

178 - 199

Artigo

**A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA
FILOSÓFICA DE GADAMER NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO
CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE APPLICATION OF GADAMER'S PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS
IN THE INTERPRETATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza/Brasil
jbsrf3@yahoo.com.br

CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

Mestre em Direito
Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza/Brasil
claudiocarruda@hotmail.com

RESUMO: A possibilidade de aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o da presunção de inocência, nos anos mais recentes pelas Cortes Superiores – particularmente o Supremo Tribunal Federal (STF) – notabilizaram-se pelo tanto que modificaram o entendimento sobre a prisão definitiva depois do julgamento em 2.^a Instância, o que traz, muitas vezes, potencial insegurança acerca de até que ponto referidas mudanças interpretativas estão de acordo com a hermenêutica filosófica de Gadamer ou se vieram ao mero sabor dos ânimos políticos de ocasião. O modelo de revisão bibliográfica e a análise de alguns julgados do STF, no entanto, inferem que a hermenêutica filosófica de Gadamer é perfeitamente aplicável ao direito fundamental ora em exame, embora ainda não haja um vetor de interpretação que garanta à sociedade de qual forma. Ressalvadas as peculiaridades de cada caso concreto, deve existir paradigma não só para orientar os operadores do Direito, mas também a garantir coerência nas decisões, especialmente as relativas a direitos fundamentais.

ABSTRACT: The possibility of applying Gadamer's philosophical hermeneutics to the interpretation of fundamental rights in the Brazilian legal system, especially the presumption of innocence, in recent years by the Superior Courts – particularly the Federal Supreme Court (STF) – has become notable for the extent to which it has modified the understanding of definitive imprisonment after the trial in the 2nd Instance which often brings potential uncertainty about the extent to which these interpretative changes are in accordance with Gadamer's philosophical hermeneutics or whether they came to the mere taste of political moods of the moment. The model of bibliographic review and the analysis of some judgments of the STF, however, infer that Gadamer's philosophical hermeneutics is perfectly applicable to the fundamental right under examination here, although there is still no vector of interpretation that guarantees society in what way. Except for the peculiarities of each concrete case, there must be a paradigm not only to guide legal operators, but also to ensure consistency in decisions, especially those related to fundamental rights.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica filosófica. Hans-Georg Gadamer. Direitos fundamentais. Interpretação. Direito fundamental à presunção de inocência. Entendimento. Mudanças. Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: Philosophical hermeneutics. Hans-Georg Gadamer. Fundamental rights. Interpretation. Fundamental right to the presumption of innocence. Understanding. Changes. Supreme Court.

SUMÁRIO: Resumo. Palavras-chave. 1. Introdução. 2. Breves linhas acerca da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer – a teoria da espiral hermenêutica. 3. A aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. 4. A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua aplicação à interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro – mudanças de entendimento nas Cortes Superiores. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A possibilidade de se aplicar a hermenêutica filosófica (doutrina ontológica) de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o princípio da presunção de inocência, perquire se os efeitos da referida aplicação podem explicar as constantes mudanças interpretativas do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nos anos mais recentes, as Cortes Superiores – particularmente o Supremo Tribunal Federal – notabilizaram-se por modificarem a interpretação acerca do direito fundamental à presunção de inocência mais de uma vez, a fim de permitir ou não a prisão definitiva depois do julgamento em 2.^a Instância, o que traz à baila, muitas vezes, potencial insegurança ao mero sabor de ânimos políticos de ocasião.

A hermenêutica filosófica de Gadamer, enfim, é perfeitamente aplicável até certo ponto, embora o STF ainda não tenha um vetor de interpretação que possa dar garantia à sociedade de coerência nas decisões, especialmente as relativas a direitos fundamentais com enfoque especial à presunção de inocência, ressaltadas as peculiaridades de cada caso concreto, mesmo porque é preciso entendimentos constitucionais sólidos para orientar os operadores do Direito.

