

DO LEITO DE PROCUSTO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: AS IMPLICAÇÕES DO SOLIPSISMO FILOSÓFICO PARA O DIREITO E SUA SUPERAÇÃO PELA HERMENÊUTICA JURÍDICA*

PROCRUSTEAN BED OF THE JUDICIAL DISCRETION: IMPLICATIONS FOR THE PHILOSOPHY OF SOLIPSISM AND HIS OVERCOMING LAW BY LEGAL HERMENEUTICS

Ricardo de Macedo Menna Barreto¹
Mestrando em Direito

RESUMO: O presente texto tem por objetivo analisar a problemática da discricionariedade judicial e o solipsismo filosófico a partir do Mito de Teseu, notadamente a partir do encontro deste herói grego com o sádico Procusto. Simbolicamente, Procusto configura a tirania intelectual exercida por pessoas que não toleram e nem aceitam as ações e os julgamentos alheios, desvelando-se como apólogo possível da intransigência atualmente revelada pelo solipsismo judicial, postura que cristaliza um quadro de discricionariedade judicial – fruto de certa resistência do paradigma

positivista. Assim, buscaremos apontar para a superação desta postura solipsista, fundada em um sujeito transcendental, a partir da hermenêutica de Heidegger e Gadamer, matriz que permite, a partir do estabelecimento de certos padrões hermenêuticos, a preservação da autonomia e da coerência do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Solipsismo filosófico; discricionariedade judicial; hermenêutica jurídica.

ABSTRACT: *This paper aims to examine the issue of judicial discretion and solipsism philosophy from the Myth of Theseus,*

* Texto elaborado para o seminário *A Relação do Positivismo Jurídico e o Sujeito Solipsista*, apresentado na disciplina de Hermenêutica Jurídica, ministrada pelo Professor Dr. Lenio Luiz Streck no Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Agradeço ao Professor Lenio Streck pelas valiosas lições e aos doutorandos Rafael Tomaz de Oliveira e Francisco Motta pelas observações na oportunidade. Igualmente, agradeço a Cristóvão Atílio Viero pela sempre presente interlocução *wittgensteiniana*.

¹ Bolsista Capes/Prosup, Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Unisinos, São Leopoldo/RS, Brasil.

notably from the Greek hero of this encounter with the sadistic Procrustes. Symbolically, Procrustes sets the intellectual tyranny exerted by people who do not tolerate or accept the actions and judgments of others, revealing itself as allegory can now revealed by the intransigence of solipsism judicial posture that crystallizes a picture of judicial discretion – the result of some resistance positivist paradigm. Thus, we point to overcome this solipsistic attitude, founded in a transcendental subject, from the hermeneutics of Heidegger and Gadamer, which allows the array, since the establishment of certain standards hermeneutic, the preservation of autonomy and the right consistency.

KEYWORDS: *Philosophical solipsism; judicial discretion; legal hermeneutics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Procusto e discricionariedade judicial; 2 O cerne da problemática discricionário-procristiana: o solipsismo filosófico; 3 Hermenêutica jurídica e a necessária superação do paradigma da filosofia da consciência: aportes para o destronamento do sujeito solipsista; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Procrustes and judicial discretion; 2 The heart of the problem procustian-discretionary: the philosophy of solipsism; 3 Legal hermeneutics and required addressing overcoming the paradigm of philosophy of consciousness: contributions to the dethronement of the subject solipsist; Conclusion; References.*

O que nunca e em lugar algum aconteceu, somente isto jamais envelhece. (Schiller)

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo analisar a problemática da discricionariedade judicial e o solipsismo filosófico a partir do Mito de Teseu, célebre herói grego. Trata-se, em verdade, do encontro de Teseu com um dos monstros que assolava a Grécia Antiga: o sádico *Procusto*. Simbolicamente, *Procusto* configura a tirania intelectual exercida por pessoas que não toleram e nem aceitam as ações e os julgamentos alheios. Logo, *Procusto* pode ser visto como símbolo da intransigência atualmente revelada pelo *solipsismo judicial*, postura que aponta para a existência de uma verdadeira “síndrome de Procusto” entre a magistratura, dado o quadro de *discricionariedade judicial* que se cristaliza atualmente, fruto de certa resistência do paradigma positivista. Neste contexto, buscaremos indicar uma possível superação desta postura solipsista (fundada em um sujeito metafísico transcendental) pela hermenêutica de Heidegger e Gadamer, buscando demonstrar – notadamente a partir da obra

de Streck – como o estabelecimento de certos padrões hermenêuticos, além de preservar a autonomia, garante a coerência do direito.

Para tanto, dividimos o texto em três grandes partes. Primeiramente, buscaremos desvelar certos aspectos do mito de *Procusto* e da discricionariedade judicial (1), onde poderemos perceber, de maneira mais clara, o simbolismo deste sádico personagem. *Procusto* pode ser considerado símbolo de um mal que atualmente assola o imaginário da magistratura e que acaba por fortalecer (ao mesmo tempo em que explica) o fenômeno da discricionariedade judicial.

Por conseguinte, em um segundo momento, buscaremos analisar o cerne da problemática discricionário-procustiana: o solipsismo filosófico (2). O solipsismo é um tema recorrente na filosofia, designando, geralmente, a existência de um sujeito privilegiado, “que controla o mundo”, “que é o centro de toda a existência”. Deste modo, em Descartes, passando por Kant, Schopenhauer e chegando, já no século XX, ao primeiro Wittgenstein, buscaremos compreender como se descortinou o papel do sujeito como pressuposto de toda a experiência – marca do pensamento solipsista.

Derradeiramente, em um terceiro momento, delinearemos o percurso da hermenêutica jurídica contemporânea e da necessária superação do paradigma da filosofia da consciência – no qual habita o sujeito solipsista –, delineando aportes para o destronamento deste sujeito (3). Perceberemos, assim, como a hermenêutica heideggeriana-gadameriana, notadamente a partir do *giro ontológico* operado por Martin Heidegger, propiciou um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação (Streck), possibilitando o destronamento deste sujeito metafísico.

