplicandi* (aplicação), que, para o Direito, assume caráter fundamental dentre os três componentes modernos que integram o problema hermenêutico da aplicação dentro de um modelo tradicional que se dividia (SCHLEIERMACHER, 2003, p. 93-96).

A experiência não é verificada de início sem palavras para se tornar depois através de atribuição de sentido, em objeto de reflexão, em razão do fato de que fazem parte da própria experiência de identificar as palavras que a exprimem, de certo modo, a palavra que pertence realmente à coisa, de modo que ela própria decorre da palavra e se constitui em narrativa.

Ademais, a hermenêutica jurídica é sintomática para expressar o modelo gadameriano em virtude de que o intérprete abre o espaço para a pressuposição de verdade trazida pelo texto, possuindo a lei, ao menos em tese, uma autoridade reconhecida. O instante do *diálogo hermenêutico*, para Gadamer, nos autoriza devolver a esse ponto de vista sua significação de princípio. Sobre os requisitos da combinação entre a hermenêutica filológica com a jurídica, no que se refere à aplicação,

> Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 2002a, p. 461).

Gadamer sustenta a insuficiência da hermenêutica espiritual-científica a partir da hermenêutica jurídica e teológica, afirmando que o incrível da compreensão consiste no fato de que, antes, a cogenialidade não é necessária para reconhecer o que é verdadeiramente essencial e o sentido original de uma tradição, e, sobre o saber filosófico, não obstante, o atual problema é saber como é possivel se dar um saber filosófico sobre o ser moral do homem. De certo modo, a hermenêutica de Ricoeur converge com a gadameriana, na medida em que não consiste somente na construção/captação do sentido dos símbolos, dos mitos e das metáforas, “num primeiro momento, pelo seu excesso de sentido ou pelo seu potencial de sentido”, portanto, porque contêm sempre também sentido do que aquele que exprimem verbal e literalmente, e, por essa razão mesmo, necessitam de ser interpretados. Especifica, em sua hermenêutica, a respeito da narrativa, na qual destaca o seu carácter inventivo e criador, mas no esforço real de compreensão de nós próprios e do mundo. É que a

narrativa permite a compreensão ou "compreensão gadameriana" de nós próprios numa dimensão temporal, isto é, histórica, mas, mais que isso, permite a compreensão de nossa experiência, nós próprios na nossa historicidade (BLEICHER, 1980, p. 319-226).

A compreensão de um objeto se dá na circularidade entre ela e suas interpretações, assim como entre estas e as críticas a que está sujeito enquanto movimento de compreensão a qual sustenta a pré-compreensão, no des-velamento e no velamento junto com a diferença ontológica.

Dessa feita, tanto ao nível do *medium* do discurso (linguagem) como da matéria do discurso (tema), o princípio do conhecimento prévio, ou o círculo hermenêutico, opera em todo o ato de compreensão (ROHDEN, 2002, p. 191). No projeto gadameriano surge como razão a perspectiva superadora da metafísica objetiva mediante à valorização da ação interpretativa da linguagem, e, desse modo, aborda Vattimo (2007, p. 131-132):

> O maior peso conferido à linguagem é acompanhado de um interesse ético – alias, tem nele a sua verdadeira origem – que guia a hermenêutica gadameriana. Já noções chaves de *Verdade e Método* – como a fusão de horizontes [...] – são construídas com uma decisiva referência à ética aristotélica e ao conceito de aplicação. Mas o que se esclarece e se precisa nos ensaios posteriores a esse livro é que aquele âmbito da linguagem como lugar da mediação total da experiência do mundo e de todo dar-se do ser, a que nos remete a tese de que o ser que pode ser compreendido é linguagem ainda do que como fato da linguagem – ou de maneira igualmente originária –, como âmbito ético.

A compreensão, que faz parte do modo de *ser-no-mundo*, antecipa qualquer tipo de esclarecimento lógico-semântico, não no sentido temporal, já que, por estarmos no mundo, há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Há uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. O horizonte do sentido é revelado pela compreensão que contemos de algo. O ser humano é o compreender de sua existencialidade que só se constrói, refunda e se dá mediante compreensão.

O Direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, pois é, também, comportamento, símbolos conhecimento, expressos *na* e *pela linguagem*, entretanto, a circunstância de o discurso jurídico carecer de autonomia, na medida em que o Direito é um sistema aberto e fechado.

A partir do discurso jurídico e por intermédio dele, é possível controlar instituições sociais, o que torna a Constituição terreno de disputas entre projetos civilizatórios. Por isso, *os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juizos, constituem a realidade histórica de seu ser* (GADAMER, 2007a, p.198). Esquecer-se da necessidade de ponderação da lei, pelo juiz, diante do fato concreto, não traz segurança jurídica, traz injustiça e ilusão, uma vez que a legitimidade estaria mortalmente instituída, pois, entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, portanto, uma relação essencial na qual a hermenêutica detém uma posição hegemônica, porque não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica absoluta, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção. (GADAMER, 2002a, p. 490).

A interpretação de acordo com a Constituição que tem sido utilizada por um número mais expressivo de juristas, percebe-se que

> Consequentemente, no campo da operacionalidade do Direito, no momento em que alguém alegar/requerer a aplicação do princípio da interpretação conforme e não for atendido, já estará apto a interpor recursos extraordinários constitucionais, uma vez que já estará atendido o requisito do prequestionamento (STRECK, 2001, p. 243-244).

As posturas *crítico-hermenêuticas* não prescindem de um dar-se conta da superação da dicotomia sujeito-objeto no poder compreeder que o pensamento jurídico, no âmbito da moderna filosofia, edifica-se em suas próprias aporias, visto que encontra-se escorada em uma espécie de autoesquecimento do senso comum teórico e dos subjetivismos, para *quem pensa que a linguagem já se movimenta para além do subjetivismo* (GADAMER, 2007b, p. 27). Isso se dá por meio de esquemas de justificação com argumentos de autoridade, em que se articulam discursos falaciosos, como *julgo de acordo com minha consciência*, não incorporando o diálogo acerca do conteúdo dessa *consciência* que decorre no fundamento do juízo.

Nas estruturas da finitude e da temporalidade do *ser-aí*, procura-se desvelar em que se manifesta o sentido do ser e verifica-se que é no tempo que se produzem os acontecimentos, em que ocorrem as trocas, em que as coisas se transformam, mas, não sendo um movimento, tem que estar em permanente movimento.

> [...] sequência de vivências, só é "propriamente" "real" a vivência simplesmente dada 'em cada agora'. As vivencias passadas e futuras já não

> são mais ou ainda não são reais. O *Dasein* atravessa o espaço de tempo que lhe é concedido entre os dois limites de tal maneira que, apenas sendo 'real' cada agora, ele, por assim dizer, salta por cima da sequencia dos agora de seu 'tempo'. É por isso que se diz que o dasein é 'temporal' (HEIDEGGER, 2001, p. 178).

O tempo é o *locus* da produção dos acontecimentos, em que ocorrem as trocas, em que as coisas mudam, mas, não sendo um movimento, tem que estar relacionado com este. O mundo, a existência, não é dedutível em termos de consciência, pois a relação com a existência nunca é pura, independente de concepções prévias de existência, pois esta se caracteriza como fruto de representação pré-existente do mundo, e não como algo que se recebe de forma imediata da consciência. A abertura para a claridade e a *busca do acontecer* do Direito, bem como a tradição inautêntica nos textos jurídicos devem ser investigados pela hermenêutica e revestidos de *Constituição*. Contudo, não se pode sair inteiramente, mas é possível sair por meio do processo da interpretação, por meio dos processos que a hermenêutica gadameriana nos oferece, no caso, o *modelo estrutural do diálogo*.

> [...] ainda deixamos em aberto a decisão sobre a questão da hierarquia. A decisão da questão da hierarquia só pode ser tomada se antes for esclarecido se o tempo que temos em nossa existência cotidiana humana, histórica, o tempo, pois, que nos é dado para ser-com-e-para-os-outros, pode ser derivado da representação da sequência de agora está assentado no nivelamento do tempo "verdadeiro" (HEIDEGGER, 2001, p. 78).

