



CÉSAR MAXIMIANO DUARTE

A (AUSÊNCIA DE) HERMENÊUTICA NO PODER JUDICIÁRIO

BRASÍLIA/DF

2021

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo central tratar da relação entre a fenomenologia e a hermenêutica. Todavia, o método que se decidiu adotar para a abordagem do tema foi o dedutivo: partir-se-á do geral para situações particulares, o que, ao final, acabará por demonstrar quão carentes de hermenêutica são muitas das decisões do Poder Judiciário.

A abordagem prática, que, ao contrário do trabalho como um todo, adotará o método indutivo, partindo do caso concreto para o seu detalhamento filosófico, não será daquele Poder Judiciário das “grandes e emblemáticas causas”, que em igual medida carece dessa faculdade hermenêutica, mas sim do Poder Judiciário local, que está em contato direto com as mais variadas mazelas da sociedade, e que tem como função precípua o apaziguamento social através de suas decisões – decisões estas que infantilmente esperava-se fossem dotadas daquela romântica sabedoria filosófica ancestral, ou, ao menos, de alguma aceitável logicidade.

Para tanto, o trabalho dedutivo proposto terá como ponto de partida as bases filosóficas da mutação hermenêutica, que ocorreu pela direta contribuição da fenomenologia de Husserl e Heidegger, e, posteriormente, de Gadamer, passando-se, já com este, a um segundo momento, com o foco já voltado à hermenêutica jurídica.

No campo pragmático, o que se pretende é escancarar a ausência de capacidade hermenêutica na *praxis* jurisprudencial paulista, o que se fará através de algumas citações de decisões reais, que, analisadas à luz da hermenêutica da facticidade, apresentar-se-ão como verdadeira *aberratio* jurídica, mas que, todavia, se sustentam, unicamente pela autoridade de seus prolatores.

2. A FENOMENOLOGIA E A MUTAÇÃO HERMENÊUTICA

O termo fenomenologia, cunhado por inúmeros filósofos durante toda a história do desenvolvimento do pensamento humano, ganhou uma dimensão *sui generis* com Edmund Husserl, que, no exercício de superar o positivismo que acabara com a relação entre ciência e filosofia, acabou inaugurando uma modalidade epistêmica totalmente nova, ao menos no ocidente¹.

Para Husserl, havia a premente necessidade de voltarmos às coisas elas mesmas. Este “retornar às próprias coisas” é a sintética expressão de sua fenomenologia, que, ao criticar a racionalidade moderna, defendeu que, ladeado pelo grande avanço no domínio técnico e teórico do mundo, o ser humano acabou perdendo o acesso ao mundo mesmo, às vivências, à experiência ela mesma². O método aristotélico de catalogação havia tomado conta da razão humana, daí decorrendo uma completa objetificação do mundo, e, por consequência, do próprio sujeito, aprofundando essa dicotomia e afastando a capacidade de compreensão humana das coisas como elas realmente são.

Em um primeiro momento, seria possível compreender que a fenomenologia husserliana propõe negligenciar todo o desenvolvimento do pensamento humano. Todavia, não é isso que ela propõe, senão que, nesse processo de redução do real à compreensão humana, que se chama “*busca da certeza, da exatidão*”, ou simplesmente “*previsibilidade*”, é necessário estar atento àquilo que é sacrificado ao longo desse caminho.

Ao propor a *epoché*, ou suspensão dos sentidos, Husserl também propõe a consciência de que vivemos a gerar e consolidar, através de institucionalizações e ritualizações, uma existência e uma relação que tende a reduzir a realidade ao que pode ser enquadrado no esquema de cálculo e previsão, ao que pode ser disponibilizado e controlado³.

A fenomenologia husserliana, então, pode ser compreendida como um apelo ao resgate de uma sensibilidade que se encerra além do cálculo que reina na metafísica, e, por corolário, para além também daquilo que entendemos por científico, bem como de nossas práticas e teorias explicativas da realidade.

¹ Os indivíduos dados aos estudos da filosofia oriental conseguem enxergar, na redução fenomenológica de Husserl, por ele batizada de *epoché*, um exercício muito semelhante à meditação zen-budista, cujo foco é o despir-se de si mesmo, para então experimentar a verdadeira natureza através de sua pura relação com o mundo.

² SEIBT, Cezar Luís. **Considerações sobre a fenomenologia hermenêutica de Heidegger**. Pará: NUFEN, vol. 10., nº 1, 2018.

³ *Idem*.

Martin Heidegger, que foi aluno de Husserl, teceu diversas críticas ao pensamento do mestre. Uma de suas críticas era a de que Husserl não havia criado uma corrente filosófica, senão um método. Dizia Heidegger que Husserl, ao propor a suspensão do juízo para mergulhar na coisa em si mesma (“*zu den Sich selbst*”), determinara o método, mas limitara-se a isso, sem dizer nada sobre o ser que opera essa consciência. Em miúdos, Husserl teria passado algumas coisas pela redução fenomenológica, mas outras, como a consciência, permaneceram intocáveis pela consideração fenomenológica.

Essa lacuna na busca pela verdade é comprovada ao se verificar que, para Husserl, as “coisas mesas” são as vivências da própria consciência pura. Oras, se elas são “puras”, elas podem ser separadas do mundo como um “eu puro”.

Para Heidegger, seria impossível a existência de um “eu puro” separado do mundo, sendo essa separação nada menos que uma abstração, pertencente, portanto, à metafísica, de raiz preconcebida, oposta, por definição, às conclusões a que se chega com o método da redução fenomenológica.

A resposta de Heidegger à fenomenologia da consciência transcendental de Husserl é, portanto, uma “*fenomenologia hermenêutica do Dasein*”, ou seja, uma fenomenologia hermenêutica do ser-no-mundo, uma fenomenologia ontológica⁴ e hermenêutica da facticidade⁵.

