V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

RUBENS BEÇAK

SANDRA REGINA MARTINI

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2022 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak; Sandra Regina Martini – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-468-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

V ENCONTRO VIRTUAL “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, do CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 16 de junho de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do V Encontro Virtual "Inovação, Direito e Sustentabilidade”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Leonel Severo Rocha, Rubens Beçak e Sandra Regina Martini, que envolveu quinze artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da análise hermenêutica dos dilemas da atualidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O primeiro trabalho é “NOTAS SOBRE SOBERANIA E SOBREVIVÊNCIA A PARTIR DE GIORGIO AGAMBEN” desenvolvido por Lucas Bertolucci Barbosa de Lima e Vinny Pellegrino Pedro. No referido estudo, os autores analisam a forma como Giorgio Agamben determina o que é próprio da política contemporânea. A pesquisa é dividida em três tópicos, sendo eles: a relação entre poder soberano e vida nua a partir de Giorgio Agamben e suas implicações para a filosofia política ocidental; a conceituação da noção de campo como paradigma revelador de uma mudança na metafísica jurídica contemporânea; e o modo como o racismo estatal e o humanitarismo funcionam como anversos que se sustentam no jogo da biopolítica contemporânea.

“HERMES SOBERANO: CONTRIBUIÇÕES DA OBRA HOMO SACER DE AGAMBEN AO ESTADO DE “NATUREZA HERMENÊUTICO BRASILEIRO”, apresentado por Fabricio Carlos Zanin trata da contribuição da obra “Homo sacer” à hermenêutica jurídica.

O tema “O ROBÔ-JULGADOR E A HERMENÊUTICA JURÍDICA” desenvolvido por Elisa Maffassiolli Hartwig tem como objetivo responder a dois problemas de pesquisa: se a tomada de decisões judiciais pelo robô-juiz é possível e se é desejável.

O artigo de autoria de Francisco Fernando Brito de Moura, Gabriel Lucas Viegas e Leandro José de Souza Martins intitulado como “UM CASO POR VEZ: UMA LEITURA DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN A PARTIR DA NOÇÃO ARISTOTÉLICA DE PRUDÊNCIA”, investiga a presença de traços da noção aristotélica de prudência no minimalismo judicial de Cass Sunstein, especialmente as características do juiz minimalista descrito pelo autor estadunidense.

De autoria de Aline Seabra Toschi, apresentado pela mesma, é “A DESLEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O PARADOXO DE ALICE”, que tem como proposta a abordagem da deslegitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito que, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, é considerada como perda da autonomia da Ciência Jurídica.

“UMA APRECIAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE LUHMANN E HART”, apresentado por Débora Simões Pereira, cuja pesquisa discute a evolução do direito e a relação entre este e a moral a partir de um diálogo entre teóricos como Niklas Luhmann e Herbert Hart.

“A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO NATURAL DE TOMÁS DE AQUINO”, é o trabalho de Amin Abil Russ Neto e Clayton Reis. Os autores analisam a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva de Tomás de Aquino, utilizando-se de levantamento bibliográfico, buscam responder qual é a definição de dignidade da pessoa humana segundo o direito natural tomista.

O artigo “FILOSOFIA DO DIREITO: UMA ARGUMENTAÇÃO SOBRE O JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISTAS”, desenvolvido por Severino Alexandre Biasoli, cujo estudo contextualiza uma possível ligação entre a lei e a moral pelos vieses das correntes jusnaturalistas, juspositivistas e neoconstitucionalistas.

Francisco Saldanha Lauenstein é autor do artigo “A FILOSOFIA DO DIREITO EM CIRCUNLÓQUIO”, sendo apresentado pelo mesmo, oriundo de pesquisa em filosofia do direito, dispõe que a gnosiologia mantém métodos cientificistas, que tentam emular métodos

das ciências naturais do séc. XIX, não permitindo que a hermenêutica – Heidegger e Gadamer – seja adotada e desenvolvida como método próprio e adequado, ignorando as consequências da "virada linguística".

"A RECEPÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ÉTICA DE NIETZSCHE POR ZYGMUNT BAUMAN" é o trabalho de Cildo Giolo Junior, Lislene Ledier Aylon e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que se busca identificar a recepção do egoísmo ético nietzschiano na pós-modernidade a partir da obra de Zygmunt Bauman.

Lislene Ledier Aylon apresentou o trabalho "A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSIDER TRADING", elaborado juntamente com Cláudia Gil Mendonça e Manoel Ilson Cordeiro Rocha, em que o referido estudo trata do insider trading - prática repelida no mundo todo e, no Brasil, punida pelas legislações administrativa, penal e cível. Utilizando-se desta última como objeto da pesquisa, os autores descrevem os aspectos gerais do insider trading no Brasil, elencando a responsabilidade civil como combate desta prática.

Ana Débora Rocha Sales explanou em seu artigo "AS METODOLOGIAS ATIVAS NO ENSINO JURÍDICO: APLICABILIDADE NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL", acerca da necessidade de implementação de novas técnicas de ensino que elejam o aluno como agente ativo, objetivando a implementação de metodologias ativas voltadas para a prática pedagógica trazendo a concepção sobre inteligência artificial, seu uso no direito e sua permanência na contemporaneidade.

"AXEL HONNETH E A TEORIA DO RECONHECIMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO" é o trabalho de Daniel Stefani Ribas, oriundo de pesquisa em que o autor, utilizando-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base na legislação brasileira e na doutrina, aponta que a Constituição deve ser observada sob a ótica de Axel Honneth, tendo este como marco social para o Positivismo.

Fabrício Germano Alves e Vitor Cunha Lopes Cardoso são autores do artigo "CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DE DECISÃO: OS JUROS CAPITALIZADOS NAS RELAÇÕES COM O CONSUMIDOR", em que se busca analisar a possibilidade de capitalização de juros pelas instituições financeiras, garantida pela jurisprudência e regulamentos do Conselho Monetário Nacional, face à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos negócios com os entes financeiros.

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

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dra. Sandra Regina Martini – UNIRITTER/UFRGS

O PROBLEMA DA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA EM GADAMER: PRODUTIVIDADE HISTÓRICA E O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.

