

O giro hermenêutico-linguístico e o direito brasileiro

The hermeneutic-linguistic turn and brazilian law

DOI: 10.55905/D&Iv2n2-003

Recebido: 1/12/2025

Aceito: 26/12/2025

Fernando Armando Ribeiro¹

RESUMO

A partir de uma abordagem lógico-dedutiva, o artigo realiza uma reflexão sobre a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito, para evidenciar uma construção jurídica a partir da faticidade histórica e alavancada por uma hermenêutica de matiz filosófico onde a linguagem assume papel decisivo ao permear toda a compreensão, no processo de interpretação dos textos normativos, por intermédio do discurso que exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e por isso aposta, em conclusão, na Constituição, como locus hermenêutico do Direito democrático.

Palavras-chave: direito, linguagem, hermenêutica filosófica, estado democrático de direito.

ABSTRACT

From a logical-deductive approach, this article reflects on the application of Law within the paradigm of the Democratic Rule of Law, highlighting a legal construction based on historical factuality and leveraged by a philosophical hermeneutics nuance where language assumes a decisive role in permeating all understanding, in the process of interpreting normative texts, through discourse that expresses the valid and the invalid, the reasonable and the unreasonable, what corresponds to the dignity of the human person and what denies or ignores it, and therefore, in conclusion, bets on the Constitution as the hermeneutical locus of democratic Law.

Keywords: law, language, philosophical hermeneutics, democratic rule of law.

1 INTRODUÇÃO

A crise de paradigmas que acompanha a própria evolução do Direito na modernidade, enquanto rito de superação histórica, faz-se sumamente aguda no século

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Berkeley (EUA), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Bacharelado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Juiz Togado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (TJMMG)

XX – e mais especificamente no após Segunda Guerra – onde as ainda jovens soluções propostas por um constitucionalismo social viram-se pois defrontar com as alarmantes disparidades produzidas por tantas de suas próprias bases de sustentação.

O aparente esgotamento dos postulados iluministas e cientificistas do século XIX termina de alguma forma introjetado naquela que foi a resposta epistemológica encontrada pelos juristas para a ingente crise de cientificidade que tomava conta do Direito: o positivismo jurídico. É que, ao se estabelecer enquanto discurso de clarificação e cientificização do jurídico, em homenagem à construção epistemológica prevalente nas ciências naturais e exatas, esquecia-se o positivismo de problematizar as próprias pré-concepções possibilitadoras da tentativa de construção de uma depuração lingüística e metodológica de tal magnitude. Afugentava-se então em uma abstração que, se por um lado garantia a plenitude de respostas a antigas aporias, por outro deixava de lado um elemento insuprimível a toda manifestação do Direito e à própria condição humana: a história. A história enquanto concretude incompatível com um jogo lingüístico abstrato, quer em sua logicização formal, quer ainda como puro dever ser futuro. História que se manifesta como o movimento do próprio real, ou como processualidade inteligível do real no tempo histórico da linguagem e da cultura. Inicia-se então todo um movimento que, com similitudes constatáveis a par de amplas diferenças, consagra-se à laboriosa tarefa de repensar não apenas as possibilidades do fazer científico jurídico, o método e a práxis jurídica, como também a problematizar a própria questão do fundamento do Direito.

Dentre os movimentos filosóficos que de forma mais profunda e efetiva puderam contribuir para um repensar do Direito moderno, situa-se sem dúvida a hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana e gadameriana. Como um pensamento voltado a problematizar as condições de possibilidade, cria-se a passagem para aquele que ficaria conhecido como o “giro hermenêutico-lingüístico” da filosofia, movimento reconhecido por sua enorme consistência ao fornecer a resposta a inquietantes problemas tais como as condições da compreensão, o sentido da interpretação, a historicidade, a existência e a faticidade, o ser e a temporalidade. Ademais, ao encetar uma importante polêmica com o psicologismo-naturalista então reinante, abrir-se-iam novos caminhos que, aptos a fornecer um novo sentido às ciências, ofereceriam ao Direito não apenas o consolo de uma forçada aproximação científica, mas o estatuto de modelo de uma práxis

procedimental aberta, apta a ressaltar o que de mais importante se passa em toda compreensão humana, vale dizer, a aplicação.