Se o ser é *Dasein*, ou um ser-no-mundo, ele não pode ser um ente ou uma ideia fora da realidade, tampouco fora da temporalidade. Heidegger, ao se questionar pelo sentido do ser, defende que não somos estes seres eternos, desconectados do espaço e do tempo, senão que nosso fundamento é, ele próprio, histórico e finito⁶. Se estamos no mundo, estamos, invariável e igualmente, no tempo. E isso se torna evidente quando percebemos que cada um de nós fala e argumenta a partir da historicidade, da temporalidade à qual pertencemos (*Zeitgeist* – o espírito do tempo).

Nosso ser é finito e limitado ao espaço-tempo no qual estamos inseridos, mas ao mesmo tempo é capaz de se remoldar em outras tantas realidades distintas. Somos finitos, mas as possibilidades que se nos descortinam não. E, quando assumimos que nos limitamos por tais questões existenciais, estamos enxergando a existência de limites hermenêuticos. Surge, portanto, a hermenêutica fenomenológica da facticidade.

⁴ A ontologia *heideggeriana* é a reflexão a respeito do sentido abrangente do ser, tomando-o como “aquilo” que torna possível múltiplas existências, em franca oposição à tradição metafísico-teológica, para a qual o ser seria um mero ente com “atributos divinos”.

⁵ Cf. Seibt, *op. cit.*

⁶ *Idem.*

Mas o surgimento desta hermenêutica específica só ocorre quando há a destruição (*Destruktion*) do Ser, compreendido como ente, pelo método da redução fenomenológica, com o contínuo ato de construção fenomenológica. A *Destruktion*, que não se confunde com a *Zerstörung*⁷, articula-se em diferentes etapas. A primeira é a crítica, com o efetivo trabalho de desmontagem (*Abbau*) das evidências. Essa crítica (*Kritic*), que leva à desmontagem, desvela o lugar originário em que os conceitos metafísicos nasceram no pensar filosófico, o que demonstra a insuficiência do modelo metafísico quando o filósofo passa a pensar o ser não mais ligado àquela concepção de ente⁸.

Desvelado o *Dasein*, que guarda em si o “*Zeitgeist*”, ou o “ser-no-tempo”, destruído o sentido teórico de existência, a fenomenologia chega, então, ao *Prinzip der Prinzipien*, ou ao princípio dos princípios, sem qualquer conexão com qualquer espécie de logicismo, pois o movimento filosófico se dá a partir do real, e não do imaginário.

A historicidade, portanto, ganha um novo método: não será captada pelas informações pretéritas, mas sim pela redução fenomenológica do próprio ser-no-mundo, que está naquele determinado tempo, e que, portanto, processa o fato temporal através do método fenomenológico. Isso implica dizer que a compreensão do passado acontece de maneira determinada desde o seu futuro⁹.

Para Heidegger, a hermenêutica seria “*determinada unidade na realização do hermeneuein (do comunicar), isto é, do interpretar [Auslegens] que leva ao encontro, visão, manejo e conceito da facticidade [Faktizität]*”¹⁰.

A hermenêutica heideggeriana não se distingue do próprio ser que interpreta, na medida em que tem sua origem na explicação da facticidade. Seu objeto é, portanto, existenciário, ao passo que o objeto da tradicional hermenêutica é metafísico. Isso não implica, em absoluto, dizer que a ontologia e a lógica não devam ser utilizadas no processo hermenêutico, mas sim que devem, ambas, ser reconduzidas a uma unidade que lhes origina: a facticidade. A hermenêutica é fenomenológica porque a vida é fática, é fenômeno. E, sendo o fenômeno uma totalidade de sentido, a fenomenologia nada mais é que a explicação dessa totalidade¹¹, sendo a hermenêutica esse ato de explicar.

⁷ O *Zerstörung* é a simples aniquilação de algo, ao passo que o *Destruktion* é a desconstrução para reconstruir.

⁸ RUBENICH, Alexandre. **A hermenêutica da facticidade no jovem Heidegger**. Disponível em <file:///C:/Users/cesar/Downloads/85-Texto%20do%20Artigo-141-1-10-20150930.pdf>. Acesso em 27/05/2021.

⁹ É a partir do momento presente que se compreenderá o passado, de modo que a compreensão do passado tem por base o futuro. *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

Em oposição a Schleiermacher, como há de se ver nas vindouras linhas, Heidegger desloca o significado essencial da hermenêutica de uma *teoria da arte (Kunstlehre)*, de base predominantemente formal, para uma dimensão ligada ao mundo prático, ou seja, ao ato de falar, de se comunicar. O pensador defende que a origem da hermenêutica está relacionada diretamente com a fala e a comunicação, e, portanto, com a própria interpretação, com a descrição da atividade, e não com uma doutrina superior, vazia de existência real¹².

A própria palavra hermenêutica guarda em sua etimologia esse significado prático: derivada do grego *hermeneuen*, implica na interpretação, e não na doutrina da arte da interpretação. A palavra participa de um senso comum, no sentido de trazer as coisas por meio da linguagem, de conseguir compartilhar uns com os outros as experiências¹³.

¹² OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. **Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a Querela das Competências Federativas**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 15, n. 3, e62011, set./dez. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5902/1981369462011>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/62011>>. Acesso em: 27/05/2021.

¹³ *Idem*.

3. A FENOMENOLOGIA NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Todo ser humano já nasceu padecendo de uma condenação comum: todos nós estamos fadados, por toda a vida, a interpretar. Não é absurdo, portanto, afirmar que a interpretação é um problema fundamental dentro da condição humana¹⁴. E, se à humanidade como um todo foi dada esta condição, ao jurista, que tem como mister a constatação e a consequente materialização da ética na sociedade, a interpretação é mais que seu destino: é sua razão de ser.