THE HISTORICAL CONSCIOUSNESS PROBLEM IN GADAMER: HISTORICAL PRODUCTIVITY AND THE EXEMPLARY EXEMPLE OF LEGAL HERMENEUTICS.

Frederico Antonio Lima De Oliveira [1]
Alberto de Moraes Papaléo Paes [2]
Raimundo José Pinheiro dos Santos Junior [3]

Resumo

O presente trabalho possui como objetivo central discutir os temas da Consciência Histórica a partir da Filosofia Hermenêutica proposta por Hans-Georg Gadamer. Partindo da análise da obra homônima a partir de cinco conferências produzidas na França, Gadamer revisita uma temática central que havia sido abordada em Verdade e Método. Nesse sentido, nosso objetivo central é o de contribuir para o processo compreensão de como a interpretação do direito deve ser entendida mais como um tipo de ética do que como um método frio e aplicativo.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Consciência histórica, Gadamer, Produtividade histórica, História do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present work has as main objective to discuss the themes of Historical Consciousness from the Hermeneutic Philosophy proposed by Hans-Georg Gadamer. Starting from the analysis of the homonymous work from five conferences produced in France, Gadamer revisits a central theme that had been addressed in Truth and Method. In this sense, our main objective is to contribute to the process of understanding how the interpretation of law should be understood more as a type of ethics than as a cold and applied method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Historical consciouness, Gadamer, Historial productive, Law history

---

[1] Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela PUC-SP; Professor do PPGDF-UNAMA. Promotor de Justiça. Pesquisador do GEPHC-UNAMA.

[2] Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Professor Universitário (UNAMA - UNINASSAU), Pesquisador do GEPHC-PGDF.

[3] Mestrando em Direitos Fundamentais pelo PPGDF (UNAMA), Especialista em Direito Administrativo, Advogado.

1. Introdução: mitos e equívocos na leitura de Verdade e Método.

A Obra Verdade e Método possui um caráter paradigmático para a compreensão de que a verdade na ciência foi aprisionada pela concepção metódica de mundo atribuída pela racionalidade clássica do Iluminismo. O Prefácio à Segunda edição da obra demonstra alguns dos desafios que ela enfrentou ao longo dos seus primeiros anos, sendo necessário, por parte de Gadamer (2015, p. 14) que sua real intenção sempre foi uma do tipo filosófica, não pretendeu prescrever um comportamento ideal que consentisse para o acontecer da compreensão, alega ele que "o que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece" (GADAMER, 2015, p. 14).

Nesse sentido, seu argumento principal é o de que a experiência das ciências humanas, enquanto produto da história, deveria a aproximar mais da experiência da arte do que do rigor metódico pretendido pelas ciências naturais (GADAMER, 2015, p. 15). Isto, por oportuno, não configura uma negação da necessidade de atribuição de uma metodologia mais afeta às ciências naturais no âmbito da compreensão das humanidades. De fato, Gadamer (2015) parece apenas manter o argumento de que a pergunta "como é possível o conhecimento" comporta tanto o diagnóstico de que ele é um produto da sensibilidade humana na descrição dos fatos naturais quanto a noção de que a existência é mediada pelos modos de expressão de um *dasein* (GADAMER, 2015, p. 15-6).

Haveria a necessidade de entender como as diversas representações de mundo, que são percebidas subjetivamente, passam a constituir um modo de acesso universal do mundo (GADAMER, 2015, p. 17). Nessas ocasiões importa dizer que ainda que existam críticas que pretendam reduzir a hermenêutica num subjetivismo aporético, Gadamer (2015) demonstra que é possível sim defender uma universalidade hermenêutica do acesso ao conhecimento. Não é difícil pensar nisto a partir de exemplos paradigmáticos que ocorrem no âmbito da investigação jurídica, considerando que os debates no direito se entrelaçam num ir e vir de alternâncias e equivalências quase infinitas.

Caso se pretenda contextualizar basta observar que o Supremo Tribunal Federal se posicionou por duas vezes com argumentos diferentes acerca dos Habeas Corpus impetrados pelos ex-presidente Lula no âmbito das investigações na Operação Lava-

Jato. Num primeiro momento a tese levantada pelo Ministro Luiz Fux aduziu que o Juízo da Vara Federal de Curitiba era incompetente tanto material quanto territorialmente, pois considerou que os crimes cometidos não diziam respeito a Petrobrás e sim a Transpetro. De outra sorte, aduziu que os crimes cometidos teriam ocorrido em Brasília e no Rio de Janeiro, logo não poderiam ser julgados em Curitiba. Tal tese foi adotada pela maioria dos Ministros do Supremo para que fosse anulada a decisão prolatada pelo Juízo e mantida pelo Tribunal *a quo*.

Poucos meses depois o mesmo Supremo Tribunal Federal, noutro Habeas Corpus, passou a entender que a questão era mais grave do que esta. Partindo da argumentação do Ministro Gilmar Mendes o argumento da incompetência deveria ser substituído pelo argumento da suspeição do Juízo. Ainda que os efeitos sejam, formalmente, os mesmos (geram a anulação da demanda), o Ministro considera que a suspeição trata de um tipo de violação mais grave do que a primeira, pois vai de encontro com a garantia de princípios gerais do direito público e do próprio Estado Democrático de Direito. Ainda, se se considerar que antes das eleições de 2017 estes mesmos Ministros sequer cogitavam a possibilidade de anulação do processo.

Ainda que nós, brasileiros, tenhamos utilizado Gadamer (2015) como ponto de apoio para defender a tese de que a interpretação jurídica deveria se desvencilhar do caráter dogmático da aplicação subsuntiva e formalista, ele próprio nunca teve formação ou treinamento jurídico para abordar a questão da interpretação jurídica de modo diferente (GRONDIN, 2017, p. 49), tendo se limitado em escrever um capítulo acerca do tema com a finalidade exclusiva de demonstrar que realizar interpretação jurídica é, ao mesmo tempo, uma aplicação e uma tomada de consciência sobre a produtividade histórica e o papel da história na hermenêutica (que ele próprio defende ao longo da obra).