Tem-se a partir daí uma possibilidade de construção científico-jurídica que se distancie da abstração da pura epistemologia de feições neo-positivistas, abrace a concretude da faticidade histórica, e realize-se como “acontecer” (*Ereignen*) da “problemático-judicativa realização concreta do Direito”.²

Concomitantemente, e de forma essencialmente ligada a tais transições, o fenômeno do constitucionalismo, cuja longa história também reflete a mudança paradigmática do Direito, recebe novas leituras. A partir daí, longe de contemplar a Constituição como mero reflexo dos “fatores reais de poder”³ – com o inevitável menoscabo para com o caráter indubitavelmente deontológico das normas constitucionais –, nem tampouco situá-la como mero marco formal de sustentação hierárquica do ordenamento jurídico – potencialmente justificadora de toda e qualquer ordem como sendo uma “ordem constitucional” –, passa a concebê-la como o resultado de um movimento dialético de interação entre o texto e a realidade (tempo histórico-lingüístico) conformador da ordem constitucional concreta. É a Constituição aberta e principiológica constituidora do Estado Democrático de Direito

Considerando que tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem ao conhecimento pela palavra, estando a linguagem ela mesma em uma dimensão interpretativa, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica, não há Direito, apenas textos normativos. No Direito, por intermédio do discurso se exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e para tanto sempre se está envolvido em uma dimensão hermenêutica.

Investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto do pluralismo exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos normativos. Neste sentido, a Hermenêutica Filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer pode revelar-se fecunda e imprescindível ao estudo do Direito, demonstrando a sua inevitável compreensão

² NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra Editora, 2003, *passim*.

³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. São Paulo: Lumen Júris, 1998, *passim*.

enquanto diálogo crítico e reflexivo com a tradição. Neste estudo pretendemos demonstrar a importância da hermenêutica filosófica para a construção de uma nova matriz da racionalidade jurídica, coesa e compatível com o paradigma democrático que é conferido ao Direito pela principiologia constitucional.

2 A TEORIA CLÁSSICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Historicamente, a hermenêutica penetrou de forma gradativa no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo com o advento da modernidade diversos significados. O modelo hermenêutico desde a escolástica até o sistema histórico-evolutivo consistiu, em linhas gerais, no estudo da sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões. Por conseguinte, a hermenêutica jurídica, no sentido tradicional busca o sentido da *verba legis* por intermédio de métodos e técnicas de interpretação da lei. Assim, constitui-se como uma teoria da interpretação.

Esta concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara, jurista italiano de 1921, cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muita confiança deposita nos métodos interpretativos. Ferrara⁴ assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica”.

No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se personificou no nome de Carlos Maximiliano⁵, que assim ensinava:

A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar.

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos. A hermenêutica é a técnica. Deste modo, existem regras que o

⁴ FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte, MG: Líder, 2002, p. 24.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999, p. 1.

intérprete deve seguir, as quais se manifestam e se multiplicam nos chamados métodos de interpretação. Poderiam tais métodos levar à vontade do legislador, ou à vontade da lei, ou ainda ao estabelecido pela livre convicção do juiz? Não importa, o relevante é que, para esses autores, a grande contribuição da hermenêutica seria fornecer os métodos de interpretação que mostrariam o significado das normas.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA AO DIREITO

As inconsistências e problemas das concepções positivistas continuam sendo ignoradas por uma parcela da comunidade jurídica, que ainda insiste em aplicar irrefletidamente postulados advindos do paradigma da metódica jurídica, como, por exemplo, o de Carlos Maximiliano. Como acentua Lênio Streck⁶, a hermenêutica enquanto técnica, saber operacional, domina no campo jurídico uma vez que o pensamento dogmático do Direito crê na existência de uma subjetividade instauradora do mundo que possibilitaria a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”. Tal compreensão jaz sob o paradigma da filosofia do sujeito, partindo da concepção de que é no sujeito que reside a verdade. Nas palavras de Lênio Streck⁷:

[...] as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência - ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais.

