



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

**ENTRE HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO
CARÁTER PRODUTIVO DA COMPREENSÃO A UMA CRÍTICA AO
ARGUMENTO INTENCIONALISTA**

FORTALEZA-CE

2016

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

ENTRE HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO
CARÁTER PRODUTIVO DA COMPREENSÃO A UMA CRÍTICA AO ARGUMENTO
INTENCIONALISTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ordem Jurídica Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA-CE
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- M723e Moita, Cristiano de Aguiar Portela.
Entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica : do caráter produtivo da compreensão a uma crítica ao argumento intencionalista / Cristiano de Aguiar Portela Moita. – 2016.
61 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.
1. Hermenêutica filosófica. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Caráter produtivo da compreensão. 4. Intencionalismo. I. Título.

CDD 340

CRISTIANO DE AGUIAR PORTELA MOITA

ENTRE HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA: DO
CARÁTER PRODUTIVO DA COMPREENSÃO A UMA CRÍTICA AO ARGUMENTO
INTENCIONALISTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ordem Jurídica Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Custódio Luís Silva de Almeida
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A minha família: a meu pai Edvaldo, a minha
mãe – em especial a ela – Cleide e aos meus
irmãos Edvaldo, Isabelle e Adriel.

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento destina-se a meus pais e, em especial, a minha mãe, quem possibilitou – e possibilita – não só minha existência como também minha subsistência e as condições para que tivesse tempo dedicado ao estudo. No final das contas, foi sua dedicação na criação dos filhos que os levou aonde eles se encontram. Se hoje galguei algum resultado em minha formação, não titubeio em afirmar que nada disso seria possível sem o suporte de minha mãe. Por isso, o primeiro e principal agradecimento destina-se a você, Cleide Alves de Aguiar, minha mãe.

Na sequência, devo agradecer a minha família, em especial, o núcleo formado por aqueles que habitam minha casa e, ao mesmo tempo, meu coração: Edvaldo, Isabelle e Adriel. Tenho um mundo próprio, onde dificilmente alguém consegue acessar. Desse mundo, indubitavelmente, vocês fazem parte. Quer queiram, quer não. E desse mundo também passaram a fazer parte Getúlio e sua família.

Devo agradecer ainda a Fernanda Leontsinis. Mal sabe essa menina, mas eu aprendi tanto com ela durante esse percurso do Mestrado. E foi justamente sobre aquilo que não está nos livros, mas no coração. Pela primeira vez, pude conhecer aquilo de que só tinha ouvido falar: o que se passa na cabeça de um homem apaixonado. E conheci. Sem ela, o aprendizado durante o Mestrado não teria sido pleno.

Um agradecimento especial destina-se à turma do Mestrado de 2014, da qual faço parte. Nesses dois anos, dentre as diversas contribuições que o Mestrado me proporcionou, devo destacar esse conjunto de amigos. Essa turma é composta por 23 membros: Antônio Armando, Arthur Feijó, Camile Figueiredo, Camilla Barbosa, Denise Cabral (Denoca), Eduardo Negreiros, Eliza Dias, Emetério Silva, Fernanda Vasconcelos, Igor Moura, Julianne Melo, Ratsu Shirasu, Patrícia Oliveira (Pog), Paulo Souza, Saulo Carvalho, Tarcísio Rocha (Chicó), Thiago Portela, Vanessa Gomes, Vitor Bizerril e Yrallyps Mota (Yra). Também devo um agradecimento ao Breno, um colega que, infelizmente, deixou o curso por motivos de saúde. Sua presença trazia uma serenidade que fez falta ao grupo. Em especial, devo agradecer a outro colega, Tonny Ítalo, que teve a vida ceifada durante o Mestrado. Conviver com ele era contagiante. Bom nordestino, era culto, brincalhão e hospitaleiro, convidando todos, sem cerimônia, a tomarem um espaço de seu ser.

Também destino um agradecimento especial ao Instituto Conceito na pessoa de seus representantes, Edvaldo Moita, Ivan Rodrigues, Pedro Cabral. A estrada que tomei durante o Mestrado foi percorrida em conjunto com o Conceito e seus membros. A mim coube a relevante missão de ensinar e preparar alunos para a vida acadêmica – missão essa que só me engrandece, porque me torna, antes de mais anda, um estudante privilegiado. Lá me esforcei por ajudar algumas pessoas a realizarem o sonho de também entrar no Mestrado em Direito da UFC. Por obra do destino, algumas delas acabaram fazendo parte indelével de minha história. Esse presente não tem preço, e devo agradecê-lo ao Conceito.

Devo aqui também reiterar os agradecimentos já feitos por ensejo de minha monografia de graduação à Universidade Federal do Ceará. Funcionários, professores, e colegas de graduação, todos, de algum modo, fizeram parte de meu crescimento pessoal e intelectual. Alguns deles ainda fazem parte de minha caminhada. Não haveria esse momento do Mestrado se não houvesse esse período de convivência pretérita com eles. Agradeço à UFC, instituição que contribuiu, decisivamente, para minha formação. Lá permaneço tendo experiências singulares e conhecendo pessoas incríveis.

Devo gratidão também a CAPES, pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de auxílio. Essa ajuda foi crucial para que eu pudesse sacrificar outros projetos profissionais em prol da dedicação ao Mestrado.

Os agradecimentos estendem-se a alguns professores. Agradeço ao professor Márcio Diniz, que, de um modo bastante peculiar, contribuiu com a feitura deste trabalho. Minha iniciação à docência deve-se à oportunidade que tive de poder lecionar na cadeira de Direito Processual Constitucional, ministrada por ele na graduação. Além disso, não deixo de recordar, na cadeira de Seminário e de Filosofia do Direito, suas “sacadas” ou “*insights*” bastante originais, decorrentes de sua interminável bagagem teórica. Sua capacidade de raciocínio sempre foi admirável.

Agradeço ao professor Glauco Barreira, que aceitou a tarefa de ser meu orientador e que contribuiu de maneira decisiva para o encaminhamento da pesquisa. Os diálogos que mantive em sua casa desfizeram algumas ideias ainda turvas e clarificaram alguns pensamentos. Isso me foi fundamental porque me deu uma garantia de que eu estava caminhando a trilha certa. Os finais de cada conversa davam-me uma tranquilidade para continuar com a pesquisa, e isso merece um agradecimento particularmente especial. Posso

dizer que, com ele, aquele modelo de diálogo defendido por Gadamer, em que ambos estão abertos à pretensão do outro, realiza-se de uma maneira incrivelmente serena.

De igual modo, agradeço aos professores que servem de farol para os estudantes de direito que se enveredam pelas sendas da filosofia: ao professor Reginaldo da Costa agradeço a aceitação para compor minha banca e agradeço as aulas de Filosofia do Estado, que eram, ao mesmo tempo, aulas de reflexão profunda sobre a própria vida; ao professor Manoel Araújo de Oliveira agradeço as aulas de Filosofia Contemporânea, que foram a base para o início desta pesquisa e que consistiram num verdadeiro chamamento para o interesse na filosofia para além da produção acadêmica.

Agradeço, por fim, ao professor Custódio de Almeida, que, humildemente, abriu um espaço em sua agenda atribulada de vice-reitor para poder conversar sobre filosofia e hermenêutica. A conversa que mantive com ele foi uma verdadeira aula e, apesar da exígua duração, desfez algumas dúvidas que ainda persistiam sobre o trabalho. Ao passo que lhe agradeço, também lhe devo desculpas por não ter conseguido promover com ele outros diálogos. Reconheço que este trabalho seria muito melhor lapidado se suas contribuições fossem mais e melhor incorporadas.

“Hermeneuta deveria ser o membro de uma seita de andarilhos herméticos. Aonde eles chegassem, tudo se complicaria. - Os hermeneutas estão chegando! - lh, agora é que ninguém vai entender mais nada... Os hermeneutas ocupariam a cidade e paralisariam todas as atividades produtivas com seus enigmas e frases ambíguas. Ao se retirarem deixariam a população prostrada pela confusão. Levaria semanas até que as coisas recuperassem o seu sentido óbvio. Antes disso, tudo pareceria ter um sentido oculto. - Alô... - O que é que você quer dizer com isso?”

(Trecho de *Defenestração*, crônica de Luis Fernando Veríssimo)

RESUMO

O problema da compreensão adquiriu uma perspectiva tão promissora quanto polêmica a partir dos desenvolvimentos da hermenêutica filosófica. A hermenêutica jurídica contemporânea tem de lidar com essa corrente de pensamento se quiser depurar os estudos acerca da interpretação e da aplicação de textos, mormente os jurídicos. Uma das várias sendas que deve percorrer é aquela que diz respeito ao sentido dos textos, não só um sentido possível, mas o sentido adequado e correto. E isso sempre foi aflitivo para o jurista: identificar um critério seguro para a interpretação textual. Ainda hoje, bastante atualizadas, algumas teorias esforçam-se por desenvolver métodos que garantam certa objetividade na interpretação. É o caso do intencionalismo. Mas essa busca por segurança interpretativa não pode desconsiderar aquilo que está por trás de todo ato de compreensão, isto é, uma estrutura preconceitual, essencialmente histórica, que pode pôr abaixo algumas teses dessas teorias do sentido. Isso não implica uma postura relativista, mas sim o reconhecimento de que a compreensão pode não ser arbitrária. Dessa maneira, este trabalho preocupa-se em estabelecer uma contribuição específica que a hermenêutica filosófica pode fornecer para a hermenêutica jurídica: uma descrição do fenômeno da compreensão que ajude juristas evitar alguns argumentos, especialmente os de caráter intencionalista e originalista, cotidiana e decisivamente colacionados em algumas decisões judiciais. Esta pesquisa pretende demonstrar esta contribuição pelo seguinte caminho: em primeiro lugar, expondo alguns dos traços fundamentais da hermenêutica filosófica; em segundo lugar, analisando o primeiro contato travado entre essa corrente e a hermenêutica jurídica e defendendo a possibilidade de uma compreensão correta, não relativista na hermenêutica filosófica; em terceiro lugar, aprofundando-se na relação entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica, a partir da explicação do caráter produtivo da compreensão, algo já notado por alguns teóricos do direito, mas que foi centralizado de maneira peculiar por Gadamer em torno do problema fundamental da aplicação; por fim, após demonstrar algumas dificuldades de teorias intencionalistas contemporâneas, analisar uma decisão que recorreu a argumentos similares, contestáveis a partir da tese defendida nesta pesquisa.

Palavras-chave: Hermenêutica filosófica. Hermenêutica jurídica. Caráter produtivo da compreensão. Intencionalismo.

ABSTRACT

The problem of understanding has acquired a perspective as much promising as polemic since the developments of the philosophical hermeneutics. The contemporary legal hermeneutics must deal with this school of thought if it wants to depurate its studies concerning the interpretation and the application of texts, specially the juridical ones. One of the several paths that it must follow is the one related to the meaning of texts, not just one possible meaning, but the adequate and the correct one. And that was always afflicted to the jurist, *i.e.*, to identify a secure criterion to the textual interpretation. Until today, enough updated, some theories struggle to develop methods which can guarantee certain objectivity in the interpretation. That is the case of intentionalism and the originalism. But this search for interpretative certainty cannot disregard what lies behind every and single act of understanding, *i.e.*, a preconceptual structure, essentially historic, that can put down some of these theories of meaning. That does not imply a relativistic attitude, but the recognition that the understanding can be non-arbitrary. Thereby, this work aims in establish a specific contribution that philosophical hermeneutics can provide to legal hermeneutics: a description of the understanding phenomenon that can help jurists avoid some arguments, especially those intentionalists and originalists, which are constantly and decisively brought in some legal decisions. This research seeks to demonstrate this contribution through the following way: firstly, it exposes some of the fundamental traces of philosophical hermeneutics; secondly, it analyses the first contact held between this school of thought and the legal hermeneutics in order to defend the possibility of a correct, non-relativistic interpretation; thirdly, it deepens in the relation between philosophical hermeneutics and legal hermeneutics, through the explanation of the productive character of the understanding, something already noticed by some legal theorists but centralized in such peculiar way by Gadamer around the fundamental problem of the application; lastly, after demonstrating some difficulties in contemporary intentionalists theories, it analyses a legal decision that has used similar arguments, contestable by the theses defended in this research.

Keywords: Philosophical hermeneutics. Legal hermeneutics. Productive character of understanding. Intentionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	31
2.1 A historicidade da compreensão	32
2.2 O problema fundamental da hermenêutica	45
2.3 A consciência da história continuamente influente	54
2 O EXEMPLO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: APLICAÇÃO, MEDIAÇÃO ENTRE PRESENTE PASSADO E NÃO ARBITRARIEDADE NO CAMPO DA INTEPRETAÇÃO	60
2.1 O significado exemplar da hermenêutica jurídica	61
2.2 A crítica de Betti ao ponto de vista de Gadamer	70
2.3 A possibilidade de interpretação correta na hermenêutica filosófica.....	78
3 O EXEMPLO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA CRÍTICA AO ARGUMENTO INTENCIONALISTA	86
3.1 O caráter produtivo da compreensão, um problema já notado na hermenêutica jurídica clássica: a progressiva formação do direito de Savigny e a construção jurídica de Lieber	86
3.2 Crítica ao argumento intencionalista a partir da hermenêutica filosófica.....	93
3.3 Incursão pela jurisprudência: análise da argumentação utilizada na ADPF nº153/DF	105
4 CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

No estudo do Direito das últimas décadas, o problema da interpretação dos textos adquiriu uma relevância particular. Desde há muito, o objeto de trabalho do jurista constitui-se de normas, e dele se exige a competência no manejo de normas. Mas esse manejo passa a ser visto sob uma nova perspectiva quando se radicaliza a constatação de que normas são, sempre, fruto da interpretação. As normas são, resultado de um processo interpretativo, e essa conclusão deve ser considerada por qualquer teoria que pretenda abarcar o fenômeno jurídico. Na feliz expressão de Viola e Zaccaria, essa constatação é convertida em patrimônio comum da teoria contemporânea do direito.¹

Desde meados do século passado, o processo de interpretação passa a ser estudado com mais atenção pelos juristas. Sintoma dessa virada de perspectiva, por exemplo, é o realce que foi dada ao tema por dois dos grandes teóricos do direito do século XX.²

E é nessa senda que caminha este trabalho. Em razão desse interesse específico na interpretação jurídica que marca o pensamento contemporâneo, esta pesquisa localiza-se no campo de estudos da hermenêutica jurídica, onde são tematizadas, especificamente, a compreensão e a interpretação jurídica. Mas para se falar em hermenêutica, não se pode deixar de lado aquela desenvolvida no campo da filosofia: a hermenêutica filosófica, que tematiza a compreensão e a interpretação como um único fenômeno universal, não particularizado num campo do conhecimento.

A hermenêutica filosófica adquiriu uma importância crucial na medida em que revolucionou o modo de análise da compreensão, que não pode mais ser considerada de

¹ Como dizem Viola e Zaccaria: “Se se prescindir dos atos de interpretação não existe norma positiva alguma que possa confirmar-se como capaz de proporcionar diretivas para a ação, acabando, portanto, por perder completamente sua praticabilidade. Em consequência, o mesmo direito perderia uma de suas fundamentais razões de ser e deixaria em última análise de ser direito.” (tradução nossa). No original: “Si se prescindir de los actos de interpretación no existe norma positiva alguna que pueda confirmarse como capaz de proporcionar directivas para la acción, acabando por tanto por perder completamente su practicabilidad. En consecuencia, el mismo derecho perdería una de sus fundamentales razones de ser y dejaría en último término de ser derecho.”. Cf. VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación**. Elementos de teoría hermenéutica del derecho. Traducción: Ana Cebeira, Aurelio de Prada, Aurelia Richart. Coordinación de la traducción y Prólogo de Gregorio Robles Morchón. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2007, p. 2.

² Basta citar a atenção dada por Kelsen, que se inicia num artigo anexado à primeira edição de 1934 de seu Teoria Pura do Direito e se desenvolve na segunda edição de 1960 (sobre o tema da interpretação jurídica cotejada com a evolução da obra kelseniana, cf. SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p.277- 292, jul/dez. 2005) e a dada por Hart no seu O Conceito de Direito em suas considerações a respeito da textura aberta e das zonas de penumbra e de foco, todas dentro do contexto dos limites da interpretação jurídica (cf. HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p.124 e ss. Sobre a relação entre a teoria da interpretação kelseniana e aquela que se pode encontrar em Hart, cf. COTTONE, Filippo. La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione. P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), **Analisi e diritto**, p. 89-110, 2006).

maneira particular, como se houvesse uma compreensão específica para cada campo de conhecimento possível, como uma compreensão que só existe nas ciências exatas ou uma compreensão que só existe nas ciências humanas ou uma compreensão acientífica, proveniente daquilo que se chama de senso comum. Não há, portanto, a partir de então, uma compreensão típica para cada área do conhecimento – na mesma linha, não haveria uma compreensão típica para a ciência do direito.

A hermenêutica filosófica é, fundamentalmente, resultado da obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer, publicada no ano de 1960. Seu êxito, por algumas razões, pode ser considerado um verdadeiro milagre.³ Foi um livro que nasceu de maneira um tanto forçada e que foi escrito sob pressão. Os alunos de Gadamer lamentavam o desconhecimento de seu mestre noutras cidades pela falta de publicações. Pela mesma razão, mas na condição de diretora de uma revista de filosofia, sua mulher também exerceu alguma pressão sobre Gadamer a fim de que publicasse algo. Foi um livro que tratou de um tema até então bastante exótico. A maneira adequada de se entender as ciências do espírito, um dos assuntos do livro, não tinha um impacto significativo na academia alemã, ainda que se levasse em conta a obra de Wilhelm Dilthey. O próprio Heidegger tratou esse tema como derivado ou secundário.

Além disso, também os estudos da hermenêutica não estavam tanto em voga no campo da filosofia,⁴ e essa falta de apelo foi uma das razões pela alteração do título inicialmente quisto por Gadamer, que deveria ser *Entender e Acontecer* (*Verstehen und Geschehen*). Gadamer, além de não ser produtivo, não era um pensador muito criativo, comparável com Heidegger, Husserl ou Nietzsche. Até pela sua maneira própria de filosofar, Gadamer era mais um professor que dialogava do que escrevia. Ademais, ele mesmo demonstrou que tinha dúvidas sobre sua originalidade e até se perguntava sobre se o livro não teria sido supérfluo. Uma última razão para que não se esperasse o êxito que teve é o fato de ser *Verdade e Método* um livro extenso e complexo, tratando de temas os mais diversos, como arte, história e direito, e sem nenhuma ambição revolucionária como outras grandes obras da filosofia.⁵

Mas *Verdade e Método* teve sucesso e hoje se pode considerar como uma das grandes obras do século XX. Todavia, sua recepção, inicialmente, foi bastante discreta.

³ É assim que se reporta Grondin. Cf. GRONDIN, Jean. El milagro del éxito de *Verdad y Método*. In R. CÚNSULO (dir.), **A cincuenta años de Verdad y método**: Balance y perspectivas, Editorial Unsta, Tucumán, p. 77-86, 2011. [em versão de páginas numeradas de 1 a 15].

⁴ “Antes de Gadamer, não havia muita gente que o [a hermenêutica] sabia, ou como disse não sei quem: antes de Gadamer ninguém sabia o que era a hermenêutica, e depois dele ninguém sabe o que não é”. No original: “Antes de Gadamer no había mucha gente que lo sabía, o como lo ha dicho no sé quien: antes de Gadamer nadie sabía lo que era la herenétucia, y después de él nadie sabe lo que no es.” Cf. *Ibid.*, p. 3

⁵ Cf. *Ibid.*, p. 2-6.

Depoimentos como o de Konrad Cramer, Rüdiger Bubner e Ernst Tugendhat⁶ demonstram que não houve uma euforia com as novas ideias de seu professor, embora fossem ricas de conteúdo. Um motivo que impulsionou seu êxito foi o contexto filosófico da década de 1960, cuja situação filosófica se dividia entre os seguidores da filosofia de Heidegger, a Escola de Frankfurt e a filosofia analítica, que começava a despontar. Nesse contexto, Gadamer não se encaixava com tanta facilidade em uma dessas correntes. Ainda que fosse aluno de Heidegger, sua obra trazia temas bastante originais. Mas o conteúdo da filosofia de Gadamer tinha algo que era contrário ao que defendia cada uma dessas correntes, cada uma à sua maneira. Ele reabilitaria algo, de certo modo, repudiado por essas grandes correntes: a relação com o passado e com a tradição. Em sua hermenêutica, Gadamer recuperaria, portanto, toda a possível contribuição do passado. Não era preciso acabar com a filosofia e trocá-la pela ciência. Era possível dialogar com o passado. Assim, um dos motivos para o êxito da obra de Gadamer foi ter salvado a filosofia da tentação de sua autodestruição,⁷ de destruição da contribuição de seu passado.

Um segundo motivo para o êxito de *Verdade e Método* foi o fato de Gadamer não ter se fechado no seu pensamento, como fazem alguns filósofos, e ter mantido um diálogo frutífero com todos aqueles que se dispuseram a conversar sobre sua filosofia. Não era um pensador que dizia que os outros não o haviam entendido ou que os respondia de maneira fria. Muito pelo contrário, seu apreço pelo diálogo – um dos pontos que caracterizam sua hermenêutica filosófica – permitiu com que construísse uma série de novos textos. Foi o caso do *Verdade e Método II*, que reúne uma série de conteúdos complementares às ideias contidas em *Verdade e Método I*.⁸

O que realmente interessará a esta pesquisa é o diálogo de Gadamer com os representantes da hermenêutica jurídica. Convém, todavia, reprisar outros debates relevantes em torno de pontos específicos da hermenêutica filosófica para se localizar a problemática em torno da relação entre hermenêutica filosófica e direito.