O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especialidades, uma vez que a Constituição – compreendida como espaço garantidor das relações democráticas e de mediação ético-política da sociedade – é "topos" hermenêutico que conformar o processo interpretativo do sistema jurídico. Gadamer, ao reabilitar os "preconceitos", que define a pré-compreensão posterior conduz todo o entender fundamenta-se na "fusão de horizontes", a fusão não é uma semelhança estática, mas, sim, um movimento que conduz a conversação que verifica o Constitucionalismo e a Constituição enquato unidade, enquanto *Dasein*. A conversação, inevitavelmente, envolve o dar-e-tomar, pois os preconceitos compõem um horizonte que flui de acordo com o movimento da pessoa pela vida (MOOTZ III, 2011, p. 33).

A fundamentação da ética filosófica é um problema particular que não cobre totalmente a verdadeira abrangência da tensão metafísica entre razão e contingência. De

certo modo, a busca da realização da pretensão de universalidade está contagiando a filosofia até os dias atuais. A distinção entre a vida humana e as demais formas de vida está presente na reflexão de Gadamer permeando sua compreensão ética da vida planetária. O domínio da compreensão da razão tem espaço em Gadamer, pois *compreende-se a partir daí que a dúvida quanto ao domínio universal da razão, quando o que está em jogo é a pergunta acerca do bem, sempre encontra uma vez mais alimento* (GADAMER, 2007c, p. 59). Desse modo, a relevante lição da filosofia prática consiste em nos levar a fundamentar a ética a partir de nossas experiências finitas, contingentes e limitadas historicamente.

Tal aproximação pode ser realizada com o projeto filosófico e hermenêutico de Ricoeur, que se encontra sempre no mesmo tema central: a preocupação antropológica. Compreender o homem, quem somos e quem sou, na nossa historicidade. A preocupação com o Outro e com o mundo em que vivemos.

Daí o projeto de uma Hermenêutica Antropológica ou de uma espécie de Antropologia Hermenêutica. Por essa razão, para Ricoeur, toda a filosofia é hermenêutica, porquanto o trabalho da interpretação é penetrado pela profunda intenção de superar as distâncias e as diferenças culturais, ponderando o leitor/intérprete com o texto que se lhe tornou alheio, e incorporando o seu sentido na compreensão atual que um homem é capaz de ter de si mesmo, por meio da essencial mediação do próprio texto (GRONDIN, 2012, p. 35-36).

A compreensão crítica do Direito não se constitui em instrumento trazido para utilizar na prática jurídica, como se pudesse ser atividade fechada que requer provocação externa para superar miopias ideológicas. A teoria crítica do Direito emerge a partir da prática jurídica, que é constante em situações mais críticas e desordenadas, e, no momento estruturado, fornece um foco para delinear os impulsos críticos da obra gadameriana. A utilização de Gadamer do método de "conversação", nas palavras de Mootz III (2011), não deve ser confundida com questões superficiais ou amabilidades sociais. Ele invoca conversações verdadeiras, nas quais duas ou mais pessoas reúnem-se em discussão com o objetivo de chegar, de modo colaborativo, a um entendimento sobre um tema que prossegue a partir de sua discussão, muito embora a conversação não tenha critérios formais e institucionais dirigidos (MOOTZ III, 2011, p. 104).

A Constituição é um *medium político-jurídico* instituído pela *linguagem* em uma sociedade, em dado momento, e não se pode ter sobre o texto constitucional e seu sujeito constitucional uma visão alienada que se constitua em horizonte estático, sob pena de interromper o *diálogo hermenêutico* que redefine a *condição existencial da Constituição* no tempo e espaço.

Constata-se que a condição existencial da Constituição trata de uma construção caracterizada por pluralidade de interesses que se constitui em abertura. O fato de nossa *compreensão* ser historicamente posicionada não implica a desistência em fixar padrões racionais que assinalem os preconceitos legítimos e ilegítimos.

2. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 e sua implicação no processo histórico político-jurídico brasileiro.

Ao revisitar criticamente nossa *tradição constitucional*, percebe-se a incapacidade para o *diálogo hermenêutico* em sede de *applicatio* como a que se encontra na *decisão inautêntica* da ADPF 153 DF, na *decisão em jurisdição constitucional* que tratou da Lei 6.683/79, que concedeu anistia a todos que, *em determinado período, cometeram crimes políticos*.