A interpretação sob a luz da fenomenologia, como já visto, tem como escopo a facticidade. Trata-se, como toda a fenomenologia, de uma filosofia mais modesta, dado que o ponto de partida de qualquer abstração são os *phenomena*. Com efeito, a tese defendida por Heidegger era a de que a hermenêutica, derivada do *hermeneuen*, seria a capacidade de, por meio da linguagem, compartilhar uns com os outros as experiências.

Contudo, dada a complexidade das relações humanas, em dados momentos da existência surge um contexto fático cuja interpretação torna-se, ao menos em um primeiro momento, impossível de ser feita pela via natural, pelo simples ser-e-estar-no-mundo-e-no-tempo.

Santo Agostinho, já no século V, elencava alguns pressupostos, certas “virtudes interpretativas”, que o intérprete deveria cultivar, a fim de evitar “*sua fraqueza demonstrativa*”. Esses pressupostos seriam i) a caridade para com o texto; ii) o conhecimento da linguagem; iii) o conhecimento de um conjunto de objetualidades que possam ser inseridas para ilustrar o significado, por meio de metáforas e analogias¹⁵.

Acontece que Friedrich Schleiermacher, no século XIX, tomou essa doutrina como necessária para toda e qualquer interpretação, defendendo que não existiria a interpretação sem a teoria de interpretar; não haveria arte (*Kunst*) sem a teoria da arte (*Kunstlehre*). Não foi à toa, portanto, que Heidegger afirmou que Schleiermacher havia restringido a ideia de hermenêutica, retirando-lhe a abrangência da compreensão enquanto acordo ou ajuste da dimensão de objetualidade do discurso.

Para Schleiermeier, o pressuposto básico em todo o processo comunicativo é o não entendimento mútuo: por regra, as pessoas compreendem mal as intenções do outro, surgindo daí a necessidade da hermenêutica, um campo do conhecimento que poderia explorar formas que possibilitassem evitar esse mal-entendido. Para Schleiermaier, somente os gênios teriam capacidade de compreender diretamente de um modo correto, sem métodos e estratégias

¹⁴ Cf. Michael Stolleis, in *Hermenêutica e Superinterpretação (...)*, *op. cit.*

¹⁵ In *Hermenêutica e Superinterpretação (...)*, *op. cit.*

formais de interpretação. Fora do universo dos gênios, vigeria, para ele, o império do mal-entendido, que, para ser desfeito, necessitaria de uma teoria geral da hermenêutica¹⁶.

Essa filosofia viveu por um bom período, encontrando guarida, dentre outros, em Wilhelm Dilthey, filósofo hermenêutico que defendia a *doutrina do gênio*. Segundo ele, os gênios têm a capacidade de, no universo singular da obra literária, apanhar sua universalidade; no universo singular dos fatos históricos, apanhar o elemento universal. Os gênios são capazes de produzir necessidade e verdade dos fatos humanos mediante a aplicação da própria genialidade. Aos outros, mortais comuns, seria necessário método, amparado na lógica e na epistemologia¹⁷.

Apesar das críticas de Heidegger à corrente de Schleiermacher, coube ao filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, um dos maiores expoentes da hermenêutica moderna, reconstruir o painel da hermenêutica anterior a Schleiermacher. Amparado pelas filosofias de Spinoza e Chladenius, Gadamer enfatizou a compreensão através do acordo como elemento da comunicação, sendo ele o ponto de partida do processo interpretativo. Segundo ele, a necessidade da interpretação surge através de falhas e desajustes gerados pela falta de familiaridade com determinadas regiões temáticas, não sendo, portanto, a regra da comunicação humana¹⁸.

Ainda segundo Gadamer, a hermenêutica está baseada no acordo (*common ground*), o que nos possibilita a movimentação ideal, e, portanto, a convivência comum. Mesmo em nível textual, o fenômeno indica que não ocorre nenhuma dificuldade interpretativa para a adequada compreensão. A incompreensão, como já dito, seria a exceção, e não a regra, e derivaria da quebra desse ciclo comum de entendimento, daí então nascendo a necessidade daquilo que Heidegger chamava de “apropriação científica da compreensão”. Em resumo: somente quando surge a incompreensão é que nasce a necessidade de um método técnico-hermenêutico, sendo a maioria dos contextos dentro das relações humanas apreendidos e compreendidos pela hermenêutica comum, cotidiana¹⁹.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência; o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. Ed. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 49.

¹⁸ *In* **Hermenêutica e Superinterpretação (...)**, *op. cit.*

¹⁹ *Idem*.

4. A INTERRUPTÃO DO CICLO DE ENTENDIMENTO

A interrupção do ciclo comum de entendimento tem alguns nascedouros, que serão aqui esmiuçados, seguidos por exemplos práticos (decisões judiciais que são nitidamente desprovidas de hermenêutica, seja a comum, seja a técnica), acompanhados tais exemplos, se possível, de uma análise fenomenológico-hermenêutica da facticidade.

4.1. Desconhecimento de palavras ou termos

O primeiro óbice interpretativo que pode culminar na interrupção do ciclo de entendimento é o acesso inadequado à linguagem, ou seja, por desconhecimento de palavras ou termos que colocam o sujeito em estado de suspensão perante o texto.

Exemplo prático dessa carência interpretativa está em uma equivocada interpretação de um setor da Polícia Civil do Estado de São Paulo, que desconhecia uma palavra técnica da área de tecnologia da informação, sendo que tal ignorância culminou na prisão preventiva e na condenação a seis anos de prisão de um inocente, que fora preso unicamente pelo fato de ter prestado serviços para um suposto estelionatário. Os detalhes do caso serão de agora em diante expostos, mas os nomes dos réus, a vara de origem e o número do processo não poderão ser fornecidos, pois, dada a matreirice do juízo que o condenou, o processo encontra-se, sem qualquer fundamento que não o de preservar a exposição de um erro tão crasso, em segredo de justiça.