O primeiro e talvez mais importante diálogo deu-se dentro da temática de justificativa das ciências, especificamente, as ciências sociais. O interlocutor era Jürgen Habermas. Foi um diálogo importante porque fez conhecida, de fato, a filosofia gadameriana,

⁶ Cf. *Ibid.*, p. 7-13.

⁷ Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

⁸ Cf. *Ibid.*, p. 13-15. Nesta dissertação serão utilizadas, quanto à *Verdade e Método II*, as seguintes edições: em alemão: GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke**, Band 2. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993; em português: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 6 ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

tornando Gadamer um personagem público na Alemanha.⁹ Esse debate inaugurou ainda uma ponte entre a hermenêutica e a crítica da ideologia. Nesse sentido, Habermas, também com uma pretensão um tanto semelhante com a de Gadamer, intentava justificar a contribuição da verdade específica das ciências sociais. Todavia, embora concordando com Gadamer em alguns pontos fundamentais, teceu-lhe algumas críticas, o que resultou num diálogo que serviria, em última análise, para aprimorar o pensamento gadameriano. É de se considerar, porém, que o Habermas da teoria do agir comunicativo, que se distancia da crítica das ideologias e se volta para o uso pragmático da linguagem, acaba se reaproximando de Gadamer.¹⁰

Na filosofia, outro relevante debate deu-se com Jacques Derrida. A peculiaridade desse diálogo foi que, para usar uma denominação ricoeuriana, a hermenêutica da suspeita, de Derrida, e a da confiança, de Gadamer, que, em princípio, se opunham, partiam de pensadores de raízes comuns, ambos assumindo os pressupostos heideggerianos. Também desse embate resultaram algumas contribuições para a filosofia de Gadamer, não sendo difícil de imaginar que algumas ideias posteriores de Gadamer a respeito da alteridade do outro e dos limites da linguagem tenham sido fruto do encontro com a desconstrução de Derrida.¹¹

Outro importante diálogo que manteve Gadamer deu-se no campo da história. O interlocutor, dessa vez, foi Reinhart Koselleck. Este pretendia elaborar uma teoria da história ou histórica (*Historik*) enquanto doutrina das condições de possibilidade das histórias, que trataria de questões pré-linguísticas, existentes para além, ou antes, do texto de uma maneira que escaparia da pretensão de universalidade da hermenêutica.¹² Gadamer rebateria, a uma, ao dizer que não reduziu sua hermenêutica filosófica a uma hermenêutica do texto e, a duas, criticando a pretensão de Koselleck de uma doutrina transcendental que escaparia à linguagem.¹³

Mas a hermenêutica filosófica também rendeu importantes debates no campo do direito - e isso é o que interessa, particularmente, a esta pesquisa. Primeiramente, isso se deve ao fato de que Gadamer recorreu à hermenêutica jurídica para fundamentar aquilo que seria o

⁹ Cf. GRONDIN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰ Cf. *Idem*. **Hermenêutica**. Tradutor: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editoria, 2012, p. 83-91. Habermas desenvolve sua crítica a Gadamer em: HABERMAS, Jürgen. **On the logic of the social sciences**. Tradução: Shierry Weber Nicholsen e Jerry A. Stark. Cambridge: The MIT Press, 1988, 143-170.

¹¹ Como alega Grondin, “dessa forma, o encontro da hermenêutica com a desconstrução talvez não tenha sido tão estéril como sempre se diz.” Cf. GRONDIN, *Hermenêutica*, p. 127.

¹² Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. História e hermenêutica. Um ensaio sobre o debate Koselleck-Gadamer. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 112.

¹³ Cf. *Ibid.*, p. 126.

problema fundamental da hermenêutica filosófica: a aplicação. Gadamer concedeu um capítulo específico para fazer isso, no qual elege a hermenêutica jurídica o exemplo para as outras disciplinas hermenêuticas.¹⁴ Em frase lapidar, assevera: “A hermenêutica jurídica possibilita que o real processo das ciências do espírito recorde-se em si mesmo de seu real procedimento.”¹⁵ Além disso, o próprio Gadamer, em *Verdade e Método*, inicia um debate com Emilio Betti, jurista e filósofo que havia escrito uma obra sobre hermenêutica de viés metodológico, alvo de críticas da parte de Gadamer.

A partir de então, viu-se que a hermenêutica filosófica poderia contribuir com os debates na hermenêutica jurídica. E é justamente nesta ponte entre filosofia e direito que se localiza esta dissertação.

Feita uma contextualização geral breve sobre o surgimento e o impacto da hermenêutica filosófica, é preciso contextualizar a recepção específica que teve no campo do direito. Dessa maneira, pretende-se depurar o objeto desta pesquisa, afastando-se de algumas recepções levada a cabo por alguns juristas.

Gadamer não era jurista, mas propôs-se a tratar de hermenêutica jurídica em *Verdade e Método*. Nesse livro, iniciou um diálogo bastante produtivo com um jurista e, após esse primeiro confronto, outros juristas recepcionaram as ideias de Gadamer e tentaram incorporar seus pressupostos na hermenêutica jurídica.

As primeiras recepções ocorreram na Alemanha. Um primeiro grande jurista que o fez foi Josef Esser em obra que tematiza a relação entre pré-compreensão, métodos de interpretação e práxis judicial decisória.¹⁶ Civilista, trabalhou, principalmente, com a ideia desenvolvida na hermenêutica filosófica de que o intérprete sempre parte de alguns pressupostos quando se lança a compreender algo; em outras palavras: o intérprete sempre possui uma pré-compreensão daquilo que intenta compreender. Seu foco foi a análise da relação entre a pré-compreensão e a interpretação jurídica. A partir desse ponto inicial, começou uma pesquisa frutífera no campo da interpretação jurídica sob os influxos da hermenêutica filosófica. Alguns resultados de sua obra são elencados por Peixoto: uma reavaliação da questão metodológica, afastando-se de concepções formalistas, com vistas para o aspecto prático da interpretação; construção de uma hermenêutica da prática judiciária, com enaltecimento da atividade judicial como fonte criadora do direito; interpretação como tema

¹⁴ GADAMER, VM, p. 426-447.

¹⁵ GADAMER, WM, p. 333; VM, p. 430.

¹⁶ No tema da hermenêutica jurídica, a obra magna de Esser é: ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

central e intérprete com posição não de mero aplicador, mas de agente criador do direito; norma decisória como construção interpretativa a partir de um raciocínio judicial baseado em valores submetido a controles fundado num consenso.¹⁷

Nesse primeiro ponto, cabe a observação de que este trabalho não se pauta pelo raciocínio levado a cabo por Esser. A confiança exacerbada na experiência do julgador, que modela sua pré-compreensão do mundo jurídico, leva Esser a aceitar que cabe aos juízes escolher os melhores métodos para sua decisão com base em sua própria convicção de justiça. Tal raciocínio não pode ser encarado como fonte de legitimidade de suas interpretações e decisões, ainda que a prática revele que muitos juízes pautam-se dessa maneira. Nesse mesmo sentido, caminha a crítica de Larenz.¹⁸

Outro autor que recepcionou a hermenêutica filosófica nos estudos de hermenêutica jurídica foi Arthur Kaufmann. Antes da obra de Gadamer, Kaufmann defendia uma ideia de direito sustentada numa base filosófica metafísica incompatível tanto com Gadamer quanto com Heidegger. Kaufmann afirmava que o direito possuía uma estrutura ontológica em que se diferenciavam as categorias da essência e da existência nos moldes propostos por Tomás de Aquino.¹⁹ A essência do direito seria a justiça, enquanto que a existência do direito seria sua legalidade.²⁰ Mas partir dessa distinção metafísica seria assumir uma ontologia regional – que se preocupa em responder à pergunta sobre o que é o direito enquanto ente – com um propósito incompatível com a diferença ontológica heideggeriana – que se preocupa em responder à pergunta sobre o que é o ser, o que engloba tudo o que é, inclusive o conjunto de entes. O próprio Kaufmann reconheceu que a pergunta pela ontologia

¹⁷ Cf. PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan./jun., 2007, p. 136.

¹⁸ “Pode ser que muitos juízes procedam do modo descrito por ESSER. Mas não podemos considerar como legítimo o proceder assim nestes termos. Por detrás disto esconde-se, o que parece não ter sido notado por ESSER, uma boa dose de arrogância judicial – o juiz que assim proceda considera-se a si próprio, graças à sua «pré-compreensão», como mais perspicaz que a lei e que os resultados por ela coenvolvidos mediante a interpretação jurisprudencial. O que não é compatível com a, se tomada a sério, «vinculação à lei e ao Direito», que a nossa organização jurídica impõe ao juiz”, pois que esta exige que o juiz oriente a sua solução em primeiro lugar às pautas do ordenamento jurídico e isto do mesmo modo, e precisamente também, quando valora. Para tal, tem que debruçar-se continuamente, mediante um processo de pré-compreensão, sobre o sentido intencionado, e que aqui é determinante, dessas pautas, processo que lhe requer a disponibilidade para questionar e rectificar o seu entendimento prévio, face ao sentido que se lhe vai revelando. Isto só deixará naturalmente de acontecer se ele, ainda antes de entrar neste processo, deixar que o seu entendimento prévio se consolide desde logo em uma «convicção de justiça». Certamente que isto pressupõe que a eleição do método não seja pura e simplesmente deixada ao seu livre alvedrio e que o ordenamento jurídico, se inquirido de modo adequado, lhe fornecerá, pelo menos para a generalidade dos casos, uma resposta «plausível» - no sentido de um conteúdo mínimo de justiça da decisão.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 291-293.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. The ontological structure of law. **Natural Law Forum**, paper 95, 1963, p. 83..

²⁰ *Ibid.*, p. 84.

do direito configura-se numa ontologia regional com propósitos específicos.²¹ Ainda assim, Kaufmann seria influenciado pela hermenêutica filosófica,²² a partir da qual desenvolveria algumas de suas principais obras.²³

Mais recentemente, podem-se destacar outros trabalhos. Na Alemanha, Stephan Meder coteja a relação entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica desenvolvida com base em Savigny, resgatando a atualidade deste frente às perspectivas atuais da hermenêutica, pontuando exageros das críticas aos hermeneutas anteriores a Heidegger, como Schleiermacher e Dilthey. Meder sustenta a tese de que poderia ser fruto de um mal-entendido da parte de Gadamer colocar Savigny na mesma toada dos hermeneutas psicologizantes.²⁴ Nos Estados Unidos, apesar da importância da tradição filosófica de origem anglo-saxônica, deve-se mencionar o desenvolvimento de alguns trabalhos que pretendem preencher o vácuo existente nos estudos da transição entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. Com destaque, o a coletânea promovida por Gregory Leyh²⁵ e o trabalho de Francis J. Mootz III, que intenta desfazer alguns imbróglis presentes na hermenêutica jurídica americana a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer,²⁶ além de propor uma aproximação significativa com a retórica de Chaim Perelman.²⁷

²¹ “Se, com Heidegger, se reconhece uma diferença ontológica somente entre ser e ente, nada senão uma ontologia fundamental é possível. Ontologias regionais são possíveis somente enquanto filosofias da essência, como a escola fenomenológica de Edmund Husserl corretamente viu. Isso significa que ontologias regionais são possíveis na fundação de uma distinção ontológica entre essência e existência. A questão de uma ontologia regional não pode ser nunca se ou por que um ente é, mas somente o que ele é.”. “No original: “If, with Heidegger, one recognizes an ontological difference only between being and entity, nothing but a fundamental ontology is possible. Regional ontologies are possible only as philosophies of essence, as the phenomenological school of Edmund Husserl has rightly seen. This means regional ontologies are possible only on the foundation of the ontological distinction between essence and existence. The question of a regional ontology can never be whether or why an entity is, but only what it is.”. Cf. *Ibid.*, p. 85.

²² Influenciado por Gadamer, seu “segundo mestre na filosofia” (cf. *Idem*, **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. 2 ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editoria Temis S.A., 1998, p. 70.) , mas também pelo último Radbruch, assim como o existencialismo de Karl Jaspers e a antropologia de Karl Löwith. Cf. PIECHOWIAK, Marek. Arthur Kaufmann. In: **The Philosophy of Law, an Encyclopedia**. Vol. II K-Z. New York&London: Christopher Berry Gray, 1999, p. 476.

²³ Para o pensamento de Kaufmann influenciado pela hermenêutica filosófica, cf. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução: António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010; *Idem* (org.); HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

²⁴ MEDER, Stephan. **Missverstehn und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr Siebek, 2004, p. 230.

²⁵ LEYH, Gregory (ed.). **Legal hermeneutics: history, theory and practice**. Berkeley: University of California Press, 1992.

²⁶ MOOTZ III, Francis. Ugly american hermeneutics. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 3(I): 42-55 jan.-jun. 2011.

²⁷ *Idem*. **Conhecimento retórico na prática e na teoria crítica do direito**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2011, p. 53-72; *Idem*. The hermeneutical and rhetorical nature of law. **Journal of Catholic Social Thought**, 8:2, 2011, 229--241.

No Brasil, a recepção dos estudos de hermenêutica filosófica é bastante recente. Por um lado, a tentativa de reanalisar a hermenêutica jurídica a partir da hermenêutica filosófica, constituindo-se isto no tema central de obras jurídicas, não só é recente como incipiente,²⁸ muito embora se deva reconhecer que há um interesse crescente nesse relação²⁹ – e dele faz parte esta pesquisa. Por outro lado, há autores de hermenêutica que se contentam em repassar determinados fundamentos da hermenêutica filosófica sem analisar, com cautela, as consequências da tomada de posição da filosofia gadameriana, inclusive para os temas que continuam tratando nas obras.³⁰ De qualquer maneira, percebe-se que os manuais de hermenêutica jurídica preocupam-se em trazer algumas noções, ainda que básicas, sobre hermenêutica filosófica.³¹

²⁸ Lenio Streck é um dos que tematizam a hermenêutica jurídica a partir da contribuição tanto da filosofia de Heidegger quanto da de Gadamer. Dentre outras, conferir com destaque: **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, e **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. ver. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Inocêncio Mártires Coelho é um que, embora tenha começado a pesquisa sobre o tema já há algum tempo, só em 2009 lançaria sua primeira obra, reeditada em 2015. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁹ Nesse sentido, nos últimos anos, algumas teses de doutorados vêm tratando do tema. Cf. TAXI, Ricardo Araújo Dib. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. 2015. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal do Pará, Belém, 2014; COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

³⁰ Tais autores costumam explicar conceitos de hermenêutica filosófica e, em seguida, sem analisar as consequências desses conceitos, passam a tratar de outras teorias, sem explicar o porquê desse salto. Surge aí uma verdadeira lacuna na transposição da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica. Por exemplo, Rodolfo Viana começa com um capítulo específico sobre a hermenêutica filosófica e, no capítulo seguinte, o último, trata de hermenêutica constitucional com referências a Alexy, Dworkin, Habermas, Häberle e Müller, sem, todavia, mencionar qualquer aspecto da hermenêutica gadameriana e suas implicações para o direito, o que implica algumas lacunas nessa transposição. Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Da mesma maneira, Márcio Diniz, que, após abordar alguns fundamentos da hermenêutica filosófica, ressalta que “estes fundamentos não serão deixados de lado” uma vez que seu objetivo seguinte é o de “projetar determinadas condições de possibilidade da hermenêutica constitucional” (cf. DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 228.). No entanto, logo em seguida, assume a definição de interpretação jurídica de Emilio Betti (cf. *Ibid.*, p. 231-232.) contra a qual, como será visto, Gadamer se posiciona frontalmente. Dessa maneira, Diniz acaba não levando tais fundamentos às últimas consequências e passa, então, a tratar da hermenêutica concretista, em especial de Häberle, Hesse e Müller, não atentando, com isso, que as propostas desses autores, em alguns momentos, distancia-se da hermenêutica filosófica. Por exemplo, a abordagem de Müller, essencialmente, metodológica, não é plenamente compatível com a perspectiva gadameriana, o que é reconhecido pelo próprio Müller: “Por outro lado, a metódica jurídica não pode fiar-se – nem com vistas aos pormenores técnicos, nem com vistas aos fundamentos teóricos – nos resultados da hermenêutica mais recente de matriz filosófica e genericamente peculiar às Ciências Humanas. Na ciência jurídica enquanto ciência normativa aplicada às exigências de vigência e obrigatoriedade devem ser formuladas de forma decisivamente mais rigorosa do que nas disciplinas não-normativas das Ciências Humanas.” (cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1.).

³¹ Por exemplo, cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas: 2013, *passim*; *idem*, **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo

Feita essa contextualização geral do quadro atual da hermenêutica filosófica, a partir de seu desenvolvimento histórico, de alguns dos importantes debates encetados em torno de seus pressupostos e de sua recepção por algumas ciências sociais, com destaque para a ciência jurídica, é preciso definir alguns conceitos-chaves. Assim, devem-se diferenciar alguns conceitos e situá-los adequadamente em contextos específicos. Quanto ao termo “hermenêutica”, deve-se reconhecer que é ambíguo e bastante flutuante a depender de quem usa e dos propósitos a que serve. Por isso, a fim de depurar o objeto deste trabalho e iniciar sua delimitação, alguns esclarecimentos devem desde já ser feitos.

Em primeiro lugar, este trabalho ocupa-se, parcialmente, de hermenêutica jurídica. Por muito tempo, entendeu-se essa hermenêutica como um conjunto de regras úteis na tarefa interpretativa do jurista.³² Tais regras teriam função auxiliar e seriam utilizadas quando houvesse dúvidas na interpretação de um texto jurídico. Nos dizeres de Carlos Maximiliano, um dos maiores representante dos juristas brasileiros que não assumiram a virada hermenêutica da segunda metade do século XX, “a Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”,³³ e “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.” Essa concepção de hermenêutica é presa a uma metodologia típica das ciências exatas e, por algumas razões a serem apresentadas neste trabalho, não deve ser levada à risca. Nesta pesquisa, acredita-se que a hermenêutica jurídica tem como tarefa primordial a determinação de um sentido e de um alcance das expressões do Direito e ainda arrosta a necessidade de critérios interpretativos que podem aqui e acolá serem chamados de métodos. O fim ainda permanece o mesmo, isto é, *entender o sentido de um texto e/ao aplicá-lo a uma situação concreta*.

Em segundo lugar, este trabalho ocupa-se, parcialmente, de hermenêutica filosófica. Nesse ponto, é preciso fazer duas observações. A primeira observação é a de que a hermenêutica filosófica é entendida aqui como aquela desenvolvida por Hans-Georg Gadamer a partir de sua obra magna Verdade e Método e complementada por escritos posteriores. Ela assume a forma de uma filosofia universal da compreensão e sua ideia fundamental é a de que a compreensão não é simplesmente um método as ciências humanas, mas algo que caracteriza

Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 40-45; PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³² Para ver como a hermenêutica jurídica é tida, basicamente, como uma teoria que lida com um conjunto de regras a serem usadas pelo jurista, basta conferir alguns conhecidos juristas que se debruçaram sobre o tema. Neles, a preocupação central é descrever as regras e métodos sobre como interpretar. Dentre outros, cf.: FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988; MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³³ *Ibid.*, p. 1.

a própria vida humana.³⁴ Essa obra guiará esta pesquisa. Todavia, assume-se que é possível fazer algumas críticas à hermenêutica filosófica gadameriana, e esta dissertação pretende apontar em que pontos isso será adequado.

Uma segunda observação refere-se à relação entre a hermenêutica filosófica com a filosofia de Heidegger. É natural que obras de hermenêutica filosófica tratem de algumas perspectivas heideggerianas, pois é fato que Gadamer sofreu influência decisiva de seu mestre na elaboração de sua obra. Da mesma maneira, as obras de juristas que tratam da passagem da filosofia de Gadamer para o direito repassam algumas das ideias de Heidegger. Entretanto, há diferenças importantes entre os dois pensadores, e a pretensão de enxergar o fenômeno jurídico a partir da hermenêutica filosófica deve, por precisão na pesquisa, distinguir a filosofia de cada um desses autores. É preciso destacar isso, pois este trabalho se ocupa da hermenêutica de Gadamer e não se filia à tese de uma aproximação nuclear entre a hermenêutica de Gadamer e de Heidegger, como faz, por exemplo, Lenio Streck na senda de Ernildo Stein.³⁵ A fim de delimitar o objeto de estudo, já de antemão é forçoso explicar isso.

É possível distinguir pelo menos três grandes concepções de hermenêutica na obra de Heidegger³⁶: a hermenêutica da facticidade de 1923,³⁷ a hermenêutica de Ser e Tempo de 1929, e uma hermenêutica da história da metafísica. Fazer uma vinculação de Gadamer a uma dessas concepções é difícil para não dizer impossível.³⁸

³⁴ De acordo com Grondin, é possível distinguir três grandes concepções da hermenêutica que, embora tenham se sucedido na história, permanecem como concepções absolutamente atuais e defensáveis. A primeira concepção é aquela que entende a hermenêutica como arte de interpretar textos; a segunda, como reflexão metodológica sobre a pretensão de verdade e o estatuto científico das ciências humanas, e a terceira, como filosofia universal da interpretação. GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradutor: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 14.

³⁵ Diz Streck: “No que Cf. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³⁶ GRONDIN, Jean. Le passage de l’herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer. P. Capelle et al., **Le souci du passage**. Paris, Cerf, 2004, p. 3.

³⁷ Durante bastante tempo, essa primeira concepção só era conhecida por aqueles que frequentavam seus cursos, muito antes da publicação de Ser e Tempo. Sobre essa primeira hermenêutica de Heidegger, cf. GREISCH, J. **L’arbre de la vie et l’arbre du savoir: le chemin phénoménologiques de l’herméneutique heideggerienne (1919-1923)**. Paris: Les éditions du cerf, 2000. Interessante e inovadora a alusão que faz Guerra ao direito ao cotejar, precisamente, esse Heidegger primevo em GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a busca inicial de Heidegger por um modo ateorético de produzir conhecimento válido em (e pela) filosofia – com uma alusão ao direito no final. Texto disponibilizado pelo autor na internet. Disponível em: <https://www.academia.edu/16917784/Sobre_a_busca_inicial_de_Heidegger_por_um_modos_ateor%C3%A9tico_de_produzir_conhecimento_v%C3%AAlido_em_e_pela_filosofia_com_uma_alus%C3%A3o_ao_direito_no_final>. Acesso em: 05 dez. 2015.

