XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

F488
Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-190-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Filosofia do Direito II, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam com vigor o avanço das discussões de Filosofia do Direito na comunidade acadêmica do Direito em nosso país, bem como expressam o avanço da metodologia jurídica em pesquisa jusfilosófica, conceitual, histórica e doutrinária, bem como atualizada e condizente com o grande número de autores que trabalham o Direito do ponto de vista filosófico hoje no mundo. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que nunca estudamos e pesquisamos tanto no campo da Filosofia e da

Filosofia do Direito como estamos fazendo hoje em nosso país. Agrupar esses trabalhos sob o teto de alguns rótulos mais genéricos poderia ser feito, mas neste momento optamos por um comentário de tom mais mais orgânico e relativo aos trabalhados apresentados por ocasião do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes da filosofia geral foram incorporados pelos pesquisadores às suas análises da problemática jurídica e portanto de Filosofia do Direito, dentre os quais são exemplos Foucault, Arendt e Gadamer, assim como vários autores de Filosofia do Direito em sentido estrito, dentre os quais Pachukanis, Kelsen, Rawls, Possner e Alexy, e que tornaram possível o incremento de um importante debate de Teoria do Direito sobre diferentes ângulos e com certeza um bom livro para o deleite de seu leitores. Utilizando-nos de expressões de Norberto Bobbio, filósofos com interesse jurídico, e juristas com interesse filosófico.

2 - De outra parte, e procurando detalhar algumas das importantes discussões conduzidas pelos pesquisadores deste Grupo, quanto a Michel Foucault pode-se

dizer que o leitor encontrará aqui uma interessante discussão sobre as questões de poder, disciplina e biopoder, bem como poderá encontrar um paralelo das discussão do poder em Foucault em face das propostas de Hannah Arendt. Também, de maneira interessante o leitor encontrará neste grupo uma interessante digressão das teorias de Hans Gadamer e sua

proposta hermenêutica como uma forma de enfrentamento ao atual pan-principiologismo brasileiro, com comentários interessantes sobre o círculo hermenêutico e as pré-compreensões.

3 - No campo das análises mais estritas de filosofia jurídica o leitor encontrará, primeiramente, um debate entre as teorias liberais e próprias ao mundo capitalista, versus teorias ditas mais engajadas e socialistas, tal como é demonstrado com o debate entre Pachukanis e Kelsen, autores já muito conhecidos na academia, sobretudo Kelsen, num trabalho que visa associar forma e conteúdo no Direito. Em sequência, o leitor encontrará dois textos sobre John Rawls, reconhecidamente o autor mais importante no resgate das relações entre o Direito e os valores e a moral, após décadas de tentativas de isolacionismo do fenômeno Jurídico com essas ligações valorativas, e que principalmente haviam sido levadas adiante também por Hans Kelsen, dentre outros. Completam as reflexões de uma abordagem mais em sentido estrito de uma filosofia jurídica, importantes discussões levadas adiante a partir de Richard Possner sobre as relações entre o Direito e os seus custos, custos e benefícios em um estudo sobre as problemáticas do Tribunal do Juri. Finalmente, o leitor encontrar neste livro uma importante discussão sobre "princípios", formas de expressão do fenômeno jurídico que se notabilizaram no Direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, em uma análise de sua importância para discussões sobre os Direitos Fundamentais, como é exemplo o Direito à moradia.

Enfim, acreditamos que o leitor possui em mãos uma obra bastante rica em suas discussões de Filosofia do Direito, a qual recomendamos com prazer a todos os interessados pelo mundo acadêmico. Nossos cumprimentos aos autores que a integram, e nossa mensagem de otimismo para que continuem pesquisando.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Parana

José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE HANS GADAMER: SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE NAS DECISÕES DIANTE DO ATUAL CENÁRIO PAN-PRINCIPIOLÓGICO BRASILEIRO.

L'ERMENEUTICA COSTITUZIONALE DI HANS GADAMER: SICUREZZA GIURIDICA E PREVISIBILITÀ NELLE DECISIONI DAVANTI ALL'ATTUALE SCENARIO PAN-PRINCIPIOLOGICO BRASILIANO.