Nesse sentido, o presente artigo tem como pretensão central demonstrar em qual contexto Gadamer (2004) propõe o significado da tomada de uma Consciência Histórica e os problemas enfrentados a partir dela. O propósito do estudo é o de compreender qual o papel que esta Consciência contribui para construção da Consciência Hermenêutica do Verdade e Método. Ao fim, pretendemos, também, efetuar a ligação feita no capítulo no qual Gadamer (2015) discorre sobre os problemas da Interpretação Jurídica buscando demonstrar as falhas do objetivismo histórico através da crítica a Emilio Betti. Com isso, talvez seja possível mensurar de modo mais claro o que significa, para Gadamer (2015) o real propósito da Hermenêutica Jurídica.

2. Gadamer e os Problemas da Consciência Histórica.

A história não seria uma narrativa das certezas? Ainda há espaço na metodologia da história (e, especificamente, na história do direito) para realizar uma reflexão mais profunda sobre qual narrativa adotamos, qual mentalidade assumimos e sobre quais consequências enfrentamos? A história é fluxo, o tempo histórico é continuidade. Porém, cada um dos fatos que possam ser, eventualmente, apresentados pode passar pelo crivo da crítica de leitores diferentes da história recente do país[1]. Esta constatação, este simples fato, inclina, também, a recolocar o Problema da Consciência Histórica. Decerto esse não é um tema novo, porém meu questionamento é no sentido de refletir sobre a sua atualidade e seus efeitos numa proposta de revisão das teorias do direito que são usualmente tomadas como pressuposto para qualquer debate jurídico[2].

Gadamer (2004) apresenta o conceito de Consciência Histórica partindo do pressuposto de que a interpretação é uma categoria elementar para acesso ao conhecimento histórico (p. 19). O argumento central é o de que por trás de toda ação humana sempre existe um interesse recôndito, logo, a função da análise da narrativa histórica é compreender esse processo de (de)formação da história (GADAMER, 2004, p. 19). É inegável que Heidegger (2005) também assume essa premissa, de fundamento Nitzecheano, acreditando que não existem fatos, apenas interpretações. Desse modo, Heidegger (2005) pretende apresentar-nos a insuficiência da metafísica clássica e propor-nos uma perspectiva mais radical da fenomenologia husserliana (GADAMER, 2004, p. 39).

De acordo com Gadamer (2004) "Husserl fez o retorno á esfera das vivências um tema de pesquisa absolutamente universal, superando assim o ponto de vista que se limitava á problemática puramente metodológica das ciências humanas" (p. 39). Mais à frente ele conclui "as ciências humanas e as ciências da natureza devem ser

---

[1] Ainda sobre este tema é sintomática a problemática da Consciência Histórica quando o atual Governo argumenta pela releitura do Golpe de 1964, ou pela releitura do Nacional Socialismo (Alemão) como movimento de esquerda. São tentativas de recontar a história relativizando determinadas certezas através de uma crítica que é, quase sempre, uma retomada de argumentos populistas e muitas das vezes pré-conceitual negativo (direcionado por alguma ideologia).

[2] Notadamente a partir da dualidade a) Teorias que negam qualquer tipo de interferência entre Direito e Moral e; b) Teorias que aceitam conexões necessárias ou contingentes entre Direito Moral; será possível desenhar um quadro teórico no qual estão incluídas diversas Teorias diferentes que são discutidas hoje pela academia brasileira. Importante salientar que há uma grande inclinação da tradição brasileira para assunção de uma forma de positivismo que, hoje, começa a rever suas estruturas basilares.

compreendidas a partir da intencionalidade da vida universal" (GADAMER, 2004, p. 39). Voltar esse tipo de compreensão às coisas (o ente subsistente) transforma-se numa forma mais originária de realizar o *Dasein*. Isso pode ser chamado de um peso ontológico da observação heideggeriana.

De fato, Gadamer (2004) se apropria do discurso heideggeriano para lançar uma questão de método. Nas conferências anteriores, além de refutar a aproximação necessária entre uma metodologia das ciências naturais para objetivação das ciências do espírito (através da indução) (p. 17-26); ele também procura demonstrar como a apresentação de uma metodologia a partir da perspectiva Diltheyana é falha (GADAMER, 2004, p. 27-38). Desse modo, o que ele aproveita de Heidegger não são (pelo menos não nesse momento de sua produção) os problemas de matriz filosófica do pensamento heideggeriano. Sua preocupação central são os efeitos dessa proposta na compreensão da Consciência Histórica.

De acordo com Gadamer (2004)

> "Ao reconhecer o tributo que o saber histórico paga á estrutura projetiva do ser-aí, ninguém sonharia em colocar em dúvida os critérios imanentes do que chamamos de conhecimento. O conhecimento histórico não é nem uma espécie de projeto, no sentido do planejamento, nem a extrapolação de finalidades visadas, nem ainda uma disposição das coisas de acordo com a boa vontade, com preconceitos vulgares ou com as sugestões de algum tirano; o conhecimento histórico é, ao contrário, uma *mensuratio ad rem*". (GADAMER, 2004, p. 42).

A teoria da história não pode ser reduzida a uma psicologia, a apreensão da história como uma ciência do entendimento não pode subsumir que a relação sujeito-objeto, partindo da possibilidade de produção de sentido de maneira intencional, dependa de uma ocorrência do "ser" como um fenômeno que se dá dentro do sujeito. Como se não existisse uma separação entre sujeito e objeto e ambos ocorressem dentro do sujeito. Na verdade, o problema apresentado por Gadamer (2004) diz respeito ao rompimento heideggeriano com a lógica husserliana, pois para o primeiro não é só a ocorrência que media (e modula) o fenômeno, e sim sua historicidade.