³⁸ A fim de localizar a hermenêutica de Gadamer de maneira independente à de Heidegger, embora por ela influenciada, diz Grondin: “Deve-se concluir que Gadamer simplesmente retomou a concepção heideggeriana de hermenêutica, como se pretende às vezes? Isso não é seguro. [...] Mas o interesse do seguinte propósito e da tripla distinção proposta não está aí [em descrever o percurso da hermenêutica em Heidegger]. Aqui o interesse diz respeito sobretudo a Gadamer e à dificuldade, senão impossibilidade, que há em associá-lo a uma ou a outra dessas três grandes concepções de hermenêutica.” No original: “Doit-on en conclure que Gadamer a tout simplement repris la conception heideggerienne de l’herméneutique, comme on le prétend parfois? Ce n’est pas

Gadamer não é, de toda maneira, indiferente a essas concepções, haja vista que foi influenciado pela hermenêutica da facticidade do jovem Heidegger (atribuindo-lhe uma feição dialógica e ética),³⁹ que utilizou a ideia do círculo da compreensão do Heidegger de Ser e Tempo, e que relaciona as ideias de condição histórica da compreensão e de pretensão de verdade da obra de arte com o último Heidegger.⁴⁰ Gadamer apropria-se, a seu modo, de questões heideggerianas, compartilhando da crítica ao iluminismo, embora num tom não tão crítico quanto o de Heidegger; lidando com um conceito de verdade desvencilhado de uma visão puramente científica, embora não excluindo o método da relação com a verdade como fez Heidegger, mas colocando-o numa relação de tensão complementar; compartilhando da centralidade do papel da *phronesis* aristotélica.⁴¹

Ainda assim, há algumas diferenças importantes. Por exemplo, não se pode dizer que a hermenêutica de Gadamer tenha como tema o *Dasein* individual de cada um com o fim de despertar-se cada existência de si mesma e de combater a própria alienação (nisto consiste o projeto da hermenêutica da facticidade); não se pode dizer que Gadamer retoma a questão do ser de Ser e Tempo, que sua ontologia (ser que pode ser compreendido é linguagem) intenta revelar o sentido do ser através de uma analítica da existência (nisto consiste o projeto da hermenêutica de Ser e Tempo);⁴² nem se pode dizer que o projeto do último Heidegger de

sûr. [...] Mais l'intérêt du présent propos et de la triple distinction proposée n'est pas là. Il concerne ici surtout Gadamer et la difficulté, sinon l'impossibilité, qu'il y a à l'associer à l'une ou l'autre de ces trois grandes conceptions de l'herméneutique." GRONDIN, Le passage de l'herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer, p. 2-4.

³⁹ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 14, n. 2, 2012, p. 20.

⁴⁰ GRONDIN, *op.cit.*, p. 16.

⁴¹ ROHDEN, *op.cit.*, p. 19-23.

⁴² Diz o segundo Heidegger: "A filosofia é uma ontologia fenomenológica universal que parte da hermenêutica da presença, a qual, enquanto analítica da *existência*, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele *brot*a e para onde *retorna*." Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 9 ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 78. Nesse sentido, diz Streck, que "Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de seu professor da linguagem como casa do ser, em que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado." em *Hermenêutica Jurídica...*, p. 279-280. Todavia, em sentido contrário, Grondin: "Embora ele fale de um giro ontológico da hermenêutica, isso não será no sentido que entedia Heidegger na introdução de SZ (qual o sentido do ser?). Para Gadamer, esse giro ontológico virá tão simplesmente resumir a tese de sua hermenêutica universal, a saber, que o 'ser que pode ser compreendido é linguagem'. Não se tratará de esclarecer o sentido do ser através de uma analítica hermenêutica do *Dasein*. Não será nunca, por isso, questão na hermenêutica de Gadamer de anunciar ao *Dasein* 'o sentido verdadeiro do ser' ou 'as estruturas fundamentais do *Dasein*' (SZ 37). A hermenêutica não se constituirá também numa 'analítica da existencialidade da existência' (SZ 38). Sabe-se, desde então, que Gadamer sempre viu nessas fórmulas de SZ uma tentativa, deficiente, de aproximação com Husserl e o vocabulário da filosofia transcendental." No original: "Même s'il parlera d'un tournant ontologique de l'herméneutique, ce ne sera pas du tout au sens où l'entendait Heidegger dans l'Introduction à SZ (quel est le sens de l'être?). Pour Gadamer, ce tournant ontologique viendra tout simplement résumer la thèse de son herméneutique universelle, à savoir que « l'être qui peut être compris est langage ». Il ne s'agira pas de tirer au clair le sens de l'être en passant par une Analytique herméneutique du Dasein. Il ne sera donc jamais question dans l'herméneutique de Gadamer d'annoncer au Dasein « le sens véritable de l'être » ou les « structures fondamentales du Dasein » (SZ 37). L'herméneutique ne se constituera

preparar um novo começo ao pensamento seja compatível com a ideia de Gadamer que sempre se começa já de algum lugar, inserindo-se num diálogo a princípio aberto.⁴³

Com relação ao tema da tradição, Gadamer parece estar mais próximo de Husserl que de Heidegger, especialmente, porque desenvolve a noção de uma consciência efetuada historicamente, que retoma, num sentido bastante próprio, diferente da metafísica da subjetividade, o esquema sujeito-objeto, algo não bem visto à luz da obra heideggeriana.⁴⁴ Há uma tendência anti-heideggeriana em Gadamer percebida por ninguém menos que o próprio Heidegger, que “considerou a noção de *consciência histórico-efetiva* de Gadamer como *não sendo mais heideggeriana* (Gadamer e Von Herrmann, comentários pessoais).”⁴⁵ Além disso, há outras distinções quanto ao tema da linguagem bem como algumas rupturas explícitas.⁴⁶

Nesse sentido, este trabalho visa trabalhar com a hermenêutica gadameriana, indicando, eventualmente, pontos de influência da filosofia de Heidegger, mas deixando claro que a hermenêutica de Gadamer é bastante particular e se distancia, crucialmente, da filosofia de seu mestre.⁴⁷

Em terceiro lugar, este trabalho localiza-se, centralmente, na intersecção entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Se é possível afirmar que “as pesquisas sobre hermenêutica são ainda relativamente incipientes se comparadas com o andamento de

pas non plus en une « Analytique de l’existentialité de l’existence » (SZ 38). On sait, depuis lors, que Gadamer a toujours vu dans ces formules de SZ une tentative, manquée, de rapprochement avec Husserl et le vocabulaire de la philosophie transcendantale.” Cf. GRONDIN, *Le passage...*, p. 17.

⁴³ Essa crítica é pontuada por Grondin em GRONDIN, *Le passage...*, p. 16-18.

⁴⁴ RHODEN, *op.cit.*, p. 24-26.

⁴⁵ KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2003, p. 255-256.

⁴⁶ RHODEN, *op. cit.*, p. 27-32.

⁴⁷ Gadamer ficou reconhecido por alguns como sendo responsável pela urbanização da província heideggeriana, dando-se a entender que tornou mais palatável a obra de Heidegger, a partir do que disse Habermas numa conferência em homenagem a Gadamer: “Habermas foi um pensador radical que abriu um abismo em torno de si. Ora, a meu ver, a grande contribuição filosófica de Gadamer consiste em haver preenchido esse abismo. A imagem da ponte sugere, seguramente, falsas conotações, suscita a impressão de que alguém, tentando aproximar-se de um lugar inacessível, forneça um auxílio pedagógico. Mas não penso assim. Diria melhor que Gadamer urbaniza a província heideggeriana.” No original: “Heidegger è stato un pensatore radicale, che ha aperto un abisso intorno a sé. Ora, a mio avviso, il grande contributo filosofico di Gadamer consiste nell’aver colmato questo abisso. L’immagine del ponte suggerisce sicuramente false connotazioni, suscita l’impressione che qualcuno, tentando di avvicinarsi a un luogo inaccessibile, fornisca un ausilio pedagogico. Ma non la penso così. Direi piuttosto che Gadamer urbanizza la provincia heideggeriana” Cf. HABERMAS, Jürgen apud FERRARIS, Maurizio. **Storia dell’ermeneutica**. Milão: Studi Bompiani, 2008, p. 277. Alguns não gostaram da denominação, o que não foi o caso do amistoso Gadamer, que reconhecia que havia algo nisto que alegavam, conforme relata Grondin: “Habermas manteve um grande respeito por Gadamer e o atestou quando outorgaram o Prêmio Hegel a Gadamer em 1978, que havia praticado uma urbanização da província heideggeriana. A palavra esteve em voga, irritando muitos, mas Gadamer gostou. *Es ist etwas dran*, tem algo, reconhecia sempre Gadamer.” No original: “Habermas mantuvo un gran respeto por Gadamer y le atestó, cuando otorgaron el Premio Hegel a Gadamer en 1978, que había practicado una urbanización de la provincia heideggeriana. La palabra estuvo en boga, irritando muchos, pero gustó a Gadamer. *Es ist etwas dran*, tiene algo, reconocía siempre Gadamer.” Cf. GRONDIN, *El milagro del éxito de Verdad y Método*, p. 14.

outras abordagens filosóficas”,⁴⁸ o mesmo se pode dizer a respeito de pesquisas sobre a relação entre hermenêutica jurídica e hermenêutica filosófica.

Em quarto lugar, este trabalho não pretende fazer um apanhado histórico nem da hermenêutica filosófica nem da hermenêutica jurídica nem muito menos da hermenêutica no sentido mais amplo. Vários bons trabalhos conseguiram atingir este intento.⁴⁹ Em alguns momentos, será necessário recorrer a teorias que se localizam em tempos mais longínquos, especialmente quando se fizer referência a algumas teorias hermenêuticas e a alguns debates específicos. Todavia, não é pretensão central deste trabalho fazer um repasse histórico.

A problemática aqui enfrentada decorre de uma assunção já arraigada na hermenêutica jurídica de que a interpretação correta dos textos jurídicos é aquela que corresponde ao que quis seu autor. Desde o século 19, com Savigny e Lieber, até os dias mais recentes, juristas costumam acreditar que o critério mais basilar que possibilita o entendimento correto de um texto é a vontade do autor. Essa crença justifica-se, especialmente, em virtude de uma necessidade político-jurídica de separação de funções em conformidade com as teorias de separação dos poderes. Na descrição mais básica do Estado de Direito moderno, tem-se um poder legislativo que, em certa medida, representa o povo. A atuação representativa produz leis, que, por sua vez, exprimem a *vontade* desse povo. Resta aos outros poderes respeitar tais leis, pois, em última análise, estão respeitando a *intenção* do povo. A segurança jurídica, tão intrínseca às teorizações do Estado de Direito, significa não só o respeito às leis, mas, o que é mais aflitivo para os juristas, o respeito à *vontade* expressa nessa lei. Alguns falam de vontade do povo, vontade do legislador ou até mesmo da vontade da lei mesma.

Contudo, com os desenvolvimentos ocorridos na filosofia do século XX a partir da reviravolta linguística, particularmente, com o giro hermenêutico proporcionado pela hermenêutica filosófica e sua crítica à consciência histórica do século XIX, a ideia de que o critério de interpretação correta deva se basear na vontade ou na intenção de determinado ente e de que é possível alcançar essa intenção originária sofre uma crítica significativa. No campo das ciências históricas, a crença do historicismo de que era possível transportar-se ao passado como um observador neutro e de que os textos eram fontes de acesso a contextos históricos

⁴⁸ ROHDEN, *Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer*, p. 16.

⁴⁹ Para uma análise tanto extensa quanto profunda dos principais pensamentos em torno da hermenêutica, desde a antiguidade até os debates mais recentes, cf. FERRARIS, Maurizio. *Storia dell'ermeneutica*. Milão: Studi Bompiani, 2008. Para uma introdução profunda, com indicação de ampla bibliografia a respeito da obra de Gadamer, dos debates de que participou (com Betti, Habermas e Derrida), de bibliografia secundária correspondente, de coletâneas e artigos de revista, de produções em torno de temas como estética, conceito de verdade e linguagem, cf. GRONDIN, Jean. *Einführung zu Gadamer*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. Para uma história da hermenêutica bíblica

diferentes e não tinham um valor ou uma pretensão próprios foi criticada frontalmente por Gadamer. O mesmo pode valer para a ciência jurídica. O problema do jurista que pretende interpretar o passado como um historiador do século XIX não foi enfrentado, explicitamente, por Gadamer, mas pode ser analisado da mesma maneira que ele o fez para o historiador. Nesse sentido, as teorias hermenêutico-jurídicas contemporâneas que defendem a possibilidade de acessar o passado e lá encontrar alguma espécie de vontade ou de intenção, constituidoras do critério maior de correção interpretativa, devem ser cotejadas com a hermenêutica filosófica. É essa a problemática que esta pesquisa enfrenta.

Dito isso, cabe ressaltar a contribuição desta dissertação. Em primeiro lugar, esta pesquisa contribui para preencher uma das lacunas no estudo contemporâneo de hermenêutica jurídica, que é aquele campo de intersecção com a hermenêutica filosófica. Dentre as obras de juristas que enfrentam a hermenêutica filosófica, salvo poucas que levam às últimas consequências seus pressupostos, há outras que se contentam apenas em explanar alguns de seus fundamentos sem demonstrar em que medida o jurista deve levar isso em consideração. Em segundo lugar, por um lado, é preciso atualizar algumas reflexões que permeiam o imaginário dos juristas incompatíveis com alguns desenvolvimentos teóricos contemporâneos. Por outro lado, é preciso resgatar a particularidade da hermenêutica jurídica frente à hermenêutica geral filosófica, pois, embora nela possa se encontrar o paradigma de hermenêutica para todas as outras ciências humanas, conforme quis Gadamer, nela há algumas peculiaridades que precisam ser mais bem esclarecidas em confronto com a hermenêutica filosófica.

Este trabalho procura seguir uma metodologia bastante delimitada. Num primeiro momento, trata, basicamente, dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Com isso, lança mão de uma bibliografia base que gira em torno desse campo específico da filosofia contemporânea, moldado a partir da obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer. Como esta dissertação é, eminentemente, interdisciplinar, situada na transição entre filosofia e direito, foi feito um recorte de leituras apropriado. Uma vez que parte do trabalho é de cunho filosófico, a estratégia adotada foi recorrer a comentadores reconhecidos por seu engajamento na hermenêutica filosófica. Num segundo momento, para a relação entre hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica, recorre-se a obras que lidam com a importância que teve o direito para a hermenêutica filosófica e vice-versa. Num terceiro momento, para os problemas de hermenêutica tipicamente jurídica, recorre-se a textos jurídicos primários, como leis e jurisprudência, especialmente, brasileiras, além de obras que propõem novas perspectivas para o estudo da hermenêutica jurídica. No geral, as obras utilizadas neste

trabalho estão em português. Todavia, como as pesquisas nesse campo de investigação ainda são escassas no Brasil, utilizam-se, amiúde, trabalhos de língua estrangeira, cuja tradução será feita, na medida do possível, pelo próprio autor. Evita-se aqui ao máximo a referência a autores por meio de outros autores. Entretanto, pelo mesmo motivo de carência, poderá pecar este estudo pela inacessibilidade a algumas obras e, neste caso, recorre-se a referências a outras.

Além disso, a metodologia é dialética ou dialógica (relação da hermenêutica filosófica com a jurídica), comparativa (hermenêutica filosófica e jurídica) e hermenêutica (já que terá de compreender textos). Recorre-se ainda à pesquisa bibliográfica e empírica (decisões judiciais).

Por fim, o trabalho segue uma linha de raciocínio estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo, objetiva-se identificar alguns pontos que caracterizam a hermenêutica filosófica de Gadamer desenhada em *Verdade e Método I*, mormente aqueles denominados por Gadamer como “traços”. Não se pretende abarcar todas as grandes possíveis teses encontradas em sua obra, como sua abordagem estética, sua descrição do jogo ou toda sua defesa do caráter central da linguagem. A explicação de alguns “traços” será suficiente para sustentar a tese desta pesquisa. No primeiro tópico, desenvolve-se a noção fundamental de historicidade da compreensão. Aqui, explica-se a noção de círculo hermenêutico em Gadamer, indo mais além, cotejando-a não só com a de Heidegger como também com a que marcou a hermenêutica clássica, situando-se ainda a explicação desse círculo num debate entre os críticos e os partidários da filosofia de Heidegger e de Gadamer. Ademais, explica-se o problema dos preconceitos, entendidos a partir de então como condição de toda e qualquer compreensão e como se liga à ideia de compreensão preconceituosa a necessidade de reabilitação da autoridade e da tradição, tomando-se como exemplo a ideia de clássico. Por fim, neste tópico, explica-se a implicação da distância temporal para a hermenêutica e como a história produtora de efeitos para a compreensão é alçada a princípio hermenêutico.

No segundo capítulo objetiva-se analisar o primeiro contato entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. No primeiro tópico, descreve-se como a hermenêutica jurídica constitui-se num exemplo para a hermenêutica filosófica. Delineia-se que espécie de hermenêutica jurídica é essa reconhecida por Gadamer como exemplar. No segundo tópico, explicitam-se os principais pontos de confronto entre Gadamer e Emilio Betti. Na senda da crítica de Betti, demonstra-se como, para Betti, a interpretação levada a cabo pelo jurista possui algumas particularidades não assumidas pela hermenêutica gadameriana, nomeadamente a distinção entre significado e significância e a vinculação normativa do

sentido do texto jurídico, o que faria com que o jurista tivesse uma tarefa particularmente diferente da do historiador. No terceiro tópico, aglutinam-se algumas considerações a respeito da possibilidade de uma interpretação que não seja absolutamente correta e estanque no tempo, mas que não seja arbitrária, dissipando-se a ideia de que a hermenêutica filosófica seja relativista.

No terceiro capítulo, faz-se uma aproximação da perspectiva da hermenêutica filosófica com a da hermenêutica jurídica para demonstrar como aquela é que, por sua vez, poderá ser exemplar para a hermenêutica jurídica. No primeiro tópico, demonstra-se que o caráter produtivo da hermenêutica jurídica alegada por Gadamer já foi percebido por outros autores, como Savigny e Lieber, cada um a seu modo. Ambos, todavia, não assumiam que essa característica fosse algo inescapável do processo de interpretação. Para eles, a compreensão criativa, que não correspondia à intenção do autor, trazia alguns problemas de difícil solução, relacionados, principalmente, com a legitimidade da atuação do juiz enquanto intérprete. Como será visto, tais problemas, ainda hoje, forçam uma análise crítica da hermenêutica jurídica imaginada por Gadamer. Em segundo lugar, demonstra-se que um desses problemas é a falta de legitimidade do intérprete para concretizar a norma jurídica quando essa concretização o transforma num verdadeiro legislador. Nesse sentido, elencam-se algumas críticas de teorias intencionalistas à hermenêutica gadameriana e coteja-se uma possível solução. Em terceiro lugar, por fim, faz-se uma abordagem da hermenêutica jurídica realizada no Supremo Tribunal Federal, onde, a pretexto de uma atuação interpretativa explicitamente produtiva, o juiz acaba por ter uma atuação carecedora de legitimidade.

Dessa maneira, espera-se, com esta dissertação, atingir o objetivo de contribuir com o debate contemporâneo em torno da hermenêutica jurídica. Especificamente, almeja-se tratar de alguns pontos específicos que vêm sendo motivo de controvérsias no campo da interpretação e da compreensão das normas jurídicas.

2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

“So gibt es gewiß kein Verstehen, das von allen Vorurteilen frei wäre, so sehr auch immer der Wille unserer Erkenntnis darauf gerichtet sein muß, dem Bann unserer Vorurteile zu entgehen.”

“Assim, tanto não há, seguramente, nenhuma compreensão que seja livre de todos os preconceitos, quanto, do mesmo modo, a vontade de nosso conhecimento sempre deva ser direcionada à fuga de nossos preconceitos.” (tradução nossa)

(H.-G. Gadamer, WM, 494; VM, 631)

A obra magna de Gadamer, *Verdade e Método*, é dividida em três grandes partes. Na primeira parte, Gadamer trata da liberação da questão da verdade a partir da experiência da arte. Intenta demonstrar, pelo exemplo da arte, que o método, definitivamente, não desempenha papel fundamental para a compreensão de uma obra artística. Isso será o primeiro passo para o que fará na sequência. Na segunda parte, Gadamer estende a questão da verdade para as ciências do espírito. Aqui, o objetivo de Gadamer é, partindo das críticas ao iluminismo, à escola romântica e ao historicismo, elaborar uma teoria da experiência hermenêutica que dê conta de explicar como ocorre o complexo fenômeno da compreensão. Na terceira e última parte, Gadamer tematiza a virada ontológica da hermenêutica, realizada, essencialmente, no seio da linguagem. A linguagem é o meio da experiência hermenêutica, não se resumindo a uma concepção meramente instrumental. Todo pensar e conceituar se dá num *medium*, que é a linguagem mesma. Gadamer finaliza a obra com a demonstração de que a ontologia hermenêutica tem como horizonte necessário a linguagem.