Felipe de Almeida Campos [1]
Thaís Campos Maria [2]

Resumo

Busca-se, neste estudo, analisar as bases da hermenêutica filosófica de Hans Gadamer, discutindo a sua contribuição para a redução da subjetividade do intérprete-julgador na aplicação das normas jurídicas. Busca-se afastar o paradigma sujeito-objeto, herança do racionalismo, traçando um caminho para a interpretação como resultado dialógico dos elementos que compõem o objeto da interpretação. Com esse pensamento, propõe-se um contraponto ao que se denominou no Brasil de pan-principiologismo, tratado por Lenio Streck como o abuso na utilização da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. A pesquisa é de cunho metodológico bibliográfico, tendo como marco teórico a hermenêutica constitucional de Gadamer.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Hans gadamer, Giro linguístico, Pan-principiologismo

Abstract/Resumen/Résumé

Cercasi, in questo studio, di analizzare le basi dell'ermeneutica filosofica di Hans Gadamer, discutendo la sua contribuzione per una riduzione della soggettività dell'interprete-giudicante nell'applicazione delle norme giuridiche. Cercasi di allontanare il paradigma soggetto-oggetto, eredità del razionalismo, tracciando un camino per l'interpretazione come il risultato dialogico degli elementi che compongono l'oggetto dell'interpretazione; Attraverso questo, si propone un contrasto a quello che si chiama in Brasile di pan-principiologismo, tratato da Lenio Streck come l'abuso nell'utilizzo della Teoria dei Principi di Robert Alexy. La ricerca è di natura metodologica bibliografica, adottando come lo stato dell'arte l'ermeneutica costituzionali di Hans Gadamer.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ermeneutica giuridica, Hans gadamer, Svolta linguística, Pan-principiologismo

---

[1] Mestrando em Direito - Universidade FUMEC.

[2] Mestranda em Direito - Universidade FUMEC.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo apresentar a relação entre a filosofia hermenêutica proposta por Hans Gadamer (GADAMER, 1998) e sua relação com a previsibilidade das decisões. No mesmo caminho, o presente estudo busca analisar a aplicabilidade das compreensões de Gadamer à luz da segurança jurídica, contextualizando-as com a aplicação, no Brasil, da teoria dos princípios na perspectiva de Robert Alexy (Alexy, 2001).

Denuncia-se, no Brasil, um abuso na aplicação da teoria dos princípios e o sacrifício da segurança jurídica, o que é revelado por Lenio Streck e chamado de pan-principiologia (confusão na aplicação dos princípios).

Assim, tem-se percebido a aplicação de princípios que, em sua estrutura, não têm se revestido de normatividade, isto é, sem conteúdo normativo. Com isso, princípios como a busca pela felicidade têm sido aplicados em detrimento à segurança jurídica, comprometendo a previsibilidade das decisões. Constatam-se decisões proferidas em ambiente solitário no qual o magistrado aplica, naquela situação, um princípio para a solução do caso extraído – muitas das vezes - de sua compreensão do texto normativo, de modo subjetivo, solipcista.

O debate se estabelece, portanto, no conflito entre a segurança jurídica, de um lado, e a solução jurídica consistente em princípios desprovidos de amparo legal e constitucional.

Credita-se essa principiologia atual ao abuso na aplicação da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, responsável pelo critério da "ponderação dos valores" e da força normativa dos princípios. Segundo Streck (Streck, 2010), ao justificar a aplicação da razoabilidade, por exemplo, os Tribunais tem praticado ampla discricionariedade nas decisões e favorecido o ativismo.

Com isso, a problemática consiste em (res) estabelecer no sistema jurídico decisões dentro de um contexto previsível, ou seja, fundamentadas em normas (regras e princípios) dotadas de normatividade, distante da confusão principiológica denunciada na atualidade, no Brasil.

Nesse sentido, busca-se analisar o modo de interpretação proposto por Gadamer, confrontando-o com o sistema de interpretação proposto na Teoria dos Princípios de Robert Alexy e quais limites devem ser conferidos a interpretação jurídica.

E onde está a previsibilidade?

A previsibilidade das decisões, neste contexto, está na garantia do julgador em interpretar os fatos e a norma jurídica em conjunto com os demais interpretes, ou seja, as

partes. Nisso, a fundamentação de Gadamer faz sentido na medida em que propõe uma concepção holítica em que as partes são analisadas à luz do todo, e o todo é visto sob uma análise de suas partes. A partir daí, este artigo busca demonstrar que o giro-hermenêutico e a superação do paradigma centrado no "sujeito-objeto" se mostra compatível com um sistema de previsibilidade e segurança jurídica, em detrimento do que se denominou chamar de "pan-principiologismo" (Streck, 2010).