A Polícia Civil da comarca de Sorocaba, São Paulo, investigava um caso de estelionato, onde a vítima havia transferido alta quantia para determinada pessoa, pois havia adquirido um veículo automotor em um sítio eletrônico fraudulento de leilões de automóveis. Durante a investigação, a interceptação telefônica do provável responsável pelo *site* fraudulento fora autorizada pelo Poder Judiciário local, donde se extraiu uma única conversa entre o suposto estelionatário e um profissional da área de tecnologia da informação, especializado em customização de *sites* e posicionamento do endereço eletrônico no *Google*.

No decorrer da breve conversa entre ambos, o profissional de tecnologia da informação explicou ao seu cliente, o suposto estelionatário, o trabalho que ele faria, qual seja o de melhorar

os *backlinks*²⁰, para que o sítio eletrônico conseguisse, na pesquisa *Google*, ficar acima do *site* Reclame Aqui referente àquela página.

Os investigadores e o delegado de polícia responsável afirmaram que *backlink* era uma “*manobra artilosa*”, e, para além, que o referido profissional havia dito que “*mexeria no ‘site’ Reclame Aqui*”, com o intuito de que mais golpes fossem aplicados.

Restou nítido o desconhecimento da palavra, e, para além, a incapacidade de interpretação de texto da autoridade policial e seus agentes, que compreenderam equivocadamente que tal profissional conseguiria alterar o conteúdo do *site* Reclame Aqui. Referido erro crasso foi, infelizmente, chancelado por um Ministério Público que demonstrou iguais incapacidades interpretativas. Não bastante, o juízo de primeiro grau avalizou o erro, não só decretando a prisão preventiva do rapaz trabalhador, como condenando-o a seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de estelionato²¹, combinado com associação criminosa.

Para a análise sob a ótica da hermenêutica fenomenológica, vale frisar que, contra tal profissional da tecnologia da informação, nada mais houve nesses autos processuais que essa conversa interceptada pela Polícia Civil da cidade de Sorocaba, São Paulo.

Os (péssimos) profissionais envolvidos – dos policiais ao juiz, e principalmente este – distanciaram-se sobremaneira da facticidade. A um, porque não houve, na conversa, nenhuma menção a qual sítio eletrônico eles se referiam; a dois, porque a conversa prenunciava o início de um préstimo de serviços por parte do profissional de tecnologia da informação, e o crime pelo qual ele foi condenado havia ocorrido quatro meses antes daquela conversa; a três, durante a conversa, não houve qualquer menção a outras pessoas, e mesmo assim ele foi condenado por associação criminosa, ilícito que demanda a associação de no mínimo três pessoas para o cometimento de crimes²².

Não se está a exigir das autoridades um vastíssimo conhecimento sobre todos os assuntos pertinentes à interação humana, mas sim o mínimo esforço para interpretar informações sensibílimas, já que, segundo Gadamer, a necessidade da interpretação surge através de falhas e desajustes gerados pela falta de familiaridade com determinadas regiões temáticas. Na prática, nenhum dos profissionais – delegado, promotor e juiz – tinham a

²⁰ Um backlink é qualquer ligação recebida de uma fonte na web para outra fonte na web. Se um *site* contém um *link* para um *site* externo, este link é chamado de *backlink*.

²¹ Código Penal, **art. 171**. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

²² Código Penal, **art. 288**. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

obrigação de conhecer o termo *backlink*. Todavia, diante desse desconhecimento, a mínima prudência exigida seria a de se buscar saber do que se tratava, e, num exercício hermenêutico meramente gramatical, verificar o material adquirido pela interceptação telefônica.

4.2.1. As conclusões filosóficas a partir do primeiro estudo de caso

Em que pese a fenomenologia heideggeriana refutar o universo metafísico, ao se aplicar a técnica da hermenêutica da facticidade a este caso concreto, é possível encontrar uma razão natural na existência do princípio da presunção de inocência: jamais poder-se-ia condenar por meras formações hipotéticas de juízo, senão pela absoluta certeza derivada do conteúdo fático comprovado nos autos. A hermenêutica da facticidade é um imperativo no direito, mormente no processo penal.

Essa imperatividade da hermenêutica factual ao direito é tão óbvia que se encontra também nas preleções de Michel Villey, um jusfilósofo que, declaradamente jusnaturalista, baseou sua filosofia em Aristóteles e Tomás de Aquino. Para ele, o direito só pode ser encontrado pelo método indutivo, ou seja, partindo-se da *res*, da *physis*, da realidade como ela se apresenta, e se buscando, através da *ratio*, o direito ao caso concreto. As fontes primeiras do direito não são os textos, nem os princípios da razão pura (em franca oposição a John Finnis), tampouco as crenças comuns do grupo. O direito é, em primeiro lugar, extraído da “*natureza das coisas*”, ou, como dizia São Tomás, acompanhando Aristóteles, de uma *consideratio rei*, ou consideração da coisa. Quando nos recusamos a perceber que o direito é um dado latente nas coisas, estamos fadados a nada entender sobre a construção ulterior do direito positivo, e impossibilitados de proceder à medida de sua autoridade²³.

4.2. Adoção de heurísticas e vieses

Antes de adentrar ao tema, é necessário um parêntese: o Poder Judiciário brasileiro agigantou-se tanto em poder que seu ativismo judicial produz como subproduto de seu pernicioso metabolismo obras como a do professor Alexandre Morais da Rosa, “*O Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*”, onde ele, diante da detecção de total ausência

²³ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2020, p. 366-9 e 375.

de um *modus operandi* lógica e hermeneuticamente válido nos julgamentos, lança-se em um profundo estudo de psicologia comportamental, com o intuito de tentar compreender a mente de uma autoridade judicial, a fim de fazer o processo tornar-se minimamente previsível.