Neste primeiro momento do trabalho, o objetivo central é expor, em linhas gerais, os principais pontos da hermenêutica filosófica, centrando-se, especificamente, naquilo que Gadamer mesmo denominou de “traços”. De fato, Gadamer não tinha a intenção – nem o fez – de elaborar uma teoria filosófica extensa e revolucionária. O subtítulo já indica essa pretensão: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Não é “fundamentos”

(*Grundlegung*) de uma hermenêutica filosófica, mas “traços” (*Grundzüge*). O termo mesmo é uma indicação preciosa dessa intenção.⁵⁰

2.1 A historicidade da compreensão

O primeiro “traço” que cita Gadamer é a historicidade da compreensão⁵¹. A tese básica levantada por Gadamer é de que toda compreensão é historicamente situada e marcada, indelevelmente, pela história. A argumentação para sustentar tal princípio parte dos seguintes pressupostos: toda compreensão se dá num círculo hermenêutico, do qual não se pode sair; toda compreensão é preconceituosa, isto é, a compreensão só é possível porque parte de preconceitos em relação ao compreendendo; um fator que auxilia a identificação de preconceitos válidos e positivos é a distância temporal entre o intérprete e o texto a ser interpretado; a exigência para a consciência hermenêutica de perceber-se influenciada, decisivamente, pela história. Com isso, Gadamer eleva ao status de princípio hermenêutico essa característica fundamental do compreender.

Para explicar em que consiste a historicidade da compreensão, Gadamer lança mão de algumas categorias ontológicas fundamentais para seu projeto de hermenêutica

⁵⁰ Comentando o milagre do êxito de *Verdade e Método*, no sentido de que o livro tinha várias razões para não ter tido sucesso, Grondin explica uma dessas razões: tal obra, além de ser um livro complexo, não tinha qualquer ambição iconoclasta. “Há outra coisa que há que se destacar. Para uma obra filosófica, não parece tão ambiciosa (anspruchsvoll) ou revolucionário. Gadamer nunca disse que queria fundamentar uma nova disciplina, digamos, a hermenêutica, ou fazer um novo início na filosofia. Isso é raro para uma obra exitosa na filosofia. Se se pensa, por exemplo, nas *Meditações Metafísicas* de Descartes, na *Crítica da Razão Pura*, nas *Ideias* de Husserl ou no *Ser e Tempo*, todas estas obras pretendem revolucionar algo, o que faz parte de seu êxito. Descartes duvida do transmitido, Kant disse que só o caminho crítico resta aberto e Heidegger propõe uma destruição da tradição ocidental, nada menos. Não há nada disso em Gadamer, nenhum novo início radical como Descartes, nenhuma revolução da maneira de pensar como Kant, nenhuma pretensão fundadora à la Husserl ou Heidegger. Como diria ademais o prólogo da segunda edição: ‘faz falta fundamentar o que de todos os modos não está sustentado desde sempre?’ (o título ‘Traços’, *Grundzüge*, deve-se entender de modo muito modesto e não como uma fundação radical, *Grundlegung*). Em que consistia então sua novidade e interesse? Não era inicialmente tão evidente.” No original: “Hay otra cosa que hay que destacar. Para una obra filosófica, no parece tan ambiciosa (anspruchsvoll) o revolucionaria. Gadamer nunca dice que quiere fundamentar una nueva disciplina, digamos la hermenéutica, o hacer un nuevo inicio en la filosofía. Eso es raro para una obra exitosa en la filosofía. Si uno piensa por ejemplo a las *Meditaciones metafísicas* de Descartes, a la *Crítica de la razón pura*, a las *Ideen* de Husserl o a *Ser y tiempo*, todas estas obras pretenden revolucionar algo, lo que hace parte de su éxito. Descartes duda de lo transmitido, Kant dice que solo el camino critico queda abierto y Heidegger propone una destrucción de la tradición occidental, nada menos. No hay nada de eso en Gadamer, ningún nuevo inicio radical como Descartes, ninguna revolución de la manera de pensar como Kant, ningún gran pretensión fundadora à la Husserl o Heidegger. Como lo diría además el prólogo a la segunda edición: “hace falta fundamentar lo que de todos modos nos está sustentando desde siempre?” (el título “Rasgos”, *Grundzüge*, se debe entender de modo muy modesto y no como una fundación radical, *Grundlegung*). ¿En que consistía entonces su novedad y interés? No era inicialmente tan evidente.” Cf. GRONDIN, Jean. El milagro del éxito de *Verdad y Método*, p. 6-7.

⁵¹ O termo central na obra de Gadamer é a compreensão (*verstehen*). As traduções para o inglês e espanhol deste termo são, respectivamente, *comprensión* e *understanding*. Há uma flutuação na tradução para o português, ora se utilizando o termo “entendimento”, ora o termo “compreensão”. Este trabalho privilegia o uso deste último termo.

filosófica. As noções de círculo hermenêutico, preconceito, distância temporal e história efetual é que serviram de base para a asserção radical de Gadamer de que a característica precípua da compreensão é sua historicidade. Cada uma dessas noções será desenvolvida aqui seguindo a linha de argumentação utilizada por Gadamer.

Já de antemão, porém, é preciso fazer uma ressalva ao princípio hermenêutico da historicidade da compreensão. É importante sublinhar que a compreensão tem como qualidade essencial a historicidade, isto é, ela é “historicizada”. Isso quer dizer que a compreensão é marcada pela história e só é possível porque é, inevitavelmente, constituída pelos efeitos da história. Isso será desenvolvido mais à frente. Chama-se atenção, todavia, para o fato de que a compreensão não é estritamente “histórica”, ou seja, completamente determinada pelo passado e, portanto, refém da tradição e do passado. Admitir que a compreensão seja determinada por contextos históricos, variáveis, pois, com o tempo, é assumir um relativismo contra o qual Gadamer se impôs de maneira grave. De fato, há uma construção histórica que, ao mesmo tempo, possibilita que a compreensão se realize, mas que impõe limites inelimináveis para a compreensão. Isso não implica que a consciência hermenêutica esteja presa a uma bolha histórica que a determine. A compreensão, portanto, é possibilitada pela história e limitada pela história, mas não plenamente por ela determinada. A história é uma condição necessária para a realização de qualquer ato de compreensão, possibilitando-a e, até certo ponto, limitando-a, mas não a determinando.⁵²

Uma das principais noções para o estudo da hermenêutica é ideia de círculo hermenêutico. O uso da metáfora com referência clara a um objeto geométrico sempre costumou ser uma maneira pedagogicamente interessante para se transmitir uma ideia. O apelo a figuras geométricas facilita a transmissão de um pensamento. Isso não foi diferente na hermenêutica, terreno em que alguns autores lançaram mão da imagem de um círculo – outros

⁵² Diz Grondin: “Sua visão de historicidade não pode, pois, ser reduzida à noção trivial de que toda compreensão humana e aquela das humanidades é ‘historicamente determinada’. Se Gadamer afirmasse somente isso, ele provavelmente seria um historicista puro e relativista. Mais precisamente ainda, ele não superaria o historicismo, ele o reafirmaria, o que não parece ser seu objetivo declarado. Sua visão preponderante e muito mais sutil é, com efeito, que a inegável historicidade da compreensão humana não condena alguém à consequência do relativismo. Ele diz isso por três razões: porque simplesmente não é verdade que tudo é relativo no campo do conhecimento humano, porque nossa historicidade constitui a força guiadora de nossa compreensão e porque a história nos provê com diretrizes e sinais que nos podem ajudar a atingir uma compreensão válida.”. No original: “His view of historicity can thus not be reduced to the commonplace notion that all human understanding, and that of the humanities, is ‘historically determined’. If Gadamer would only utter this, he would probably be a pure historicist and relativist. More pointedly said, he would not overcome historicism, he would reassert it, which doesn’t seem to be his stated aim. His overriding and much more nuanced view is indeed that the undeniable historicity of human understanding doesn’t condemn one to the consequence of relativism. He says this for threereasons: because it simply isn’t true that all is relative in the field of human knowledge, because our own historicity constitutes the driving force of our understanding and because history provides us with guidelines and signposts that can help us attain valid understanding.” Cf. GRONDIN, Gadamer’s Interest for Legal Hermeneutics, (2016). No prelo, p. 14.

de uma espiral⁵³ – para tratar, cada um à sua maneira, da relação do intérprete com o texto a ser interpretado.

Já se podem antecipar pelo menos duas versões que se estabeleceram na hermenêutica em torno da ideia de círculo hermenêutico. Em ambas, a ideia central é a de que não existe entendimento sem pressuposições.⁵⁴ A versão mais antiga é típica da retórica e da hermenêutica clássicas. Consiste, basicamente, na ideia de que o círculo é a expressão da relação entre o todo e suas partes. Só se entende um texto ou só se entende qualquer conjunto de sentido a partir de uma ideia geral de seu todo; mas, para tanto, só é possível esse entendimento do todo pelo entendimento necessário de suas partes. Nessa versão antiga, a imagem de círculo é usada para se referir à necessária interação entre o todo e suas partes constitutivas como passo fundamental direcionado ao entendimento.

A versão mais atual, contemporânea, num resumo básico, é a de que a compreensão só se faz a partir de algumas pressuposições. Só se atinge a compreensão partindo-se de determinado ponto, nunca de um ponto zero, desvinculado de qualquer pressuposto. Em Heidegger, tal pressuposto é a pré-estrutura (*Vorstruktur*) da compreensão; em Gadamer, os preconceitos (*Vorurteile*), produtivos ou enganadores; na crítica da ideologia, a ideologia ou interesses guiadores do conhecimento; em outros ainda, um “*background*” hermenêutico, determinado pela cultura, história, linguagem e educação.⁵⁵

A relação entre essas duas versões gira em torno da maneira como se encara a interferência dessas pressuposições. Quem se aferra a uma hermenêutica mais clássica, metodológica, não admite a interferência de qualquer elemento no processo interpretativo, pois isso eliminaria a objetividade no processo de conhecimento. Para essa versão, seria preciso evitar a ideia de círculo hermenêutico que aceita como inevitável a influência de elementos subjetivos no momento da compreensão. A hermenêutica contemporânea, filosófica, diferentemente, assume a inexorabilidade do círculo hermenêutico e passa a vê-lo como elemento positivo e necessário para a compreensão. Para essa versão da hermenêutica, é

⁵³ Kaufmann afirma que a figura da espiral é melhor que a de um círculo e confere a Winfried Hassemer a originalidade da metáfora: “A expressão mais exata ‘espiral hermenêutica’ foi introduzida por W. Hassemer.”(cf. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**, p. 70) e “Quem não associa a ‘espiral hermenêutica’ a Winfried Hassemer não pode esperar uma boa nota em teoria do direito e em metodologia jurídica” (no original: “Quien no asocie la ‘espiral hermenéutica’ con Winfried Hassemer, no puede esperar una buena nota en teoría del derecho y metodología jurídica” em *Idem*. La espiral hermenêutica. In: **Persona y derecho**, 52, 2005, p. 405.)

⁵⁴ Diz Grondin: “Em ambas as versões, a ideia básica é a mesma, nomeadamente, que não há nenhuma coisa como uma compreensão sem pressuposições”. No original: “In both versions, the basic idea is the same, namely that there is no such thing as an understanding without presuppositions”.. Cf. GRONDIN, Jean. What is the hermeneutical circle? First draft of an essay to be published in N. Keane and C.Lawn (eds). **The Blackwell Companion to Hermeneutics** (2016), p.1.

⁵⁵ *Ibid*, loc. cit.

necessário assumir radicalmente esse círculo, pois o homem, como ser finito e histórico, só entende porque é guiado por antecipações, expectativas e questionamentos.⁵⁶

A noção de círculo hermenêutico é, relativamente, recente. Mas a ideia de círculo como interação entre o todo e suas partes constitutivas que essa noção veicula tem raízes históricas um tanto longínquas. Grondin faz referência ao *Phaedrus* de Platão, onde é dito que toda fala é constituída como uma unidade orgânica, como um ser vivo, e isso será um requisito fundamental para a antiga retórica, em que as partes de um texto ou da fala precisam ser concebidas com uma visão para seu todo de maneira a formar um corpo orgânico. Veja-se Melanchton, para quem o entendimento para um leitor leigo se faz a partir do entendimento de um todo (*universum*) e de suas partes (*regions*). Chladenius, por sua vez, destaca a importância do ponto de vista do autor, até certo ponto confundido com a intenção da obra, de maneira que entender um texto requer tomar em conta a visão do autor do texto. Em todos esses autores, é de se destacar, está o reconhecimento de que para entender qualquer texto é preciso uma relação entre as partes e o todo, uma exigência, em última análise, de coerência. A imagem de um círculo serve apenas para descrever esse processo. Mas, até aí, constatava-se o modo como se entendiam os textos, e isso não era um verdadeiro problema.⁵⁷

Curioso é que o primeiro autor a utilizar a expressão “círculo hermenêutico” foi, muito provavelmente, o filólogo August Böckh. É nesse sentido que aponta Grondin ao fazer referência à entrada “círculo hermenêutico” do prestigiado Dicionário Histórico de Filosofia, escrita por Dieter Teichert.⁵⁸ Böckh em seu tratado de filologia, ao tratar dos diferentes tipos de interpretação, lidando, especificamente, com a interpretação gramatical e a histórica, refere-se ao fato de que há um “círculo hermenêutico” entre elas que não pode ser evitado, sob pena de não se conseguir o sentido mais preciso. A passagem do livro de Böck é precisamente esta:

Aqui não basta a interpretação gramatical sozinha; trata-se de uma festa de Artemis, que só se determina pela consideração do contexto histórico, no qual Sócrates fala aquela palavra; isso é tarefa da interpretação histórica. Caso seja evitado o *círculo hermenêutico* nessa atuação conjunta dos diferentes tipos de interpretação, então não se pode adivinhar a limitação do sentido geral da palavra a partir de tais casos de aplicação, cuja conexão objetiva pode ser reconhecida somente com fundamento na correta interpretação gramatical, [...].⁵⁹ (grifo nosso).

⁵⁶ Com referência a Heidegger, Bultmann, Gadamer e Ricoeur, é assim que se posiciona Grondin: “As finite and historical beings, we understand *because* we are guided by anticipations, expectations and questions”. *Ibid.*, p. 2.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 3-4

⁵⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁹ No original: “Allein hier reicht die grammatische Auslegung nicht zu; es handelt sich um ein Fest der Artemis, was sich nur durch Berücksichtigung der historischen Umgebung ermitteln lässt, in der Sokrates jene Worte spricht; dies ist eine Aufgabe der historischen Auslegung. Soll bei diesem Zusammenwirken der verschiedenen Auslegungsarten der hermeneutische Cirkel vermieden werden, so darf man die Einschränkung des allgemeinen Wortsinns nicht aus solchen Fällen der Anwendung errathen, deren sachlicher Zusammenhang nur auf Grund

Böckh exerceria influência em Friedrich Schleiermacher (1768-1834), que também trataria de um círculo entendido como a interação entre o todo e suas partes, muito embora não tenha feito referência explícita à expressão “círculo hermenêutico”.⁶⁰ A tarefa básica da hermenêutica, para Schleiermacher, é a reconstrução da atividade retórica. Se esta lida com a explicitação de um pensamento, cabe àquela reconstruir esse pensamento a fim de entendê-lo.⁶¹ Da mesma maneira que um autor que constrói seu texto a partir da visão de seu todo⁶², um intérprete entenderá suas partes também partindo desse todo. Em Schleiermacher, o círculo ainda é visto como figura descritiva da tarefa de interpretação e não como um verdadeiro problema da hermenêutica, muito embora se possa dizer que ele já estivesse atento ao fato de que tal círculo poderia ser “potencializado”, no sentido de que se pode entender o trabalho de um autor ou de um gênero a partir de um contexto mais abrangente, como o da história.⁶³

A noção de círculo hermenêutico passará a ser vista, de fato, como um problema a partir de Wilhem Dilthey (1833-1911) em seu principal projeto: a busca de objetividade nas ciências humanas.⁶⁴ O cunho descritivo da versão clássica dará lugar a um problema mais profundo, que é a ideia de que o intérprete pode, no momento mesmo em que interpreta, estar imerso num sistemático erro de visão do todo daquilo que intenta interpretar. O círculo hermenêutico passa a ser visto menos como uma descrição e um requisito de coerência e mais

der richtigen grammatischen Auslegung erkannt werden kann, [...]“ Cf. BÖCKH, August. **Encyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften**. Leipzig: Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1877, p. 102.

⁶⁰ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 5.

⁶¹ Diz Schleiermacher: “2. O pertencimento mútuo entre hermenêutica e retórica consiste em que cada ato do compreender (*Verstehen*) é um retorno (*Umkehrung*) a um ato do falar (*Reden*), em que se deve chegar à consciência aquele pensamento que reside no *fundamento* da fala.”. No original: “2. Die Zusammengehörigkeit der Hermeneutik und Rhetorik besteht darin, daß jeder Akt des Verstehens die Umkehrung eines Aktes des Redens ist, indem in das Bewußtsein kommen muß welches Denken der Rede zum Grunde gelegen.”. Cf. SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermeneutik und Kritik**: mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament. Berlin: Verlag Reimer, 1838, p. 10.

⁶² “A passagem é em geral assim: a unidade do todo é concebida e então se vê como a ela se relacionam em linhas gerais os conceitos individuais. Aquela mostra a ideia do autor como base, esta a sua maneira própria de apoderar-se dela e expô-la. A ideia do autor apenas garante a sua dignidade, não para sua individualidade; porém isto se faz pela maneira como ele a apresenta. Pois, isto depende da organização particular de sua capacidade intuitiva. Uma vez alcançada a primeira visão geral, então, com isso se vai mais além nos detalhes. O grau de harmonia destes com aquela determina a perfeição do autor em sua dignidade. O tipo de execução confirma ou corrige a primeira intuição da individualidade e, assim, depois com mais exatidão.” SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 9 ed. Tradução e apresentação: Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 99.

⁶³ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 5.

⁶⁴ Essa intenção constata-se já no título de sua principal obra, em que trata de fundamentar o estudo das ciências do espírito, como as que se voltam para o estudo da sociedade e da história. Cf. DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**: en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia. 2 ed. Tradução: Eugenio Imaz. Pánuco, México: Fondo de cultura económica, 1949.

com um problema epistemológico ou uma aporia que a hermenêutica devesse superar.⁶⁵ Em Dilthey, a necessária interação entre todo e partes será vista como uma aporia, um caminho sem saída (a-poria).⁶⁶ O problema epistemológico consistiria na ideia de que o sucesso das ciências naturais foi devido ao fato de que o cientista da natureza sempre conseguiu manter suas observações independentes de seu próprio ponto de vista. Mas essa independência não era garantida com o cientista do espírito. Os resultados da ciência do espírito não eram comparáveis aos da ciência da natureza exatamente porque as observações científicas estavam imbricadas com as pressuposições do observador. De todo modo, é a partir de Dilthey que a versão de círculo hermenêutico como interação entre todo e partes deixa de ser uma descrição do processo interpretativo e passa a ser, com efeito, um círculo vicioso a ser combatido.⁶⁷ Dilthey estava preocupado em encontrar na hermenêutica a fundamentação necessária para a objetividade nas ciências do espírito e, para tanto, acreditava ser preciso evitar a influência de elementos puramente subjetivos.

É nesse ponto que se deve tratar da apropriação crítica feita por Heidegger do círculo do entendimento. Em Heidegger, há verdadeira transformação em sua concepção, contraposta à hermenêutica anterior. Os elementos subjetivos, ou o conjunto de pressuposições de que parte o intérprete, passam a ser visto não só como algo necessário à compreensão como também como algo positivo.

É sabido que a discussão contemporânea no seio da hermenêutica filosófica a respeito da noção de círculo hermenêutico tem raízes no parágrafo 32 da obra *Ser e Tempo*, intitulado “Compreender (*Verstehen*) e Intepretação (*Auslegung*)”.⁶⁸ Para Heidegger, bastaram poucas páginas para fazer tal distinção. Segundo ele, a compreensão é fator distintivo da existência finita (*Dasein*) e é a intenção de Heidegger explicar como ela se dá. Deve-se destacar que compreender, para Heidegger tem uma conotação bastante peculiar. Compreender (*Verstehen*) algo é entender-se sobre, fazer parte de algo (*sich auf etwas*

⁶⁵ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 6.

⁶⁶ Em uma das notas de Antonio Gómez Ramos na obra em que comenta passagens de Dilthey, assim diz: “Esta afinidade prévia se apresenta também na estrutura circular da compreensão, a segunda aporia. Literalmente, trata-se, com efeito, de uma a-poria: um caminho sem saída, como o é todo círculo”. No original: “Esta afinidad previa se presenta también en la estructura circular de la comprensión, la segunda aporia. Literalmente, se trata, en efecto, de una a-poria: un camino sin salida, como lo es todo círculo. No se puede salir del círculo todo-singular, sino transformar el todo por el conocimiento de lo singular, y 1-ste por el conocimiento de aquél”. DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenêutica**: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica. Prólogo, tradução e notas: Antonio Gómes Ramos. Madrid: Ediciones Istmo, 2000, p. 97.

⁶⁷ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 6.

⁶⁸ Diz Gadamer: “Heidegger deu uma perfeita descrição fenomenológica quando ele Heidegger descobriua pré-estrutura da compreensão no suposto ‘ler’ o que ‘está lá’”. No original: “Heidegger hat eine völlig richtige phänomenologische Beschreibung gegeben, wenn er in dem vermeintlichen >Lesen< dessen was >dasteht<, die Vorstruktur des Verstehens aufdeckte.” GADAMER, WM, p. 274; VM, p. 359.

Verstehen); a locução verbal é pronominal porque o entendimento sempre implica aquele que entende, sempre é uma possibilidade daquele que entende a ser desdobrada. Compreender é poder algo,⁶⁹ e a compreensão sempre ocorre partindo-se de uma estrutura prévia (*Vorstruktur*), expressão utilizada só no §32 de *Ser e Tempo* e que é designação chave para o conjunto de pressuposições já desde sempre presentes no momento da compreensão.