1 PROCUSTO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O mito, em relação com a verdade, tem o valor de ser a voz de um tempo originário mais sábio. (Hans-Georg Gadamer²)

O mito de Teseu, célebre herói grego, carrega um simbolismo que parece ser interessante para compreendermos certos aspectos que permeiam (e determinam) a problemática da discricionariedade judicial e do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*). Trata-se do quinto grande encontro de Teseu com um dos monstros que assolavam a Grécia Antiga: o cruel Damastes ou Polipêmon,

² GADAMER, Hans-Georg. *Mito y razón*. Barcelona: Paidós, 1993.

também alcunhado *Procusto*. Em sua casa, situada à beira da estrada que vai de Trezena a Atenas – percurso, aliás, arduamente seguido por Teseu –, Procusto oferecia hospitalidade aos viajantes que por ali passavam. Neste local, “o criminoso assassino usava de uma “técnica” singular com as suas vítimas: deitava-as em um dos dois leitos de ferro que possuía, cortando os pés dos que ultrapassavam a cama pequena ou distendia violentamente as pernas dos que não preenchiam o comprimento do leito maior”³. Teseu, hospedado na casa de Procusto, acaba por perceber a atroz manobra do hospedeiro aos seus pacóvios hóspedes, aplicando-lhe o mesmo suplício habitualmente reservado aos convidados, vencendo, assim, um dos mais bárbaros bandidos que o caminho para Atenas lhe reservara.

Em uma das interpretações possíveis do simbolismo deste sádico personagem, podemos afirmar, conjuntamente com J. Brandão – inspirado nas lições de Chevalier e Gheerbrant –, que Procusto configura a tirania ética e intelectual exercida por pessoas que não toleram e nem aceitam as ações e os julgamentos alheios, a não ser para concordar. Para Brandão temos, nessa personagem sanguinária, a imagem do poder absoluto, quer se trate de um homem, de um partido ou de um regime político⁴. É fundada neste mito a popular expressão “Leito de Procusto”, que simboliza a intransigente aplicação das próprias medidas aos outros.

Eis que Procusto surge, então, como símbolo de um verdadeiro mal que assola (e domina) o imaginário dos magistrados atualmente, cristalizando a intolerância e o descaso com as ideias e expectativas alheias, criando um quadro de verdadeira *tiranía intelectual*. Em outras palavras: a intransigência atualmente revelada pelo solipsismo judicial – postura que coloca a consciência (ou convicção) do juiz como local privilegiado na tomada de decisões – aponta para uma verdadeira e generalizada “síndrome de Procusto” entre a magistratura, o que acaba por fortalecer o fenômeno da discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial erige-se em/a partir de tentativas de resolução de problemáticas envolvendo a *decisão jurídica*. Conjuntamente com Lenio Streck, podemos afirmar que a discricionariedade passou a ser atualmente a condição de possibilidade da decisão⁵, criando um verdadeiro obstáculo ao

³ BRANDÃO, J. de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes, v. III, 1987. p. 156.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

acontecer da Constituição, erigindo-se nomeadamente por força de certa *resistência positivista*. A explicitação do paradigma positivista nas altas cortes do país dá-se, mormente, pela utilização, por Desembargadores e Ministros, de expressões, em suas decisões, como “decido conforme minha consciência” ou decido “de acordo com meu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”.

Nesse sentido, não precisamos mais do que o excerto do polémico voto do Ministro Humberto Gomes de Barros⁶ – desvelado e recortado por Lenio Luiz Streck em sua última obra⁷ – para estabelecermos a devida relação entre Procusto e a discricionariedade judicial (e, mais adiante, no capítulo seguinte, a irresistível relação destes com o solipsismo filosófico):

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...]. 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. [...] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

A *tiranía intelectual* antes aludida, exercida por pessoas que não toleram e nem aceitam os julgamentos alheios – postura simbolicamente retratada pela figura de Procusto –, parece cristalizar-se em sua melhor forma no voto acima. A “autonomia intelectual” pretendida pelo Ministro, que o permite, inclusive, afirmar que “pouco importa o que pensam os doutrinadores”, trata-se de um verdadeiro descaso em relação à coerência e à integridade do Direito, de modo que acaba por restringir e submeter as expectativas das partes, em dado processo judicial, à obscura, incerta e solipsista “consciência do juiz”. Nesse sentido, com acerto Streck afirma que “o direito é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel”⁸. Este “desprezo” ao papel da doutrina e das demais

⁶ STJ, AgRg-EREsp 279.889/AL.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 24-25.

⁸ Idem, ibidem.

fontes do direito deve-se, portanto, à (cega) “supremacia da consciência” do julgador (solipsismo), que arbitrariamente busca livrar-se de qualquer “apego à letra fria da lei” – como se seguir a (letra da) lei fosse, de fato, “um problema”.

Decisões como a recortada anteriormente simbolizam não apenas um direito gravemente problemático – pois que já não só objeto de problemas, *mas em si mesmo um problema*, quer no seu próprio *sentido*, quer na índole de sua *normatividade*. Deste modo, como bem lembra Castanheira Neves, “a filosofia (a filosofia do direito, especificamente) como que se tornou uma sua necessária ‘última instância’, seja de compreensão ou de reflexão crítica, seja de possível recuperação ou reconstrução de sentido”⁹. Com efeito, uma instância possível de reconstrução do sentido jurídico é a matriz hermenêutico-fenomenológica, apta à compreensão e ao enfrentamento das consequências do fenômeno da discricionariedade judicial e do positivismo jurídico.

A propósito, o positivismo jurídico trata-se, no âmbito da teoria do direito, de ponto de basilar importância, sendo (ainda) pouco compreendido pelos operadores do Direito. Lenio Streck entende o *positivismo jurídico* a partir de sua principal característica: a *discricionariedade*, que ocorre a partir da delegação em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não abarcados pela regra)¹⁰. E vale destacar: as críticas de Streck são dirigidas primordialmente ao *positivismo normativista pós-kelseniano*, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais) – até porque Streck considera superado o velho positivismo exegético¹¹.

De modo sintético, podemos afirmar que o positivismo, no sentido entendido por Streck – e proposto neste texto –, é aquele que acaba por permitir “discricionariedades”. Com efeito, o termo discricionariedade se refere “a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”¹². Note-se que a solução de

⁹ NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 7.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1): 65-77, jan./jun. 2009, p. 77.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 160.