2. Breves linhas acerca da hermenêutica filosófica de Gadamer – a teoria da espiral hermenêutica

Hans-Georg Gadamer, filósofo alemão do século XX, dedicou-se ao estudo dos pensadores gregos, além de marcar profundamente

te o pensamento ocidental com a obra-prima *Verdade e método* (*Wahrheit und Methode*), de 1960, que trata da natureza do fenômeno da compreensão. Influenciado por Martin Heidegger, de quem foi aluno e assistente na Philipps-Universität Marburg, Gadamer trouxe a historicidade às suas reflexões. Para ele, sendo o tempo o horizonte de toda compreensão, todas as teorias devem converter-se em formações históricas, afetando-se o próprio núcleo da razão (Stein, 2002, p. 1).

Gadamer analisa o desprestígio sofrido pelos preconceitos consubstanciados em juízos prévios considerados obstáculos a serem removidos na busca do conhecimento e da verdade durante o Iluminismo (*Aufklärung*). Qualquer imposição externa e dogmática do antigo levaria a uma aceitação que independe de juízos. Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes da coisa. O conceito do preconceito recebeu matiz negativo somente no *Aufklärung*. No procedimento jurisprudencial, preconceito é uma pré-decisão jurídica antes de ser baixada uma decisão definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, preconceito desse tipo representa evidente redução das chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praejudicium*, significa prejuízo, desvantagem, dano, uma negatividade apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apoia a consequência negativa.

No auge de valorização da racionalidade, somente podia ser verdadeiro o que passasse pelo crivo da razão. A tendência geral do *Aufklärung* era a de não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. A verdade correspondia à certeza de um exercício racional-metodológico que desconsiderava a historicidade dos sujeitos, uma vez que os preconceitos dela advindos representavam um entrave à razão, na medida em que levam a enganos e a contingências.

Invertendo a lógica do Iluminismo, o romantismo entende de forma negativa a transição do *mythos* ao *logos*. “A inversão da premissa do *Aufklärung* tem como consequência a tendência paradoxal da restauração: repor o antigo porque é antigo, a voltar conscientemente ao que é inconsciente etc., e que culmina no reconhecimento de uma sabedoria superior nos tempos originários do mito”. Gadamer, 1997, p. 407, 410, 411, 412 (itálicos do original)

Com inspiração nessa “inversão de valores”, desenvolve-se a consciência histórica do século XIX. Não obstante, o romantismo, que se apresenta como ciência histórica, aproxima-se daquilo que se tanto criticou. Embora a revalorização do passado pareça se libertar dos ideais iluministas, constata-se uma obsessão ao objetivismo e à verdade inquestionável conferidos pela crítica histórica, o que é incompatível com os preconceitos de determinada tradição.

Em face disso, Gadamer propõe superar as ciências do espírito e historicismo que regiam a hermenêutica no final do século XIX. Para Gadamer, diante da condição humana naturalmente pode haver preconceitos legítimos ou justificáveis, um questionamento antes inexistente. O pertencimento do homem a uma realidade histórica faz com que sua visão de mundo e sua possibilidade de conhecimento partam dos preconceitos que o cercam. É preciso, pois, “ver com outros olhos”, repensar as concepções iluministas que extirpam todos os preconceitos em detrimento da aparente certeza de um saber absoluto. Gadamer insistia que a hermenêutica se movimentava num campo *a priori* da compreensão, sempre presente no conhecimento científico como uma antecipação de sentido.

Heidegger passou a considerar o ser como intérprete em um contexto que abrange bem mais as questões ontológicas que meramente as práticas de interpretar. Lênio Streck (2011, p. 19) entende que a tese de Gadamer levava a algo semelhante: a her-

menêutica seria incapaz de incorporar as conquistas metodológicas das ciências humanas, e por isso lhe escapavam questões das quais a teoria crítica era capaz de dar conta.

A autoridade não se confunde com uma obediência cega ou desprovida de racionalidade, nem se opõe diametralmente à razão, como pensavam os “esclarecidos” do período das luzes. É, antes de mais nada, uma característica pela qual se conhece e reconhece o maior acerto do juízo do outro. Por conseguinte, torna-se impossível uma aceitação pura e simples, sem critérios. Trata-se, isso sim, de uma atitude de liberdade, nunca de outorga ou imposição passível de ser revisada sempre.