Em linhas gerais, em toda compreensão há um domínio prévio (*Vorhabe*), de saber, uma visão prévia (*Vorsicht*) do entendido e já uma pré-conceituação ou concepção prévia (*Vorgriff*).⁷⁰

Tudo o que está à mão sempre já se compreende a partir da totalidade conjuntural. Esta, no entanto, não precisa ser apreendida explicitamente numa interpretação temática. Mesmo quando percorrida por uma interpretação, ela se recolhe novamente numa compreensão implícita. E é justamente nesse modo que ela se torna fundamento essencial da interpretação cotidiana da circunvisão. Essa sempre se funda numa *posição prévia*. Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado. A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa “visão previdente” (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*.⁷¹

Assim, não se pode dizer que a interpretação se dá livre de qualquer pressuposição. Nem qualquer leitura a partir da qual se pense estar fazendo uma interpretação literal, evidente por si mesma, é possível.⁷² Dessa maneira, sem mencionar a versão do círculo hermenêutico como interação entre parte e todo, Heidegger formula a noção contemporânea e

⁶⁹ “Entender [para Heidegger], portanto, é *poder* algo e o que é “podido” nesse poder é sempre uma possibilidade de *si mesmo*, um ‘se-entender’”. Grifo do autor. Cf. GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradutor: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editoria, 2012, p. 47.

⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 11 ed. não alterada a partir da versão de 1967. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2002, §32, p. 152; *Idem*. **Ser e tempo**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 9 ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, §32, p. 214. Da mesma maneira que na obra de Verdade e Método, indica-se a passagem no original e na tradução.

⁷¹ *Ibid.*, §32, p. 150; *Ibid.*, p. 211.

⁷² “A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.” *Ibid.*, §32, p. 150; p. 212.

básica para a filosofia posterior de seus herdeiros, isto é, de que só é possível compreender a partir de algumas pressuposições.⁷³

Heidegger deixa claro que é possível entender esse processo de compreensão, ainda que se esteja dentro de um círculo. É possível fazê-lo tornando-o explícito. Como? Por meio da interpretação (*Auslegung*), entendida como esclarecedora ou explicitadora da compreensão. É importante frisar que, pelo menos para Heidegger, há uma diferença essencial entre compreender (*Verstehen*) e interpretação (*Auslegung*), muito embora seja justamente aí onde reside sua noção de círculo, pois “Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar”.⁷⁴ Isso já foi percebido no campo da filologia, o que é mencionado por Heidegger num tom de ironia, pois é justamente à concepção de ciência, a que se arrogava a filologia, que Heidegger será contrário. Isso implica naturalmente um círculo vicioso que bane qualquer interpretação histórica do campo do conhecimento rigoroso. O ideal de conhecimento científico dos historiadores teria de eliminar tal círculo e, conseqüentemente, a determinação do ponto de vista do observador, pois só assim se poderia criar um conhecimento similar ao das ciências naturais.⁷⁵

Heidegger reconhece a dificuldade que se encontra o historiador. Ora, se há um conjunto de antecipações prévias a qualquer compreender, querer entender o passado é partir de um ponto não neutro, já parcial. No entanto, bem ao final do §32, arremata Heidegger: “*Mas, ver nesse círculo um vício, buscar caminhos para evita-lo e também ‘senti-lo’ apenas como imperfeição inevitável, significa um mal-entendido de princípio acerca do que é compreender.*”⁷⁶ (grifo do autor). Ora, a interpretação é sim possível, mas é preciso reconhecer suas condições essenciais de realização, que é o fato de se dar numa estrutura prévia (*Vorstruktur*) e, portanto, ocorrer dentro de um círculo. Ainda assim, não se deve rebaixar o círculo, pois “O decisivo não é sair do círculo, mas entrar no círculo de modo adequado”.⁷⁷ Entrar nesse círculo de modo adequado é permitir que a interpretação compreenda que sua primeira, única e última tarefa é não se deixar guiar em sua estrutura prévia (posição prévia, visão prévia e concepção prévia) por conceitos populares e inspirações. A interpretação deve

⁷³ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 7. É preciso atentar para essa estrutura prévia porque ela consiste precisamente na assunção de que toda compreensão já parte de uma pressuposição, que é a ideia básica da versão contemporânea da noção de círculo hermenêutico que influenciará Bultmann, Gadamer, Ricoeur, Vattimo e outros partidários da hermenêutica filosófica.

⁷⁴ HEIDEGGER, §32, p. 152; p. 213.

⁷⁵ “A prova científica não deve pressupor aquilo que ela há de fundamentar. Se, porém, toda interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo?”. Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*.

⁷⁶ *Ibid.*, §32, p. 153.; *Ibid.*, p. 214.

⁷⁷ *Ibid.*, *loc.cit.*.

assegurar o tema científico a partir das coisas mesmas; o ente, afinal, possui uma estrutura de círculo ontológico.⁷⁸

Aqui, para as intenções deste trabalho, importa salientar três pontos que costumam ser negligenciados. Um ponto é que a noção de círculo no entendimento que Heidegger introduz no §32 não é propriamente sua, mas daqueles que comungam com uma concepção de ciência que ele pretende atacar, isto é, a concepção que vê o círculo do entendimento como algo negativo. Outro ponto é que Heidegger não trata do círculo descritivo da hermenêutica clássica, como interação entre todo e parte e de sua necessária coerência, mas do círculo que implica uma petição de princípio se se admite que toda compreensão já parte de algo compreendido. Um terceiro ponto é que sua noção de círculo lida com os termos compreensão e interpretação, que não devem ser confundidos ou tomados em seu sentido comum; entender é uma orientação básica que se dá sempre à luz de antecipações, e interpretação é a elucidação clarificadora dessas antecipações. Naturalmente, há uma relação constitutiva entre as duas. O compreender é a expressão da estrutura antecipatória própria da existência; a interpretação deve ter como tarefa evitar que essa estrutura prévia se forme com base em intuições e conceitos populares, ou seja, deve elucidar tais antecipações e assegurar que sejam formadas com base nas coisas mesmas.⁷⁹

Como fará isso, Heidegger trabalhará noutro contexto, porque sua intenção é entrar no círculo do entendimento do Ser a fim de formular uma melhor compreensão acerca dele. Heidegger não trata das ciências humanas em particular. No entanto, seu “*insight*” servirá de mote para alguns herdeiros de seu pensamento, cada um promovendo desenvolvimentos particulares à sua noção de círculo. A partir de então, ainda que Heidegger tenha usado a expressão círculo do entendimento (ou da compreensão), a expressão “círculo hermenêutico” passará a ser cada vez mais utilizada.⁸⁰

O teólogo Rudolf Bultmann (1884-1976) foi um dos influenciados pela obra de Heidegger. Seu pequeno ensaio sobre o tema da compreensão data de 1950 e se chama “O problema da hermenêutica”. Essa publicação encontra-se num livro que reúne um conjunto de ensaios seus, “Crer e compreender”. Bultmann é um dos filósofos que assumem a ideia de que toda compreensão parte de alguma pressuposição e talvez tenha sido o primeiro a falar em

⁷⁸ *Ibid.*, *loc.cit.*.

⁷⁹ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 8.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 9.

pré-compreensão (*Vorverständnis*)⁸¹ e o primeiro a aplicar a concepção heideggeriana às questões mais clássicas da interpretação.⁸² Para ele:

Um compreender, uma interpretação, é – disso resulta – *sempre orientada por uma determinada pergunta, por um questionamento determinado*. Isso encerra, porém, que ela nunca é sem pressuposições; melhor dizendo, que ela é sempre guiada por uma pré-compreensão da coisa, a respeito da qual ela interroga o texto. Somente com base em tais pré-compreensões é que uma pergunta e uma interpretação são possíveis.⁸³ (grifo do autor).

Paul Ricoeur também trataria do círculo hermenêutico. Em seu *Finitude e Culpa*, o círculo se dá entre fé e compreensão. Para crer, é preciso compreender, e para compreender, é preciso crer. O círculo também não é visto como vicioso, mas vívido e estimulante. É preciso crer para entender porque não se pode entender a não ser dentro da aura de sentido com a qual o intérprete possui uma relação vital. Por outro lado, só se tem fé por meio da compreensão porque só pela interpretação é possível crer nos símbolos religiosos. O círculo hermenêutico permite renovar o sagrado e experienciá-lo através da interpretação. Mais tarde, Ricoeur preocupou-se menos com a questão da experiência do sagrado e mais com análise heideggeriana – para criticá-la, por ter sido muito ontológica e ter deixado de lado a questão metodológica de validade da interpretação, o problema hermenêutico do círculo do entendimento.⁸⁴

Hans-Georg Gadamer também assume a perspectiva de Heidegger quanto ao círculo do entendimento. Para ele, não se pode escapar do fato de que toda a compreensão se dá à luz de antecipações. O círculo é ineliminável para o processo de entendimento, mas pode ser visto de maneira positiva. Também é ontológico porque constitui a maneira mesma de existir do ser que questiona. Nesse ponto, há acordo entre Heidegger e Gadamer.

Mas há algo pontualmente discordante entre ambos. Como visto, Heidegger considera que sempre no momento da compreensão há uma estrutura prévia que molda essa compreensão. Por meio da interpretação é que se pode adequar essa estrutura prévia a um entendimento mais autêntico. Gadamer, por sua vez, toma a ideia de estrutura prévia para tratar de como os preconceitos sempre influenciam a compreensão. Seu objetivo aqui é diferente do de Heidegger; para ele, era preciso reabilitar o preconceito que o iluminismo quis

⁸¹ *Ibid.*, *loc.cit.*

⁸² *Idem*, *Hermenêutica*, p. 56.

⁸³ No original: „Ein Verstehen, eine Interpretation, ist – das ergibt sich – *stets an einer bestimmten Fragestellung, an einem bestimmten Woraufhin, orientiert*. Das schliesst aber ein, dass sie nie voraussetzungslos ist; genauer gesagt, dass sie immer *von einem Vorverständnis der Sache geleitet* ist, nach der sie den Text befragt. Auf Grund eines solchen Vorverständnisses ist eine Fragestellung und eine Interpretation überhaupt erst möglich.“ Cf. BULTMANN, Rudolf. *Das Problem der Hermeneutik*, **Zeitschrift für Theologie und Kirche**, Vol. 47, No. 1 (1950), p. 51.

⁸⁴ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 10.

eliminar – era preciso desfazer o preconceito contra os preconceitos. O historicismo mais recente, alvo da crítica da hermenêutica filosófica, muito embora crítico do racionalismo iluminista, acabou assumindo uma posição refratária aos preconceitos.

Conforme essa visão, mostra-se *que o historicismo, apesar de toda sua crítica ao racionalismo e à teoria do direito natural, encontra-se ele mesmo sobre o solo da Aufklärung moderna, compartilhando, inadvertidamente, de seus preconceitos*. Há assim também um preconceito da Aufklärung que suporta e determina sua essência: é o preconceito contra os preconceitos em geral e, com isso, a despontenciação da tradição.⁸⁵ (grifo do autor)

Mas Gadamer acentua que “É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudez”.⁸⁶ A partir desse destaque aos preconceitos é que se pode entender o círculo hermenêutico de Gadamer. Para ele, o círculo significa que não há compreensão sem preconceitos. E é justamente assim que se justifica qualquer ciência humana e, em última análise, qualquer evento compreensivo. Gadamer deseja libertá-las, as humanidades, de qualquer modelo de ciência que exclua de antemão o preconceito e insiste no fato de que as humanidades são modos de compreensão enraizados na história e na linguagem, fora das quais não fariam sentido algum.⁸⁷

Mas viu-se que o círculo da compreensão de Heidegger se dava entre a compreensão (*Verstehen*) e a interpretação (*Auslegung*). Gadamer, por outro lado, retoma a ideia de círculo hermenêutico na versão mais clássica de interação entre todo e suas partes constitutivas, mas já não o faz com menção ao todo do texto e de suas partes. Na verdade, agora, a interpretação das partes de um texto não pode se realizar senão a partir de uma pré-compreensão do todo em que elas se encontram, e à medida que se avança, mais esse todo é revisado, de maneira que a ideia do todo é tornada cada vez mais precisa. A intenção de qualquer compreensão, portanto, é adequar as antecipações às coisas mesmas, e isso só é possível se seguido um único critério: “simplesmente, a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto é exigida.”⁸⁸

⁸⁵ No original: “An dieser Einsicht gemessen zeigt es sich, daß der Historismus, aller Kritik am Rationalismus und am Naturrechtsdenken zum Trotz, selber auf dem Boden der modernen Aufklärung steht und ihre Vorurteile undurchschaut teilt. Es gibt nämlich sehr wohl auch ein Vorurteil der Aufklärung, das ihr Wesen trägt und bestimmt: Dies grundlegende Vorurteil der Aufklärung ist das Vorurteil gegen die Vorurteile überhaupt und damit die Entmachtung der Überlieferung.”GADAMER, WM, p. 275; VM, p. 360.

⁸⁶ No original: “Erst solche Anerkennung der wesenhaften Vorurteilshaftigkeit alles Verstehens schärft das hermeneutische Problem zu seiner wirklichen Spitze zu.”*Ibid.*, WM, p. 274; p. 360.

⁸⁷ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 11.

⁸⁸ No original: “Lediglich Offenheit für die Meinung des anderen oder des Textes wird gefordert.”GADAMER, WM, p. 273; VM, p. 358.

Ora, mas abrir-se para alteridade do texto, considerando-se que, ainda assim, a compreensão está tomada pelos preconceitos, não indica uma solução satisfatória para o modo de como aperfeiçoar as antecipações do processo de compreensão do círculo hermenêutico. No entanto, é possível identificar na análise de Gadamer algumas pistas nessa direção.⁸⁹ Em primeiro lugar, compreender (*Verstehen*) é sempre direcionado à coisa (*Sache*), que é o assunto do texto e não a mente do autor. Isso em si já é um critério para se afirmar que não é toda e qualquer interpretação que pode ser sustentada pela coisa.

Por isso, também aqui existe um critério. *A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão*, e já se encontra sempre codeterminada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Quem quer compreender um texto é muito mais disposto a deixar que este lhe diga algo. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.⁹⁰

Grondin vê nesse critério uma dupla face de correspondência e de coerência: “no todo, uma interpretação indefensável será refutada pelo que o texto tem a dizer, e isso tem de ser consistente”.⁹¹ No decorrer de sua obra, porém, há outras indicações de como aperfeiçoar a antecipação do círculo. Então, em segundo lugar, há uma pressuposição que sempre se faz ao se interpretar um texto: o requisito cogente da “antecipação da perfeição ou completude”, isto é, a presunção de que o texto a ser interpretado forma uma perfeita unidade de sentido. Diz Gadamer:

O sentido desse círculo, que está na base de toda compreensão, tem, porém, uma outra consequência hermenêutica, que eu gostaria de denominar a “concepção prévia da perfeição”. Isso também é, evidentemente, uma pressuposição formal que orienta toda compreensão. Quer dizer que somente é compreensível o que apresenta uma unidade de sentido perfeita. Fazemos tal pressuposição da perfeição quando lemos um texto, e é só quando essa pressuposição se mostra insuficiente, ou seja, quando o texto não é compreensível, que duvidamos da tradição e procuramos adivinhar como pode se corrigida.⁹²

⁸⁹ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 12.

⁹⁰ No original: “So gibt es auch hier einen Maßstab. *Die hermeneutische Aufgabe geht von selbst in eine sachliche Fragestellung über und ist von dieser immer schon mitbestimmt. Damit gewinnt das hermeneutische Unternehmen festen Boden unter den Füßen. Wer verstehen will, wird sich von vornherein nicht der Zufälligkeit der eigenen Vormeinung überlassen dürfen, um an der Meinung des Textes so konsequent und hartnäckig wie möglich vorbeizuhören - bis diese unüberhörbar wird und das vermeintliche Verständnis umstößt. Wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas sagen zu lassen. Daher muß ein hermeneutisch geschultes Bewußtsein für die Andersheit des Textes von vornherein empfänglich sein.*”. Cf. GADAMER, WM, p. 273; VM, p. 358.

⁹¹ No original: “on the whole, an indefensible interpretation will be refuted by what the text has to say and it has to be consistent.”. Cf. GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 12-13.

⁹² No original: “Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den >Vorgriff der Vollkommenheit< nennen möchte. Auch das ist offenbar eine formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, daß nur das verständlich ist, was

Nesse sentido, aquelas interpretações que não vão correspondendo à antecipação de perfeição tendem a ser substituídas por outras mais adequadas. Em terceiro lugar, há uma aliada para a compreensão, que Gadamer vê considerável fé e bastante otimismo⁹³: a história. A distância temporal e a história efetual ajudam a distinguir os preconceitos verdadeiros daqueles falsos que levam ao entendimento errôneo. Diz Gadamer:

Frequentemente, essa distância temporal possibilita tornar solucionável a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos, sob os quais *mal-compreendemos*. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir a consciência histórica.⁹⁴

Em quarto lugar, por fim, Grondin ainda dá uma dica essencial para a tarefa de remodelar os preconceitos. Num nível mais reflexivo, a consciência hermenêutica que está a todo momento atenta ao círculo hermenêutico e ao papel da história efetiva na determinação da compreensão tende a tornar-se mais consciente de seus próprios preconceitos e tende a ser mais desafiada pelos textos em questão.⁹⁵

Disso tudo, resulta que a noção de círculo hermenêutico possui algumas variações conforme diversos autores, sendo que é possível identificar pelo menos duas grandes acepções. Uma clássica, descritiva e retórica, que identifica um círculo no momento do entendimento que relaciona o todo e suas partes. A versão mais contemporânea, ontológica e filosófica, que constata que o ser que interpreta o faz sempre à luz de algumas antecipações, e o círculo hermenêutico se dá entre o que já é previamente compreendido e o que se pretende compreender. Para alguns, como Dilthey, era preciso superar esse círculo, e nisso é que consistia a aporia do historicismo. Para outros, como Heidegger, Bultmann e Gadamer, o círculo é vicioso, mas insuperável. Ainda assim, é possível torná-lo, cada vez mais, adequado, seja perfeccionando a estrutura prévia da compreensão (Heidegger), seja substituindo os preconceitos falsos por preconceitos verdadeiros (Gadamer).

Dessa maneira, se se aceita a resposta da hermenêutica filosófica ao problema da justificação do modo de compreensão das ciências humanas, e da compreensão em geral, é

wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt. So machen wir denn diese Voraussetzung der Vollkommenheit immer, wenn wir einen Text lesen, und erst wenn diese Voraussetzung sich als unzureichend erweist, d. h. der Text nicht verständlich wird, zweifeln wir an der Überlieferung und suchen zu erraten, wie sie zu heilen ist." Cf. GADAMER, WM, p. 299; VM, 389.

⁹³ "Reminiscência de Hegel", diz Grondin. Cf. GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 13.

⁹⁴ No original: "Oft vermag der Zeitenabstand die eigentlich kritische Frage der Hermeneutik lösbar zu machen, nämlich die *wahren* Vorurteile, unter denen wir *verstehen*, von den *falschen*, unter denen wir *mißverstehen*, zu scheiden. Das hermeneutisch geschulte Bewußtsein wird daher historisches Bewußtsein einschließen." Cf. GADAMER, WM, p. 304; VM, p. 395.

⁹⁵ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 13.

preciso que o jurista, porque situado no campo do direito, disciplina inserida nas humanidades, tenha em mente a noção de círculo hermenêutico. Mais adiante, é preciso que não perceba tal círculo como vicioso, mas como estrutura ontológica do compreender ineliminável da compreensão. Tal círculo, porém, é aberto e pode se tornar cada vez mais adequado. Esse é um primeiro passo, necessário, que o jurista que se pretende cientista do direito deve tomar.

2.2 O problema fundamental da hermenêutica

O segundo “traço” da hermenêutica filosófica de Gadamer é o problema hermenêutico da aplicação. A tese básica levantada por Gadamer é de que o problema fundamental da hermenêutica é o problema da aplicação. Para sustentar essa tese, Gadamer constrói a seguinte linha de argumentação: o problema da aplicação possuía uma posição sistemática na velha tradição hermenêutica, que foi esquecida no romantismo e mantida em posição subalterna pela autoconsciência histórica; é preciso resgatar o problema da aplicação e dar-lhe posição de destaque no fenômeno da compreensão; para entender o que é o problema da aplicação, dois modelos são bastante instrutivos: a ética aristotélica, em que o papel da *phronesis* é central, e a hermenêutica jurídica, que desde sempre trabalhou com a ideia de que um texto deve ser aplicado a uma situação concreta para resolver um caso concreto. Com isso, Gadamer pretende resgatar o problema da aplicação, porém não mais como uma etapa da compreensão, mas como um momento já presente em toda compreensão.⁹⁶

Na velha tradição hermenêutica, o problema fundamental era a interpretação de textos. Quando uma passagem era obscura ou ambígua, nesse momento é que era preciso a interpretação e justamente nisso consistia o problema hermenêutico. A descrição da compreensão englobava pelo menos três momentos específicos, cada um separado de si: um momento da compreensão, seguido por um momento da interpretação e, por fim, incorporado pelo pietismo, o momento da aplicação. Eram as três *subtilitas*: a *subtilitas intelligendi*, a *subtilitas explicandi* e a *subtilitas applicandi*. Um ponto interessante é que, em português, *subtilitas* significa finura, acurácia.⁹⁷ Tais *subtilitas* não eram vistas como um método; antes eram vistas como um poder, uma capacidade exigida por uma “particular finura de espírito.”⁹⁸

⁹⁶ GADAMER, WM, 302, p. 405.

⁹⁷ SUBTILITAS. In: **A Latin Dictionary**: founded on Andrew’s edition of Freund’s latin dictionary. Revised, enlarged, and in great part, rewritten by Charlton T. Lewis, Ph.D. Clarendon Press: Oxford, 2002, p. 1799.