¹² STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 43, n. 50, p. 91-114 jul./dez. 2008, p. 105.

casos complexos surge como “problema”, principalmente quando a dogmática jurídica não encontra respostas possíveis em seu “arcabouço” de respostas prontas (dadas previamente). Aliás, a dogmática jurídica, por ser, de fato, um pensamento estabelecido no passado, acaba por enfatizar a *repetição*. Destarte, sendo fundada no passado, é previsível que ela não se encontre inteiramente apta a regular as novas problemáticas que surgem incessantemente na sociedade atual, globalizada. Não obstante, *tal fato não pode dar margem à (nem justificar os) decisionismos e protagonismos judiciais*.

Destarte, para o enfrentamento deste problema, precisa-se trabalhar no interior de um paradigma, no qual o direito assuma um caráter hermenêutico, apto à compreensão e ao enfrentamento das consequências do fenômeno da discricionariedade judicial, alcançando uma resposta correta para cada caso do qual se trate – e este é, em verdade, o cerne da discussão hermenêutica que se trava atualmente¹³.

Todavia, antes de abordarmos a superação do paradigma da filosofia da consciência (no qual impera o sujeito solipsista) pela hermenêutica filosófica, daremos, no ponto seguinte, atenção especial ao solipsismo filosófico. Note-se, desde já, que Procusto é, em certo sentido, um solipsista. *A discrepância é sempre o outro (o hóspede) e não ele – ou a medida por ele utilizada (o leito)*. Procusto, assim, discricionariamente, precisa “moldar” o hóspede, adaptando-lhe às suas próprias medidas (simbolizada pelos leitos), serrando-lhe friamente os membros ou esticando-os até atingir o tamanho do leito escolhido. Com efeito, o sujeito solipsista é o “olho que tudo vê” (exceto ele mesmo), detentor da “justa” medida. A justificativa para tal abordagem (do sujeito solipsista) se cristaliza a partir de uma pergunta proposta por Streck: “De que modo o jurista poderá compreender a principal característica do positivismo – a discricionariedade – se não se lhes ensina o que representa e o que representou o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*)?”¹⁴. Assim, no ponto seguinte, empreenderemos uma breve jornada, no sentido de desvelar o papel do solipsismo no pensamento filosófico.

¹³ Capitançada no Direito brasileiro por Lenio Luiz Streck, que a cristalizou em sua melhor forma em *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 (obra que já se encontra em sua terceira edição). Não obstante, o cerne da discussão já havia sido adiantado anteriormente em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do Direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu*, 1(1), p. 97, jul. 2010.

2 O CERNE DA PROBLEMÁTICA DISCRICIONÁRIO-PROCUSTIANA: O SOLIPSISMO FILOSÓFICO

O solipsismo é um tema recorrente na filosofia, designando, geralmente, a existência de um sujeito privilegiado, que controla o mundo, “que é o centro de toda a existência”. Sébastien Charles, professor da Universidade de Sherbrooke, afirma que o conceito de solipsismo, no sentido com o qual nós o conhecemos hoje, não existia antes do século XVIII. Seu equivalente latino data do século XVII, e o termo será igualmente empregado no século XVIII, ainda que as ocorrências sejam raras e o sentido diferente. Este autor afirma que o termo aparece, pela primeira vez, em uma obra de autoria de Melchior Inchofer, intitulada *Monarchia solipsorum*, publicada em Veneza, no ano de 1645. Esta obra

em seguida é traduzida em francês por Restaut com o título de *La monarchie des solipses* (Amsterdam, 1721). O termo designa os habitantes de uma ilha imaginária que vivem sob a condução providencial de diversos deuses, o que constitui um ataque mal disfarçado à política maleável dos jesuítas da época, que os levava a sempre buscar a proteção dos poderosos. É Kant, ao que parece, quem primeiramente, na *Crítica da razão prática*, utiliza *solipsismus* como *terminus technicus* que substitui o alemão *Selbstsucht*.¹⁵

Mesmo sem ter tido “mestres” ou “líderes de escolas” realmente confirmados, o solipsismo não deixa, segundo Sébastien Charles, de estar intimamente presente em todos os debates metafísicos do século das luzes, tanto entre os defensores de um dualismo estrito quanto entre os promotores de um materialismo radical. Para este autor, “o que contribuiu, sem dúvida, para tal sucesso da posição solipsista é, malgrado seu caráter absurdo, sua aparente irrefutabilidade, sublinhada, notadamente, por Thémiseul de Saint-Hyacinte ou Diderot”¹⁶.

Não obstante, é em René Descartes (1596-1650)¹⁷ que o solipsismo – no sentido proposto neste texto – tem o seu ponto de partida. Isso de tal modo que há certo consenso em afirmar que a discussão filosófica – em autores como

¹⁵ CHARLES, Sébastien. O solipsismo como forma extrema de ceticismo no século das luzes. *Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 4, n. 2, p. 33, out. 2007.

¹⁶ Idem, p. 17.

¹⁷ DESCARTES, René. *Discours de la méthode*. Paris: Lutetia, 1940.

Martin Heidegger¹⁸ – é marcada pela tentativa de destronar a filosofia clássica deste “sujeito autônomo”, que é abalizada, mormente, a partir de Descartes e Immanuel Kant (1724-1804).

Descartes, invertendo a ordem das certezas – pelo viés da descoberta do *cogito* –, efetivamente pôs a lume o *problema da demonstração da existência do mundo exterior*, pois neste autor “a existência necessária de um Deus bom garante de maneira definitiva que as sensações que percebemos remetem verdadeiramente a algo de existente fora de nós, mesmo que não nos permitam conhecer sua natureza”¹⁹. Porém, tal pensamento levou René Descartes a verdadeiros extremos, como considerar apenas a sua própria existência como evidente, tornando o *cogito ergo sum* o ponto de partida de todo o conhecimento possível. Descartes é, portanto, e em certa perspectiva, um solipsista, pois *ele só tem certeza de seu ser pensante*.

Por conseguinte, Kant, em sua *Crítica da razão pura*, expressou ideia semelhante à de Descartes, afirmando que o “eu penso” deve sempre acompanhar todas as nossas representações. Ora, se assim não fosse, “algo se representaria em mim, que não poderia, de modo algum, ser pensado”²⁰. O pensamento kantiano estabelece, nesse ponto, clara relação com o *cogito* cartesiano, vez que ambas as perspectivas tratam de evidências oriundas da própria existência, cristalizadas e resumidas (n)a unidade da (auto)consciência. Para Kant, sem esta “evidência fundamental”, tornar-se-ia impossível toda e qualquer representação²¹.