Como ponto de partida, o intérprete testa a legitimidade dos inevitáveis preconceitos formadores da pré-compreensão no encontro um com o outro. A tarefa hermenêutica não se circunscreve a uma mera atribuição de sentido ao texto. Na pré-compreensão, deve-se pôr à prova os preconceitos. Por diversas vezes, incorre-se em erros e se modifica a perspectiva inicial de que a compreensão do outro pode ser mais adequada. Sob tal aspecto, a obediência a ordens apenas ocorre quando a essência da autoridade reconhecida exige o educador, o superior, o especialista.

Gadamer defende que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado. Os preconceitos encontram-se legitimados pela pessoa que os representa, pois operam com a mesma predisposição produzida por outros caminhos que a razão torna válidos. Nesse contexto, a essência da autoridade pertence a uma teoria de preconceitos que tem de ser libertada dos extremismos do *Aufklärung*.

A tradição é também forma de autoridade tornada anônima, mas que continua a influenciar e a determinar os comportamentos sociais pela “validez” dos costumes detectados por um tratamento errôneo a ela conferido pelo total descarte no Iluminismo ou

na concepção romântica de “um dado histórico ao modo da natureza”. Gadamer, 1997, p. 419 a 422 (itálicos do original).

Na realidade, a tradição é sempre um momento da liberdade e da própria história que, mesmo de forma inconsciente, se conserva viva em face do seu cultivo. A atitude histórica humana afirma-se por um ato racional, quando se operam revoluções e, ainda assim, permanece tão livre quanto a destruição ou mudança ante nova validade.

Gadamer, sem adotar uma vertente metodológica da hermenêutica, recorre ao círculo hermenêutico desenvolvido por Heidegger, tido como estrutura ontológica do próprio processo de compreensão de um ponto de vista filosófico. A consciência do homem ultrapassa a simples “regra” do antigo cânone hermenêutico advindo da retórica segundo a qual se deveria compreender o todo em relação às partes e vice-versa.

Devem ser somados a isso elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão. Como esclarece o próprio autor alemão, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que este seja tolerado. Nele vela possibilidade positiva de conhecimento mais originário e adequado quando a interpretação compreende que sua tarefa primeira, constante e última permanece sendo a de não receber de antemão uma “feliz ideia” por meio de conceitos populares, nem a posição, a visão ou a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*), mas em assegurar o tema científico na elaboração desses conceitos a partir da coisa, ela mesma. Gadamer, 1997, p. 401.

Baseado nessas premissas, Gadamer pôde maturar a ideia de círculo hermenêutico entre o horizonte histórico do intérprete e o novo sentido do objeto estudado. Nesse ínterim, observa-se uma ampliação dos horizontes do intérprete e do objeto no nítido caráter evolutivo de uma espiral hermenêutica na qual a interação entre sujeito e objeto nunca é idêntica, haja vista partir de “pré-conceitos” distintos.

A referência à figura da “espiral hermenêutica”, embora se trate de uma evolução praticamente de corolário da teoria de Gadamer, foi estabelecida por Emerich Coreth, 1973, p. 90:

[...] não é um círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma, mas antes – para permanecer na imagem – um acontecimento em espiral de um elemento que continua dialeticamente a se determinar e a se formar no outro. Enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, justamente por isso possibilita uma compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular do sentido.

No tocante à ideia da espiral hermenêutica, leciona Rodolfo Viana Pereira (2007, p. 35-36) que o movimento de compreensão formado por dita relação, ao longo do processo, lança novas luzes sobre os preconceitos e, caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas verdades nem conquistar qualquer ganho em qualidade.

Para Raimundo Bezerra Falcão (2013, p. 175), o círculo hermenêutico é algo decorrente da evidência de que o ato de compreender é referencial, ou seja, compreende-se alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. Desta feita, a noção de espiral hermenêutica diz respeito à teoria da inesgotabilidade do sentido de textos ou de obras culturais, dado que a cada volta e revolvimento nessa perspectiva de circularidade de ideias a complexidade do próprio sistema de compreensão tende a aumentar cada vez mais, numa evolução gradativa do próprio processo de conhecimento.