⁹⁸ No original: “das besondere Feinheit des Geistes”. Cf. GADAMER, WM, p. 312, p. 406.

Isso já é um indicativo da crítica desferida por Gadamer à ciência histórica que pretendeu transformar a hermenêutica num método.

De fato, o problema da aplicação é completamente deixado de lado pela autoconsciência histórica da ciência histórica pós-romântica. O romantismo é que começa a relegar a aplicação a uma posição subalterna. Se, por um lado, reconhece a unidade entre entender e explicar, entre compreender e interpretar, por outro, deixa de lado o papel que exercia a aplicação.⁹⁹ A partir de então é que o problema da aplicação começa a ser esquecido e menosprezado. E isso marcará todo o pensamento histórico posterior. Por isso é que ele precisa ser novamente conquistado. Essa é a intenção de Gadamer: precisamente, reconquistar o problema fundamental da hermenêutica.

Como se vem demonstrando, compreender um texto parece ser sempre fazer uso do texto a uma situação atual. E é esse o principal projeto de Gadamer. “Agora, nossas reflexões nos conduzem ao reconhecimento de que, na compreensão, ocorre sempre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação presente do intérprete.”¹⁰⁰

A linha de argumentação de Gadamer para recuperar a aplicação como problema hermenêutico fundamental segue três pontos. Em primeiro lugar, é preciso recuperar a história esquecida da hermenêutica: “outrora, era muito claro que a hermenêutica tinha a tarefa de adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala”.¹⁰¹ Assim como intérprete da vontade divina, que interpreta a linguagem dos oráculos, o intérprete de um interlocutor falante de outra língua não somente reproduz a literalidade do que interpreta, mas “deve fazer valer a opinião daquele como lhe parece necessário a partir da real situação da conversação na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio.”¹⁰² Dessa maneira é que a tradição hermenêutica já tinha uma visão da atuação do intérprete mais adequada do que pretendeu a hermenêutica da ciência histórica do século XIX.

Em segundo lugar, a história da hermenêutica demonstra que sempre houve uma hermenêutica filológica, uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica e que todas

⁹⁹ GADAMER, WM, p. 312; VM, p. 406.

¹⁰⁰ No original: “Nun haben uns unsere Überlegungen zu der Einsicht geführt, daß im Verstehen immer so etwas wie eine Anwendung des zu verstehenden Textes auf die gegenwärtige Situation des Interpreten stattfindet.” Cf. GADAMER, WM, p. 313; VM, p. 406-407.

¹⁰¹ No original: “Ehedem galt es als ganz selbstverständlich, daß die Hermeneutik die Aufgabe hat, den Sinn eines Textes der konkreten Situation anzupassen, in die hinein er spricht.” Cf. GADAMER, WM, p. 313; VM, p. 407.

¹⁰² No original: “[...] er muß dessen Meinung so zur Geltung bringen, wie es ihm aus der echten Gesprächssituation nötig scheint, in der er sich als der Kenner beider Verhandlungssprachen allein befindet.” Cf. GADAMER, WM, p. 313; VM, p. 407. A posição do intérprete e do tradutor é muito cara a Gadamer e será retomada mais adiante. Ela é exemplar para a demonstração de como ocorre um diálogo, seja com um interlocutor qualquer, seja com um texto.

eram reunidas num ponto em comum: o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda a compreensão. Mais precisamente na hermenêutica teológica e na hermenêutica jurídica, sempre houve uma tensão entre o texto e o sentido que alcança a aplicação no caso concreto. Em um, o texto da lei; no outro, o texto sagrado. O juiz ou o pregador não têm mero interesse em reconstruir historicamente o texto, mas tem olhos para o momento presente, com vistas a uma situação concreta. O juiz quer resolver uma lide; o pregador pretende orientar seu rebanho num dado momento. Para os dois casos, a compreensão adequada do texto é a compreensão conforme as pretensões desse texto.

Isso implica, em ambos os casos, que o texto, seja lei, seja mensagem de salvação, quando ele deve ser compreendido adequadamente, isto é, em conformidade com a exigência que o próprio texto levanta, então ele deve a cada momento, ou seja, em cada situação concreta, ser compreendido de uma maneira nova e diferente..¹⁰³

Em terceiro lugar, entendida a contribuição da história da hermenêutica, de que a aplicação era o momento unificador das disciplinas hermenêuticas clássicas, é preciso estender o problema da aplicação às ciências do espírito. É preciso entender como se dá a compreensão nas ciências do espírito, considerando-se agora que a aplicação é também o momento crucial delas. A consciência histórica do século XIX entendia que o objeto da ciência histórica poderia ser alcançado por meio de um método específico. Mas a compreensão, como demonstrado, é menos um método e mais um processo, cuja pressuposição é estar dentro de um acontecer da tradição. “*A própria compreensão se mostrou como um acontecer*, e, do ponto de vista da filosofia, a tarefa da hermenêutica consiste em perguntar que tipo de compreensão e de ciência é esta que é movida em si mesma pela própria mudança histórica.”¹⁰⁴ A hermenêutica desenvolvida no romantismo e que desembocou na ciência histórica, a uma, acreditava na possibilidade de uma congenialidade entre intérprete e criador, que, atingida, permitira a interpretação correta. Mas isso é impossível e, ainda que fosse, “as ciências do espírito estariam em maus lençóis”.¹⁰⁵ A duas, cinde o problema hermenêutico a partir da subjetividade do intérprete e da objetividade do sentido a ser compreendido, o que também não pode ser admitido, uma vez que a compreensão engloba as duas instâncias.

¹⁰³ No original: “Das schließt in beiden Fällen ein, daß der Text, ob Gesetz oder Heilsbotschaft, wenn er angemessen verstanden werden soll, d. h. dem Anspruch, den der Text erhebt, entsprechend, in jedem Augenblick, d. h. in jeder konkreten Situation, neu und anders verstanden werden muß. Verstehen ist hier immer schon Anwenden.” Cf. GADAMER, WM, p. 314; VM, p. 408.

¹⁰⁴ No original: “*Verstehen erwies sich selber als ein Geschehen*, und die Aufgabe der Hermeneutik besteht, philosophisch gesehen, darin zu fragen, was das für ein Verstehen was für einer Wissenschaft ist, das in sich selbst vom geschichtlichen Wandel fortbewegt wird.” GADAMER, WM, p.314; VM, p. 408.

¹⁰⁵ No original: “Wäre das wirklich so, dann stünde es schlecht um die Geisteswissenschaften” GADAMER, WM, p. 316, VM, p. 410.

A hermenêutica das ciências do espírito não deve se preocupar em apoderar-se de um objeto porque não é uma “saber dominador”. É preciso destacar que tal hermenêutica – assim como qualquer outra – não visa se apoderar do texto, mas ouvi-lo, deixa-lo falar. O texto tem uma pretensão que deve ser respeitada. A hermenêutica, nesse sentido, é um “saber de serviço” que, deliberadamente, submete-se à pretensão dominante do texto. Isso é fundamental para deixar de lado a pretensão de congenialidade, porque a compreensão não se dá incorporando-se o autor, mas abrindo-se à “pretensão excelsa de um texto” e correspondendo-se compreensivamente ao significado com o qual nos fala”.¹⁰⁶ Isso será demonstrado pelos modelos da hermenêutica teológica e da jurídica.

Com isso, em relação ao modo de compreender das ciências do espírito, que são essencialmente históricas, conclui Gadamer:

O postulado é, pois, que também a hermenêutica histórica deve perfazer o trabalho da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou.¹⁰⁷

Entendido o primeiro ponto, de que é preciso recuperar a velha tradição hermenêutica, em que as diversas disciplinas estavam reunidas pelo momento da aplicação, e, em seguida, elevando-se esta aplicação a momento fundamental da própria compreensão, o passo seguinte é entender, com mais percuciência, isso que Gadamer chama de aplicação.

Pelo que foi visto até agora, a compreensão é sempre um acontecer. Todavia, ao mesmo, sempre está ligada à tradição. Ora, aí é que está o núcleo do problema hermenêutico: a tradição como tal deve ser compreendida cada vez de modo diferente. A compreensão historicizada é formada pela tradição, mas não é um acontecimento estanque no tempo. Muito pelo contrário, é sempre um acontecimento, que sempre é diferente. A relação entre uma tradição que é constituidora até certo da compreensão e o caráter eventual dessa compreensão convergem, pois, no momento da aplicação. Nesse sentido, aplicação pode ser entendida com a relação entre o geral e o particular. “A compreensão é um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”.¹⁰⁸ Mas essa aplicação não é uma relação qualquer de subsunção. É uma relação bastante específica. E o modelo que elege Gadamer para exemplificar isso é o da ética aristotélica.

¹⁰⁶ GADAMER, WM, p. 316; VM, p. 411.

¹⁰⁷ No original: “Die These ist nun, daß auch die historische Hermeneutik eine Leistung der Applikation zu vollbringen hat, weil auch sie der Geltung von Sinn dient, indem sie ausdrücklich und bewußt den Zeitenabstand überwindet, der den Interpreten vom Texte trennt und die Sinnentfremdung überwindet, die dem Texte widerfahren ist.”. *Ibid.*, *loc.cit.*

¹⁰⁸ No original: “Verstehen ist dann ein Sonderfall der Anwendung von etwas Allgemeinem auf eine konkrete und besondere Situation.” GADAMER, WM, p. 317; VM, p. 411.

Esse ponto é bastante importante. Primeiro, porque Gadamer buscará em Aristóteles o modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica. A descrição de Aristóteles do fenômeno ético e, especificamente, da virtude do saber moral será tomada de empréstimo por Gadamer para explicar como ocorre a aplicação no momento da compreensão.¹⁰⁹ Segundo, porque o ponto da obra de Gadamer que causou rebuliço nos juristas foi o tópico que trata da hermenêutica jurídica como exemplo paradigmático da aplicação. Não se pode esquecer que, para tratar da aplicação, logo antes de tematizar a hermenêutica jurídica, Gadamer tematiza a análise ética de Aristóteles, que servirá também de modelo. Entender como cada um dos modelos é exemplar para a hermenêutica filosófica é imperioso para se entender, em sua plenitude, o fenômeno da aplicação. Em outras palavras, é preciso ver o problema da aplicação não só a partir do que contribui a hermenêutica jurídica como também a partir do que contribui a ética aristotélica.

Dessa maneira, convém explicar o modelo da ética aristotélica e sua “atualidade hermenêutica”.¹¹⁰

A linha de argumentação utilizada por Gadamer a respeito da contribuição de Aristóteles segue este caminho: Aristóteles funda uma disciplina ética autônoma frente a sua metafísica; o saber ético, diferentemente do saber da natureza, que se volta para o conhecimento de forças e causas, é constituído na ação mesma do homem, sempre numa situação concreta; a ética é um saber teórico (*episteme*), mas é um saber prático, não no sentido de fazer, de produzir algo (*techne*), mas no sentido de atuar, de performar (*phronesis*); considerando que as ciências do espírito são ciências morais e fazem parte do saber ético, o sentido da *phronesis* aristotélica é o modelo explica como se dá a especial relação entre o geral e o particular que constitui o problema fundamental da aplicação. Entender, portanto, a ética aristotélica e, especificamente, como se dá o conhecimento prático particular da *phronesis* possibilita entender o fenômeno da aplicação. Como dito, essa é a atualidade hermenêutica de Aristóteles.

A ética aristotélica é fundada, pois, de maneira apartada da metafísica. Dois pontos gerais de sua ética devem ser sublinhados. Primeiramente, em Aristóteles, o saber ético constitui-se numa aspiração (*orexis*) elaborada numa atitude firme (*hexis*). Numa palavra, a base antropológica da ética aristotélica consiste precisamente nisto: “a ética é uma

¹⁰⁹ GADAMER, WM, p. 329; VM, p. 426.

¹¹⁰ GADAMER, WM, p. 317; VM, p. 411.

teoria do *ethos*, e *ethos* é uma *hexis*, e *hexis* é a postura que resiste às *pathe*.¹¹¹ Outro ponto a ser destacado é que Aristotéles faz uma oposição entre *ethos* e *physis*.¹¹² Enquanto o conhecimento da natureza é objetivo, volta-se para objetos fixos, imutáveis, cuja relação se dá na ordem das forças e das causas, o conhecimento ético não é objetivo, e aquele que há de ser conhecido já está implicado naquele que se lança a conhecê-lo.¹¹³

A essência da reflexão ética aristotélica, cuja resposta também servirá para a hermenêutica filosófica, é saber como se pode se dar algum tipo de conhecimento teórico acerca do ser ético humano, que se realiza sempre na práxis. Uma vez que o objeto de estudo da ética humana já se confunde com o próprio homem atuante, constitui-se aí um problema metodológico de fundo. Se isso, porém, é um problema metodológico difícil, ao mesmo tempo, dá relevância moral ao problema do método.¹¹⁴

A resposta a esse problema principia pelo fato de que a filosofia prática não é um saber teórico. Não é capaz de fornecer a exatidão, por exemplo, encontrada na matemática. A filosofia prática trata de “tornar visível o perfil das coisas e, com este esboço do perfil, prestar uma segura ajuda à consciência moral”.¹¹⁵ De nenhum modo, a filosofia prática constitui-se numa teoria acerca das coisas que dobre a ação humana a preceitos universais. A subsunção pura e simples não convém. A filosofia prática também não suprime a consciência ética do homem. A filosofia prática é, antes, um saber de orientação. Lida com os fenômenos típicos da ação humana e visa esclarecê-los. Com isso, auxilia a consciência ética a ter cada vez mais clareza sobre si.¹¹⁶

Aqui já há um ponto de contato com a hermenêutica filosófica, pois “*também o problema hermenêutico se aparta evidentemente de um saber ‘puro’, separado do próprio ser*”.¹¹⁷ Se, por um lado, a hermenêutica romântica e a historiografia, inspiradas no espírito objetificante das ciências naturais, pretenderam exatamente um saber objetivo, apartado das influências subjetivas do intérprete, por outro lado, para Gadamer, isso é um alheamento sustentado numa concepção falsa de verdade almejada pelas ciências do espírito, pois seu objeto já está implicado no sujeito. Por isso, Gadamer utiliza a ética aristotélica. Ela é um

¹¹¹ *Idem*. Razão e filosofia prática. In: **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de: Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012, p. 279.

¹¹² GADAMER, WM, p. 318; VM, p. 412.

¹¹³ GADAMER, WM, p. 319; VM, p. 414.

¹¹⁴ GADAMER, WM, p. 318; VM, p. 413

¹¹⁵ No original: “Es gilt lediglich, die Dinge im Umriß sichtbar zu machen und durch diese Zeichnung des Umrisses dem sittlichen Bewußtsein eine gewisse Hilfe zu leisten.” GADAMER, WM, p. 318; VM, p. 413.

¹¹⁶ GADAMER, WM, p. 318; VM, p. 413.

¹¹⁷ No original: “Denn auch das hermeneutische Problem setzt sich von einem >reinen< vom eigenen Sein abgelösten Wissen offenkundig ab.” (grifo do autor). GADAMER, WM, p. 319; VM, p. 414.

excelente exemplo porque nela também aquilo que é conhecido já atinge aquele que conhece.¹¹⁸

Gadamer dá, portanto, uma indicação fundamental que caracteriza as ciências ditas do espírito. Elas não são um puro saber teórico. São um saber prático. Nesse sentido, pertencem ao saber ético. São ciências morais. Seu objeto é o homem, enquanto homem que atua e enquanto sabe que atua. Este saber, porém, não é um saber que se pretende ser comprovado como algo que é. “Antes, aquele que atua está às voltas com coisas que nem sempre são como são, pois podem também ser diferentes.”¹¹⁹ Esse saber, assim como o saber ético, é um saber que deve orientar sua atuação.

Ora, seguindo a ideia de que a ética aristotélica é o modelo para a hermenêutica das ciências do espírito, a descrição de Aristóteles do conhecimento prático de como se dá a orientação de um saber prévio para uma atuação no mundo será o exemplo para o momento essencial da compreensão que é a aplicação. Mas o conhecimento prático se distingue em *techne* e *phronesis*, e ambas as dimensões contêm a mesma tarefa de aplicação que constitui a problemática central da hermenêutica.¹²⁰

Tanto *techne* quanto *phronesis* são conhecimentos práticos, mas há uma diferença fundamental entre eles que permitirá esclarecer ainda mais o modo de atuação do ser ético – em que se inspira a hermenêutica filosófica. A *techne* é um saber prático que configura a capacidade de produção. É o saber que possui, por exemplo, o artesão. O artesão produz sua manufatura a partir de uma ideia geral (*eidos*). Sua tarefa é um fazer, um criar algo. Mas não é de se esperar que o homem também deva produzir-se a si mesmo a partir de uma ideia geral e, nesse sentido, o modo de aplicação da *techne* é que será exemplar à hermenêutica? De fato, há algumas analogias entre a *techne* e o saber moral que orienta a ação humana, mas a diferença fundamental reside no fato de que o homem que atua eticamente não dispõe de si como objeto da mesma maneira que o artesão dispõe do material a ser trabalhado. O saber ético é um saber-se, um saber para si. O saber prático ético, como já demonstrado, é um saber cindido do saber teórico, mas aqui também se distingue do saber prático técnico.¹²¹ Nesse ponto, *phronesis* é que constitui o modelo para a hermenêutica. O objeto das ciências do espírito confunde-se com o próprio cientista, pois nele já está completamente implicado.

¹¹⁸ GADAMER, WM, p.319; VM, p. 414.

¹¹⁹ No original: “ Der Handelnde hat es vielmehr mit solchem zu tun, das nicht immer so ist wie es ist, sondern das auch anders sein kann. ” GADAMER, WM, p. 319-320; VM, p. 414.

¹²⁰ GADAMER, WM, p. 320; VM, p. 415.

¹²¹ GADAMER, WM, p. 320-321; p. 415-416.

Ainda assim, Gadamer realiza pelo menos três observações a respeito da diferença entre *phronesis* e *techne*.¹²² Em primeiro lugar, *techne* é uma espécie de saber que pode ser aprendido e que também pode ser esquecido. O artesão pode aprender a arte de produzir algo, mas também pode com o tempo, caso não pratique, vir a esquecer essa habilidade. Por outro lado, o saber ético não pode ser aprendido nem esquecido. Não é uma habilidade que, eventualmente, possa se querer aprender. O homem sempre se encontra numa situação em que precisa atuar e, dessa maneira, já desde sempre deve possuir e aplicar o saber ético. Justamente nesse ponto é que a aplicação se torna algo problemático, pois como se pode aplicar algo que não se conhece previamente? O saber ético é bastante peculiar nesse ponto. O saber ético não é possuído de antemão e depois é aplicado numa sequência temporal. Os conceitos com os quais a ética trabalha, isto é, justiça, coragem, dignidade, solidariedade não são previamente sabidos. Nenhum deles pode ser completamente determinado em tese, diferentemente do saber técnico. Enquanto o artesão já tem uma ideia daquilo que irá produzir, o ser ético só terá essa ideia formada ao ser defrontado com uma situação concreta.

Dessa primeira observação, o que se deve sublinhar é o fato de que todos os conceitos éticos que orientam o homem no sentido do que ele deve ser não são um padrão fixo a ser seguido, seja porque têm uma natureza própria, seja porque estabelecidos por convenção. Tais conceitos éticos são imagens diretrizes cuja pretensão é valer como esquemas direcionadores da ação humana. Mas essas diretrizes só se concretizam na situação particular daquele que atua.¹²³ Curioso é que qualquer tentativa de conceituação do são as virtudes éticas sempre resvalarão para exemplo particulares com referência a uma situação concreta. “Aquela pessoa foi corajosa ao retirar a arma da mão do assaltante” ou “Fulano demonstrou coragem ao enfrentar o oponente mais alto”. De fato, a marca essencial do saber ético é a concretização numa situação específica, o que não quer dizer que possa ser previamente formulado em tese. Gadamer mesmo retoma o exemplo daquele que, presumivelmente, deteria o saber ético: o professor de ética. O próprio professor tem uma vinculação moral e política, mas mesmo ao descrever uma representação daquilo que é ético, também não o faz vendo um saber a ser ensinado.¹²⁴

Em segundo lugar, há uma diferença quanto à relação entre meios e fins em cada uma dessas espécies de saberes práticos.¹²⁵ A *techne* é um saber específico que se constitui tendo em mira um fim específico. O saber necessário para se montar uma cadeira é um saber

¹²² GADAMER, WM, p. 322; VM, p. 417.

¹²³ GADAMER, WM, p. 326; VM, p. 422.

¹²⁴ GADAMER, WM, p. 325; VM, p. 421.

¹²⁵ GADAMER, WM, p. 326; VM, p. 422.

específico; o fim “montar uma cadeira” é sabido também de antemão. Além disso, quanto aos meios, também já são previamente estabelecidos com vistas à realização desse fim. Montar cadeira requer um tipo de material que a sustente, com uma madeira a ser talhada. Diferentemente, *phronesis* não se constitui tendo em vista um fim em particular, mas é um saber que afeta o viver corretamente em seu conjunto. Numa determinada situação, não se trata de fazer um cálculo a partir de conceitos prévios de coragem, justa, bondade etc. O que está em jogo é, nessa determinada situação, realizar, por meio da *phronesis* tais exigências éticas. Não há um fim, pois “não existe uma determinação prévia a partir da qual se orienta a vida correta no seu todo”.¹²⁶ Quanto aos meios, o saber ético não os conhece também de antemão. Sempre, numa situação determinada, uma atuação ética requer uma deliberação interior, consigo mesmo (*euboulia*).