Imperioso mencionar que se destaca como referencial teórico a obra Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica (GADAMER, 1998) além da adoção da metodologia teórica e da revisão bibliográfica, por meio do estudo das doutrinas, jurisprudência e artigos jurídicos publicados pertinentes ao tema.

2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS GADAMER

2.1. Gadamer: origem e influências.

Hans-George Gadamer nasceu em 1900, em Malburg, na Alemanha (Lawn, 2007). Sua formação na área de humanas começou logo cedo iniciando-se na Universidade de Breslau, em 1918, seus estudos sobre intrudução às ciências sociais (Lawn, 2007), fruto de sua admiração pelos estudos da literatura e artes, contrariando a vertente do trabalho de seu pai, Johannes Gadamer, cientista e professor de ciências exatas da Universidade de Marburg.

O grande ponto de destaque na carreira de Gadamer se deu quando do seu encontro com Martins Heidegger, em 1922 (Lawn, 2007) culminando com sua mudança para Freiburg, momento em que se tornou aluno de Heidegger, transformando-se, ao longo do tempo, em um respeitado professor universitário na Alemanha. A relação entre ambos durou até a morte de Heidegger, em 1976, sendo, sem dúvida alguma, a maior influência do pensamento filosófico de Gadamer.

Sobre as obras de Gadamer, sua primeira grande contribuição filosófica se deu com a publicação da obra Éticas dialéticas de Platão, em 1931 (Lawn, 2007). Longo tempo se passou até que, em 1960, Gadamer publicou sua grande obra, Verdade e Método, que viria a se tornar reconhecida como uma das mais importantes obras da filosofia no século XX.

No contexto da referida obra, Gadamer apresenta um hermenêutica filosófica como crítica aos preceitos apresentados pelo Iluminismo. Com isso, Gadamer critica a busca pelo conhecimento obtido por métodos racionais que, segundo o autor, se distancia do mundo, posto que são desprezados aspectos como a solidariedade e cultura. Segundo Gadamer, em

seu prefácio “o que está em questão não é o que nós fazemos, o que nos deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece”(GADAMER, 1999, p. 14).

2.2. A Hermenêutica em Gadamer:

Gadamer identificou dois problemas hermenêuticos: o primeiro seria a importância da tradição na formação do preconceito e o segundo a importância da compreensão e interpretação no processo hermenêutico, numa análise conjunta. Nesta etapa, Gadamer busca superar o método iluminista, fundado no racionalismo científico, partindo, assim, para a sua construção hermenêutica.

Segundo os preceitos do movimento Iluminista, surgido no Século XVIII, era ele baseado fortemente no racionalismo, isto é, no poder da razão como método para contrapor as práticas tradicionais, à época. Segundo essa corrente, a análise de critérios diversos de um exercício metodológico racional prejudicavam a racionalidade. Nesta fase, portanto, aspectos tradicionais, por exemplo, são afastados da compreensão.

Para Gadamer, esse racionalismo afastava um melhor juízo em busca do conhecimento e da verdade. A vertente desse pensamento pode ser vista quando Gadamer faz interessante análise sobre Kant, vejamos:

> Pois Kant exige que a nossa determinação da vontade permaneça apenas dependente dos motivos que repousam na autolegislação da razão pura prática. Nenhuma comunhão da sensibilidade pode criar base, para isso, mas apenas uma “ação da razão prática, a qual ainda que obscurecida, é no entanto seguramente condutora”, cujo esclarecimento e consolidação é tarefa da crítica da razão prática. (GADAMER, 1999, pg. 80)

Assim, afasta-se qualquer ideia ou prática legal, religiosa, moral ou política, por exemplo, que não tenha sustentação pura na razão. Outro ponto importante desse racionalismo é o afastamento da historicidade, vez que a distância temporal existente entre o passado e o momento da interpretação eram considerados como prejudicial à análise do fenômeno interpretativo. Contrariando esses aspectos, Gadamer se opõe fortemente às ideias de uma verdade racional por se distanciar do mundo que tenta perceber, sobretudo porque se afasta, principalmente, das tradições, ponto de destaque na construção da hermenêutica filosófica em debate.