Em que pese ser coerente, e em certa medida necessária, tal obra retrata um verdadeiro absurdo: as leis, as doutrinas jurídicas e a própria jurisprudência são colocadas em segundo plano, debruçando-se os juristas em altos conhecimentos de psicologia e teoria dos jogos para poderem bem conduzir seus trabalhos em um processo judicial. Afinal, se as leis naturais, segundo Tomás de Aquino, são subordinadas às leis divinas, as leis dos homens, segundo o entendimento de muitos juízes, estão subordinadas às suas vontades, de modo que seria então prudente empreender esforços não para compreender o direito, mas sim para compreender, de forma teologal, a mente dos magistrados.

4.2.1. Adoção de heurísticas

Segundo da Rosa, é necessário, ao profissional atuante no “jogo” do processo, compreender um pouco de psicologia cognitiva, pois os julgadores não teriam capacidade, disposição e nem incentivos para estudar, inventariar, refletir e decidir em cada situação do mundo da vida jurídica. Em outras palavras, o julgador hodierno abandonou aquela figura de sapiência, temperança e capacidade filosófico-intelectiva, e, para realizar o seu trabalho, acabou criando heurísticas, ou atalhos mentais simplificadores, julgamentos intuitivos e imediatos, desprovidos de reflexão, fundados na experiência (pessoal ou consultada), capazes de promover decisões com base em suposições, em um conhecimento parcial²⁴.

Por se tratar de uma recompensa natural humana, a tendência de reduzir o esforço mental tomou conta da maioria dos juízes brasileiros. Com um excessivo volume de trabalho, uma escassez de tempo cada vez maior e a certeza de inexistir qualquer recompensa suficiente ao seu esforço mental, grande parcela dos juízes acabou criando mecanismos de **decisão pré-pronta**. A atenção dos magistrados, então, passou por uma dissonância cognitiva, gerando padrões de comportamento decisório²⁵.

Exemplo clássico desse comportamento deu-se em um processo de reparação de danos e indenização por danos morais do Juizado Especial Cível de Sorocaba, São Paulo²⁶. Nele, um

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Emais, 2020, p. 153-4.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Proc. nº 1020055-70.2015.8.26.0602.

rapaz havia sofrido lesões corporais por ter sido abalroado por um veículo do rádio-taxi da cidade enquanto pilotava sua motocicleta. O pedido judicial contemplava a reparação dos danos materiais do motociclo e da perda do aparelho celular, além de uma indenização pelos danos de natureza moral sofridos.

O juízo de primeira instância condenou os requeridos ao pagamento dos danos materiais relativos à motocicleta, mas negou o pedido de reparação de danos do aparelho celular e a indenização pelos danos de natureza moral sofridos.

Na sentença, a negativa da indenização pelos danos morais fora justificada da seguinte forma:

(...) No que se refere ao pedido de indenização por danos morais, tenho sustentado que, em caso de lesão corporal, aquela é cabível. Contudo, cumpria ao autor apresentar provas inequívocas de sua existência (laudo elaborado na fase policial ou relatório médico circunstanciado), o que não se verificou (art. 373, inc. I, do NCPC). (...)

Acontece que nos autos continham o Boletim de Ocorrência do Corpo de Bombeiros, que atendeu a ocorrência *in loco*, onde constava que o médico do pronto-atendimento havia liberado o rapaz após constatar ferimentos aparentemente leves, um atestado médico datado do dia posterior à ocorrência, onde o médico atestou a presença de dor lombar baixa no rapaz, e, por fim, as próprias palavras do motorista do táxi, que declarou ter prestado auxílio médico ao motociclista.

Diante disso, o motociclista interpôs recurso inominado, combatendo a sentença, uma vez que, de acordo com seu entendimento, havia elementos suficientes que comprovavam ter ele sofrido lesão corporal. Rogou também que, se fosse outro o entendimento do juízo de segunda instância, que explicasse o motivo de os documentos juntados nos autos não terem serventia para comprovar a pretérita ocorrência de lesão corporal em si.

Em resposta, o juízo de segunda instância utilizou-se de um instituto jurídico válido, chamado de “*motivação aliunde*”, ou seja, motivou sua decisão nos fundamentos já expostos em decisão anterior. Assim, ele manteve a sentença recorrida “*pelos seus próprios fundamentos*”, nada mais tecendo de consideração acerca do pleiteado.

Acontece que, apesar de a ferramenta utilizada pelo magistrado ser juridicamente válida, não era aplicável ao caso, pois foram exatamente os fundamentos da sentença que haviam sido questionados, de sorte que seria, então, necessário ao juízo de segunda instância, para ter mantido a sentença pelos seus próprios fundamentos, tê-los explicado, único modo de afastar a pretensão do motociclista em se ver indenizado pela lesão corporal que experimentara.

Assim, o motociclista opôs embargos de declaração²⁷, apontando que o juiz não poderia se basear em fundamentos que não existiam, e, se existissem, que fossem então ao menos elencados pelo juízo de segunda instância.

A resposta do magistrado foi a seguinte:

(...) se o embargante não se contentou com a fundamentação exarada na sentença porque a entendeu omissa, entendimento com o qual não concorda este relator, deveria ter embargado dela, sendo descabida, pois, a oposição dos presentes embargos, aos quais nego, portanto, acolhimento.

Em suma, o magistrado de segunda instância baseou a sua decisão em uma fundamentação pretérita, e, quando instado a apontar qual seria essa fundamentação, simplesmente afirmou que, se elas inexistiam, que o motociclista tivesse questionado o juízo de primeira instância, e não o de segunda. A necessária explicação, contudo, não ocorreu.

No caso em testilha, o magistrado de segunda instância demonstrou existir uma heurística muito bem estabelecida: salvo seja algo que realmente salte às vistas, mantém-se a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

A heurística diminui a carga mental do cotidiano, gera conforto, é revestida de aparente coerência, mas, em verdade, é uma armadilha cognitiva, um engodo que só seduz os desatentos. A falta de um trajeto reflexivo, dada pela adoção de um ponto de chegada estabelecido antes mesmo da lide surgir como um fenômeno verificável, pela adoção de um “mantra de sentido”, desconstituído de racionalização operante, gera um padrão de ação, que pode dar certo, mas também pode redundar em erro²⁸.