Somente podemos falar de história porque somos seres históricos, nesse sentido, o *dasein* humano, sendo mundano, constrói pontes entre expectativas e esquecimentos e, somente nesse limbo, que se torna capaz de trazer o passado a vida (GADAMER, 2004, p. 43). Se a questão é saber como as expectativas e os esquecimentos

condicionam o resgate do passado por parte do investigador, compreende-se, portanto, a noção de simpatia: eu compreendo o porque de Javert acreditar num conceito positivo de Justiça Legal sendo simpático ás experiências empíricas constitutivas desses juízos (porque acredito na eficácia das leis, no processo legislativo, na autoridade legal, ou, na ideia de direito como justiça).

Não é esta a perspectiva própria da história lançada por Gadamer (2004). Não deve a história se preocupar com a simpatia, mas sim com o pertencimento (p. 43). Para ele "'pertencimento' à tradição não é menos originariamente e essencialmente constitutivo da finitude histórica do ser-aí do que o fato de este ser-aí encontrar-se sempre em um projeto em direção as suas possibilidades futuras" (GADAMER, 2004, p. 43). Não há, em conclusão, uma separação estanque entre sujeito e objeto, pois, na medida em que o *dasein* lança mão da pergunta "o que é algo?", ele já possui domínio sobre um modo de ser do "ser" do "algo". Nesta perspectiva

> "Sobre esse ponto, Heidegger sublinha com razão que os dois momentos do 'ser-lançado' (*Geworfenheit*) e do 'pro-jeto' (*Entwurf*) devem sempre ser pensados conjuntamente. Desse modo, não existe nenhuma compreensão ou interpretação que não ponha em jogo a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo quando a intenção do sujeito do conhecimento é restringir-se a uma leitura puramente 'literal' de um texto ou deste ou daquele evento" (GADAMER, 2004, p. 43).

Por conta disto a problemática do pertencimento acaba se tornando a própria tarefa da hermenêutica e Gadamer (2004) acredita que nesse excesso reside a chave para compreender a relação entre a metodologia das Ciências do Espírito com a Hermenêutica da Faticidade[3], asseverando que "os vínculos concretos que representam uma moral ou uma tradição, (...), as condições históricas concretas, (...), definem o que se põe em marcha no interior da compreensão própria das ciências humanas" (p. 44). Essas condições históricas concretas podem, também, ser entendidas como faticidade, o

[3] Para Grondin (2008), "a Faticidade designa aqui a existência concreta e individual que inicialmente não é para nós um objeto, e sim uma aventura na qual somos projetados e para a qual podemos despertar de maneira expressa ou não" (p. 38-9). Hermenêutica "da" Faticidade pode, também ter um duplo sentido (genitivo objetivo ou subjetivo), ela pode significar (pela influência de Dilthey, Husserl e Kierkegaard em Heidegger), e, consequentemente, de que o objeto da filosofia são as existências enquanto "seres hermenêuticos" (GRONDIN, 2008, p. 39); de outra sorte ela pode significar, também, que tal interpretação deve ser efetuada pela própria existência, ou seja, pelo filósofo que nunca poderá compreender a totalidade das existências, mas sempre coexistirá com seus modos fáticos de expressão atribuindo-lhes seu significado modal, daí a expressão *Dasein* (GRONDIN, 2008, p. 40).

que, em última *ratio*, significa que o *dasein* é medidado pela sua historicidade e sempre limitado pela sua faticidade

> "A importância de uma doutrina existencial como a do 'ser-lançado' – *Geworfenheit* – consiste precisamente em mostrar que o ser-aí que se projeta em direção ao seu futuro "saber ser" é um ser que, desde sempre, já foi, de modo que todo o seu livre comportar-se se choca e se detém na faticidade de seu ser. Aqui encontramos portanto, em oposição à pesquisa da constituição transcendental da fenomenologia husserliana, o ponto crucial de uma 'hermenêutica da faticidade' (Heidegger). Esta última é plenamente consciente de ser inevitavelmente precedida por aquilo mesmo que lhe dá a possibilidade de ter um pro-jeto, pro-jeto que, portanto, só pode ser um pro-jeto finito" (GADAMER, 2004, p. 44).

A grande contribuição da Hermenêutica da Faticidade para a investigação histórica é a necessidade de um constante diálogo entre as partes com a sua tradição. Não se pode negar a existência e o pertencimento a uma tradição, não se pode acreditar que qualquer tipo de saber produzido pelo homem deixa de integrar, por assim dizer, a tradição. A Consciência Histórica não seria mais vista como uma revolução no pensamento hermenêutico ou na ciência histórica, mas sim, como uma ferramenta do acontecimento apropriante em Heidegger "trata-se de se familiarizar com o papel que a tradição desempenha no interior do comportamento histórico, e indagar sobre a sua produtividade hermenêutica" (GADAMER, 2004, p. 45).

Fica claro, portanto, o problema lançado pela Hermenêutica no campo da investigação histórica: "que sentido se deve dar ao fato de que uma única e mesma mensagem transmitida pela tradição seja (...) apreendida sempre de maneira diferente, isto é, em relação à situação histórica concreta daquele que a recebe?" (GADAMER, 2004, p. 48). De fato, se assumirmos a ideia de pertencimento e a historicidade do "*dasein*" uma espécie de relativismo pode recair sobre a leitura histórica. Porém, para Gadamer (2004) o que se perdeu, aqui, não foi a capacidade de interpretar universalmente a história, mas, simplesmente, a noção de que para fazê-lo é necessário assumir um tipo de conhecimento fora da "*epistéme*" das Ciências e recorrer a "*Aretê*", especificamente em Aristóteles quando argumenta ser a preocupação do estagirita o interesse em descobrir o "exato papel que deve assumir a razão em todo comportamento ético" (p. 48).