Com a perda da tradição e abandono dos aspectos sociais, artísticos, políticas e históricos, há, para Gadamer, uma forte perda do “senso do mundo não dividido pelo velho e novo, o clássico e o antigo, o filósofo da Idade Média e o moderno” (Lawn, 2007, p. 53).

Seguindo sua linha hermenêutica, Gadamer ensina que “o problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, de maneira que seu uso pleno implique já não termos de traduzir a partir da nossa própria língua ou à nossa língua, mas que se possa pensar na língua estrangeira”. (GADAMER, 1999, p. 561).

Com essa comparação didática, Gadamer explica que:

> Por consequência, está plenamente justificado falar de uma conversação hermenêutica. Segue-se daí, que a conversação hermenêutica tem de elaborar uma linguagem comum, em condição de igualdade com a conversação real, e que esta elaboração de uma linguagem comum tampouco consistirá na preparação de um instrumento com vistas ao acordo, mas que, tal como na conversação, coincide com a realização mesma do compreender e do chegar a um acordo. Entre as partes dessa “conversação” tem lugar uma comunicação, como se dá entre duas pessoas, e que é mais que mera adaptação, O texto traz um tema à fala, mas quem o consegue é, em última análise, o desempenho do intérprete. Nisso os dois tomam parte. (GADAMER, 1999, p. 565).

Portanto, Gadamer não trata a interpretação como um ato científico, mas sim como uma experiência, onde a compreensão possui especial significado nessa relação.

A essa compreensão Gadamer dará o nome de “fusão de horizontes”, sendo o horizonte a margem de visão a um ponto da história. Esse horizonte reflete a perspectiva que o sujeito tem sobre o mundo e, com isso, tem-se a relação entre o estado anterior (passado) e o estado atual (presente), numa ideia de visão global sobre o que analisa. Interessante que esse horizonte é desenvolvido à medida que a linguagem e o espaço da compreensão são ampliados.

Assim, portanto, esse horizonte tende a uma evolução, vez que não se esgota, tampouco se estabiliza, já que esse horizonte não é fixo e sofre uma constante e gradativa mutação com o passar do tempo (Lawn, 2007).

3. O CIRCULO HERMENÊUTICO

Nas linhas anteriores falamos do horizonte e da compreensão, porém, ainda há outro ponto importante a ser tratado sobre a hermenêutica de Gadamer: o preconceito.

Pois bem, influenciado por Martins Heidegger, Gadamer adota e desenvolve em sua obra o “círculo hermenêutico”, e nos ensina:

> A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma por si. Por isso, uma consciência

> formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (GADAMER, 1999, p. 405)

Consolidando os ensinamentos de Gadamer sobre o horizonte e o preconceito, tem-se que esses dois elementos se envolverão rotineiramente com os novos campos da compreensão e, como resultado desse envolvimento, o preconceito retornará ao intérprete modificado. A esse fenômeno Gadamer denomina "circulo hermenêutico".

Para que se compreenda um texto, dessa forma, será preciso que o intérprete esteja disposto a "escutar" a opinião do seu criador, muito embora possa não ser idêntica à opinião do intérprete, pois será essa divergência que acrescentará novo pensamento à compreensão do intérprete.

Sintetizando bem essa compreensão, é possível dizer que esse processo descrito por Gadamer está sempre em mutação, ou seja, numa progressão sem fim, também conhecido como espiral hermenêutico. Com isso, é possível dizer que na compreensão de Gadamer não há um circulo fechado, mas aberto, renovável.

Portanto, o círculo hermenêutico proporciona uma circularidade metodológica no ambiente da compreensão.

4. PROCESSO UNITÁRIO DE INTERPRETAÇÃO E A LINGUAGEM EM GADAMER

As compreensões de Gadamer passam, assim, a uma aplicabilidade prática muito interessante, vez que o grande destaque a ser dado a partir de agora é sua compreensão segundo a qual "a compreensão, a interpretação e a aplicação que eram três momentos diferentes, segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria do Gadamer adquiriram caráter indivisível"[1].