No caso analisado, a tendência de supervalorização do julgamento pré-estabelecido, portanto já disponível, culminou em uma lacuna jurisdicional, em uma “*fraqueza demonstrativa*”, como dizia Santo Agostinho, que acabou sendo escancarada com a resposta do próprio magistrado aos embargos de declaração opostos. O “mantra de sentido” do magistrado de segunda instância (fundamentação aliunde) não guardava nenhuma aplicação ao problema apresentado, e, mesmo diante do escancaramento de seu engodo, utilizou-se ele de sua autoridade para sustentar a sua falta, agindo, destarte, contra a própria Constituição Federal²⁹ e a correlata legislação infraconstitucional em vigor³⁰.

²⁷ Espécie de recurso processual cuja função é de esclarecer contradição ou omissão em uma decisão.

²⁸ *Ibidem*, p. 154.

²⁹ Constituição Federal brasileira, **art. 93.** (...)

IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

³⁰ Código de Processo Civil, **art. 489.** (...)

Quem perde com essa “preguiça” jurisdicional são, infelizmente, os jurisdicionados, que têm seus direitos vilipendiados por indivíduos que, mesmo sendo muito bem remunerados pelo seu ofício, por mero capricho ou preguiça deixam de fundamentar suas decisões.

4.2.2. Adoção de vieses

Viés, ou simplesmente tendência, é um peso desproporcional a favor ou contra uma coisa, pessoa ou grupo se comparado a outro; é uma tendência que invariavelmente desemboca em injustiça. Os vieses são normalmente apreendidos em um contexto cultural, criando para si paradigmas teóricos e ideologias dentro de domínios acadêmicos ou pragmáticos³¹.

O mais abjeto dos julgadores da atualidade é aquele que nitidamente sustenta vieses particulares e injustos em sua atuação profissional. Essa estirpe do Poder Judiciário é capaz de absolutamente tudo para sustentar seus achismos, até mesmo agir contra as regras processuais, em última instância até ofendendo as mais mezinhas regras morais da sociedade.

Cite-se, *an passant*, como exemplo da total falta de brio moral do julgador, um breve ocorrido no processo do profissional em tecnologia da informação, descrito com mais minúcias no item 4.1, que fora condenado a seis anos de prisão: em dado momento da audiência de instrução e julgamento, que ocorria no modo virtual por conta da pandemia de Covid-19, mais exatamente entre uma oitiva e outra de testemunhas, um advogado que não fazia parte do processo, e que se identificou como advogado da vítima, tomou a palavra e teceu considerações desarrazoadas, em total afronta à dinâmica processual imposta pelo Código de Processo Penal. Dois dos advogados de defesa requereram a consignação do ocorrido em ata, posto que se tratava de nulidade, o que foi negado pelo magistrado que conduzia a audiência, afirmando que tudo estava sendo gravado. Posteriormente, quando da apresentação das alegações finais, onde a defesa arguiu esta nulidade, o mesmo magistrado, descarada e imoralmente, afirmou que nada

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (...) [grifos nossos].

³¹ STEINBOCK, Bonnie. **Speciesism and the Idea of Equality**. Londres: Royal Institute of Philosophy, v 53, DOI <https://doi.org/10.1017/S0031819100016582>, 1978, pp. 247-56.

daquilo havia ocorrido, tratando-se de invenção da defesa, posto que não havia, nas gravações da audiência, qualquer elemento narrado nas alegações.

Infelizmente, a prática judiciária no Estado de São Paulo demonstra que há uma grande quantidade de magistrados, tanto de primeiro grau quanto no próprio Tribunal de Justiça, que adota um viés exclusivamente punitivista. Nas varas e câmaras criminais são julgados os crimes de sempre (furto, roubo, tráfico de drogas, receptação, porte e/ou posse de arma de fogo etc.), e os julgadores, através de suas tendências (viés, *biasis*) encarceradoras, criam heurísticas condenatórias.

Um exemplo de habituação a um padrão predeterminado é o julgamento de casos de tráfico de drogas. Para a maioria dos juízes criminais do Estado de São Paulo, se há droga e se houve prisão em flagrante, atingiu-se a satisfatoriedade para a condenação. Se o indivíduo possui antecedentes então, o caminho probatório está mais que exaurido. O *standart* probatório dos juízes punitivistas é de fato mínimo. Essa habituação gera a convicção antecipada, tornando os detalhes supérfluos, indignos sequer de atenção.

Há um caso concreto que evidencia a presença de um viés condenatório³², capaz de destituir o julgador de qualquer atenção aos importantíssimos detalhes do caso: de acordo com a Polícia Militar, três indivíduos foram presos em uma ocorrência, sendo que um deles estava no carro, entregando treze quilos de drogas para outros dois. Ao serem abordados, verificou-se a existência de uma mala preta no carro, totalmente ocupada por drogas, totalizando cerca de vinte e cinco quilos de entorpecentes. Ainda de acordo com os milicianos, os indivíduos foram presos e levados diretamente para o plantão policial, onde foram apresentados à autoridade policial plantonista.

Mas, de acordo com o indivíduo do veículo, ele havia comprado, no local dos fatos, apenas uma pequena quantidade de droga para consumo pessoal (e não entregado quilos de drogas), deslocando-se, em ato contínuo, para a sua residência. Em parte do caminho, parou para fazer uso da droga, momento em que foi abordado por uma viatura policial. Os policiais, após os ultrajes físicos e mentais de praxe, conduziram-no para o local onde ele havia comprado as drogas. Lá chegando, perguntaram se ele havia comprado drogas de dois indivíduos que estavam também presos, do que ele negou. Logo em seguida, os policiais se deslocaram com eles para três outras residências, sendo uma delas, inclusive, do outro lado da cidade. Segundo os três indivíduos presos, os policiais militares invadiram as três residências, saindo de cada uma delas com porções de drogas.