Além disso, a referida lei *estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*, em vista de que repristinou argumentos pertencentes a uma tradição jurídica (redemocratização pós-Estado de Exceção) sem a devida fusão de horizontes com a tradição constitucional democrática (Estado Democrático de Direito) que tem como objetivo da República a defesa dos direitos humanos e o repúdio à tortura, adotando uma justificação orientada pela *discricionariedade como fatalidade positivista* (STRECK, 2010a, p. 110-112).

A situação existencial terá curso por meio de uma decisão que deverá levar em consideração tanto o conteúdo jurídico debatido junto aos princípios hermenêuticos, a fim de alcançar a decisão judicial adequada ao sentido de Constituição. Com o horizonte permeado pela filosofia especulativa, tanto na arte quanto na hermenêutica, a questão da vivência assume espaço essencial na medida em que necessitamos dos preconceitos dentro do sentido de uma obra (GADAMER, 2002a, p. 107-108). A utilização da

dialética enquanto elemento essencial ao *diálogo* é trazido por Rohden (2002, p. 202) como um caminho comum entre os dialogantes, visto que:

> [...] quem se dispõe a dialogar deveria ser capaz de tomar consciência do contexto em que está inserido e do ponto de vista do parceiro para procurar (re)construir o todo. Essa reconstrução do todo não é realizada dialética, mas dialogicamente. A prioridade da relação com o outro é intrínseca há hermenêutica filosófica e parece refletir, em última instância, a regra de outo moral.

Em certo sentido, a história do Constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história da sua afirmação inicial e depois do seu alargamento, da construção e aperfeiçoamento dos mecanismos da sua tutela. O Estado Constitucional moderno é cada vez mais um "Estado de direitos fundamentais" que se tem consolidado como afirmador dos *direitos fundamentais no constitucionalismo pós-moderno* de caráter comunitário.

Streck dialoga que a hermenêutica seja a propositura de se dizer a maneira de viver que resulta das circunstâncias em que cada um se acha, e não meros métodos científicos. O interprete, se fora da tradição do texto proposto, seria impensável sua indução ao sentido que a norma busca repassar (STRECK, 2001, p. 187). No mesmo sentido discute Gadamer que o ser compreende aquilo que está em seu horizonte avaliativo, e deste círculo não pode escapar, mesmo os horizontes sendo alargados e sua opinião mudando no tempo. Com o alargamento da esfera do conhecimento, abre-se o conceito da tradição, comunicando-se com maior fonte de verdade e liberdades (STEIN, 1996, p. 107-108).

> Na atualidade, há inserção em um mundo que somente aparece *na* e *pela* linguagem em relação à disputa pela caracterização da expressão golpe, que reduz aqueles que o apoiaram ou dele colheram resultados positivos uma mácula em sua alma e eternizada na história constitucional e democrática nacional que os equipara àqueles que violentamente o fizaram em 1964-1988. O golpe militar realizado em 1964 é equiparado ao golpe institucional parlamentar de 2016 e, por enquanto, se diferenciam no emprego da forma de violência, real ou psicológica. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado na expressão golpe conduz nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo que se orienta pela linguagem de resistência. Por essa razão nosso papel com a defesa da democracia e do constitucionalismo é resistir ao golpe e agir incondicionalmente como juristas e como hermeneutas (PINTO, 2016, p.39-40)

O existir já é um ato de compreender e um interpretar, pois se deve compreender a pretensão de universalidade própria da dimensão hermenêutica em razão de que esta sempre está relacionada com linguagem. Isso não implica, de modo algum, certo relativismo da linguagem, apesar de que é significativo o fato de que vivemos em uma linguagem que é responsável pela infinitude do fazer que cria a linguagem e experimenta o mundo a partir da compreensao da tradição. O governo eleito pode ser afastado e, se assim o for, somente será, em razão da política minúnscula desenvolvida, infelzmente, ainda no Brasil.