Essa distinção é importante na medida em que a relação entre meios e fins própria do saber ético não é ensinável, previamente estabelecido. É sempre eventual, particular, realizada numa situação específica. O saber técnico, como um saber de aprendizagem, é prévio, e sua relação própria entre meios e fins é previamente conhecida, o que não é o caso do saber ético. Nesse sentido, *phronesis* realiza-se sempre numa situação dada, na qual meios são escolhidos para a realização de determinados fins. Meios e fins chegam a se confundir. O saber ético oscila ora se subordinando ao fim, ora se subordinando ao meio, e dessa oscilação está consciente Gadamer. O que disto fica é que os fins pelas quais se pauta a vida não são saberes ensináveis, pois não há uso dogmático da ética. Do mesmo modo, os meios são escolhidos por uma ponderação ética, e essa ponderação já concretiza a correção ética da do fim adequado.¹²⁷

Em terceiro lugar, dando ênfase a essa característica específica da reflexão ética enquanto saber-se, saber-para-si, Aristóteles apresenta, além da *phronesis*, virtude da ponderação reflexiva, a *synesis*, que é a compreensão. É uma ligeira modificação do saber ético no sentido de que não se trata de refletir sobre si, que atua, mas a capacidade de julgar colocando-se para a plena concreção da situação do outro. Da mesma maneira que a *phronesis*, esse saber compreensivo não é um saber geral e prévio, mas é um saber que se realiza no instante. Também não é um saber técnico e também não se realiza nos moldes da aplicação do saber técnico.

¹²⁶ No original: “Es gibt keine vorgängige Bestimmtheit dessen, worauf das rechte Leben im ganzen gerichtet ist.” GADAMER, WM, p. 326; VM, p. 422.

¹²⁷ GADAMER, WM, p. 327; VM, p. 423.

Em conclusão deste tópico, é possível resumir a influência específica da ética aristotélica para os problemas hermenêuticos. As considerações de Gadamer caminham no sentido de que a aplicação envolve a relação entre algo geral e prévio com uma situação particular. Mas a aplicação não é algo posterior a um momento da compreensão. A aplicação ocorre no momento mesmo da compreensão. Nesse ponto, Gadamer elege a ética aristotélica como modelo para explicar a aplicação. Assim como aquele que atua eticamente procura aplicar o saber ético, mas não o faz partindo de conceitos éticos prévios, e estantes, e os aplica a uma situação dada, também o intérprete ao se defrontar com a tradição, procura aplicar a tradição, o que não significa que o texto da tradição seja algo dado previamente a ser aplicado posteriormente a uma situação dada. O objetivo do intérprete não é compreender o sentido do texto como um sentido universal dado previamente; sua intenção é compreender o sentido do texto sem ignorar que se encontra numa situação hermenêutica própria. “Ele deve relacionar o texto a essa situação se ele quiser, de fato, compreender.”¹²⁸

2.3 A consciência da história continuamente influente

O terceiro “traço” da hermenêutica filosófica de Gadamer é a formulação de uma descrição própria para a consciência que compreende: a consciência da história continuamente influente.¹²⁹ A tese básica levantada por Gadamer é a de que a consciência hermenêutica deve se saber influenciada decisivamente pela história, que é produtora de efeitos, e que isto deve ser levado em conta pelo hermeneuta. Para sustentar essa tese, Gadamer constrói a seguinte linha de argumentação: a consciência efetuada historicamente, como visto, pode-se perceber pela autorreflexão, mas isto difere da dialética da consciência de Hegel; a consciência da história continuamente influente tem a estrutura de experiência, mais propriamente ainda de uma experiência hermenêutica, cuja essência é o modelo do diálogo; a experiência hermenêutica tem sua real dimensão a partir da primazia hermenêutica da pergunta. Com isso, Gadamer demonstra que a consciência efetuada historicamente realiza-se como verdadeira

¹²⁸ No original: “Er muß den Text auf diese Situation beziehen, wenn er überhaupt verstehen will.”. Cf. GADAMER, WM, p. 329; VM, p. 426.

¹²⁹ A expressão em alemão *Wirkungsgeschichte*, literalmente, poderia ser traduzida por “história dos efeitos”,. Assim opta, por exemplo, Flávio Paulo Meurer na tradução de Verdade e Método I (cf. VM, p. 8). Uma tradução mais apurada é “história da influência”, como faz Oliveira (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 229). Ainda assim, porque consegue exprimir com mais precisão o que Gadamer quis dizer com esse princípio fundamental da hermenêutica, há quem prefira o uso de “história continuamente influente”. (cf. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. *Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 174).

experiência, e a experiência hermenêutica que interessa tanto ao intérprete de qualquer coisa quanto ao cientista do espírito tem o modelo de diálogo.

Como visto acima, Gadamer elege a historicidade da compreensão a princípio hermenêutico. A compreensão só é possível porque é, essencialmente, preconceituosa. O horizonte daquele que compreende é constituído por preconceitos forjados pela tradição a que pertence. Com isso, é preciso que o pensamento histórico reconheça a realidade da história na própria compreensão. “Um pensamento verdadeiramente histórico deve atentar para sua própria historicidade”.¹³⁰ Essa exigência é o que Gadamer chama de história efetual: “compreender é, essencialmente, um processo histórico-efetual.”¹³¹

O problema decisivo, nesse momento, é entender que tipo de consciência é esta que é influenciada continuamente pela história.¹³² A consciência da história continuamente influente tem duas características que poderiam vir a causar um problema para tese de Gadamer. A primeira é o fato de que essa consciência forma parte ela mesma do efeito da história. A segunda é o fato de que, como consciência, possui uma estrutura de reflexividade que pode elevar-se para além daquilo de que é consciência. Gadamer pergunta-se, pois, se não deveria se render à filosofia da reflexão de Hegel e conceber como fundamento de sua hermenêutica a mediação absoluta de história e verdade.¹³³

A opção por Hegel é clara, porque ele tratou do mesmo tema em que se enraíza a hermenêutica: a dimensão histórica.¹³⁴ A intenção de Gadamer, ao determinar a estrutura da consciência da história continuamente influente, é partir de Hegel, mas dele se distinguindo,¹³⁵ tentando, principalmente, manter-se livre da pretensão metafísica de sua filosofia da reflexão e justificando a legitimidade da experiência hermenêutica com esteio nas principais críticas a Hegel.¹³⁶ Para promover a distinção entre a consciência hermenêutica e a dialética da consciência na filosofia da reflexão, Gadamer examina o conceito fundamental de experiência.

E qual é a relação entre experiência e a consciência da história continuamente influente? A resposta a essa pergunta serve também àquela que questionava que tipo de consciência seria esta. Para a análise da consciência da história continuamente influente, é

¹³⁰ No original: “Ein wirklich historisches Denken muß die eigene Geschichtlichkeit mitdenken.”GADAMER, WM, p. 305; VM, p. 396.

¹³¹ No original: “Verstehen ist seinem Wesen nach ein wirkungsgeschichtlicher Vorgang.”GADAMER, WM, p. 305; VM, p. 396.

¹³² GADAMER, WM, p. 347; VM, p. 447.

¹³³ GADAMER, WM, p. 347; VM, p. 447.

¹³⁴ GADAMER, WM, p. 351; VM, p. 453.

¹³⁵ GADAMER, WM, p. 351-352; VM, p. 453.

¹³⁶ GADAMER, WM, p. 348; VM, p. 448.

preciso ter em mente a seguinte constatação: ela tem a estrutura de experiência.¹³⁷ Entendendo o que é uma experiência para Gadamer, entende-se o modo como se dá essa consciência efetuada historicamente.

Todavia, Gadamer se queixa da falta de uma teoria que abordasse suficientemente a experiência. Até então, o conceito de experiência foi desenvolvido na teoria da ciência, mas de uma maneira que deixou de lado a historicidade mesma da experiência, que é uma característica sua fundamental. Tanto nas ciências naturais quanto na crítica histórica das ciências do espírito, entendia-se que experiência poderia ser controlada por meio de um método que possibilitasse sua reprodutibilidade. Se a experiência pode ser repetida, e se seus resultados podem ser verificados por outras pessoas, a objetividade da experiência é alcançada. Durante todo esse processo, a marca da historicidade nunca foi tematizada.

A crítica a essa concepção de experiência foi realizada por alguns pensadores. Edmund Husserl foi um dos que tentaram demonstrar a unilateralidade dessa concepção, retrocedendo à gênese do sentido de experiência na subjetividade transcendental do ego. Mas essa subjetividade transcendental não pode se sustentar - e essa é a crítica de Gadamer a Husserl - visto que se dá sempre na linguagem. A linguagem é implicada desde sempre em toda aquisição de experiência, e é nela onde atua o pertencimento de cada indivíduo a uma comunidade de linguagem.¹³⁸

Francis Bacon foi outro que tematizou a experiência,¹³⁹ mas o fez dentro do contexto de uma proposta metodológica que não prosperou na teoria da ciência. Bacon era um anti-metafísico, embora ele mesmo permanecesse ligado à tradição metafísica. Mas ele deu uma contribuição importante, que é destacada por Gadamer, ao atinar para os preconceitos que ocupam o espírito humano e que estão presentes no ato de conhecer as coisas. Nesse ponto é que se mostram momentos da experiência que estão necessariamente ligados a resultados previstos pela ciência. Porém, o modelo de Bacon não é aproveitado por completo por Gadamer.

É no modelo de Aristóteles, precisamente a partir do exemplo da fuga de um exército, que Gadamer ilustra o momento decisivo da essência da experiência. Assim como num exército em fuga, as experiências não ficam paradas, mas quando uma determinada observação se confirma numa experiência repetida, então essa fuga cessa e se forma um ponto

¹³⁷ GADAMER, WM, p. 352; VM, p. 453.

¹³⁸ GADAMER, WM, p. 352; VM, p. 455.

¹³⁹ GADAMER, WM, p. 354; VM, p. 455-456.

fixo dentro da fuga geral. Essa é a imagem da ciência.¹⁴⁰ À medida que as observações vão se confirmando, o exército em fuga vai se estabilizando, a ponto de não mais ser fugitivo, e a unidade de comando é restabelecida. Da mesma maneira, ocorre com a ciência. Essa imagem de Aristóteles serve para ilustrar o momento decisivo da experiência:

[...] que a experiência se instaura como um acontecer, do qual ninguém é senhor, e que a importância particular de uma ou de outra observação como tal não é decisiva para sua instauração, mas que tudo acaba se ordenando de um modo que não pode ser compreendido.¹⁴¹

A experiência, porém, tem a forma de dialética, e, nesse sentido, é que Gadamer volta a Hegel, em quem “o momento da historicidade obtém seu direito”.¹⁴² A verdadeira experiência é experiência da finitude humana, em que o homem se torna consciente de sua finitude; é a experiência da própria historicidade.¹⁴³

O que interessa mais especificamente a Gadamer é um tipo de experiência: a experiência hermenêutica. E ela tem a ver com tradição, que não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer, mas é, antes, linguagem. E, como linguagem, a experiência hermenêutica tem como correlata um tipo específico de experiência que Gadamer chama de “experiência do tu”.¹⁴⁴

A experiência do tu é uma experiência que se estabelece entre um “eu” e um “tu”. Há três maneiras diferentes de relação entre um “eu” e “tu”, e, para cada tipo de relação, há também três relações correspondentes entre o intérprete e o texto. Todavia, só uma dessas relações, tanto entre o “eu” e o “tu” quanto entre o intérprete e o texto, é adequada.

A primeira relação entre o “eu” e o “tu” é aquela em que o “eu” trata o “tu” como um objeto, objetivando conhecê-lo. É uma relação de conhecimento. Nessa relação, acredita-se ser possível conhecer outra pessoa como se estivesse conhecendo um objeto. O outro é tratado como um meio para um fim específico. Em termo morais, é o comportamento típico do puro e simples egoísmo. Correspondentemente, essa relação se assemelha ao intérprete que crê, ingenuamente, num método que o auxilie alcançar objetividade. Aquele que trata a tradição como objeto, sem considerar-se atingido por ela, crê alcançar a certeza de seu conhecimento. O modelo que essa relação ilustra é o pensamento metodológico do século XVIII é formulado por Hume, que toma como exemplo o método das ciências da natureza.

¹⁴⁰ GADAMER, WM, p. 357-358; VM, p. 460.

¹⁴¹ No original: “[...] :das Zustandekommen der Erfahrung als ein Geschehen, dessen niemand Herr ist, wofür auch nicht das Eigengewicht der einen oder anderen Beobachtung als solches bestimmend ist, sondern wo sich alles auf eine undurchschaubare Weise zusammenordnet.” GADAMER, WM, p. 358; VM, p. 461.

¹⁴² GADAMER, WM, p. 359; VM, p. 462.

¹⁴³ GADAMER, WM, p. 363; VM, p. 466-467.

¹⁴⁴ GADAMER, WM, p. 363-364; VM, p. 467-468.

Para Gadamer, essa relação extrai apenas um aspecto parcial e achata a essência da experiência hermenêutica.¹⁴⁵

A segunda relação entre o “eu” e o “tu” é aquela em que o “eu” trata o “tu” não como um objeto, mas como uma pessoa; todavia, acredita ser possível conhecê-lo e, inclusive, conhecê-lo melhor que ele mesmo. É uma relação de reconhecimento. Crê na possibilidade de, partindo de sua posição, alcançar a posição do outro. Correspondentemente, essa relação se assemelha ao intérprete que crê num método que o eleve acima de seus condicionamentos históricos e o permita alcançar algo historicamente único. O modelo que essa relação ilustra é o da consciência histórica, típica de Dilthey. Para Gadamer, essa relação elimina o sentido de tradição, que não é algo que restringe a liberdade de conhecer, mas, antes, torna-a possível.¹⁴⁶

A terceira relação entre o “eu” e o “tu” é aquela em que o “eu” trata o “tu” como um verdadeiro “tu”, permitindo que ele diga algo, sem desconsiderar suas pretensões. É uma relação de abertura. Não é, porém, só abertura àquele que fala algo, mas abertura mútua, que possibilita o próprio vínculo humano. “A abertura para o outro implica, pois, o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja nenhum outro que o faça valer contra mim.”¹⁴⁷ Correspondentemente, essa relação se assemelha ao intérprete que deixa a tradição valer em suas próprias pretensões, não reconhecendo a alteridade do passado, mas reconhecendo que ela tem algo a dizer. O modelo que essa relação ilustra é o da consciência da história continuamente influente. Para Gadamer, essa consciência deixa a tradição converter-se em experiência e mantém-se aberta a sua pretensão de verdade; ela não se consuma na certeza metodológica sobre si mesma, mas na comunidade experiência que distingue o homem experimentado daquele que está preso a seus dogmas.¹⁴⁸

Para Gadamer, essa relação de abertura, que é a que melhor explica a experiência hermenêutica, seguirá o modelo do diálogo. O fenômeno hermenêutico ocorre como uma conversação em que a pergunta adquire primazia. O que importa para Gadamer é que “a tarefa hermenêutica é concebida como um entrar em diálogo com o texto” e isso, “mais que uma metáfora, representa uma verdadeira recordação do originário”.¹⁴⁹ Toda texto coloca uma

¹⁴⁵ GADAMER, WM, p. 364-365; VM, p. 468-469.

¹⁴⁶ GADAMER, WM, p. 365-366; VM, p. 469-471.

¹⁴⁷ No original: “Offenheit für den anderen schließt also die Anerkennung em, daß ich in mir etwas gegen mich gelten lassen muß, auch wenn es keinen anderen gäbe, der es gegen mich geltend machte.” GADAMER, WM, p. 367-368; VM, p. 471-472.

¹⁴⁸ GADAMER, WM, p. 367-368; VM, p. 471-472.

¹⁴⁹ No original: “Es ist daher mehr als eine Metapher - es ist eine Erinnerung an das Ursprüngliche, wenn sich die hermeneutische Aufgabe als ein In-das-Gesprächkommen mit dem Text begreift.” GADAMER, WM, p. 374; VM, p. 480.

pergunta ao intérprete, e toda interpretação tem uma referência a essa pergunta. A compreensão do texto é realizada quando se consegue compreender a pergunta que é formulada pelo texto.¹⁵⁰ Essa pergunta deverá ser reconstruída pelo intérprete, que não o fará reportando-se aos pensamentos vividos pelo autor, mas visando tão somente o sentido do texto. Nesse sentido, aquilo que pensou o autor do texto, a tentação do historicismo, é uma tarefa de menor importância,¹⁵¹ pois todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia.¹⁵²

Com isso, a dialética da pergunta e resposta permite caracterizar ainda melhor a consciência dos efeitos da história. Com ela, percebe-se que a compreensão é uma relação semelhante à relação que se dá num diálogo. Compreender um texto é colocar-se em diálogo com ele. O intérprete é que o traz à fala, mas não o faz de maneira arbitrária, pois deve buscar a pergunta cuja resposta está latente no texto. E é aí, nessa busca pela resposta latente do texto, que se encontra a verdade da consciência da história efetual, isto é, a pressuposição de que aquele que pergunta já foi atingido pela tradição. A compreensão que se dá nesse processo de intermediação entre texto e intérprete e passado e presente é descrito à maneira da fusão de horizontes.¹⁵³

¹⁵⁰ GADAMER, WM, p. 375; VM, p. 482.

¹⁵¹ GADAMER, WM, p. 378; VM, p. 486.

¹⁵² GADAMER, WM, p. 381; VM, p. 489.

¹⁵³ GADAMER, WM, p. 383; VM, p. 492.

2 O EXEMPLO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: APLICAÇÃO, MEDIAÇÃO ENTRE PRESENTE PASSADO E NÃO ARBITRARIEDADE NO CAMPO DA INTEPRETAÇÃO

“Die juristische Hermeneutik vermag das wirkliche Verfahren der Geisteswissenschaften an sich selbst zu erinnern. Hier haben wir das Modell für das Verhältnis von Vergangenheit und Gegenwart, das wir suchen.”

“A hermenêutica jurídica possibilita que o real processo das ciências do espírito recorde-se em si mesmo de seu real procedimento. Aqui nós temos o modelo para a relação entre passado e presente que nós procuramos.” (tradução nossa)

(H.-G. Gadamer, WM, 333; VM, 430)”

No primeiro capítulo, foram expostos pontos que Gadamer elege como traços fundamentais de sua hermenêutica filosófica. Tais traços são uma descrição da estrutura ontológica da compreensão, que é marcada pela historicidade. A compreensão sempre parte de preconceitos – e só é possível porque é preconceituosa – e desenvolve-se num círculo hermenêutico, atualizado constantemente em função da coisa tematizada. A compreensão sofre as influências da história, conforme o princípio da história efetual, tem a estrutura de diálogo e constitui-se num horizonte, formado como fusão do horizonte do intérprete com o do texto ou do horizonte do presente com o do passado. A consciência efetuada historicamente deve estar alerta para a realização controlada dessa fusão de horizontes, e o faz no momento em que se percebe como aplicação.

Como já antecipado, Gadamer divide o tratamento do problema fundamental da hermenêutica em três linhas de argumentação. Em primeiro lugar, intenta recuperar a velha tradição hermenêutica, que já tinha um modo específico de lidar com os textos que fora subvertido pela hermenêutica romântica e pela hermenêutica histórica. Em segundo lugar, defende que é preciso ir além do que a velha tradição hermenêutica entendia em relação ao momento da aplicação e passa a eleger esse momento como essencial e, até, único momento do processo de compreensão. Em terceiro lugar, para justificar essa tese, recorre à concepção da *phronesis* aristotélica. Em quarto e último lugar, ainda para justificar essa tese, elege como exemplo paradigmático a hermenêutica jurídica. Esse último ponto merece destaque porque foi a partir dele que juristas se interessaram pela perspectiva da hermenêutica filosófica para o

trato de problemas jurídicos. Ao enxergarem na hermenêutica filosófica uma aproximação produtiva com o direito, passaram a investigar o fenômeno jurídico sob a essa ótica filosófica.

Neste capítulo, a intenção é demonstrar como ocorre a aproximação entre hermenêutica filosófica e direito. Esse é um passo fundamental para entender como ocorre a incorporação de alguns pressupostos da hermenêutica filosófica pelo direito – incorporação essa que será tratada no último capítulo.

Então, o que Gadamer viu no direito que lhe foi útil para justificar seu projeto filosófico? Qual a visão que Gadamer tinha do direito e da hermenêutica jurídica? É a visão mais acertada? Se sim, em que medida essa visão deve ser trabalhada pelo jurista? Essas perguntas devem ser respondidas para se entender como incorporar a hermenêutica filosófica na análise de problemas que tocam o direito, especialmente os de filosofia do direito e os de hermenêutica jurídica.

2.1 O significado exemplar da hermenêutica jurídica

Para se entender a visão de direito e de hermenêutica jurídica que tinha Gadamer, é preciso antes fazer três importantes observações. A primeira observação é a de que Gadamer elege a hermenêutica jurídica como exemplo para demonstrar o que é o problema da aplicação, mas também o faz com a ética aristotélica e a noção de *phronesis*. Tais modelos devem ser relacionados para se delinear o problema da aplicação. A segunda observação é a de que o título do subtópico em que Gadamer tematiza a exemplaridade da hermenêutica jurídica é o mesmo em que trata da hermenêutica teológica, que também tem um componente exemplar de aplicação. É preciso, portanto, entender a relação entre as duas disciplinas hermenêuticas. A terceira observação é a de que Gadamer inicia um debate com um jurista, Emilio Betti, exatamente em torno da hermenêutica jurídica. Esse debate precisa ser analisado com cuidado, pois é o primeiro debate em torno da tradição da hermenêutica jurídica em confronto com a hermenêutica filosófica.

Hoje, para se falar em hermenêutica, teológica, artística, filológica, e em hermenêutica jurídica, é preciso fazer menção à hermenêutica filosófica. O impacto do giro hermenêutico ocorrido na filosofia foi significativamente influente. Mas não só na filosofia como também em diversos ramos do saber. O que mais interessa a este trabalho é o impacto que teve na hermenêutica especificamente jurídica. Assim, deve-se fazer uma transição adequada da filosofia enquanto hermenêutica para o direito enquanto ciência humana,

justificada, portanto, à luz da compreensão. O paradigma de pensar hermenêutico passa a ressoar no modo de compreender o direito.