³² Autos Processuais nº 1500121-67.2021.8.26.0567, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba/SP.

Dois dos indivíduos presos contrataram uma investigação particular, que conseguiu comprovar, tanto pelo aparelho celular do indivíduo que estava no veículo, que demonstrou, pelo *Google Maps*, o percurso feito pelos policiais com eles, quanto por três diferentes câmeras de segurança, que flagraram imagens das viaturas e do veículo do indivíduo, em comboio, que os policiais prenderam o indivíduo do veículo em um local diferente do alegado, que o levaram para o local dos fatos e que foram, todos (policiais e três apreendidos), para três outras localidades da cidade, em total congruência com o caminho apontado pelo aparelho celular do indivíduo do carro.

Além disso, durante a audiência de instrução, um dos policiais afirmou veementemente que não conhecia nenhum dos réus, de modo que não tinha motivos para querer incriminar nenhum deles. Seu colega de viatura, contudo, afirmou que dois dos três réus eram bastante conhecidos da guarnição toda, pois eram sabidamente traficantes. Questionado especificamente se o colega de viatura dele, que havia afirmado desconhecer todos os réus, conhecia aqueles dois réus, ele afirmou: “sim, com certeza”.

Além disso, os policiais foram questionados, em juízo, se estavam em patrulhamento ou se foram para uma ocorrência certa, buscando pessoa ou pessoas certas. Eles afirmaram que estavam em patrulhamento quando se depararam com a ocorrência do crime. Foram, então, questionados se, por estarem em patrulhamento, estavam sozinhos ou acompanhados de outra ou outras viaturas policiais. Informaram, ambos, que estavam sozinhos, sem apoio de outras viaturas, que só compareceram ao local posteriormente, para eventual auxílio.

Acontece que a defesa juntou um vídeo de segurança que flagrou o exato momento da abordagem: duas viaturas, em alta velocidade, adentrando a rua e indo diretamente ao local pretendido.

Diante desse quadro comprobatório, adveio a sentença. Eis alguns trechos dela:

(...) As versões apresentadas pelos réus, **além de divergentes entre si, também estão completamente isoladas dentro do quadro probatório.** As provas produzidas os incriminam nos termos da denúncia (...)

(...) **Os relatos dos policiais militares mostraram-se firmes e coesos, inclusive no tocante às circunstâncias em que se deram os fatos** (...)

(...) Assim, as versões apresentadas pelos acusados restaram desmentidas pelos depoimentos dos agentes da lei que efetuaram a prisão em flagrante, os quais encontram respaldo nos demais elementos que formam o conjunto probatório. De fato, **as versões apresentadas pelos réus não se sustentam quando confrontadas entre si e com os demais elementos de prova, sendo vagas e contraditórias em muitos pontos.** Lado outro, restou incontestado a forma orquestrada de suas ilações, um tanto quanto fantasiosas, inacreditáveis e absurdas, na medida em que todos os envolvidos, no momento dos fatos,

encontravam-se em atividades familiares, inobstante nenhum deles efetivamente estivesse com sua respectiva família, também não merece credibilidade (...)

[os grifos são nossos]

Esta é a prova concreta de que quando um magistrado tem um viés punitivista, a convicção antecipada da condenação torna os detalhes supérfluos, por mais importantes que sejam. No caso, as palavras dos policiais, mesmo que contrastantes com estampadas provas, foram sublevadas a um patamar de veracidade intangível. E quando o juiz está disposto a defender seu viés e suas heurísticas sem se importar com mais nada, até a mera citação dos réus acerca do nome da companhia da Polícia Militar que realizou a operação transforma-se em comprovação da incontestável heurística defendida:

(...) Por fim, como bem ponderado pelo ilustre Parquet, em sede de memoriais, os três acusados referiram-se às viaturas como do BAEP, ao invés de simplesmente polícia (como os criminosos falam, inclusive quando a prisão é por guardas municipais), sabatinando ainda mais o pré-ajuste (...)

Apesar de já escancarada a heurística adotada pelo juízo, a defesa opôs embargos de declaração para que a magistrada responsável esclarecesse quais foram os pontos de incongruência nas falas dos réus que ela havia citado. Afinal, meras alegações, sem a devida comprovação, não são bem-vindas em uma sentença que decide os próximos anos de vida de três pessoas (ao menos não deveriam ser). Eis sua resposta:

(...) Basta bater os olhos nos argumentos da Defesa para se inferir a intenção de que seja reapreciada a prova e, conseqüentemente, o mérito da causa, o que não se admite em sede de embargos (...)

Acontece que não se havia pedido nenhuma reapreciação de prova, somente que a magistrada apontasse quais foram as contradições ocorridas, que ela própria havia citado, mas não elencado, nem sequer exemplificado. Com essa resposta, a magistrada deixa de fundamentar sua sentença, utilizando-se de uma argumentação falaciosa para se esquivar de seu dever legal e constitucional, tudo em defesa de seu viés punitivista.

4.2.3. As conclusões filosóficas a partir do segundo e terceiro estudos de caso

Como já visto alhures, a hermenêutica fenomenológica da facticidade, constructo do eixo Husserl-Heidegger-Gadamer, não é só uma possibilidade à atividade do direito: trata-se de uma técnica desejável, se não necessária, para que as decisões tenham guarida naquilo que é entendido, desde os tempos aristotélicos, como justo. É, inclusive, neste sentido que Willey, que não se filia a essa corrente filosófica, chegou a uma hermenêutica jurídica mui semelhante, mas pautado em Aristóteles e São Tomás de Aquino.