Dessa forma, pelo processo hermenêutico unitário compreender é um ato de interprestar e, assim, o trabalhado do intérprete ocorre a partir de uma fusão de horizontes, isto é, para a compreensão de um determinado conceito é necessário projetar um horizonte

[1] Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1134>. Acesso em 28 jul. 2015.

tradicional, no sentido de projetar um novo e atual horizonte. Neste aspecto, Gadamer valoriza a tradição e historicidade, marcas de destaque em sua hermenêutica.

Sobre a linguagem, Gadamer nos ensina:

> Compreender o que alguém diz é, como já vimos, pôr-se de acordo sobre a coisa, não deslocar-se para dentro do outro e reproduzir suas vivências. Já destacamos que a experiência de sentido, que ocorre desse modo na compreensão, encerra sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo este processo é um processo linguístico. (GADAMER, 1999, p. 559)

Para Gadamer, portanto, "a linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa". (GADAMER, 1999, p. 560)

É na conversação que se procura chegar a um acordo entre os interlocutoes, ou seja, o importante é a abertura ao conceito do outro ou do texto que se está diante.

Portanto, cabe aos interlocutores se colocarem no lugar do outro, valorizar seus argumentos em busca de se entender o que é dito. Será exatamente nesse quadro de se colocar de acordo com o outro que caracterizará verdadeiramente a hermenêutica, numa fusão desses horizontes passado-presente. (GADAMER, 1999, p. 562).

Sobre essa relação passado-presente, vejamos:

> Todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante, e por isso ela recolhe em seguida o que acaba de destacar, com o fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico que alcança dessa maneira.O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizôntica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. (GADAMER, 1999, p. 394)

Como se vê, portanto, para Gadamer, a fusão de horizontes se dá através da interpretação e essa ocorre por um processo unitário, hipótese que provoca uma nova compreensão sobre o objeto ou texto, sem o abandono da tradição, conceitos já tratados neste texto.

Assim, não basta apenas ler um texto e dele extrair apenas a intenção do seu escritor; ao contrário, deve o intérprete buscar, naquele texto, toda a tradição e a historicidade que o permeia.

5. LENIO LUIZ STRECK E O PANPRINCIPIOLOGISMO

O presente trabalho não comporta desenvolver o estudo completo da Teoria dos Princípios, de Robert Alexy[2], no entanto, para que se possa compreender a ideia do denominado pan-principiologismo, será necessária uma breve incursão no seu pensamento.

Robert Alexy é responsável por desenvolver uma teoria discursiva do Direito que leva em consideração a força normativa dos princípios, buscando um estudo mais detalhado e minucioso das teorias da interpretação, defendendo a necessidade de aplicação de outros parâmetros em conjunto com as normas jurídicas no ato de fundamentação das decisões judicias (LEAL, 2002, p. 63).

O exposto alhures se justifica a partir do próprio entendimento de Alexy ao afirmar que "os casos complexos precisam ser resolvidos pelos julgadores, embora em muitos desses casos as normas vigentes não ofereçam resposta" (LEAL, 2002, p.63). Segundo Alexy, os direitos fundamentais têm caráter de princípio e, como tais, eles podem sofrer colisões e, para essa possível colisão, o filósofo então propõe a teoria da ponderação de valores na qual o princípio ganha *status* de norma jurídica.

O critério fundamental desse entendimento reside na hipótese em que dois princípios, de mesma hierarquia, se chocam no mesmo caso concreto surgindo a necessidade de solução e aplicação, momento em que um princípio deverá prevalecer sobre o outro, mas somente no caso em que colidem. Significa dizer, com isso, que um princípio jurídico não é afastado do ornamento pelo outro, mas apenas, naquele caso concreto, ele cederá lugar para outro, num critério de proporcionalidade ou melhor medida do possível.

A ponderação de princípios como valores, sob condições de prioridade e do princípio da proporcionalidade, submeteria a aplicação das normas a um cálculo do tipo custo/benefício. Todavia, tal raciocínio é passível de críticas, na medida em que é questionada se dada ponderação seria capaz de assegurar e garantir de modo adequado os direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2016, p 98).