Ressalte-se que Gadamer defende que a compreensão se realize de forma mediata. O objeto não aparece de forma absoluta, mas paulatinamente, aos poucos, sob perspectivas diversas. O sujeito tem acesso somente a um dos vários focos possíveis daquele ob-

jeto, descobrindo-se aspectos distintos e obtendo-se nova compreensão. Essa mediação do conhecimento respeita a historicidade do horizonte do sujeito e do objeto (Aragão, 2010, p. 279).

Na teoria hermenêutica proposta por Gadamer, ao se identificar o sentido preexistente do texto a linguagem medeia a experiência anterior do autor com a atual do intérprete por intermédio de um diálogo.

3. A aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

O conceito de direitos fundamentais, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, remonta à própria noção de dignidade da pessoa humana, da qual se extrai a principal base axiológica. Depois da segunda Grande Guerra, como reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, procurou-se criar ou reforçar uma teoria jurídica mais comprometida com valores humanitários como forma de se tentar recuperar a legitimidade da Ciência do Direito, que restara essencialmente abalada em virtude da verdadeira “banalização do mal”, expressão cunhada por Hannah Arendt (2006), na qual a autora relata o desenrolar do julgamento do nazista alemão Adolf Eichmann, considerado um dos principais responsáveis pela “solução final” da questão judaica, ou seja, o extermínio de milhões de judeus nos campos de concentração nazistas, levado a efeito pelo regime de Adolf Hitler.

Os ares de legalidade aos crimes contra a humanidade praticados pelo nazismo desenvolveram uma nova corrente jusdoutrinária, o pós-positivismo, mas que poderia perfeitamente ser denominada de “positivismo ético”, dado que o seu escopo principal é inserir na Ciência Jurídica os valores éticos imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana. Depreendeu-se que a

inexistência, na atividade jurídica, de um reforçado conteúdo humanitário pode levar o Direito a ser instrumento de justificativa da barbárie praticada em nome da lei. Logo, não caberia ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do Direito Positivo, cuja norma, se fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. A mesma pena utilizada para redigir uma Declaração de Direitos pode, se não houver barreiras ético-normativas adequadas, ser usada para escrever as leis nazifascistas. (Marmelstein, 2018, p.10)

Esse contexto de desprestígio do positivismo clássico criou ambiência para acreditar que ressurgiriam as doutrinas com foco no Direito Natural, com destaque para o valor “dignidade da pessoa humana”, inserida no Direito Positivo alçado ao cume da hierarquia normativa de maiorias de ocasião. Na prática, o que houve foi uma positivação do Direito Natural.

Antes, sob as vestes do positivismo ideológico, tudo orbitava em volta da lei, não importando qual fosse o conteúdo. Já com o pós-positivismo, o fetiche à lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se transmutaram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (Paulo Bonavides, 2000, p. 237). Conforme Bonavides (2000, p. 253), “a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”.

A essência da teoria pós-positivista é justamente a aceitação de que os princípios constitucionais devem ser vistos como autênticas normas jurídicas, ainda que seus textos permeiem a abstração da exigência de que, para ser legítima, a norma jurídica deve tratar todos os seres humanos com a mesma consideração, respeito e dignidade.

Nesse contexto, o jurista alemão Robert Alexy (2015, p. 544), grande doutrinador dessa corrente jusfilosófica, afirmou que o Direito deve imprescindivelmente ter a pretensão de “correção”, uma apro-

ximação da ideia de justiça. “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, a irradiação requerida pelo direito positivo da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”. (Alexy, 2015, p. 544)

Essa nova ordem de pensamento, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, não prescinde do Direito Positivo. A norma jurídica permanece como o principal objeto de estudo do jurista e/ou operador do Direito, deixando apenas de ser “neutra” no sentido de não interessar o seu conteúdo para ser válida, passando doravante a abrigar em seu âmago um forte componente ideológico, de forma que princípios como o da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da Democracia passaram a ser tão vinculantes como qualquer outra norma jurídica. O cumprimento de tais princípios, alçados a direitos fundamentais, passou a ser tão obrigatório quanto o cumprimento das regras ou das leis, além de estas somente se considerarem válidas se estiverem em consonância com preceitos e norteamento estatuídos nos princípios. Isso reforça a concepção hoje aceita de que os princípios têm função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico.