Partindo do pensamento kantiano, é Arthur Schopenhauer (1788-1860) quem, trilhando o seu próprio caminho, acaba por concluir, surpreendentemente, que o mundo não é nada mais do que *representações*. Nesse sentido, afirma que

o mundo como representação, isto é, unicamente do ponto de vista de que o consideramos aqui, tem duas metades essenciais, necessárias e inseparáveis. Uma é o *objeto*, suas formas são o espaço e o tempo [...]. A outra metade é o *sujeito*; não se encontra colocada no tempo e no espaço, porque existe inteira e indivisa em

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago. Chile: Editorial Universitária, 1997.

¹⁹ CHARLES, Sébastien. Op. cit., p. 14 (grifo nosso).

²⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 132.

²¹ Idem, *ibidem*.

todo ser que percebe: daí resulta que um só desses seres junto ao objeto completa o mundo como representação, tão perfeitamente quanto todos os milhões de seres semelhantes que existem: mas, também, se esse ser desaparece, o mundo como representação não mais existe.²²

Schopenhauer chegou a tais conclusões, conduzindo-se pelo fio do pensamento kantiano. Não obstante, veio a discordar duramente deste filósofo, arrazoando tais discordâncias em sua *Crítica da filosofia kantiana* (1844) – obra surgida como apêndice de *O mundo como vontade e representação* (originalmente publicado em 1819). Como suplemento desta crítica, Schopenhauer também publicou o opúsculo *Ainda alguns esclarecimentos sobre a filosofia kantiana*, surgido como capítulo integrante de seu aclamado *Parerga e Paralipomena*. Schopenhauer, nesse percurso, diferencia-se efetivamente de Kant²³, construindo a sua própria filosofia²⁴. Note-se, neste contexto, que se para Schopenhauer o mundo é, por um lado, *vontade* e, por outro, *representação*, o *sujeito* cristaliza em si “a totalidade do mundo” – de maneira pouco discreta ganha o trono o sujeito solipsista no pensamento schopenhaueriano.

Com efeito, se para Kant a “coisa em si” (*noumenon*) é inacessível ao conhecimento humano, por encontrar-se além dos limites das estruturas do próprio ato cognitivo, Schopenhauer, mais pretensioso, acabou por abordar a própria “coisa em si”, que, em sua filosofia, seria a *vontade* – raiz metafísica de toda a realidade²⁵. Não obstante, como acentua Hacker, Schopenhauer aceitou de Kant a refutação da doutrina unitária da alma como “substância pensante unitária”. O diagnóstico de Kant foi que Descartes *confundiu a unidade da percepção com a percepção de um sujeito unitário*. Lembremos que Kant fala, a partir

²² SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 10 (grifo nosso).

²³ Kant havia estabelecido a distinção entre os fenômenos e a “coisa em si” (*noumenon*), com base na demonstração de que, entre as coisas e nós, está sempre o intelecto, o que faz com que elas não possam ser conhecidas segundo aquilo que seriam em si mesmas. Apesar de notoriamente distante dos ideais kantianos, isso não impediu Schopenhauer de afirmar que a distinção entre os fenômenos e a “coisa em si” foi “o maior mérito de Kant”. Para tanto, ver: SCHOPENHAUER, Arthur. *Crítica da filosofia kantiana*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 87 e ss.

²⁴ Filosofia que, como se sabe, veio influenciar decisivamente o pensamento de Nietzsche (1844-1900), filósofo que apelidara Schopenhauer de “o cavaleiro solitário”.

²⁵ TORRES FILHO, R. R. Apresentação. In: *O mundo como vontade e representação*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

daí, em uma “apercepção transcendental”. Pois bem, esta rejeição do pensante, conhecedor do eu, *sujeito* (como constituinte do mundo), não preveniu, no entanto, Arthur Schopenhauer de uma reificação do ego transcendental para constituição e fundação da sua versão particular de idealismo transcendental. O eu, sujeito transcendental, para Schopenhauer, é um ponto indivisível. O *sujeito metafísico* e seu *objeto*, isto é, o *mundo como representação*, limita(m) imediatamente um ao outro. O *ego transcendental* é uma pressuposição da existência do mundo: o sujeito, conhecedor, assim concebido, está fora do espaço e tempo, que são apenas formas da sua intuição sensível; como fonte das categorias da experiência, *ele é uma pressuposição de toda experiência, é o suporte do mundo*, a condição universal de tudo que aparece. O eu, o sujeito, é o olho que tudo vê, *exceto ele mesmo*²⁶. Percebe-se, portanto, em Descartes, passando por Kant e chegando a Schopenhauer, o papel (central) do sujeito, do “eu”, como pressuposto de toda experiência – marca do pensamento solipsista.

Já, no século XX, percebe-se a influência do pensamento de Schopenhauer no primeiro Wittgenstein. É geralmente conhecido que Wittgenstein aderiu a alguma forma de solipsismo no período que vai de 1915 a 1919, o que, aliás, está proeminente nos *Notebooks* e no *Tractatus logico-philosophicus*. A propósito – antes de observarmos o solipsismo wittgensteiniano –, é curioso como, nesta época, notadamente no coração do movimento conhecido como *círculo de Viena*, há, em distintos pensadores, aderência a alguma forma de *solipsismo*. Rudolf Carnap é um exemplo. Carnap estrutura o seu famoso sistema do *Aufbau* a partir de uma “base solipsista”. Tal sistema constrói ou deriva objetos e conceitos de níveis superiores a partir de níveis inferiores. Carnap estabelece, assim, em ordem crescente, quatro níveis de objetos: 1) *Autopsicológicos*; 2) *Físicos*; 3) *Heteropsicológicos*; e 4) *Culturais*. Sendo o primeiro nível (portanto, a *base*) constituído por objetos “autopsicológicos”, ganha este nível a forma de uma *base solipsista*, pois, para Carnap, é possível, a partir daí, a reconstrução de tudo o que é objetivo a partir das experiências de um *sujeito*²⁷.

No entanto, diferentemente de Carnap na estruturação de seu *Aufbau*, Wittgenstein leva o solipsismo às últimas consequências – em seu *Tractatus*

²⁶ Conforme HACKER, P. M. S. *Insight and illusion: themes in the philosophy of wittgenstein*. USA: Oxford University Press, 1987 (grifo nosso).