Os princípios ganham, para Alexy, o caráter denominado por ele de "mandados de otimização"[3], o que significa dizer que serão cumpridos na melhor medida possível:

> Ao conceber os princípios como comando otimizáveis, considera que princípios que concorrem para a solução de um caso devem ser aplicados em diferentes graus, segundo as condições fáticas e jurídicas, mediante a utilização de "regras de

[2] Sobre a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica, indica-se a leitura da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol.1, n; 5 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.
[3] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

> prioridade" e do princípio da proporcionalidade, a uma mesma decisão judicial, vista como um meio preferível, conveniente ou ótimo para a realização de uma pretensa ordem de valores, que estaria pressuposto à Constituição, supostamente compartilhados por todo os membros de uma sociedade política (OLIVEIRA, 2016, 98).

No contexto da proposta de Alexy, é possível perceber que sua teoria ganhou aplicabilidade no Brasil, sendo perceptível nos tribunais brasileiros a manifestação e uso deste raciocínio de ponderação proporcional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016), ao discorrer sobre a teoria alexyana dos princípios como comandos otimizáveis, menciona o julgamento do HC nº 82.424-2 do Rio Grande do Sul[4], vejamos:

> Nesse julgado, vários Ministros, e não somente a maioria vencedora, compreenderam o caso a partir de uma colisão abstrata ente valores, liberdade de expressão contra dignidade da pessoa humana. Assim, procurou-se dar seguimento a esses princípios como valores, hierarquizando-os segundo entendimento, por um lado, de que se tratava de uma violação à dignidade humana pelo exercício da liberdade de expressão, já que a dignidade seria um valor superior à liberdade, por outro, de que a condenação por racismo e a consequente censura a uma publicação seriam melhores à promoção da dignidade humana do que o reconhecimento, em toda a sua extensão, da liberdade de expressão. (OLIVEIRA, 2016, p.99).

Corroborando a adoção pelo Brasil da teoria de Robert Alexy, importante citar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário 432.106/RJ, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que versava sobre a vedação do enriquecimento ilícito *versus* liberdade de associação:

> Colho da Constituição Federal que ninguém está compelido a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Embora o preceito se refira a obrigação de fazer, a concretude que lhe é própria apanha, também, obrigação de dar. Esta, ou bem se submete à manifestação de vontade, ou à previsão em lei. Mais do que isso, a título de evitar o que se apontou como enriquecimento sem causa, esvaziou - se a regra do inciso XX do artigo 5º do Diploma Maior, a revelar que ninguém poderá ser compelido a associar - se ou a permanecer associado. A garantia constitucional alcança não só a associação sob o ângulo formal como também tudo que resulte desse fenômeno e, iniludivelmente, a satisfação de mensalidades ou de outra parcela, seja qual for a periodicidade, à associação pressupõe a vontade livre e espontânea do cidadão em associar - se. No caso, veio o recorrente a ser condenado a pagamento em contrariedade frontal a sentimento nutrido quanto à Associação e às obrigações que dela decorreriam. Conheço e provejo este extraordinário para julgar improcedente.[5]; (BRASIL, 2014).

Acontece que Lenio Luiz Streck denuncia um profundo abuso hermenêutico-brasileiro na aplicação da Teoria dos Princípios. Em verdade, segundo Streck, a razoabilidade

---

[4]Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/255_Ellwanger%20%20Voto%20Moreira%20Alves.pdf>. Acesso em 23 mar. 2016.

[5] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629287>. Acesso em 05 ago.2015.

e a proporcionalidade, antes postulados para a solução e aplicação de princípios[6], têm ganhado força de superprincípios e servido para a criação de novos princípios, isto é, novas normas desprovidas de conteúdo normativo para sustentar determinadas decisões judiciais.

Como resultado, tem-se observado um cenário inseguro na medida em que, para fundamentar os mais diversos argumentos, o Poder Judiciário tem se valido de um argumento de autoridade, sobrepondo-se até mesmo às regras jurídicas para impor entendimentos construídos em um ambiente subjetivista do julgador.

O Ministro Humberto Gomes de Barros, em voto durante julgado do Superior Tribunal de Justiça, deu forte exemplo desse discurso subjetivista e autoritário:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja."(BRASIL, 2003)

Somado a esse discurso de autoridade, espalha-se pelo país decisões que visam dar normatividade a princípios construídos numa solidão criativa do julgador, sem amparo constitucional ou, muitos deles, retirados de uma pseudo-essência constitucional, como o princípio da felicidade extraído da Dignidade da Pessoa Humana, como se demonstra na decisão abaixo proferida, preferida pelo do Min. Ayres Brito, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132[7]:

> Felicidade é um estado de espírito consequente. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do artigo 1º da CF),e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente norma da desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual

[6] Veja a esse respeito: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009.