Conforme George Marmelstein, com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, as disposições da Constituição, sem exceção, são consideradas como verdadeiras normas jurídicas dentro do sistema. Nesse ponto, a influência das ideias de Kelsen foi muito importante para revigorar a força normativa dos direitos fundamentais. Segundo ele, a Constituição encontra-se no ápice do sistema hierárquico de normas.

Marmelstein (2018, p. 11-12) aponta que: (a) os princípios possuem um forte conteúdo ético-valorativo; (b) a teoria moderna reconhece que os princípios e as regras são espécies de normas

jurídicas; (c) a Constituição é ambiente mais propício à existência de princípios; (d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

Com essa mudança de paradigma, o ordenamento jurídico-constitucional de diferentes países passou a focar o respeito à dignidade da pessoa humana, fazendo nascer no seio da comunidade jurídica uma autêntica teoria dos direitos fundamentais, cujos balizamentos primevos são: a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídicos; b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; c) crença na força normativa da Constituição, nisso incluídos princípios potencialmente paradoxais; d) compromisso com os valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais passou a ter maior relevo a partir da Constituição Federal de 1988, com o fim do regime de exceção vivido no país de 1964 a 1985.

Pode-se dizer que os valores básicos para uma vida digna em sociedade compõem o conteúdo ético (aspecto material) dos direitos fundamentais. Tais valores encontram-se umbilicalmente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, pois em um ambiente opressivo não pode haver espaço para uma vida verdadeiramente digna (Marmelstein, 2018, p. 16-17). Como conceito indeterminado que é, a dignidade da pessoa humana precisa ser delimitada juridicamente, a fim de não se tornar um conceito tautológico ou vazio de sentido.

Para Ingo Sarlet (2015, p. 69), dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que se faz merecedor do mesmo respeito e consideração do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e em comunhão com os demais seres humanos que integram a rede da vida.

Algumas características resumem o princípio da dignidade da pessoa humana como: a) respeito à autonomia da vontade; b) respeito às integridades física e moral; c) vedação da coisificação do ser humano; d) garantia do mínimo existencial. A ideia de respeito ao próximo obviamente independe de quem seja o próximo, dado que a dignidade não é um privilégio de algumas poucas pessoas escolhidas por razões culturais, econômicas ou étnico-raciais, e sim um caráter de todo ser humano.

Paralelo a seu conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também têm um conteúdo normativo (aspecto formal). Sob a óptica jurídico-normativa, não é qualquer valor que pode ser enquadrado como direito fundamental, pois não existem direitos fundamentais oriundos de lei. A fonte primeva de direitos fundamentais é a Constituição. A lei infraconstitucional, no máximo, regulamentará o exercício de determinado direito fundamental, robustecendo o seu arcabouço jurídico, mas jamais o fará surgir diretamente.

Direitos fundamentais são aqueles veiculados por normas jurídicas umbilicalmente ligadas à noção de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no âmbito constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua relevância valorativa, fornece fundamento e legitimação a todo o ordenamento jurídico, constituído de cinco elementos essenciais: norma jurídica; dignidade da pessoa humana; limitação de poder; Constituição; Democracia.

Já a hermenêutica filosófica de Gadamer pode ser aplicada à interpretação de tais direitos para a sua efetivação prática. Não mais podia vingar a ideia positivista clássica que defendia a aplicação dos enunciados normativos de forma puramente cognoscitiva, por meio de uma mera subsunção do fato ao texto em um silogismo simples e objetivo que levaria a um único resultado, negando ao jurista a possibilidade de avaliar os vários sentidos que o texto

seria capaz de assumir. E, no que se refere aos direitos fundamentais, na maioria das vezes com sentidos polissêmicos, mais ainda se observa a necessidade de uma interpretação que leve em consideração essa gama de significados que as normas podem atingir.