²⁷ CARNAP, Rudolf. *The logical structure of the world*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1969.

*logico-philosophicus*²⁸. O solipsismo wittgensteiniano foi claramente inspirado nas doutrinas do idealismo transcendental de Arthur Schopenhauer. Estas ele adaptou a sua forma transcendental peculiar de *egoísmo teórico*²⁹. Assim, o solipsismo do *Tractatus* não é o mesmo do cartesianismo³⁰, podendo se observar nele até uma inspiração no idealismo transcendental kantiano, na medida em que deixa transluzir um “sujeito pensante”, mas que, porém, *não existe*, que é transcendental, um sujeito metafísico, já que não é parte do mundo, mas que, no entanto, o constitui ou o pressupõe, tanto que é o limite de sua existência: *é o limite do mundo*³¹.

Wittgenstein abre seu *Tractatus logico-philosophicus* afirmando que o livro trata de problemas de filosofia, pelo qual procurará mostrar que a formulação destes problemas descansa na falta de compreensão da lógica de nossa linguagem. Trata-se de um livro que pretende traçar certos limites ao pensamento, ainda que tais limites somente possam ser traçados *na linguagem*. Assim, percebe-se rapidamente que a obra propõe-se a traçar o limite da linguagem a partir de seu interior³². Nesse sentido, não é por menos a afirmação de Wittgenstein de que “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo” (5.6)³³. Para Wittgenstein, Deus, a ética, a estética, o sentido da vida, etc., estariam além dos limites da linguagem, fazendo parte, portanto, de uma dimensão inefável, possuindo um valor absoluto. Destarte, não podemos falar delas com sentido, para ele, “o místico”. A rigor, esta dimensão não cabe na linguagem. *Ela apenas pode ser mostrada*.

Com isso, tem-se planejado o ponto de partida para o solipsismo lógico do sujeito transcendental, sujeito este identificado com os limites impostos pela própria linguagem. Para Wittgenstein, que “o mundo é meu mundo, mostra-se em que os limites *da* linguagem (*a* linguagem que somente eu entendo) significam

²⁸ Ainda que na seção 2 do *Livro azul* Wittgenstein já houvesse manifestado um posicionamento um tanto solipsista. Nesse sentido, em sua edição americana, ver: WITTGENSTEIN, Ludwig. *The blue and brown books*. 2. ed. New York: Harper Torchbooks, 1960.

²⁹ HACKER, P. M. S. Op. cit. (grifo nosso).

³⁰ No sentido de que somente existo “eu” como ser pensante e “meus próprios pensamentos”.

³¹ MUGURUZA, E. M. Al respecto de lo que existe y de lo que puedo decir que existe: una lectura “ontológica” del *Tractatus*. *Maiêut. Dig. R. Fil. Ci. Afins*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 46-63, maio/ago. 2006, p. 58 (grifo nosso).

³² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Edición electrónica bilingüe (alemán y español) de www.philosophia.cl. Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, p. 14.

³³ Idem, p. 115. No original em alemão: “5.6. *Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*”.

os limites de *meu mundo*” (5.62)³⁴. Com efeito, o solipsismo wittgensteiniano garante ao sujeito a posse do mundo por meio dos limites da linguagem; isso permite ao filósofo afirmar que o que “o solipsismo *significa* é totalmente correto; só que ele não se deixa *dizer-se*, apenas *mostrar-se*” (5.62)³⁵. Assim, de uma maneira quase dramática, o *eu* do solipsismo se torna um ponto sem extensão, *sobre o qual nada pode ser dito*; sim, pois afirmar que o mundo *é o meu mundo* manifesta-se na identidade dos limites da linguagem – *que é minha linguagem* – e os limites do mundo – que é *meu mundo*³⁶. Nesse ponto, Wittgenstein atinge efetivamente o eu metafísico, ao afirmar “*Ich bin meine Welt (Der Mikrokosmos)*” (5.63)³⁷.

Nos aforismos 5.633 e 5.634, notadamente a partir do famoso exemplo do olho, Wittgenstein adota uma postura que beira o ceticismo – possivelmente para não cair em um dogmatismo –, afirmando que não se pode dizer o que ocorre exatamente com o olho *se não se vê realmente o olho*. Ademais, nada no campo de visão permite concluir que é visto por um olho. Wittgenstein conecta isso ao fato de que nenhuma parte de nossa experiência é *a priori*. Deste modo, “*alles, was wir sehen, könnte auch anders sein. Alles, was wir überhaupt beschreiben können, könnte auch anders sein. Es gibt keine Ordnung der Dinge a priori*”³⁸. Neste ponto, entendemos como “o solipsismo levado estritamente coincide com o puro realismo. O eu do solipsismo se reduz a um ponto sem extensão e que dá a realidade coordenada com ele” (5.64)³⁹. Ademais, o receio de Wittgenstein de falar em um “eu” de modo próximo à psicologia leva-o à seguinte afirmação: “O eu entra na filosofia pelo fato de que ‘o mundo é meu mundo’”. E completa: “O eu filosófico não é o homem, nem o corpo humano, nem tampouco a alma humana da qual trata a psicologia, senão o sujeito metafísico, o limite – não uma parte do mundo” (5.641)⁴⁰.

³⁴ Idem, *ibidem*. No original em alemão: “5.62. [...] *Daß die Welt meine Welt ist, das zeigt sich darin, daß die Grenzen der Sprache (der Sprache, die allein ich verstehe) die Grenzen meiner Welt bedeuten*”.

³⁵ Idem, p. 115: “5.62. [...] *Was der Solipsismus nämlich meint, ist ganz richtig, nur läßt es sich nicht sagen, sondern es zeigt sich*”.

³⁶ HACKER, P. M. S. Op. cit. (grifo nosso).

³⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 115: “5.62. [...]”. Tradução: Eu sou meu mundo (O microcosmos).

³⁸ Idem, p. 117. Tradução: “Tudo o que nós vemos poderia ser de outro modo. Tudo o que nós podemos descrever, poderia ser também de outro modo. Não há nenhuma ordem a priori das coisas”.

³⁹ Idem, *ibidem* No original: “5.64. *Hier sieht man, daß der Solipsismus, streng durchgeführt, mit dem reinen Realismus zusammenfällt. Das Ich des Solipsismus schrumpft zum ausdehnungslosen Punkt ‘zusammen, und es bleibt die ihm koordinierte Realität*”.