Mas, por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que se opõe às novas idéias. Não obstante, conforme expõe Souza Cruz⁸, o exame dogmático dos textos legislativos se

⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 3.

sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta de uma suposta vontade da lei ou do legislador. Vale lembrar ainda que, segundo Dalmo Dallari⁹, o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção frente às injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disso, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas pode conferir a tão aclamada segurança jurídica, pois limitaria o intérprete afastando-se assim as convicções teóricas próprias de cada indivíduo.

Todavia, a aplicação do Direito segundo os padrões dos métodos de interpretação implica a manutenção do que Tércio Sampaio denomina “*mistério divino do Direito*” remetendo ao “princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista”¹⁰. É que a dogmática interpretativa não consegue atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos trans-individuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos¹¹

Como acentua Marcelo Galuppo¹², a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõe em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas. Nesse sentido, a idéia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito mesmo porque a idéia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático de Direito, um “pensar problematizador” no qual a idéia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de um uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto.

⁹ DALLARI, Dalmo. *Constituição e Constituinte*. São Paulo, SP: Saraiva, 1980, p. 95.

¹⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, SP: Max Limonard, 1998, p. 178.

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003, p. 17.

¹² GALUPPO, Marcelo Campos. *Heremênutica Constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.) *Heremênutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 59.

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da “hermenêutica” técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados.

Pela hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra *Verdade e Método*, a pergunta pelo sentido do texto jurídico passar a ser uma pergunta pelo modo como este sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto¹³

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer¹⁴ afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos

¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 489.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 566.

objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age.

É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente a interpretação de qualquer texto. Neste sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual”¹⁵. Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza lingüística, portando, pois, uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer, o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e, mais ainda, formam linguagem”¹⁶. A mundanidade lingüística do mundo em que desde sempre já nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é linguisticamente mediada, essa mediação é feita através de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer, “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões”¹⁷. A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermeneuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Deste modo, como assevera Pereira¹⁸, não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 567.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 647.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 709.

¹⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 28.

conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”.

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira¹⁹, a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Pela noção do horizonte histórico chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época”²⁰.

Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz²¹, que, aludindo ao giro lingüístico, explica que, como fruto da linguagem social o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)”. Como fruto da linguagem social o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precípua o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

¹⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 28.

²⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 44.

²¹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 232.

Assim, o revelar da atividade interpretativa enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete, impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Neste sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade de os legitimados participarem do processo, para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as conseqüências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

O Direito, a lei, o processo e toda formação jurídica e de vida do hermeneuta compõem suas pré-compreensões, às quais se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelas partes, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo-lhes salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Neste sentido, para Gadamer²² a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades tais como a interpretação do texto, as relações nele escondidas, as conclusões que dele advém.

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide por que encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – sendo que decisão judicial deverá advir dos sentidos partilhados pela compreensão de todos os envolvidos no processo. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que não é apenas uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas, mas de uma dinâmica argumentativa que ultrapasse a dimensão ante-predicativa em que se inserem as pré-compreensões. Esta dimensão argumentativa advém do fato de que o magistrado deve testar e aprimorar os fundamentos de sua decisão, e revê-los a partir de

²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 41.

uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém ligação necessária, na dimensão processual, entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição, que encontra justamente aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação, como se cuidasse de um postulado absolutizante. Para Gadamer pode-se ter num dado momento a melhor interpretação, considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, esta interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação ao um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que ante um caso concreto, isto é um novo objeto cognoscível, o horizonte do intérprete, com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob o risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais sentidos estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre eles, melhor a compreensão do intérprete. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