Com um surgir do modelo constitucional de Streck, com fundamento, na sua Nova Crítica do Direito (NCD), delineada na obra *Jurisdição Constitucional*, a partir de uma pré-compreensao lançada em sua outra obra, *Hermenêutica Jurídica*, percebemos que esse modelo *constitucional* supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material. Isso significa assumir uma posição de *defesa e suporte da Constituição* como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida, com uma substancialismo que se afirma ante um procedimentalismo, geralmente, de formalismo burocrático e inibidor do ser. Portanto, a necessidade do *desvelamento da Constituição* é necessária a realização da construção do Estado Democrático de Direito,

> [...] na abertura da clareira, nesse espaço aberto pela hermenêutica, que devemos estabelecer as bases para des-cobrir o ainda não des-velado do texto constitucional. [...] **o fenómeno Constituição, para usar a linguagem heideggeriana, está entulhado, é dizer, antes tinha sido descoberto (processo de elaboração constituinte**, movimentos populares buscando o constituir-constitucional), para, depois, em face da constante revisão da situação hermenêutica, que *tende sempre a se tornar definitiva (inautêntica)* [...] representada pelo ***modus operandi* da dogmática jurídica, calcada no paradigma metafísico-objetificante, no interior do qual o sentido comum (teórico) se constitui como o lugar da pré-compreensão do jurista/operador/intérprete**. [...] **o des-velar do novo pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas**. [...] O acontecimento da Constituição será a revelação dessa existência do jurídico (constitucional), que está aí, ainda por des-cobrir. O acontecer será, assim, a des-ocultação do que estava aí velado. (STRECK, 2001, p. 291; 293; 300, grifo nosso).

Gadamer instiga a superação das tradições que se expressam na compreensão da Constituição que terá evolução se: o acontecer da linguagem, enquanto *medium* da linguagem, ensejar a superação do objetivismo e subjetivismo contido na tradicional

compreensão da Constituição; o diálogo hermenêutico se constituir em horizonte concretizado na experiência da consciência do sujeito na resolução dos conflitos, enquanto compreensão para uma gramática constitucional; e, por último, desvelar a compreensão inautêntica da discricionariedade da ontologia da decisão judicial do decisionismo subjetivista. Aqui, a *Constituição* deve ter um caráter material/substancial, porque constituidora da própria sociedade, afinal, a Constituição é a explicitação do *consenso fundamental*, é o espaço de mediação ético-política da sociedade, e, fundamentalmente, Constituição é constituir.

> [...] **percebemos a Constituição "como" Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição 'como' Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando,** através de nossa **consciência histórica, nos damos conta da f alta (ausência) de justiça social**; percebemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição [...] **que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade** [...] **A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida "como" algo)**. (STRECK, 2001, p. 295; 296, grifo nosso).

Tal tarefa encontra-se mais desenvolvida e explicitada em outra de suas célebres categorias das quais é a que guarda, segundo o próprio autor, maior correlação com a hermenêutica jurídica a aplicação – *applicatio*. Nessa seara, destaca-se a importância de interpretar os novos tempos, alinhando-os com as normativas vigentes, visando uma aplicabilidade justa e legal. Para viabilizar a atualização, modificação amplificação dessas concepções, é necessária a utilização de questões retrospectivas para o clareamento da lide. Neste ínterim, a partir da análise da ADPF e dos votos proferidos pelos Ministros do STF, resta evidente a ocorrência da auto-Anistia no Brasil, duramente repudiada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e atribuída, tanto pelo Ministro Relator quanto pelo Ministro Presidente da Corte à época do julgamento, ao "caráter cordial e superior do povo brasileiro", como bem remonta as palavras finais do voto do Ministro Cezar Peluso:

> [...] Se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole, também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E digo,

> se eu pudesse concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, eu diria que os monstros não perdoam, só o homem perdoa, só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza é maior do que os seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos e os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico[2].