⁴⁰ Idem, p. 119. No original: “5.641. [...] *Das Ich tritt in die Philosophie dadurch ein, daß die ‘Welt meine Welt ist’. Das philosophische Ich ist nicht der Mensch, nicht der menschliche Körper, oder die mensch*

É saliente a importância que o solipsismo de raiz schopenhaueriana teve na doutrina idealista transcendental de Wittgenstein. Neste contexto, relevante observação faz Sáenz, ao afirmar que o solipsismo wittgensteiniano não se trata, com efeito, de um solipsismo metafísico, que tenderia a dar a palavra “eu” um alcance espiritual, pois para Wittgenstein “*el concepto [...] ‘yo’ es identificable simplemente con el de límite del lenguaje y del mundo [...]. Cualquier solipsismo tiene que introducir al menos esta coextensividad entre el mundo y el yo: el mundo queda así afectado por el coeficiente ‘mío’*”⁴¹.

Em verdade, o coeficiente “meu”, determinante para a caracterização de qualquer forma de solipsismo – como bem afirmou Montoya Sáenz –, parece ter sido levado muito a sério como fundamento em decisões judiciais recentes – conforme mostramos no primeiro ponto deste texto no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros. A marca do solipsismo é, com efeito, esta mesma: “*meu mundo*”, “*minha consciência*”, “*meu entendimento*”... O dramático neste tipo de postura é que se trata de um local de fala a partir do qual, externamente, nada pode ser dito, pois é um ponto inacessível, até mesmo porque *não podemos participar da consciência do outro*. Isso porque, conforme Streck, para o solipsismo filosófico – e para a discricionariedade positivista daí surgida –, “o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’”⁴².

Lembremo-nos, mais uma vez, de Procusto, que arbitrariamente decidia em qual de seus leitos – se no maior ou no menor – deitaria os seus hóspedes. Deitar os hóspedes maiores no leito menor e os hóspedes menores no leito maior é uma forma simbólica de retratar a conveniência em, a partir de *egoísticas* escolhas, atingirem-se os fins mais execráveis. Nesse sentido, cabe destacar a “decisão procustiana” de Vladimir Souza Carvalho, Desembargador do TRF da 5ª Região, em despacho em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em mandado de segurança, o qual admitia a inscrição de dois bacharéis nos quadros da OAB, sem realizar a prova exigida para tanto – “dada a inconstitucionalidade do Exame de Ordem”⁴³. Não demorou muito para se descobrir que o filho deste Desembargador havia sido reprovado na mesma

liche Seele, von der die Psychologie handelt, sondern das metaphysische Subjekt, die Grenze -nicht ein Teil der Welt”.

⁴¹ SÁENZ, J. Montoya. La Filosofía de “lo místico” en el tractatus de wittgenstein. *Logos*. Anales del Seminario de Metafísica, IV, 1969, p. 67-68.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 57.

⁴³ AI 112287/CE, Processo nº 0019460-45.2010.4.05.0000, 2ª Vara Federal do Ceará, Justiça Federal.

prova por quatro vezes!⁴⁴ Torna-se óbvio, neste contexto, a tentativa (solipsista) do Desembargador em criar precedentes judiciais que, em um futuro próximo, viessem a beneficiar seu próprio filho. Ora, o direito não pode se moldar à consciência e realidade de um único sujeito. Com efeito, é pela desconstrução deste tipo de pensamento solipsista – destronamento deste sujeito metafísico – e da discricionariedade judicial que a hermenêutica filosófica atualmente vem se posicionando, como notaremos no ponto seguinte.

3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA: APORTES PARA O DESTRONAMENTO DO SUJEITO SOLIPSISTA

No ponto anterior, procuramos mostrar como o solipsismo se demarcou, em distintos momentos da história da filosofia, a partir de expressões como “meu mundo” e “minha consciência”. Trata-se, com efeito, de um paradigma no interior do qual o mundo é controlado por um sujeito metafísico transcendental, solipsista – modelo este que tem regido o imaginário dos juristas brasileiros. Entre as consequências daí surgidas temos o mal de Procusto que habita o imaginário dos juízes, que vem se cristalizando em sua forma mais perversa na discricionariedade judicial. Pois é por um espaço teórico e prático livre das amarras deste sujeito solipsista-discricionário-procustiniano que a hermenêutica jurídica contemporânea⁴⁵ vem se posicionando.

A hermenêutica⁴⁶ heideggeriana-gadameriana – nomeadamente a partir do *giro ontológico* operado por Martin Heidegger – propiciou, de forma inédita em toda tradição filosófica, um deslocamento do solipsismo subjetivista para

⁴⁴ Conforme notícia recentemente divulgada no site Conjur, sob título “OAB alega suspeição de desembargador do TRF da 5ª Região”, em 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-17/oab-alega-suspeicao-desembargador-suspendeu-exame-ordem>>. Acesso em: 19 dez. 2010.

⁴⁵ Notadamente a partir de Lenio Luiz Streck. Ver, para tanto: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 (obra que já se encontra em sua terceira edição).

⁴⁶ Hermenêutica, do grego *hermeneuiein*, é relacionada ao deus mensageiro *Hermes*, de onde a expressão possivelmente se deriva. Não obstante, é importante salientar que se trata do *deus grego Hermes*, e não de *Hermes Trimegistos*, nome que traduzido em latim do grego *Ερμης ο Τριμεγιστος*, significa “Hermes, o Três Vezes Grande”. *Hermes Trimegistos* é o nome atribuído pelos alquimistas e místicos medievais ao deus egípcio Thot. Assim, ao que tudo indica, a expressão “hermético” (no sentido de fechamento) deriva do *Hermes egípcio*, no sentido de se tratar de um *conhecimento oculto*. Como registra Palmer, os gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para transmitir aos outros. Percebe-se assim que as diversas formas da

um contexto intersubjetivo de fundamentação⁴⁷, possibilitando o destronamento deste sujeito metafísico. Diferentemente da hermenêutica clássica, vista como mera técnica de interpretação, da hermenêutica romântica de Friedrich Schleiermacher (1768-1834) e da hermenêutica como *telos* da consciência histórica de Wilhelm Dilthey (1833-1911), a hermenêutica filosófica de Heidegger mostra como o *compreender* (a *compreensão*) não é mais o simples ideal de método da filosofia, mas sim é a forma originária de realização do “ser aí” humano enquanto “ser no mundo”; o compreender é o modo de ser do “ser aí” que o constitui como “saber ser” e “possibilidade”⁴⁸.