Desta feita, a noção de aplicação da lei como simples subsunção de caráter contemplativo é superada, especialmente na interpretação dos direitos fundamentais, por uma compreensão de atuação ativa do intérprete do conteúdo da norma. Com isso, admite-se que o julgador/intérprete possui uma discricionariedade que manifesta um poder criativo similar àquele conferido aos membros do Legislativo, embora bem mais restrito. O intérprete é inserido no processo de construção da norma, sendo ele quem vai determinar qual significado deve ser atribuído ao texto normativo em última instância (Aragão, 2010, p. 280).

Na esteira do ideário da hermenêutica filosófica gadameriana, a interpretação, em se tratando de direitos fundamentais, não se faz por etapas, mas sim por meio de um círculo hermenêutico (que evolui para a noção de espiral hermenêutica) a partir de confronto com o texto constitucional que se consubstancia em um círculo virtuoso “que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) que já une todas as partes do ‘sistema’” (Streck, 2013, p. 218).

A hermenêutica filosófica causou verdadeira revolução na história da Hermenêutica, provocando mudança de paradigma na Hermenêutica clássica. A Epistemologia até então predominante perdeu espaço para a ontologia-fenomenológica. Nessa alteração, já não há a clássica distinção entre interpretação e aplicação, dado que interpretar é sempre aplicar. A compreensão do texto constitucional – e obviamente dos direitos fundamentais nele enunciados – é levada a efeito somente no momento de sua aplicação. No plano jurídico-constitucional, “o intérprete não se depara com o texto da Constituição separado da realidade social e dos textos normativos infraconstitucionais” (Streck, 2013, p. 600 e ss).

A hermenêutica jurídica metodológica tradicional não renova o significado das normas, às quais propugna um sentido como único para elas. Porém, numa relação dialética, a interpretação jurídica jamais é definitiva, dado que novos sentidos e visões vão sendo incorporados à espiral hermenêutica. Esta modernização separa o espaço entre criação e aplicação do Direito. Assim, o deslocamento da Hermenêutica para o âmbito ontológico em vez do metodológico é a melhor forma de efetivar os direitos fundamentais continuamente atualizados pelos intérpretes. O trabalho da Hermenêutica Jurídica não pode ser somente o de achar regras para uma melhor interpretação, mas sim levar em conta a distinção ontológica de cada caso concreto, a fim de compreender os significados possíveis das normas respectivas, atingindo sua máxima efetividade. (Santos, 2005, p. 130)

Em face do exposto, depreende-se que a hermenêutica filosófica de Gadamer é perfeitamente aplicável e necessária à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a um dos direitos fundamentais mais caros ao Estado Democrático de Direito pátrio, o conhecido princípio da presunção de inocência.

4. A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua aplicação à interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro – mudanças de entendimento nas Cortes Superiores

Gadamer (2004, p. 368) entende que compreender é sempre interpretar e, por corolário lógico, a interpretação é a forma explícita da compreensão. A aplicabilidade da teoria do círculo hermenêutico (ou da espiral hermenêutica) e a evolução jurisprudencial do princípio da presunção de inocência perante a Excelsa Corte, tendo como referencial a obra *Verdade e Método I*, levantam se a questão central de uma hermenêutica verdadeira-

mente histórica, a epistemológica fundamental, pode ser a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos.

Até fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendia ser possível a execução provisória da pena, não obstante ainda estivesse pendente de julgamento os recursos raros (especial e extraordinário) em desfavor do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal):

EMENTA: Pedido conhecido como *habeas corpus*. Sentença penal condenatória. Julgamento em segundo grau. Instância exaurida com o julgamento dos embargos declaratórios. Subsistem apenas recursos de natureza extraordinária que não impedem a expedição de mandado de prisão, à vista da condenação resultante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local. *Habeas* indeferido. Liminar cassada [Pet 1324, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23.3.1998, DJ 24.3.2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-01 PP-00040 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 482-489].