A distinção entre o saber ético e o saber natural é colocada como o ponto de partida para afirmação de que Aristóteles teria superado a concepção metafísica de ética

(voltada para o bem e para o *logos*) platônico-socrática (GADAMER, 2004, p. 49). Se de um lado o comportamento humano deve ser compreendido pelas regras da razão e não pode agir mau aquele que conhece o caminho do bem, não parece adequado que o método de investigação da natureza seja o mesmo para compreender o comportamento humano pois no primeiro caso temos o mundo das certezas e da estabilidade e no segundo estamos lidando com os juízos humanos que delimitam o sentido das condutas do ser ético. Este é o ponto de partida aristotélico para restituição do papel da razão na ética, nesse sentido

> "A distinção estabelecida por Aristóteles entre o saber ético da *Phronesis* e o conhecimento teórico e 'científico' da *Epistéme* é particularmente clara quando lembramos que é o ideal das matemáticas que representa 'ciência' aos olhos dos gregos. A ciência, quer dizer, o conhecimento do imutável, é um conhecimento fundado na demonstração e, por consequência, algo que todos podem 'aprender'. Opor a esse conhecimento teórico o conhecimento ético é algo fácil. É evidente que, à luz dessa distinção, as ciências humanas são consideradas 'ciências morais'. Seu objeto é o homem e o que ele sabe de si mesmo. Esse saber que o homem tem de si mesmo lhe diz respeito, desde logo, como um ser atuante; portanto não visa, de modo algum, à simples constatação do que é. Pelo contrário, relaciona-se ao que não é sempre como é e que pode também ser diferente do que é neste ou naquele momento. Somente nas coisas que são desse modo pode a ação humana intervir". (GADAMER, 2004, p. 49-50).

Qual seria, desse modo, a diferença entre o conhecimento prático de um artesão e o conhecimento ético do ser ético? Decerto, o ofício do artesão (*Techné*) pode ser ensinado e passado adiante como um modo correto, ou, adequado para agir em determinadas condições quando se está diante de uma ação prática e concreta. Melhor explicado, eu posso aprender como se confecciona um bolo tendo acesso à lista de materiais essenciais para bater a massa, o tempo de descanso, cozimento, etc.; porém, eu só saberei como misturar adequadamente os ingredientes, a cor, o cheiro, a modo como a faca deve estar quando retirada do bolo, etc, quando eu tiver dominado a arte da confecção por completo. Imagine que na receita o tempo de cozimento é passado como de cinquenta minutos, porém, num forno industrial esse tempo diminui e num fogão á lenha aumenta. Eu só saberei o momento exato de tirar o bolo do forno se eu dominar a *techné*. Logo, parece que a ética também deve se fundar numa experiência prática, como leciona Gadamer (2004) "é sempre indispensável que a consciência moral seja dirigida por um saber prévio" (p. 51). Daqui surge a urgência em separar a *Techné* da *Aretê*.

O conhecimento ético, segundo Gadamer (2004) é diferente da arte ou ofício do artesão por pelo menos três motivos distintos, sendo eles elencados da seguinte maneira: a) uma técnica pode ser esquecida, todavia o saber ético não se aprende nem se esquece (p. 51); b) a finalidade e os meios do conhecimento ético são totalmente diferentes as do conhecimento técnico (p. 54) e; c) a ética não é um apenas um "saber para si" como é a técnica, ela constituí um conjunto de saberes que são voltados para a totalidade da compreensão da ética (p. 56). Por esses motivos nos é possível distinguir a ética da técnica e Gadamer (2004) busca fornecer um desenho de um esboço hermenêutico que considera o mais adequado para ligar o conhecimento ético na análise e compreensão da história e esse é o ponto que mais nos interessa na presente pesquisa. No tocante ao papel da hermenêutica e sua posição em relação a aplicação, Gadamer (2004) busca elucidar como a compreensão ética de Aristóteles deve ser colocada lado a lado com a hermenêutica ponderando que

> "se lembrarmos da maneira aristotélica de abordar o fenômeno ético e o tipo de 'saber' que lhe é inerente, fica claro que dispomos de um modelo excelente para orientar a nossa elucidação da tarefa própria à hermenêutica. Também na hermenêutica, tal como em Aristóteles, a 'aplicação' não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente á compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica. 'Aplicar' não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito que se ocupa" (GADAMER, 2004, p. 57).

A noção de um objetivismo em matéria historiográfica se torna uma tentativa fútil de levar a história a um patamar de rigor técnico pretendido pelas ciências na modernidade (iluminista). Se for correto que consciência ética deve ser, ao mesmo tempo, conhecimento ético (pois visa uma generalização racional do comportamento moralmente aceitável) e ser ético (pois visa a especificação das ações práticas tomadas pelo homem a partir do que é racionalmente eleito como comportamento moralmente aceitável), o mesmo se pode dizer da consciência histórica (que é, desse modo, ao mesmo tempo, conhecimento histórico e ser histórico) (GADAMER, 2004, p. 58). A relação de pertencimento se torna, desta feita, o mediador entre saber e a substância da moralidade. O que o romantismo alemão e os hermeneutas modernos como

Shcleiermacher e Dilthey fizeram foi, basicamente, demonstrar a insuficiência do objetivismo através da análise da circularidade hermenêutica entre parte e todo (GADAMER, 2004, p. 58). Nesse sentido, a noção de que um texto pertence a uma tradição varia de sentido quando se observa que um texto pertence, por exemplo, a um determinado gênero literário (e deve ser compreendido como parte de um todo) e, ao mesmo tempo, escrito por alguém com uma intenção e uma historicidade.

Essa constatação é o trunfo heideggeriano sobre a empresa hermenêutica lançada pelo giro pós-shcleiermacheriano. Para a filosofia hermenêutica tanto o projeto lançado pelo interprete quanto a própria historicidade do objeto (e, por que não, do próprio sujeito) constituem a antessala da compreensão, desse modo, objetividade é a tentativa de confirmação de uma antecipação (metodologicamente estruturada a partir de hipóteses de investigação). Não parece esse o caminho adequado para compreensão da história, portanto, "uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva ás origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora (...) a atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas próprias opiniões" (GADAMER, 2004, p. 63).