4 O DEBATE CONTEMPORÂNEO SOBRE HERMENÊUTICA

Vocábulo desenvolvido desde a Antigüidade grega, dotado de uma complexa pluralidade de acepções hoje enaltecida pelos estudiosos²³, a hermenêutica enfrentaria na modernidade uma crescente polarização de enfoques, advinda tanto das múltiplas visões e empregos em que fora utilizada, como também de sua apropriação por distintas correntes filosóficas. Assim, pode-se constatar, que, de uma teoria da exegese bíblica a uma metodologia filológica geral, de base metodológica para as Ciências do Espírito a uma fenomenologia da própria compreensão existencial, ampla tem sido a exploração do vocábulo, o que, a nosso ver, pode por si mesmo ser visto como indício da real importância (= condição de possibilidade) por ela ocupada, tal como pensado pelos representantes da hermenêutica filosófica.

A contemporaneidade viria a conhecer, entretanto algumas fortes confrontações teóricas levadas a cabo em torno da hermenêutica, seu conceito e sua utilização.

²³ Neste sentido, vide: PALMER, Richard. *Hermenêutica*; ORTIZ-OSÉS. *Dicionário de hermenêutica*. Segundo os estudos atuais mais abalizados, a antiga acepção grega do termo hermenêutica (como *hermeneia* ou *hermeneuein* – substantivo e verbo respectivamente) dava-se como uma conjugação dialética de *dizer*, *explicar* e *traduzir*, sentidos estes perdidos ou descontextualizados em todo o período histórico que sucedeu a vivência das sociedades gregas.

Primeiramente, e por um lado, a tradição advinda de Schleiermacher e de Dilthey, cujos partidários concebem a hermenêutica, de certa forma, como um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação. Por outro lado, há os discípulos de Heidegger, que verão a hermenêutica como uma aproximação filosófica das condições de possibilidade de toda compreensão. Tal confrontação encontraria na polêmica estabelecida entre Emílio Betti e Hans Georg-Gadamer uma clara enunciação de duas formas distintas de ver e lidar com o hermenêutico: os que sustentam a viabilidade e necessidade de uma espécie de “teoria geral” do modo como as objetivações da experiência humana podem ser interpretadas, e os que defendem a ingenuidade, e mesmo insustentabilidade de interpretações objetivamente válidas, as quais sempre se fazem condicionar pela historicidade (lingüística) de todo horizonte de compreensão.

O eixo central da polêmica gira em torno da intersubjetividade existencial e da historicidade de toda compreensão, bem como acerca da necessidade, ou mesmo possibilidade de produção de métodos normativos que permitam asseverar sobre a correção das interpretações. Deste eixo surgiram ramificações que atingiriam diversos ramos do saber, da Teologia à Literatura, das Ciências naturais ao Direito, e, fundamentalmente, estabeleceu-se uma profunda guinada no projeto filosófico contemporâneo, que ficaria universalmente conhecida como giro hermenêutico. O novo paradigma filosófico permitiria, portanto, concluir pela “vitória” das teses de Gadamer sobre as de Betti, as quais, todavia, no Direito brasileiro, terminam por ter assegurada muito mais que uma simples sobrevida.

Para além do método se afiguravam novas condições de verdade cujo espaço de fundação seria intrínseca e inelutavelmente histórico. Entretanto, como resultado da consciência histórica e do permanente desafio provocado por nossa condição racional, a crítica das ideologias viria a produzir uma nova etapa no diálogo sobre o método – tomado como instrumento produtor de racionalidade²⁴ –, aduzindo a dialética como um caminho assegurador de maior nível de racionalidade nas sociedades hiper-complexas contemporâneas. É de se notar que o debate se situa, já desde o seu início, num espaço que transcende de muito a questão da fragmentação dos procedimentos cognoscitivos e científicos em geral.

²⁴ STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, RS: LP&M, 1987.