Entrementes, em 2016, com o HC 126.292 por maioria de votos (7 a 4) houve uma mudança do entendimento jurisprudencial do STF, permitindo a execução da pena depois da decisão condenatória confirmada em Segunda Instância, e a presunção de inocência sofreu uma interpretação restritiva. *Ad exemplum*:

Ementa: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5.º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. [HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16.5.2016. PUBLIC. 17.5.2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118] (destaques inovados).

Em seguida, a Excelsa Corte julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, julgamento encerrado em 7.11.2019, e regressou ao entendimento inicial de que a execução antecipada de acórdão condenatório em apelação ofende a presunção de inocência, *in verbis*:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a **condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal**, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 7.11.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG. 11.11.2020 PUBLIC. 12.11.2020) (sem destaques no original).

Também no Supremo Tribunal Federal o Tema 1068 (constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri), cujo Recurso Extraordinário 1.235.340 discute, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença.

Nesse *leading case*, novamente a Corte Constitucional terá que decidir se a execução da condenação pelo Tribunal do Júri não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, independentemente do julgamento da Apelação ou de qualquer outro recurso. O supramencionado recurso excepcional analisa a (in)constitucionalidade da alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), precisamente no art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei 11.689, de 2008)

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. BRASIL, 1941. Redação dada pela Lei 13.964, de 2019. (Vigência)

O julgamento do RE 1.235.340 encontra-se, no presente momento, suspenso apenas com dois votos divergentes entre si:

I) Ministro Gilmar Mendes: (não se pode admitir que a execução da condenação proferida em primeiro grau – ainda que por Tribunal do Júri – se inicie sem que haja a possibilidade de uma revisão por Tribunal, de modo a assegurar o controle apto a limitar e, assim, legitimar a incidência do poder punitivo estatal.): Assim, declaro a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/2019 ao art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal.

II) Barroso (conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Fixo, para tanto, a seguinte tese de julgamento: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”).

O que se percebe é que a Excelsa Corte, de acordo com a doutrina de Heidegger, a cada novo processo, principalmente com a repercussão geral reconhecida do princípio da presunção de inocência, lança-se em um outro movimento semântico de compreender e de interpretar esse direito fundamental.

Reportando-se à teoria de espiral hermenêutica objetivo da hermenêutica gadameriana, sob o influxo de Heidegger, a cada volta e revolvimento nessa perspectiva de circularidade de posicionamentos desse direito fundamental, aliado a contextos históricos (tradição) e preconceitos, tende-se a densificar cada vez mais a

compreensão, contribuindo para a evolução gradativa do próprio processo de conhecimento.

Assim, os acórdãos evidenciam que o Supremo Tribunal Federal não está imune à estrutura ontológica da “presença” do “ser-no-mundo”, cingido pelas particularidades do momento histórico em que os ministros estão imersos. Destarte, no teor das decisões abordaram-se explicitamente questões relacionadas a estatísticas (0,62% de réus condenados em Segunda Instância são absolvidos, por exemplo). Não obstante, insta ressaltar que o Plenário negou pedido da Defesa (*Habeas Corpus* 152752) que buscava garantir ao então ex-presidente Lula o direito de recorrer em liberdade até julgamento de todos os recursos cabíveis contra a condenação dele¹, fato histórico que influenciou sobremaneira a mudança de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, o que, para Gadamer, detecta um equívoco conferido à tradição de desprezar os preconceitos do historiador a todo tipo de relação de autoridade.

É clara também a influência que a Operação Lava-Jato operou sobre a mudança paradigmática em jurisprudência desta Excelsa Corte²:

Referindo-se a tempos difíceis que o Brasil atravessa, o advogado Lins e Silva afirmou que eventual decisão do STF de julgar procedentes as ações não significam despreço à Operação Lava-Jato ou à medida que vise a tornar impune a corrupção. O princípio constitucional da presunção de inocência não se submete a nenhum tipo de interpretação, e o artigo 283 do CPP nada mais é do que “a realização processual da regra constitucional”.