O problema ontológico em Heidegger diz respeito ás antecipações que fazemos no ato de tentar ler a história, se pretendemos realizar uma investigação objetivamente neutra recairemos na impossibilidade de deixar de antecipar algo (por conta da nossa mundanidade) no ato de interpretar a história (GADAMER, 2004, p. 64). O grande trunfo do saber ético/ser ético na analise da história reside na constatação da necessidade de uma consciência prévia que dirija e controle os projetos e antecipações que fazemos no ato de interpretar, e essa pré-consciência não pode se dar ao luxo de ser afetada por interesses individuais recônditos do intérprete, ou observações desconexas da tradição em que se insere o sujeito (GADAMER, 2004, p. 64-5). Aqui podemos constatar que, no tocante á concepção ética de Gadamer (2004), existe uma abertura para o reconhecimento do "outro-histórico" e das diversas micro-histórias na narrativa da modernidade quando ele assevera

> "é indispensável que a consciência se dê conta de seus preconceitos seculares e de suas antecipações correntes. Sem essa 'purificação', a luz que recebemos da consciência histórica é turva, inoperante. Sem ela, nossos conhecimentos acerca do historicamente 'outro' não são mais do que simples reduções. Um procedimento cognitivo que envolve preconceitos ou antecipações, ideias preconcebidas sobre o método e sobre o que 'deve' ser um dado histórico, nivela a

> experiência e conduz inevitavelmente a uma tradição do que é especificamente 'outro'" (GADAMER, 2004, p. 64-5).

Se a história pode, então, tomar como pressuposto que é a abertura para o "outro histórico" que possibilita assumir um compromisso com a Consciência Histórica, então, é correto também afirmar que a narrativa jurídico-política também deve considerar fazê-lo. Esta é a hipótese guia da nossa pesquisa. Contar a história do direito moderno, e do direito brasileiro, consequentemente, não deve ser apenas narrativa e comprovação da existência ou não de determinados fatos; de como, onde, ou, por quê ocorreram. Contar a história do direito deve pressupor que não existe apenas uma visão sobre os fatos históricos considerados em si, e que cada uma delas expressa um modo de ser da história pela própria historicidade do sujeito (historiador). Lançando mão de seus projetos e antecipações, o historiador do direito, também deve pressupor uma pré-consciência de pertencimento á tradição (da sua narrativa) e reconhecimento das outras perspectivas e leituras das pessoas que participam ativamente da construção da história.

3. O Interesse de Gadamer pela Hermenêutica Jurídica.

De acordo com Grondin (2017) apesar de Gadamer não possuir nenhum treinamento na Hermenêutica Jurídica ele demonstra um interesse pelo tema em momentos específicos de sua produção acadêmica, a exemplo um Capítulo de sua grande obra "Verdade e Método", intitulado: "O Caráter Paradigmático da Hermenêutica Jurídica" e, como apêndice no "Verdade e Método II" o título "Hermenêutica e Historicismo" (p. 48-50). Nestes textos é possível encontrar duas coisas muito curiosas: a) um debate muito profícuo entre Gadamer e Emilio Betti, e; b) um campo profícuo para uma forma de discussão empírica (ou, normativa) do que Gadamer defende acerca do que é a Hermenêutica (ou, como ela deveria ocorrer).

Sistematizando o debate entre os autores é possível arguir que enquanto Emílio Betti propõe uma separação entre o ato de cognição e recognição (como caráter primário da interpretação) e a sua eventual aplicação (caráter secundário e normativo); Gadamer, por sua vez, entende que não é possível dissociar cognição de aplicação, na verdade, qualquer tentativa de interpretação, por si só já é uma forma de aplicação (GRONDIN, 2017, p. 49). Betti, sendo um objetivista, também acredita que a função da Hermenêutica é a determinação metodológica da compreensão de sentido, já Gadamer

acredita que esse caminho metódico reduz a experiência das Humanidades com a Verdade e, especificamente no Direito, com a Justiça (GRONDIN, 2017, p. 50). Ainda, admitindo Betti que a proposição de Gadamer é uma forma de subjetivismo o resultado disto é a relativização da interpretação e a consequente assimilação da arbitrariedade.

Levantados os pontos centrais do debate é possível, então, começar a exposição dos argumentos que são utilizados por Gadamer (2015) a fim de demonstrar este caráter paradigmático da Hermenêutica Jurídica. Para Gadamer (2015) é possível se falar em três tipos de interpretação: a) cognitiva (que diz respeito a tarefa de determinação epistemológica de sentido usualmente atribuída à filologia e a história); b) normativa (que diz respeito ao fornecimento de standarts de atuação para um caso particular usualmente aplicada no Direito e na Teologia) e; c) reprodutiva (que diz respeito a passar a mensagem para um público específico usualmente atribuída a "interpretação" artística) (p. 482). Ao refletir sobre essa distinção Gadamer (2015) pondera que a corrente objetivista aduz que a atividade do Historiador do Direito se diferiria da do Juiz na medida em que o primeiro parece atuar na interpretação cognitiva perfazendo uma atividade teórico-contemplativa enquanto que o segundo acresceria a isto a conotação normativa para decidir um caso concreto (p. 482), isto, porém, na perspectiva dele, não é correto.

Por pelo menos três razões distintas, não é correto afirmar que o historiador do direito não interpreta normativamente e que, portanto, está distante do horizonte da aplicação, porque: a) o historiador do direito não pode entender a lei sem compreender seu possível campo de aplicação; b) o historiador que reflete a lei do passado está consciente das transformações históricas que os contextos legais sofreram, ainda, estas transformações devem ser levadas em consideração na interpretação dos textos legais; c) o historiador do direito não consegue interpretar a lei do passado privado de suas próprias expectativas pessoais e do seu senso pessoal de justiça quando da análise que pretenda fazer (GADAMER, 2015, p. 482-5). Além do mais, a Hermenêutica Jurídica é capaz de demonstrar como a História Efeitual se produz nas humanidades respondendo ao Relativismo e a Aporia do Historicismo.

Acerca deste tema é importante salientar que através da Hermenêutica Jurídica a produtividade do passado se apresenta de modo claro quando se observa que a lei do passado não é uma simples letra morta e que é perfeitamente aplicável ao presente (GRONDIN, 2017, p. 56). Ao mesmo tempo, a decisão de um Juiz de hoje, baseada numa lei do passado não deve se transportar *ipsi literis* ao contexto de criação, ou

formulação da Lei, pois a aplicação sempre é dirigida ao presente (GRONDIN, 2017, p. 56). Por fim, e este talvez seja um dos argumentos mais importantes para a presente pesquisa, a preocupação com o presente somente é possível pelo trabalho produtivo da história que veio construindo uma linha geral de teses, interpretações e decisões prudentes acerca daquele determinado assunto ao qual a Lei se refere, o que torna, a interpretação jurídica não numa questão de simples método ou ciência, tampouco, uma vara arbitrária (GRONDIN, 2017, p. 56).