A polêmica entre dialética e hermenêutica encontra-se praticamente personificada na célebre discussão estabelecida a partir dos anos 1960 entre Gadamer e Habermas, corporificada em fascinantes textos onde se verifica um momento vivo do próprio fazer filosófico. Ali, os dois “métodos”, o dialético e o hermenêutico, representam as diferentes posições filosóficas das quais emanam, sendo que “se a crítica se afirma basicamente na diferença e no contraste com aquilo sobre o que reflete, a hermenêutica visa primeiramente a mediação e a unificação com o mesmo. Ambos, porém, diferença e mediação podem ser distinguidos no ato de reflexão, que, de acordo com sua natureza, estabelece uma relação entre lados separados e por isso sempre, ao mesmo tempo, une e separa”²⁵.

Sustentando a pretensão de universalidade da hermenêutica, afirmada com base na universalidade do compreender, o qual recebe por sua vez sua universalidade da universalidade do compreendido – “Ser que pode ser compreendido é linguagem” – Gadamer demonstra que a significabilidade é o dado pré-constitutivo de toda mundaneidade, sendo que a significação dos fenômenos ali incluídos deixa de ser considerada seja sob um ponto de vista solipsista (de um para mim) seja mesmo de um para a sociedade. É precisamente nisto que se manifesta o caráter universal da hermenêutica. Por seu lado, e defendendo a necessidade da crítica, Habermas sustenta a incapacidade da hermenêutica em fornecer racionalidade comunicativa nos espaços em que a linguagem esteja perturbada, sendo este, em linhas gerais, o contexto normal da tradição, onde os elementos do poder e do trabalho tornam tantas vezes a estrutura de sentido praticamente insignificante. Assim, o caráter ideológico imanente à tradição cultural torna necessária a *crítica das ideologias* para a superação da dominação e violência obstrutivas do diálogo.

O debate entre Gadamer e Habermas traduz, em última análise, um anseio de discussão da questão da verdade e do método em uma perspectiva filosófica, manifestando-se como um passo vigoroso e decisivo na estruturação de um novo padrão de racionalidade para os tempos contemporâneos. Pois se a compreensão do método nas ciências termina por se condicionar por procedimentos que se situam como exteriores ao próprio operar do trabalho científico, esta nova abordagem sobre a questão do método e sua relação com a verdade, por trazer ínsita a dimensão da filosofia, faz-se sempre imerso

²⁵ STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, RS: LP&M, 1987, p. 24

numa dimensão de auto-justificação e problematização em busca de legitimar sua própria racionalidade. Vislumbra-se aí uma conexão profunda entre a filosofia e a busca pela legitimidade no Direito. A reflexividade e auto-justificação problematizadora trazidas pelo pensamento filosófico revelam-se, sem dúvida, fortes catalisadores para as exigências de fundamentação e legitimação do Direito, tal como exigido pelas Constituições dos Estados de Direito Democráticos.

5 O DESAFIO DA INTERPRETAÇÃO

Em sua obra *Humano, demasiado humano*, de 1886, pontuou Nietzsche²⁶ que a ciência moderna tem por meta garantir ao homem o mínimo de dor possível. Parece-nos que, nos dias de hoje e na cena jurídica atual, tal proposição não é descabida. De fato, a Ciência do Direito ainda prefere pautar-se em técnicas interpretativas que supostamente evitam o sofrimento de seus operadores ao minimizar a sua carga de responsabilidade na concretização do Direito. Os métodos interpretativos impedem que o intérprete tome consciência de que ele próprio está também inserido na interpretação e, por conseguinte, pode contribuir seja para um maior ou menor nível justiça, para a perpetuação ou para a erradicação das mazelas do Direito. Não obstante, identificar hermenêutica com técnicas interpretativas evita que a sociedade sofra da dor de saber que as leis nem tudo abarcam, de que a decisão do juiz não é o resultado de um mero exercício de lógica formal. Assim, a Ciência do Direito de feições positivistas pretende evita a “dor” da insegurança jurídica, a dor de um intérprete que não está isento da interpretação, mas, ao contrário, faz parte dela.