Martin Heidegger parte de uma hermenêutica que assume um papel particular da filosofia rumo a uma *filosofia propriamente hermenêutica*. Esta é a tarefa magistralmente empreendida pelo filósofo alemão em seu célebre *Sein und zeit* (Ser e tempo), obra na qual busca, a partir do desvelamento do *sentido do “ser”*, interpretar o tempo como horizonte de possibilidade para toda compreensão do ser. Nesse sentido, para Heidegger, se o *ser* constitui o perguntado – isto é, o *sentido do ser* – e se *ser* quer dizer *ser do ente*, precisa-se considerar que a interrogação na pergunta pelo ser é o próprio *ente*. Portanto, o *ente* precisa ser interrogado a respeito de seu *ser*⁴⁹. Note-se que Heidegger entende por “ente” muitas coisas e em diversos sentidos. *Ente* é tudo aquilo do que falamos, aquilo em respeito ao qual nos comportamos desta ou daquela maneira; *ente* também é o que nós mesmos somos, e o modo como o somos⁵⁰. Assim sendo, elaborar a pergunta pelo *ser* significa fazer que um *ente* – o que pergunta – se torne transparente em seu ser. Mas quem efetivamente faz a pergunta “o que é o ser”?

Para Heidegger, quem faz esta pergunta é o *Dasein*. Conforme Ernildo Stein, Heidegger, ao introduzir um ente privilegiado, o *Dasein*, possibilita que apareça outro nível de problematização do ser. Isso porque “o ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido, mas ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e por isso tem acesso aos entes”⁵¹.

palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Ver, PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 24.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 59.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Org. Pierre Fruchon. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 40.

⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*, p. 29.

⁵⁰ Idem, p. 30.

⁵¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2000. p. 103.

Heidegger explica, assim, que “a este ente que somos em cada caso nosotros mismos, y que, entre otras cosas, tiene esa posibilidad de ser que es el preguntar, lo designamos con el término Dasein”⁵².

A partir de então, o *compreender* é uma estrutura do *Dasein*, é uma estrutura do “ser aí”, é uma estrutura do *homem*, tornando-se, então, necessário entender a estrutura do *compreender*⁵³. Como afirma Michael Inwood, o *compreender* não é algo que esteja em “contraste” com outras abordagens das coisas, como conhecê-las ou explicá-las.

A compreensão é pressuposta por todas essas abordagens, dado que constitui em parte nosso “ser no mundo”. [...] O que o *Dasein* compreende não é tanto algum item particular de seu ambiente quanto seu ambiente como um todo e seu próprio lugar nele. Porém, o *Dasein* não se limita a compreender seu ambiente como se poderia compreender um texto ou uma cultura alheios de que se está inteiramente desengajado. Compreende-o como apresentando a ele uma gama de possibilidades.”⁵⁴

O *projetar-se* do *compreender* para Heidegger tem a sua própria possibilidade de desenvolvimento. A este desenvolvimento do *compreender*, o filósofo alemão denomina interpretação (*Auslegung*). Na interpretação, o *compreender* se apropria compressoramente do compreendido por ele. Na interpretação, o *compreender* não se converte em outra coisa, senão que chega a ser ele mesmo. Com efeito, “toda interpretação se funda no *compreender*”⁵⁵. Destarte, porque estamos no mundo, há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. “Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre interpretamos” – como bem afirma Streck⁵⁶.

Assim, a partir de Heidegger, “hermenêutica é levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno (*phainomenon* = o que se manifesta), sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser.

⁵² HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 30.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 201 (grifo nosso).

⁵⁴ INWOOD, Michael. *Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 59.

⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 172.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 201.

A ontologia só é possível, aqui, como fenomenologia, que terá como temática o ser dos entes, o sentido dos entes⁵⁷. Neste contexto desvela-se o caminho que Heidegger empreende para sair do problema da metafísica: é a partir da *diferença ontológica* (entre ser e ente) e da constituição do “ser aí” como “ser no mundo” que Heidegger rompe com os dualismos legados pela tradição metafísica⁵⁸. Aliás, dualismos que cristalizam e fundamentam a existência do sujeito solipsista (do esquema sujeito-objeto).

Hans-Georg Gadamer⁵⁹, retomando Heidegger, afirma que não é exato pensar em termos de díade sujeito-objeto quando o tema é a prática hermenêutica, pois o sujeito está compreendido por aquilo que se estenderá até o objeto, *compreendendo-o*, como bem salienta Luiz Eduardo Soares; e complementa: “Sujeito e objeto participam do mesmo. O sujeito não é apenas ativo, nem o objeto somente passivo: ele é constituído por aquilo que o leva ao objeto, e o define em sua objetividade”⁶⁰. Daí, para Gadamer, na hermenêutica a “aplicação” não pode significar uma operação subsidiária, que se acrescenta posteriormente à compreensão. “Aplicar”, para Gadamer,

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 de que se ocupa.⁶¹

Não obstante, percebe-se, entre a magistratura brasileira, uma postura diferenciada do apregoado por Gadamer. O “magistrado procustiano”, ao decidir, parece mais preocupado em fundamentar as suas decisões conforme o seu próprio “entendimento” ou sua “consciência” – ou, *procustianamente*, “aplicando suas próprias medidas” – do que em buscar o significado fundamental, originário, do texto constitucional. E sublinhe-se: se não recorre à

⁵⁷ Idem, p. 204.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in) determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142.

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

⁶⁰ SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e ciências humanas. Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 116, 1988.