[7] Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 05 ago. 2015.

> seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente". (BRASIL, 2011).

Sobre o assunto, Lenio Streck ensina:

> Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que "princípios são normas". Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do "princípio" (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio "da cooperação processual"? Ou "da afetividade"? E o que dizer dos "princípios" da "proibição do atalhamento constitucional", da "pacificação e reconciliação nacional", da "rotatividade", do "deduzido e do dedutível", da "proibição do desvio de poder constituinte", da "parcelaridade", da "verticalização das coligações partidárias", da "possibilidade de anulamento" e o "subprincípio da promoção pessoal"? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de *subprime* do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos.[8]

A esse fenômeno Lenio Streck dá o nome de pan-principiologismo, referindo-se à confusão que vem causando essa aplicação desregrada da Teoria dos Princípios. Esse pânico, em alusão aos princípios sem conteúdo normativo, tem sua razão haja vista que tais criações principiológicas são geradoras de insegurança e imprevisibilidade a todo o jurisdicionado e aos operadores do direito.

6. A INTERPRETAÇÃO COMO MÉTODO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA LEI

Embora o giro hermenêutico e todas as formas propostas por Gadamer, neste trabalho, possam levar a conclusão de uma atividade interpretativa criadora e reflexiva, é certo que a interpretação constitucional não poderá extrapolar os limites do sistema jurídico, ou seja, não poderá superar a normatividade característica do conjunto de regras e princípios.

Com isso, um discurso dentro da linguagem e tradição, ensinadas por Gadamer, poderá trazer maior previsibilidade de conduta ao jurisdicionado, contrariando a arbitrariedade e subjetivismo que se tem visto diariamente nas decisões pátrias.

Nesse sentido:

> A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. (GADAMER, 1999, p. 489).

[8] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em 03 ago. 2015.

Essa ponderação justa é exatamente a base para que se busque a segurança jurídica almejada, consistente em uma ideia sobre aquilo que foi debatido.

O que se percebe, em Gadamer, é que sua hermenêutica filosófica rompe com o racionalismo (sujeito-objeto) e constrói uma interpretação produtiva, porém, nesse conceito, o intérprete não é livre para criar o que bem entender; ao contrário, o intérprete não é um ser que desenvolve seus argumentos isolados, mas sim aquele que descobre o sentido da lei, o adéqua ao momento histórico de aplicação e constrói em conjunto, por meio da linguagem.

7. CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar, neste trabalho, uma relação entre o Giro Linguistico proposto por Heidegger e Gadamer, e o abuso brasileiro na criação e aplicação de princípios carentes de normatividade, fato que tem provocado um fenômeno que se pode chamar de "panprincipiologismo".

Esse abuso tem gerado insegurança jurídica (ausência de previsibilidade) e decisões subjetivistas, hipóteses que se pretende evitar propondo a aplicabilidade da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer, seguindo sua análise linguística e tradicionalista na interpretação, oportunidade em que se compreende o todo analisando cada parte e, por conseguinte, cada parte em relação ao todo.

Gadamer nos ensina sobre a linguagem, seu método de utilização e a tradição como elementos essenciais à interpretação jurídica, propondo a unificação das fases interpretativas, onde a compreensão, a interprestação e a aplicação adquirem caráter indivisível.

Como se viu, nesse caminho, Gadamer constrói uma hermenêutica filosófica interpretativa-produtiva, onde o intérprete não é livre para criar o que lhe aprouver; ao contrário, o intérprete é um ser que desenvolve seus argumentos dentro do sentido da Lei, construindo-o a partir da contribuição das partes e do momento histórico, por meio da linguagem.

Em contrapartida, percebeu-se que, no Brasil, com a adoção da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, diversas decisões passaram a superar a compreensão teórica dos princípios como normas jurídicas dando início - de modo indiscriminado – a aplicação de pseudo-princípios, isto é, compreensões subjetivas nomeadas como princípios sem qualquer base normativa.