Assim, a ADPF 153 representou simbolicamente o processo de reconstrução da memória e afastou a possibilidade da punição de agentes estatais responsáveis por crimes contra os direitos humanos no ambiente da Ditadura Militar de 1964-1985. Constatou-se, posteriormente, que esse foi o primeiro passo significativo no caminho da desconstrução da democracia em curso desde 1989, que teve acontecimento relevante no afastamento da Ex-Presidenta Dilma Rousseff de seu cargo por meio do Golpe de 2016 e, na redução dos direitos sociais que seguiu o processo autoritário constitucional em desenvolvimento. Talvez o voto de Eros Grau tenha propiciado a origem da tragédia, uma vez que inaugurou um processo de ativismo autoritário junto ao Supremo Tribunal Federal que trouxe o decisionismo subjetivista dos Ministros do STF à superfície com um conjunto de decisões de entendimento discutível frente à reconstrução democrática que se imaginava em desenvolvimento em direção ao Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Em síntese, a ética, por ser filosofia prática, assim compreendida, supõe que há situações humanas em que não há uma razão objetiva que explique ou justifique nosso agir, pois carregamos o *livre-arbítrio* que não se restringe à razão instrumental. A análise sobre a consciência cultural da modernidade não passa velada por Gadamer, que assevera o papel hegemônico exercido pela ciência formal objetivista, que anda a par com uma crítica cultural, que se fortaleceu no início do século XX. A filosofia prática, em Gadamer, necessita tornar crítica toda filosofia moral dogmática que se insere na consciência moral e na justificação filosófica da *eticidade*. A hermenêutica filosófica,

[2] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em Julho de 2018.

além de afirmar que não há um conhecimento neutro, denuncia a pretensão de neutralidade dos discursos científico-filosóficos. A verdade histórica vem de um distante passado interrogando com o presente que se reconhece nele amplia nossos horizontes e contribuindo para humanização.

O *diálogo* permite compreendermos que a Constituição, em seu sentido, fundante se dá numa manifestação prévia, em que já existe um processo de compreensão que ocorre dentro de uma espiral hermenêutica e assegura condição crítica à compreensão da tensão presente não apenas na doutrina do Direito, mas, basicamente, no agir de seus aplicadores/intérpretes.

O instrumento jurídico-político da sociedade deve ser afirmado em um ambiente como o objeto da consciência de si, em um sujeito, e objeto para si que evolui em direção à superação de problemas em torno da Constituição material, que não se aproxima aos Tribunais Constitucionais. É possível apreender que, mesmo sem a interpretação judicial, a Constituição subsiste. Na sociedade aberta, existem outras vias que levam à interpretação da Constituição, pois o processo constitucional formal não é a única.

A participação do *ser* revela a experiência em sua mundanidade e move as pessoas a filosofarem pela experiência, porque nos permite superar a razão técnico-instrumental sem subsumi-la em um sistema ou prescindir dela após seu uso, pois permite pensar a filosofia em sua historicidade. Ao ser acentuado o aspecto da interpretação, o que sobressai na aplicação da hermenêutica e nas teorias da interpretação pode-se resumir naquilo que a hermenêutica significa literalmente, a partir do termo alemão *Verstehen*, enquanto seu sentido *estar por*, assim como outro significado de *Verstehen*, que representa alguém e insere-nos no campo da alteridade.

Nesse caminho, vê-se que quanto mais instável for a sociedade contemporânea menor a condição de construção de um acordo possível na linguagem, o que potencializa conflitos no campo das funções clássicas da Constituição, como, por exemplo, o consenso fundamental e a legitimidade.

Referências

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002. (O saber da filosofia).

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2002a. (Pensamento Humano).

_____. **Verdade e Método. Vol. II**. Petrópolis: Editora Vozes, 2002b. (Pensamento Humano).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2007a. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Vol. II. Petrópolis: Editora Vozes, 2007b. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Vol. III. Petrópolis: Editora Vozes, 2007c. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Conhecimento retórico na prática e na teoria critica do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

MOOTZ III, Francis J. ***The new legal hermeneutics***. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 39, n. 2, p. 96-107, julho-dezembro, 2006.

_____. After natural Law: **A Hermeneutical response to law's quandary. Rugters journal of law and religion**, v. 9, n. 2, p. 1-12, 2008.

_____. **Conhecimento retórico na prática e na teoria critica do direito.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

PINTO. Emerson de Lima. **Hermenêutica e direito constitucional: legitimidade e a linguagem na resistência ao golpe institucional parlamentar.** In: V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu – Uruguai. Hermenêutica Jurídica.Conpedi: 2016.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

_____. **Interfaces da Hermenêutica**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

STEIN, Ernildo. **Melancolia**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1976.

_____. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio L.. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

VATTIMO, G. **O fim da modernidade**: Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 131-132.