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, p. 57.

sua “consciência”, então se serve do famigerado processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar), como bem denuncia Streck⁶². Precisa-se considerar, por conseguinte, que

[...] a impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*).⁶³

A sofisticação da perspectiva delineada por Heidegger e continuada por Gadamer é que a tarefa da hermenêutica não diz mais respeito simplesmente à “recomendação de um método”. O que se exige, nessa postura, é uma radicalização do compreender que já efetua qualquer um que compreende. A rigor, “a compreensão reside na elaboração de projetos autênticos que correspondam ao seu objeto. Trata-se de um empreendimento que busca ser recompensado por uma confirmação do próprio objeto”⁶⁴. É impossível, portanto, negar as consequências da viragem linguístico-ontológica para a interpretação do Direito, pois, conforme Streck, está-se a

tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de domínio do esquema sujeito-objeto. *Passamos, pois, do fundamentar para o compreender*. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de condição de possibilidade.⁶⁵

Estamos falando de um paradigma onde o processo interpretativo deixa de ser meramente *reprodutivo* e passa a ser *produtivo*, pois, como bem destacou Streck, a linguagem deixa de ser um instrumento, uma terceira coisa que se

⁶² STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 162.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, p. 61-62.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 43, n. 50, p. 91-114, jul./dez. 2008, p. 95 (grifo nosso).

interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser *condição de possibilidade*. A rigor, cristaliza-se, assim, a autêntica atitude hermenêutica. Note-se que, para Gadamer, a autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora⁶⁶. Significa afirmar que, diante de um estranhamento com o texto legal, não se adotará posturas solipsistas e “conscienciais” na busca pela resposta adequada ao caso. Com efeito, a atitude hermenêutica supõe uma

tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente.⁶⁷

O caminho para a superação e o destronamento do sujeito solipsista se desvela, então, a partir do embate da hermenêutica com o problema da discricionariedade, o que pode levar a uma possível superação do positivismo. Nesse sentido, o estabelecimento de certos padrões hermenêuticos, além de preservar a autonomia e a coerência do Direito, busca estabelecer a fundamentação das decisões como um dever fundamental dos juízes e Tribunais – postura esta que garantirá que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição –, e não a partir da obscura e inacessível consciência do magistrado⁶⁸.

CONCLUSÃO

O presente texto buscou analisar a problemática da discricionariedade judicial e as implicações do solipsismo filosófico no pensamento jurídico a partir da mitológica figura de Procusto. Em certo sentido Procusto simboliza o solipsismo, vez que, para ele, *a discrepância é sempre o outro e não ele próprio – nem a medida por ele utilizada*. Procusto, cruelmente, precisa “moldar” os seus hóspedes, adaptando-lhes às suas próprias medidas. Para tanto, serra-lhes friamente os seus membros ou estica-os, até que atinjam o tamanho do leito de sua casa, situada à beira da estrada que vai de Trezena à Atenas.

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, p. 63.

⁶⁷ Idem, p. 63-64.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 96-97.

A discricionariedade, espaço simbólico a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento, passou, como vimos, a ser a condição de possibilidade da decisão⁶⁹, além de estabelecer um verdadeiro obstáculo ao acontecer da Constituição, vez que permite que os magistrados desprezem o papel da doutrina e das demais fontes do Direito, guiando-se apenas pela sua “consciência” – postura esta um tanto solipsista. Deste modo, buscamos a raiz da problemática discricionário-procustiana no solipsismo filosófico, em diferentes épocas. De Descartes, passando por Kant, Schopenhauer e chegando ao século XX no primeiro Wittgenstein, procuramos desvelar o papel central do sujeito, do “eu”, como pressuposto de toda experiência.

A busca pela superação da dicotomia daí surgida (sujeito-objeto) – marca do paradigma da filosofia da consciência – vem sendo empreendida atualmente pela nova crítica do Direito (também alcunhada crítica hermenêutica do Direito)⁷⁰. Esta crítica se erige a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, perspectivas que delineamos brevemente neste trabalho. A hermenêutica, a rigor, refere-se sempre ao mundo prático. Trata-se de compreender que *sempre somos no mundo*, o que nos leva à necessidade de compreendermo-nos como “ser no mundo”, a partir de uma estrutura prévia de sentido. Destarte, o caminho para a superação e o destronamento do sujeito solipsista se desvela atualmente a partir do alentado embate da hermenêutica com o problema da discricionariedade judicial.

Finalmente, oportuna se faz a lição de Zygmunt Bauman, quando afirma que “os mitos não são histórias divertidas. O seu objetivo é ensinar por meio da reiteração sem fim de sua mensagem: um tipo de mensagem que os ouvintes só podem esquecer ou negligenciar se quiserem”⁷¹. Procusto configura a tirania, a intolerância e o poder centrado em um único homem, podendo ser lido como símbolo do solipsismo e da discricionariedade judicial. A viagem de Trezena à Atenas é igualmente simbólica, podendo ser compreendida em nosso atual contexto como o percurso do cidadão na busca por direitos – constitucionalmente garantidos –, nas diversas instâncias da justiça. Deste modo, negligenciar a

⁶⁹ Idem, p. 92.

⁷⁰ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*.

⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 14.

mensagem contida neste mito pode ser nosso silente preparo do *leito de Procasto*, tálamo simbólico do qual ninguém está livre.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BRANDÃO, J. de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes, v. III, 1987.

CARNAP, Rudolf. *The logical structure of the world*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1969.

CHARLES, Sébastien. O solipsismo como forma extrema de ceticismo no século das luzes. *Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 4, n. 2, out. 2007.

DESCARTES, René. *Discours de la méthode*. Paris: Lutetia, 1940.

GADAMER, Hans-Georg. *Mito y razón*. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *O problema da consciência histórica*. Org. Pierre Fruchon. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HACKER, P. M. S. *Insight and illusion: themes in the philosophy of wittgenstein*. USA: Oxford University Press, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago. Chile: Editorial Universitária, 1997.

INWOOD, Michael. *Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MUGURUZA, E. M. Al respecto de lo que existe y de lo que puedo decir que existe: una lectura “onto-lógica” del Tractatus. *Maiêut. Dig. R. Fil. Ci. Afins*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 46-63, maio/ago. 2006.

NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1989.

SÁENZ, J. Montoya. La filosofía de “lo místico” en el tractatus de wittgenstein. *Logos*. Anales del Seminario de Metafísica, IV, 1969.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Crítica da filosofia kantiana*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. *O mundo como vontade e representação*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SOARES, Luiz Eduardo. Hermenêutica e ciências humanas. *Estudos históricos*. Rio de Janeiro, n. 1, 1988.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

_____. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 43, n. 50, p. 91-114, jul./dez. 2008.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Hermenêutica, constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1): 65-77, jan./jun. 2009.

_____. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu*, 1(1), jul. 2010.

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

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES FILHO, R. R. Apresentação. In: SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *The blue and brown books*. 2. ed. New York: Harper Torchbooks, 1960.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Edición electrónica bilingüe (alemán y español) de www.philosophia.cl. Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