O segundo e o terceiro estudos de casos têm algo que é apenas aparentemente comum: ambos parecem guardar um certo teor metafísico *per se*. Quando se adotam modelos preestabelecidos de julgamento, seja por simples heurística, seja por heurísticas fundamentadas em vieses, está a se priorizar a existência de uma razão preexistente, que antecede até mesmo a existência do caso em que será aplicada.

Poder-se-ia então argumentar que esse horrendo costume jurisdicional se fundamenta em algum tipo de hermenêutica metafísica, o que deve ser refutado de plano. A hermenêutica metafísica *par excellence*³³ tem como ponto de partida a ética, que está no plano metafísico, e não como ponto de chegada. O que o julgador faz quando adota vieses e heurísticas é determinar o ponto final, e não o inicial. E, ao se estabelecer um ponto de chegada, tudo o que o antecede nada mais é do que o caminho que torna possível a chegada ao ponto pretendido. Assim, não só a dialética, como também as próprias regras do jogo processual são desprestigiadas, como bem se vê nos casos aventados.

Portanto, as atitudes jurisdicionais narradas nos dois casos em comento afastam-se sobremaneira da hermenêutica fenomenológica da facticidade, e, por conseguinte e igualmente, da hermenêutica jurídica tomista proposta por Willey. Tanto o eixo hermenêutico fenomenológico da facticidade quanto o fenomenológico tomista defendem a ideia de que a razão só pode ser descortinada no caso concreto: o Direito surge dia a dia, caso a caso, com a despresticiosa atenção ao caso concreto, levando-se em consideração todos os seus detalhes e características.

Poder-se-ia ainda argumentar que esse guerreado *modus operandi* tem guarida em uma hermenêutica positivista, mas isso tampouco assemelha-se verdadeiro: bem se viu que nem as

³³ É possível afirmar que, em certa compreensão, a hermenêutica fenomenológica da facticidade (assim como a fenomenológica tomista) não se afasta, de todo, da metafísica, mas também não se enreda nela. É defensável a ideia de que o mergulho livre de pré-conceitos no fenômeno seja capaz de descortinar o Direito, e não de derivá-lo dessa *praxis*. De qualquer sorte, em ambos o ponto de partida é o fenômeno, ou seja, o caso concreto, o que não ocorre quando existe a adoção de uma heurística ou de um viés.

leis infraconstitucionais, nem a Constituição Federal conseguem funcionar como elemento de apoio às decisões apresentadas, que desrespeitam, de uma só vez, o *jus natura* e o direito positivado.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu, em um primeiro momento, demonstrar como a redução fenomenológica de Husserl, que Heidegger impiedosamente aplicou na consciência, impactou a hermenêutica, fazendo surgir uma modalidade interpretativa típica da fenomenologia, que fora denominada pelo próprio Heidegger como “*da facticidade*”.

Em um segundo momento, o trabalho demonstrou que Gadamer parte dessa hermenêutica da facticidade para, combatendo Sheliermacher e Dilthey, volver a um *status quo* hermenêutico em que a técnica deveria ser utilizada somente quando houvesse a interrupção do ciclo natural de compreensão humano.

Em um terceiro momento, os esforços foram no sentido de apontar algumas causas de interrupção desse ciclo interpretativo, trazendo, então, exemplos reais, consubstanciados em decisões jurisdicionais de magistrados do Estado de São Paulo, com o intuito de demonstrar a carência de hermenêutica que assola o Poder Judiciário dessa unidade federativa.

Diversas foram as conclusões que este trabalho conseguiu tocar.

Em primeiro lugar, o óbvio: a carência da ciência hermenêutica dos juízes paulistas.

Em segundo lugar, o jusfilosófico: dado o ato de esmiuçar a formação do pensamento hermenêutico-fenomenológico da facticidade, conseguiu-se perceber a existência de ideias filosóficas jusnaturalistas fenomenológicas, na medida em que partem do fenômeno para a produção do direito (por todos, Michel Villey, em oposição, neste espeque, ao jusnaturalismo de John Finnis), o que se opõe à corrente juspositivista, forte aliada à fala do histórico Trasímaco, que defendeu, perante discussão com Sócrates, ser a justiça nada mais que a conveniência do mais forte.

Concluiu-se, ainda, que, dentre as filosofias jusnaturalistas fenomenológicas, há mais uma subdivisão: i) a ideia de que o exame filosófico-jurídico do caso concreto descortina o direito existente, e; ii) a ideia de que o direito deriva desse exame.

Em terceiro e último lugar, restou incontestável a afirmação de que o estudo aprofundado da hermenêutica jurídica é premente, fundamental e indispensável. Muitas das mazelas hodiernas derivadas da aplicação do direito, que não são poucas, seriam evitadas, ou no mínimo minimizadas, se os seus aplicadores compreendessem a importância da filosofia e da hermenêutica para o seu ofício, que é o de tentar, dia após dia, encontrar, produzir e aplicar o justo na sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. **Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a Querela das Competências Federativas**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 15, n. 3, e62011, set./dez. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5902/1981369462011>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/62011>>. Acesso em: 27/05/2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Ematis, 2020, p. 153-4.

RUBENICH, Alexandre. **A hermenêutica da facticidade no jovem Heidegger**. Disponível em < file:///C:/Users/cesar/Downloads/85-Texto%20do%20Artigo-141-1-10-20150930.pdf>. Acesso em 27/05/2021.

SEIBT, Cezar Luís. **Considerações sobre a fenomenologia hermenêutica de Heidegger**. Pará: NUFEN, vol. 10., nº 1, 2018.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência; o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. Ed. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 49.

STEINBOCK, Bonnie. **Speciesism and the Idea of Equality**. Londres: Royal Institute of Philosophy, v 53, DOI <https://doi.org/10.1017/S0031819100016582>, 1978, pp. 247-56.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2020, p. 366-9 e 375.