Entretanto, em nome do mínimo de dor possível, encarnado sob o ideário da segurança jurídica, o Direito corre o risco de incorrer, como de fato tantas vezes já incorreu, em imperdoáveis injustiças. Assim, o que tem sido assegurado pelo Direito, na realidade, é tão-somente por vezes “segurança de imutabilidade”, por outras, ironicamente, “segurança da arbitrária mutabilidade”, e em ambos os casos tem-se uma “segurança” de duvidoso valor.

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000, p.98.

Investigar e refletir o Direito a partir de elementos da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer é tentar vislumbrar outros horizontes para a compreensão/aplicação do Direito, o que pode tirar o jurista de uma confortável posição de comodismo. Gadamer, ao tornar consciente a situação hermenêutica, a fusão de horizontes, a consciência histórica, termina por solapar toda tentativa de saber neutro, abstrato ou absolutizante. Assim, a hermenêutica jurídica de Gadamer traz ao intérprete a *angústia do estranhamento*²⁷, isto é, desenraiza aquilo que o Direito tendencialmente encobre.

Ante a aplicação do pensamento Gadameriano no Direito, muito se diz de suas conseqüências. Desaguar-se-ia num juiz monológico e em decisões solipsistas? Acreditamos que não e pensamos que a própria trama da historicidade reflexiva inerente à hermenêutica gadameriana já seria suficiente para eliminar tal acusação.

Dessa forma, não é negando o estudo de Gadamer para o Direito que se afastaria do Direito a sua sujeição às pré-compreensões, à fusão de horizontes e toda a realidade do processo de compreensão brilhantemente revelador pelo pensador alemão. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem seres humanos que tem como condição principal a de se fazerem seres hermenêuticos. Gadamer aponta para a necessidade de outro paradigma capaz de considerar questões como o relativismo jurídico e a consistência e adequabilidade das decisões. Assim, a desmistificação do fazer hermenêutico realizado por Gadamer constitui um proeminente aporte para uma reflexão crítica sobre a pré-compreensão rumo a uma reorientação teórica da aplicação do Direito, que abrange não só a investigação sobre a pré-compreensão, como também a influência de uma pré-compreensão irracional e ideológica sobre a escolha da interpretação da norma jurídica. Neste sentido, a preocupação da Hermenêutica Jurídica passaria a se focar naquilo que acentua Inocêncio Mártires Coelho²⁸:

Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do Direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no desempenho dessa tarefa resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se ao fim e ao

²⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003, p. 217.

²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, RG: Sérgio Fabris, 1997, p. 13.

cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele resíduo incômodo de voluntarismo que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico.

Através de Gadamer torna-se imperativa a consciência de que as pré-compreensões emergem a todo o momento, e é necessário um esforço demasiadamente grande, não abarcado pelo método, para não se tomar “as nuvens do erro pelo céu da verdade”²⁹. Problematizando Gadamer o intérprete do Direito pode desvelar novos sentidos sobre o denso problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se põe diante dele. Pode, assim, fazer-se mais consciente do novo Direito capaz de emergir a partir da hermenêutica. Não o novo que tenha a pretensão de marco zero ou ponto de chegada na história, mas aquele que se abre a interlocução, negação ou reconstrução. Pois é um legado da hermenêutica o assumir a condição humana, finita e histórica, como condição de possibilidade de toda compreensão.

6 CONCLUSÃO

Notável foi a importância do pensamento hermenêutico gadameriano e heideggeriano no repensar de todo o conhecimento humano produzido, das ciências humanas às naturais, constituindo sem dúvida um daqueles raros momentos históricos de autêntica reviravolta no pensamento filosófico. Até mesmo a tradição crítica e dialética da teoria do discurso reconheceria a imprescindibilidade da hermenêutica na desconstrução da auto-suficiência objetivística das ciências do espírito, tal como sustentadas desde o séc. XIX, bem como também para revelar os limites da auto-suficiência das ciências naturais. Ademais, ainda segundo Habermas, seria ela responsável por afirmar a implícita e incondicional vinculação entre o pensamento racional e toda a práxis humana³⁰.