A isto Streck deu nome o pan-princípiologismo, representando a confusão proporcionada pelo abuso da aplicação da teoria de Robert Alexy.

Pela análise deste artigo, percebeu-se que, neste quadro teórico e prático, é preciso superar a insegurança gerada no jurisdicionado e nos operadores do direito, a fim de proporcionar, às decisões, o caráter de previsibilidade.

Na perspectiva de Gadamer, portanto, percebe-se que o intérprete não está livre para produzir a sua própria interpretação, senão em conjunto com os demais argumentos das partes, hipótese que se adequa à garantia de um processo justo, sem surpresas e, sobretudo, previsível.

Não é possível admitir às partes a ausência na participação efetiva na construção da decisão. Com isso, ganha força a proposta da linguagem de Gadamer.

Neste contexto, tem-se que a filosofia de Gadamer auxilia o intérprete na construção, por meio da linguagem e da interpretação, do provimento final no âmbito da segurança e previsibilidade jurídica.

Por fim, verificando as decisões destacadas no texto e proferidas, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, é possível perceber que o Brasil precisa rediscutir a fundamentação das decisões a partir de um processo participativo, amplamente comunicativo, atentando-se para a compreensão histórica, para a efetiva construção dos envolvidos no processo e para a análise, na decisão, dos argumentos e das interpretações propostas pelas partes, à lei.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. 390p. – (Coleção Filosofia; 135). ISBN: 85-7430-243-0.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 432.106/RJ**, Relator Min. Marco Aurélio. Recorrente: Franklin Bertholdo Vieira. Recorrida: Associação dos Moradores Flamboyant- AMF. DJe nº 237, divulgado em 02/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629287.>.Acesso em: 05 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ**, Relator Min Ayres Britto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. DJe-198, divulgado em 13/10/2011. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **EREsp: 279889 AL 2001/0154059-3**, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20031028</br> --> DJ 28/10/2003 p. 184). Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/ERESP_279889_AL_1267277334150.pdf?Signature=cnbDAy86JGd%2FZ5LKDjTtY2SLiPM%3D&Expires=1459042303&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5377d9823ea32ce3b46b3a6deb40d9b3. Acesso em: 26 mar. 2016.

COSTA, Alexandre Araújo Costa. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a jurídica**. 2008. Tese de Doutoramento – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Brasília, DF, 2008.

FERREIRA, Guilherme Pires. O fenômeno do mundo em Heidegger. "Existência e Arte"- **Revista eletrônica do Grupo PET –** Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei, ano 3, n. 3, p. 1-6, jan./dez. 2006.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica***:* uma leitura de Gadamer e Dworking. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

GACKI, Sérgio Ricardo Silva. Perspectivas do Diálogo em Gadamer: a questão do método. **Cadernos do Instituto *Humanitas* Unisinos**, São Leopoldo, ano 4, n. 16, p. 7-26, ago. 2006.

GADAMER, Hans-Georg**. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen; STEIN, Ernildo. **Dialetica e hermeneutica:** para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987. 136p. ISBN 852540165X (broch.)

HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada:** temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

LOPES, Ana Maria D'Avila. **O papel do Juiz na Hermenêutica Jurídica de Hans Gadamer.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em: http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1134. Acesso em 28 de julho de 2015.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia e filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre , n.5 , p.69-96, jan. 2007.

MAC DOWELL, João Augusto A. Amazonas. **A gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger:** ensaio de caracterização do modo de pensar se *sein und zeit*. São Paulo: Loyola, 1993.

MAIA, Alexandre da. Dogmática Jurídica e Multiplicidade – Uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol.1, n; 5 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007. Pg. 15/39.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Fernando Armando e BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. – v.1, n 1 (jan./jun. 1998) Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 1998.pg. 121/143

ROHDEN, Luiz.; PERINE, Marcelo; SOARES, Marcio; LUFT, Eduardo; AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de; REY PUENTE, Fernando; ROHDEN, Luiz; STEIN, Ernildo; SCHMIDT, Dennis J. **Hermenêutica e dialética:** entre Gadamer e Platão. São Paulo: Loyola, 2014.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público:** uma visão panorâmica. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde: Mandamentos, 2008.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucis, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomun - o pan principiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico, ano 2012. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 30 de julho de 2015.