Esta "virada ética" justificaria o fato de as decisões jurídicas se alternarem dentro de uma análise mais alongada e detida sobre a história geral, na medida em que uma decisão do presente deveria partir das decisões passadas acerca daquele tema, frise-se das decisões prudentes tomadas pelos Juízes naquele assunto (GRONDIN, 2017, p. 57). Ora, se isto é verdade, então significaria dizer que quando Kelsen (2006) visa afastar o subjetivismo de modo radical da interpretação jurídica e não consegue responder definitivamente como construir uma neutralidade científica no ato de interpretar o direito, Gadamer (2015) consegue responder que não é uma questão de afastar radicalmente o subjetivismo, mas, afastar o intencionalismo no ato de decidir. Melhor dito, para alguns Juízes a resposta já surge antes mesmo do conhecimento efetivo dos fatores determinantes da verdade e da interpretação no caso, seu trabalho, portanto, seria o de fornecer justificativas para validar seu entendimento acerca daquele assunto. Nesse sentido, tanto objetivistas quanto gadamerianos concordariam que o Juiz deste caso agiu incorretamente e que o produto de sua interpretação é viciado.

O que os objetivistas denominam de subjetivismo e Gadamer (2015) nada mais é do que a compreensão de que o tanto o conhecimento humano é histórico e historicamente determinado quanto o sujeito é produto e produtor de sua própria historicidade. Isto, porém, não é necessariamente uma condenação para o relativismo na medida em que a própria história nos fornece linhas gerais de atuação guias para interpretação prudente de ações, fatos, eventos, e casos jurídicos. Não parece que o diagnóstico kelseniano esteja desconsiderando, pelo menos não *a priori*, o fato de que o direito, enquanto ciência humana (ou, do espírito), seja historicamente determinado. Muito pelo contrário ele é plenamente consciente de que o Direito é uma Ciência Humana, porém, Kelsen (2006) é fortemente influenciado pelo neokantismo da Escola de Baden, pela tradição cientificista da hermenêutica pós-dilthey e pela virada linguística na filosofia da primeira fase de Wittgenstein (MARTINS, 2016).

Mesmo que isto não esteja expresso em sua obra sua própria historicidade poderia contribuir para fornecer uma luz sobre sua perspectiva acerca da interpretação jurídica e demonstrar como Gadamer (2015) faz muito sentido. Em tendo sido voto vencido no debate acerca da não recepção do crime de bigamia pela Constituição Austríaca de 1929, Kelsen (2006) acusa os juristas de contaminarem o direito com uma interpretação subjetiva e por isso aduz no prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito que o a Ciência do Direito necessitava de uma metodologia que a elevasse a natureza de uma autêntica Ciência do Espírito. Ou seja, é possível encontrar na produtividade histórica do sujeito Kelsen os motivos que o levaram a entender que a interpretação jurídica deveria ser uma atividade mais objetiva e menos subjetiva (na verdade o fenômeno jurídico como um todo).

Outrossim, também não há uma indicação clara na obra kelseniana de que é impossível a um Juiz se socorrer de uma decisão passada, ou de Juízos Prudentes para resolver um determinado caso concreto. Na verdade, não há uma preocupação em se estabelecer um método exclusivo para as respostas jurídicas, há sim uma preocupação epistêmica de que a resposta seja válida. Assim, Gadamer (2015) consegue iluminar a questão respondendo ao objetivismo de Emilio Betti e ajudando a demonstrar que o próprio Kelsen (2006) pode ser reconduzido a uma luz na qual o senso comum, produzido no presente como História Efeitual nos capacita a dar conta de decisões de casos que não estão perfeitamente descritos na norma jurídica, na lei, sem com que nos coloquemos em posição externa aos limites da moldura interpretativa.

4. Conclusões.

A partir da exposição feita na presente pesquisa é possível concluir que as conferências de Gadamer (2004) acerca da Consciência Histórica nos levam a ideia de que o conceito de história deve ser reconsiderado a partir da crítica metódica levantada no Verdade e Método (2015). Não é mais possível dizer que História deve ser entendida como um cálculo aritmético que pressupõe sempre clareza analítica e exatidão matemática. Não se pode mais compreender que os fatos históricos são sempre descritos sem a participação ativa da subjetividade do historiador, considerando que a consciência parte, na verdade, de uma suspeita de que por trás de toda narrativa histórica reside algum tipo de ideal.

Não parece incorreto, portanto, remontar ao modo pelo qual a hermenêutica moderna pretendeu descrever a História como algo que deveria ser considerado desde Schleiermacher, Dilthey e Heidegger até que seja possível compreender que: a) a tentativa de esvaziamento do objeto da Hermenêutica por meio da concepção metódica desabilitou a produção de um sentido inteiro da experiência da verdade; b) a retomada crítica radical da filosofia da existência a partir de Heidegger e Husserl nos habilitou a separar história de historicidade e temporalidade; c) como consequência nos tornamos seres conscientes de nossa própria historicidade e do modo pelo qual ela se reproduz na Filosofia.

Para Gadamer (2004) portanto, a alternativa para que se tenha acesso ao "outro" histórico presente nas narrativas e, ao mesmo tempo, se procure uma universalidade hermenêutica condizente com o fenômeno da compreensão é necessário o recurso a ética aristotélica, em especial à noção de Prudência. Este tema, que apesar de merecer um tratamento mais robusto não foi o caso da presente pesquisa, demonstra que as narrativas existentes no conjunto de obras da história são narrativas humanas que pressupõem o pertencimento a uma tradição na qual foram produzidas. Este pertencimento histórico deve ser uma das linhas condutoras para sua compreensão.