²⁹ HEGEL, G.W.Friedrich. *A Fenomenologia do Espírito*. 3. ed. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1985. (Coleção os Pensadores), p. 41.

³⁰ HABERMAS, J. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, RS: LP&M, 1987, *passim*.

A partir de então, vasto tem sido o aprimoramento e aceitação conferidos à hermenêutica e à argumentação jurídica, que adquirem foros de um novo paradigma na metodologia jurídica contemporânea, apto a superar o marco do positivismo jurídico.

Todavia, questões ingentes remanescem abertas, a reclamar dos estudiosos um árduo e contínuo trabalho na busca de suas soluções. Como garantir que o arcabouço conceitual responsável pelo giro hermenêutico-lingüístico atinja definitivamente o direito brasileiro, ultrapassando-se com isto tanto um fazer científico abstrato – característica da epistemologia neo-positivista – quanto uma operacionalidade pouco eficaz e efetiva, especialmente de nosso direito constitucional? Qual a relação existente entre a hermenêutica de matiz heideggeriana e gadameriana com a teoria do discurso e a argumentação jurídica?

Ademais, constata-se que o universo jurídico brasileiro, em linhas gerais, segue ainda sendo refratário às contribuições da hermenêutica. Não só o fazer científico no Direito, quanto a sua própria operacionalidade técnica ainda não conseguiram se desvencilhar do velho paradigma metodológico construído pelas escolas de interpretação jurídica desde o séc. XIX e incrementado no séc. XX pela teorização de Emilio Betti, trasladada de certa forma para o Brasil pela clássica obra de Carlos Maximiliano³¹. Tais posições coadunam-se, em última instância, com várias das pretensões do positivismo jurídico, forte nas dicotomias entre *mens legis* e *mens legislatoris*, interpretação e aplicação, sujeito e objeto, e onde a linguagem, como aduz Streck³², representa um terceiro elemento que se interpõe no processo de interpretação, o qual se volta para “descobrir o real sentido da regra jurídica, dela extraíndo tudo o que nela se contém”.

Evidentemente, o esquecimento hermenêutico tem diretas vinculações com todo o déficit de racionalidade, eficácia e coerência que muitas vezes atinge o Direito brasileiro, e que se faz claramente constatável, sobretudo a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição de 1988, ela própria tantas vezes tornada refém das aporias advindas da metódica da velha teoria da interpretação.

A “luta pela hermenêutica” justifica-se, sobretudo, porque entendemos que a concretização do projeto de um constitucionalismo democrático não se faz possível sem a hermenêutica, como também não há hermenêutica jurídica que se faça possível

³¹ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.

³² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003, p. 94.

desvinculada da dogmática do direito positivo, sobretudo desvinculada da Constituição, *locus* hermenêutico do Direito democrático³³.

³³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001, p. 94.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer – palavras e ação**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1990.
- CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, RG: Sérgio Fabris, 1997.
- DALLARI, Dalmo. **Constituição e Constituinte**. São Paulo, SP: Saraiva, 1980.
- FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte, MG: Líder, 2002.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo, SP: Max Limonard, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. **Esboços dos fundamentos de uma hermenêutica**.
- FRUCHON, Pierce (Org.). **O Problema da consciência histórica**. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J. **Dialética e hermenêutica**. Porto Alegre, RS: LP&M, 1987.
- HEGEL, G.W.Friedrich. **A Fenomenologia do Espírito**. 3. ed. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1985. (Coleção os Pensadores).
- HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1967.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. São Paulo: Lúmen Júris, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica I.** Coimbra Editora, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano.** Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado constitucional democrático.** Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.** Porto Alegre, RS: Edipucrs, 1997.

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

STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica.** Porto Alegre, RS: LP&M, 1987.