Entrementes, Peter Häberle (1997, p. 13) elucida que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais aber-

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF nega *habeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437> >. Acesso em 20.6.2023.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Encerrada etapa de manifestações das partes no julgamento sobre execução da pena pós-condenação em 2.^a instância. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779&ori=1> >. Acesso em 20.6.2023.

tos quanto mais pluralista for a sociedade”. A Suprema Corte, devidamente influenciada pelas forças ativas no processo ou na sociedade, não ficou imune ao diálogo jurídico e aos valores então vigentes de aplicar a interpretação do direito fundamental à presunção de inocência a hermenêutica filosófica de Gadamer.

5. Conclusão

Pelo teor dos julgados colacionados, legislação pertinente e entendimentos doutrinários apontados, não é por demais ressaltar o avanço que a jurisprudência do STF vem alcançando ao longo dos anos no estudo e na interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se igualmente uma interpretação constitucional flexível levada a efeito pela Corte Constitucional para o que Gadamer (2004, p. 354) denomina “elevação da historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico”.

Nesta linha de raciocínio, Peter Häberle (1997, p. 33) pondera: “Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e de setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.

Em outras palavras, lastreadas na hermenêutica filosófica gadameriana, a presunção de inocência e de resto os outros direitos fundamentais ora em exame explicam até certo ponto referidas mudanças interpretativas, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ainda não ter um vetor de interpretação que possa dar garantia à sociedade de que forma decidirá.

A aplicação da espiral hermenêutica gadameriana fornece uma perspectiva que não apenas é regular, mas valoriza a historicida-

de da compreensão e dos preconceitos que circundam o interpretar. Assim, cada nova decisão sobre a presunção de inocência resulta de um processo dinâmico de diálogo entre o texto normativo e o contexto histórico-social.

Logo, a necessidade de uma interpretação jurídica ativa, que leve em consideração complexidades e nuances de cada caso, revela-se indispensável a um paradigma coerente e consistente de segurança jurídica à sociedade.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., 4.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Nilsiton. A liberdade criativa na interpretação dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 26, n.º 2. [S. l.], 2010. Disponível em: <<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/539>>. Acesso em 10.6.2023.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Legislação. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 5.10.1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.6.2023.

BRASIL. Legislação. *Decreto-Lei Federal 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 13.10.1941. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20.6.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADC 43*. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 7.11.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG. 11.11.2020 PUBLIC. 12.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Encerrada etapa de manifestações das partes no julgamento sobre execução da pena pós-condenação em 2.^a instância. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779&ori=1>>. Acesso em 20.6.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *HC 126292*, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG. 16.5.2016 PUBLIC. 17.5.2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Pet 1324*. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23.3.1998, DJ 24.3.2006, PP-00055 EMENT VOL-02226-01 PP-00040 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 482-489.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF nega *babeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em 20.6.2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica* (trad.: Carlos Lopes de Matos). São Paulo: EPU, Ed. USP, 1973.

ERICKSEN, Lauro. Possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais através do Estudo Hermenêutico-Constitucional. *Rev. SJRJ*, v. 19, n. 34. Rio de Janeiro, ago./2012, p. 53-77.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 5 ed. Petrópolis: RJ, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6 ed. Petrópolis: RJ, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y método II*. Tradução: Manuel Olasagasti. 1 ed. Salamanca (Espanha): Ed. Sígueme, 1992.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Mauricio Nogueira dos. *Direitos fundamentais e hermenêutica filosófica: contributo da hermenêutica de Gadamer para a efetividade dos direitos fundamentais*. 2005. 145 f. Dissertação de mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2005. Disponível em <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6187>>. Acesso em 10.6.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. rev., atual. e ampl. . Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2015.

STEIN, Ernildo. A consciência da História: Gadamer e a hermenêutica. *Folha de S.Paulo, Caderno Mais*, v. 24, 2002. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> (<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>). Acesso em 12.6.2023.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

Artigo recebido em 20/02/2024.

Artigo aprovado em 31/07/2024.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.523