De um modo geral, a postura prudencial em matéria de história, assume que a realização de uma investigação por parte do historiador assume que ele não pode projetar para o passado suas expectativas de encontrar, numa feliz ideia, a resposta para problemas do presente. Do mesmo modo, não pode ele abrir mão de suas projeções para que o passado lhe possa aparecer vivo no presente. O Passado possui uma produtividade ativa no presente, pois é através de sua compreensão que conseguimos contextualizar os eventos.

Vale a pena uma metáfora do que significa esta produtividade a partir de uma história. Certa vez um carroceiro, que havia sido atropelado por um carro em alta velocidade que atravessou um cruzamento, perdendo sua égua e seu cachorro que estavam consigo na carroça, foi questionado pelo advogado do réu no processo de indenização por danos morais e materiais. Ambos concordavam no pagamento de uma indenização por danos materiais para o carroceiro, autor da ação, porém discordavam sobre a necessidade do pagamento de uma indenização por danos morais. O argumento do réu era o de que, momentos após o acidente, quando questionado pelo policial que atendeu ao chamado se estava bem, o autor da ação teria dito que sim.

O Advogado, insistentemente, tentava fazer com que o autor da ação respondesse uma pergunta formulada na forma de “sim ou não”, repetindo: “então não é verdade que o senhor respondeu ao policial que estava bem?”. E toda vez o carroceiro respondia tentando contar uma história. Até que o Juiz do caso os interrompeu dizendo que o carroceiro não estava se negando em responder a pergunta, apenas estava tentando o fazer por meio de uma história, uma narrativa. Feita esta consideração o Juízo deliberou que o autor da ação poderia responder a pergunta do jeito como se sentisse mais confortável. Então, ele começou a contar sua história.

Ele contou que estava trafegando numa via tranquilamente em sua carroça puxada por sua égua e com seu cão no colo. Quando chegou próximo ao cruzamento reduziu a velocidade, olhou para os dois lados e atravessou, porém, foi surpreendido com o baque brusco e violento de um veículo que apareceu do nada em alta velocidade. Sua próxima lembrança era a de estar voando no ar e procurar seu cachorro enquanto flutuava. Ele foi arremessado por metros de distância e acha que ficou alguns minutos inconscientes até ouvir o barulho das sirenes se aproximando do local do sinistro.

Com a visão meio turva e sem conseguir se mexer por estar em estado de choque e com dor extrema ele disse que se lembrava de ver a silhueta do policial se dirigindo até sua égua que agonizava. Sofrendo com muitas dores e agonizando o policial teve compaixão para o animal, sacou sua pistola e lhe desferiu dois tiros na cabeça, aliviando seu sofrimento. Depois de caminhar por mais uns metros à frente, ele encontrou o cachorro com as vísceras de fora e ainda tentando rastejar até o colo do dono. Novamente, num ato de misericórdia ele dispara contra a cabeça do cão a fim de lhe aliviar o sofrimento.

Por fim, ele se dirigiu ao carroceiro. Então, lhe perguntou: “O senhor está bem?”. A resposta dada foi enfática: “Sim! Sim! Estou bem!”. Nesse contexto, a resposta “Sim, estou bem”, não significa “acredito que não deva ser indenizado por danos morais considerando que me sinto bem em relação a ter sido atropelado e perdido meu cão, minha égua e minha carroça”. Na verdade a resposta “Sim, estou bem”, apenas significa: “por favor, não me mate também”. O argumento do advogado do réu é um argumento sem consciência histórica cheio de precipitações e aporias acerca do real sentido da fala do autor da ação.

Para Gadamer (2015) os Juízes, de um modo geral, partem do pressuposto de que são a última fronteira da história no ato de delimitação e compreensão de como se deve aplicar uma lei num determinado caso. Este argumento não é inteiramente

verdadeiro na medida em que eles devem compreender que fazem parte de um processo historicamente construído e em construção. Há um encadeamento de eventos que se autodelimitam e se autoproduzem. É impossível dizer que uma decisão do presente se sustenta sem nenhum recurso ao passado. As decisões jurídicas são um exemplo paradigmático da produtividade histórica do passado no presente. Há espaço para consideração que ele defende, numa perspectiva diferente, aquilo que a Teoria do Direito denomina de Romance em Cadeia. Este, porém, é um tema para outra oportunidade.

5. Referências Bibliográficas.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Textos adicioais e notas Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

AUBENQUE, Pierre. *La Prudencia en Aristóteles*. Traducción castellana de Maria José Torres Goméz-Pallete. Ed. Crítica. Grijalbo Monadori, S. A., Aragó, Barcelona. 1999.

COELHO, André. Dworkin e Gadamer: qual conexão? *PERI – Revista de Filosofia*. V. 6. N. 1. 2015.

DIB TAXI, Ricardo Araújo. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade *e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meuer; nova revisão da tradução por Ênio Paulo Gianchini. 15ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2015.

_____. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Tradução de Ênio Paulo Gianchini; revisão da tradução Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2002.

_____. *O Problema da Consciência Histórica*. 2ª Ed. Tradução Paulo César Duque Estrada. Editora FGV. Rio de Janeiro – RJ. 2003.

_____. *A Razão na Época da Ciência*. Trad. De A. Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GRONDIN, Jean. *Gadamer's Interest for legal hermeneutics*. Published in S. Glanert and F. Girard (Ed), Law's Hermeneutics. Other Investigations, Routledge: Oxford, 2017, 48-62.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução e Notas de Tradução de Fernando Costa Mattos 4ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária de São Francisco. 2015.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Ciência do Direito como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. [recurso eletrônico]. 1ª Edição. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2016.

MATOS, Saulo Martinho Monteiro de e; PINHEIRO, Victor Sales. *Por um conceito hermenêutico de direito: delimitação histórica do termo "hermenêutica" e sua pertinência ao Direito*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 14, n. 20, p. 169-194, jul-dez. 2016.

MATOS, Saulo Martinho Monteiro de. Conceito de Direito na Filosofia Moral Gadameriana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD). 4(1):90-101. Unisinos. Janeiro-Junho. 2012.