É curioso notar, por outro lado, que Gadamer, para afirmar a hermenêutica filosófica e sua pretensão de universalidade para todos os ramos do saber, elegeu um campo particular das ciências humanas como exemplo para todas as outras humanidades de como se dá o fundamental problema hermenêutico. E é justamente a hermenêutica jurídica que exercerá esse papel exemplar.

Mas, para fazer isso, ele já deveria ter em mente uma ideia de hermenêutica jurídica. Que hermenêutica jurídica era essa? Gadamer não era jurista nem tinha formação alguma na área. No ensino regular não estudou nenhuma disciplina jurídica, sua formação principal era em filosofia e filologia grega, e seus principais mentores (Natorp, Hartmann, Heidegger, Friedländer) também não eram juristas nem tinham grande interesse no direito. Além disso, em toda sua obra não se encontra um trabalho que tematize inteiramente a hermenêutica jurídica.¹⁵⁴

A ideia de hermenêutica jurídica que Gadamer leva em consideração parece ser fortemente influenciada por aquela desenvolvida por Emilio Betti.¹⁵⁵ Gadamer parte de Betti, encontra em sua obra elementos suficientes para forjar sua própria ideia de hermenêutica jurídica e, por fim, para utilizá-la como exemplo para as demais humanidades, contesta alguns pontos fundamentais da hermenêutica de Betti. Esse fato é importante de se mencionar, porque Gadamer trata de hermenêutica jurídica tendo em mente uma maneira muito particular de atuação do juiz e acaba por não atentar, por exemplo, que essa atuação é fruto de um debate significativo no campo jurídico.¹⁵⁶

Em trabalho recente apresentado na abertura de um evento de hermenêutica jurídica na Kent Law School¹⁵⁷, Jean Grondin sistematizou algumas razões pelas quais Gadamer se sentiu atraído pela hermenêutica jurídica. Num evento de juristas e jusfilósofos, coube a Grondin a tarefa de explicar como a hermenêutica jurídica contribuiu para a filosofia.

De fato, Gadamer confere pelo menos um tópico em Verdade e Método para tematizar o significado paradigmático da hermenêutica jurídica. É um tópico de 16 páginas,

¹⁵⁴ GRONDIN, Jean. Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics, p. 2.

¹⁵⁵ É essa a assunção de Grondin, para quem Betti foi uma decisiva influência para Gadamer, especialmente porque muitos dos exemplos e das distinções que Gadamer usa provêm de Betti. Cf. *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁶ Como será visto, de alguma maneira, a versão de Gadamer impulsiona a postura dos defensores da *legal construction*, em contraposição à qual sempre se posicionaram os partidários da *legal interpretation*. Cf. POSCHER, Ralf. Hermeneutics, jurisprudence and law. In: MALPAS, Jeff; GANDER, Hans-Helmuth (eds.). **The Routledge Companion to Philosophical Hermeneutics**, Londres/Nova York, 2015, p. 457.

¹⁵⁷ O trabalho tem previsão de publicação em 2016 e nos foi gentilmente cedido pelo próprio autor. Cf. GRONDIN, Jean. **Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics**, (2016).

pequeno se comparado a outros, chamado no original de “*Die exemplarische Bedeutung der juristischen Hermeneutik*”, que pode ser traduzido como “O significado exemplar da hermenêutica jurídica”.¹⁵⁸ Tal tópico tem localização importante na obra, justamente dentro da parte em que Gadamer expõe os traços fundamentais de sua hermenêutica filosófica, no ponto específico em que desenvolve o problema fundamental da hermenêutica.

Mas o leitor desavisado pode não atentar para o fato de que há algumas alusões ao tema que não se encontram nesse tópico.

A primeira alusão já ocorre no primeiro parágrafo de Verdade e Método. Diz Gadamer logo na introdução:

As seguintes investigações lidam com o problema hermenêutico. O fenômeno do entendimento e da interpretação correta do compreendido não é só um problema especial da teoria dos métodos das ciências do espírito. Sempre houve também, desde tempos antigos, uma *hermenêutica* teológica e uma *jurídica*, que não eram tanto teórico-científicas quanto, muito mais, correspondiam a um comportamento prático dos juízes ou pastores instruídos pela ciência e serviam a eles. Assim, o problema da hermenêutica já desde sua origem história força a ultrapassagem sobre os limites que são estabelecidos pelo conceito metodológico das ciências modernas.¹⁵⁹ (grifo nosso).

Nesse trecho, Gadamer já deixa claro o propósito fundamental de sua obra, que é demonstrar que a metodologia científica não consegue aprisionar o fenômeno da compreensão. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica antiga – assim como a hermenêutica teológica –, há muito praticada, por corresponder a um procedimento prático, não tanto teórico-científico, já mostrava que compreender se dava para além de uma atividade puramente teórica.

A alusão seguinte ao direito ocorre no tópico sobre o gosto, um dos conceitos básicos do humanismo. O gosto, assim como o juízo, são para Gadamer julgamentos do individual com vistas a um todo. O gosto não se restringe ao belo na natureza e na arte na forma decorativa que se encontra, mas abrange todo o campo dos costumes e da decência. Mas o conceito de costumes não é determinado como um todo. Como diz Gadamer:

Antes, é a ordenação da vida através das regras do direito e dos costumes deficitária, carente de uma complementação produtiva. Ela carece da capacidade de julgar para

¹⁵⁸ GADAMER, WM, p. 330-346; VM, p. 426-447.

¹⁵⁹ No original: “Die folgenden Untersuchungen haben es mit dem hermeneutischen Problem zu tun. Das Phänomen des Verstehens und der rechten Auslegung des Verstandenen ist nicht nur ein Spezialproblem der geisteswissenschaftlichen Methodenlehre. Es hat von alters her auch eine theologische und eine juristische Hermeneutik gegeben, die nicht so sehr wissenschaftstheoretischen Charakters waren, als vielmehr dem praktischen Verhalten des durch die Wissenschaft ausgebildeten Richters oder Pfarrers entsprachen und ihm dienten. So drängt das Problem der Hermeneutik schon von seinem geschichtlichen Ursprung her über die Grenzen hinaus, die durch den Methodenbegriff der modernen Wissenschaft gesetzt sind.“. Cf. *idem*, p. 1.; VM, p. 29.

avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função da capacidade de julgar sobretudo pela jurisprudência, onde o trabalho da hermenêutica de complementação do direito consiste em promover a concreção do direito.¹⁶⁰

Para fundamentar sua crítica à Kant, para quem o juízo só seria produtivo no âmbito da natureza e da arte como julgamento do belo e do sublime, Gadamer insiste no exemplo do direito e dos costumes:

Sempre também será nosso saber sobre o direito e os costumes complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei *in concreto* como também colabora através de sua sentença mesma para o desenvolvimento do direito (“direito judicial”). Assim como o direito, também os costumes se aperfeiçoam por força da produtividade do caso particular.¹⁶¹

Também para tratar da legitimidade dos preconceitos, Gadamer lança mão da hermenêutica jurídica. Fazendo uma análise histórica do conceito “preconceito”, Gadamer pretende demonstrar que seu caráter negativo só surgiu no Iluminismo.

Em si mesmo, preconceito quer dizer um juízo que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos objetivamente (*sachlich*) determinantes. No processo da jurisdição, um preconceito quer dizer uma pré-decisão jurídica antes de baixada a decisão propriamente definitiva. Para o que participa de uma disputa judicial, a ocorrência de tais preconceitos contra ele significa evidentemente uma obstrução de suas chances. Por isso, *préjudice* como *praeiudicium* quer dizer também simplesmente obstrução, desvantagem, dano. Mas essa negatividade é só consecutiva. É a validade positiva, do valor prejudicial da pré-decisão – da mesma maneira que o de cada precedente.¹⁶²

Dessa maneira, para Gadamer, preconceitos não podem ser vistos como falsos juízos. Seu conceito pode indicar uma valoração negativa ou positiva. É o que demonstra a história do conceito, especialmente a partir de seu uso direito.

Mas não é só nesses exemplos que a hermenêutica jurídica será útil para Gadamer. No capítulo sobre seu significado exemplar, Gadamer demonstrará que o modelo que ele tem de hermenêutica jurídica serve como paradigma para a tese que desenvolveu durante todo seu livro. Com efeito, esse capítulo vai tratar de pontos centrais para a hermenêutica filosófica,

¹⁶⁰ No original: „Vielmehr ist die Durchordnung des Lebens durch die Regeln des Rechts und der Sitte eine unvollständige, der produktiven Ergänzung bedürftige. Es bedarf der Urteilskraft, die konkreten Fälle richtig einzuschätzen. Wir kennen diese Funktion der Urteilskraft besonders aus der Jurisprudenz, wo, die rechtsergänzende Leistung der >Hermeneutik< eben darin besteht, die Konkretion des Rechts zu bewirken.“ *Idem*, p. 44; p. 78-79.

¹⁶¹ No original: „Immer wird auch unser Wissen um Recht und Sitte vom Einzelfall her ergänzt, ja geradezu produktiv bestimmt. Der Richter wendet nicht nur das Gesetz in concreto an, sondern trägt durch seinen Richtspruch selber zur Entfaltung des Rechtes bei (>Richterrecht<). Wie das Recht so bildet sich auch die Sitte ständig fort, kraft der Produktivität des Einzelfalls.“ *Idem*, p. 44; p. 79.

¹⁶² No original: „An sich heißt Vorurteil ein Urteil, das vor der endgültigen Prüfung aller sachlich bestimmenden Momente gefällt wird. Im Verfahren der Rechtssprechung hieß ein Vorurteil eine rechtliche Vorentscheidung vor der Fällung des eigentlichen Endurteils. Für den im Rechtsstreit Stehenden bedeutete das Ergehen eines solchen Vorurteils gegen ihn freilich eine Beeinträchtigung seiner Chancen. So heißt *préjudice* wie *praeiudicium* auch einfach Beeinträchtigung, Nachteil, Schaden. Doch ist diese Negativität nur eine konsekutive. Es ist gerade die positive Gültigkeit, der präjudizielle Wert der Vorentscheidung, - ebenso wie der eines jeden Präzedenzfalles -, auf dem die negative Konsequenz beruht.“, *Idem*, p. 275; p. 360.

mas sob a perspectiva da hermenêutica jurídica. Nesse ponto específico, de relacionar filosofia e direito, pode-se dizer que Gadamer traz uma visão inovadora, pois nenhum dos hermeneutas predecessores, como Schleiermacher, Dilthey ou Heidegger, havia feito essa relação.

Todavia, um hermeneuta em particular, mas também jurista e historiador do direito, já havia feito uma relação entre direito e hermenêutica. Era Emilio Betti (1890-1968), italiano, que em 1955, trouxe a público sua teoria hermenêutica na obra *Teoria Generale della interpretazione*. Betti, porém, não comungava da herança filosófica da hermenêutica de Gadamer, aquela de Heidegger e de Bultmann que reconhecia o valor do círculo hermenêutico e que defendia, portanto, que a compreensão sempre partia de alguns pressupostos. Mas é, justamente, a partir de Betti e de exemplos de sua obra que Gadamer fará referências importantes à hermenêutica jurídica, inclusive como exemplar para a hermenêutica filosófica.

Pois bem. A visão de Betti será, em determinado momento - a ser descrito logo mais - importante para a tese fundamental de Gadamer. Para o propósito deste trabalho, importa, desde logo, salientar pelo menos três características da hermenêutica jurídica que atraíram a atenção de Gadamer e serviram como exemplo para seu projeto de base. Na hermenêutica jurídica: a aplicação do sentido de textos a uma realidade tem um papel central, os efeitos da história são recebidos pela jurisprudência de maneira bastante peculiar e a interpretação que se espera do juiz não é arbitrária, mas justa e equitativa. Essas características da hermenêutica jurídica serão exemplares para as humanidades.

A primeira característica da hermenêutica jurídica que a torna exemplar para as demais ciências está no modo como nela ocorre a aplicação. A aplicação não é senão o problema hermenêutico fundamental. De fato, o capítulo que trata da hermenêutica jurídica está localizado dentro de um tópico maior intitulado “A reconquista do problema fundamental da hermenêutica”. Esse problema é o da aplicação que, por necessitar ser “reconquistado”, supõe-se que em algum momento foi “perdido”. Essa perda ocorreu na hermenêutica que pretendeu aprisionar o momento da compreensão dentro de um método, isto é, a hermenêutica metodológica de Schleiermacher e de Dilthey que Gadamer procurou combater.

A intenção de Gadamer é confrontar aquela teoria que, inspirada nas ciências naturais, é fundada na suposição de que conhecimento válido é tão somente aquele conseguido sem a interferência do ponto de vista do intérprete. Só assim se conseguiriam resultados fiáveis nas ciências humanas, pois hauridos pela objetividade do método. A obsessão da hermenêutica metodológica foi, precisamente, encontrar uma maneira de retirar a perniciosa imbricação do sujeito.

Como já dito, Gadamer opõe-se a essa teoria recusando, em primeiro lugar, a noção de que a hermenêutica deveria ser uma metodologia ou prover uma e, em segundo lugar, a noção de que a imbricação do observador é necessariamente ruim. Ora, o próprio impulso para o estudo das humanidades já implica o observador; o próprio interesse do intérprete e sua busca por respostas às próprias perguntas resultam na sua inescapável implicação. Para Gadamer, em vez de se ferrar em métodos que garantiriam uma objetividade livre da implicação do sujeito, a hermenêutica poderia tentar justificar até que ponto a implicação do intérprete é indispensável para as humanidades. É nesse ponto que seria preciso resgatar o problema “esquecido” da hermenêutica nos últimos séculos, o da aplicação – e é aí que a hermenêutica jurídica desempenha uma ajuda crucial.¹⁶³

Para tanto, Gadamer lida com a hermenêutica desenvolvida por Emilio Betti, especificamente, a divisão que faz das espécies interpretativas¹⁶⁴. Se, por um lado, Gadamer parte dessa divisão para fazer sua análise do momento aplicativo, por outro, não concordará com ela.

Em suma, a primeira razão que leva Gadamer a eleger a hermenêutica jurídica como paradigma para as outras ciências é que ela:

nunca é realizada com vistas a um interesse puro no conhecimento, mas está lá para servir a uma tarefa prática com consequências na vida real. E ela só pode fazê-lo em sendo aplicada e em sendo aplicada diferentemente a casos específicos. A decisão jurídica é, assim, enraizada num contexto prático ao qual ela deve fazer justiça, com e equidade.¹⁶⁵

A segunda característica da hermenêutica jurídica que a torna exemplar para as demais ciências está no modo como nela se dá a história de efeitos (*Wirkungsgeschichte*). É um excelente exemplo do tipo de compreensão histórica que Gadamer defende, típica não só das humanidades como de toda e qualquer compreensão humana.

O exemplo da hermenêutica jurídica permite a Gadamer superar o problema do historicismo, que é, como se sabe, um de seus objetivos em *Verdade e Método*. A visão do historicismo é a de que todo conhecimento é historicamente determinado e que não há, portanto, nenhum conhecimento válido que se ponha acima da história. O problema consequente dessa visão é a aporia do relativismo: se todo conhecimento depende do contexto histórico em que foi produzido, não há que se falar em conhecimento verdadeiro ou válido para além de seu contexto. Gadamer intenta superar essa aporia e, por isso, deve-se ter cautela ao se dizer que Gadamer é relativista ou que sua ideia de historicidade da compreensão

¹⁶³ GRONDIN, Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics, p. 10.

¹⁶⁴ Essa discussão será tratada no tópico seguinte.

¹⁶⁵ GRONDIN, Gadamer's interest for legal hermeneutics, p. 13.

significa, simplesmente, que a compreensão seja historicamente determinada. Sua visão de historicidade é mais complexa e não redundante nas consequências do relativismo por ele criticado.

Grondin aponta pelo menos três razões na defesa de Gadamer. Uma razão é a de que simplesmente não é verdade que tudo seja relativo no campo do conhecimento. Outra razão é que nossa própria historicidade constitui a força guiadora de nossa compreensão. Por último, a história provê ainda guias e sinais que podem ajudar atingir um conhecimento válido.¹⁶⁶ A primeira razão é apenas uma afirmação não fundamentada, mas as outras razões são bastante plausíveis. A história marca a compreensão do homem e, como formadora dos preconceitos, possibilita a compreensão. Além disso, a própria história dá sinais (veja-se o exemplo dos clássicos) que auxiliam a busca de um conhecimento válido – por isso Gadamer recupera a autoridade da tradição.

A hermenêutica jurídica que Gadamer tem em vista é bastante exemplar do papel desempenhado pela história na compreensão e de como ela produz seus efeitos. No direito, o juiz tem de lidar com um caso presente, enraizado numa situação presente. Para resolver o problema exigido por esse caso, o juiz recorre à história, consultando leis e precedentes que foram produzidos no passado. Isso não quer dizer que ele saberá o que quiseram os legisladores ou os juízes ao realizarem seu mister; quer dizer que ele entenderá tais textos à luz do presente, adaptando-os e integrando-os ao presente. Ao decidir um caso presente, o juiz compreende textos do passado, sendo que essa compreensão ocorre numa fusão de horizontes.

Em resumo, Grondin aponta em que medida a hermenêutica jurídica é exemplar para a história de efeitos analisando a atuação do juiz.¹⁶⁷ Em primeiro lugar, a decisão judicial, demonstra a produtividade do passado no presente, uma vez que parte de uma lei do passado que não é uma letra morta ou inalterável, mas alguma coisa que chega ao presente, que o impregna e que tem de ser aplicado a ele.

Em segundo lugar, o juiz, ao proferir uma decisão atual não se transporta ao contexto do passado (como queria o historicismo) com a finalidade de compreender o direito do modo como quiseram seus autores, o que se assemelha, no direito, às correntes intencionalistas. Sua tarefa sempre é direcionada ao presente, e o passado é interpretado sempre à luz do presente e para o presente.

Em terceiro lugar, a preocupação com o presente só é possível em si mesma graças ao trabalho produtivo da história; no caso do juiz, a jurisprudência pode ser entendida

¹⁶⁶ GRONDIN, Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics, p. 14.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 15-16.

como a história dos modos prudentes (ou não) de como o direito foi aplicado a outros vários casos. Quando o juiz recorre à jurisprudência, ele está recorrendo ao passado, mas o faz isso não a fim de replicar as decisões pretéritas, mas a para aplicar ao presente. E mais: a decisão do juiz no presente produzirá, ela mesma, efeitos no futuro, dando seguimento à jurisprudência.¹⁶⁸

Dessa maneira, a relação produtiva entre passado e presente que constitui a história dos efeitos que marcam toda a compreensão é exemplificada por Gadamer pela hermenêutica jurídica. Daí dizer que “A hermenêutica jurídica possibilita que o real processo das ciências do espírito recorde-se em si mesmo de seu real procedimento. Aqui nós temos o modelo para a relação entre passado e presente que nós procuramos.”¹⁶⁹ Como arremata Grondin:

Essa interação produtiva entre passado, a história de sua transmissão e o presente que é constitutiva da argumentação jurídica é o modelo que Gadamer quer reconhecer em todas as humanidades. Nelas também, um dado presente intenta compreender o passado. Mas ele não o faz desconsiderando o presente transportando-se (*sich versetzen*) ao passado (o que não é possível de acordo com Gadamer) por sobre os caminhos e para além deles nos quais ele tem sido entendido e “aplicado”, até os nossos dias. Não, a compreensão do passado em todas as humanidades é uma compreensão no presente, para o presente e que só é possível porque essa compreensão presente repousa no trabalho da história, na jurisprudência histórica, como se fosse. Nisso, a hermenêutica jurídica é bastante exemplar para Gadamer.¹⁷⁰

A terceira característica da hermenêutica jurídica que a torna exemplar para as demais ciências está no campo da interpretação, especificamente, no modo como se pode esperar justiça e verdade ao se interpretar textos. Esse ponto costuma ser menosprezado, mas nele também pode se encontrar um posicionamento antirrelativista de Gadamer. A atenção dada ao presente e ao trabalho produtivo da história sobre ele não implica que uma compreensão realizada no presente seja arbitrária. Nessa senda, chega-se a pensar da seguinte

¹⁶⁸ Curioso notar que a jurisprudência remete à noção de prudência, utilizada também por Gadamer. No direito, a aplicação da lei não é puramente metódica ou não funciona como uma subsunção automática, mas também não é puramente arbitrária; na verdade, sob a perspectiva gadameriana, “é o resultado da prudência manifestada através da história e no presente (e se decisões ‘imprudentes’ forem algumas vezes tomadas, a história poderá revisá-las por não terem sido sábias; por isso temos cortes de apelação”. (cf. *ibid.*, p. 16.).

¹⁶⁹ No original: “In Wahrheit scheint mir die Sache aber umgekehrt zu sein. Die juristische Hermeneutik vermag das wirkliche Verfahren der Geisteswissenschaften an sich selbst zu erinnern. Hier haben wir das Modell für das Verhältnis von Vergangenheit und Gegenwart, das wir suchen.” GADAMER, WM, p. 333, VM, p. 430.

¹⁷⁰ No original: “This productive interaction between the past, the history of its transmission and the present that is constitutive of legal reasoning is a model Gadamer wants to recognize in all the humanities. In them too, a given present strives to understand the past. But it doesn’t do this by disregarding the present or by transporting itself (*sich versetzen*) in the past (which is not possible according to Gadamer) over and beyond the ways in which it has been understood, and “applied”, until our day. No, the understanding of the past in all humanities is an understanding in the present, for the present and which is only possible because this present understanding rests on the work of history, on historical jurisprudence, as it were. In this legal hermeneutics is most exemplary for Gadamer.”. GRONDIN, Gadamer’s interest for legal hermeneutics, p. 16.

maneira: ou se adota o intencionalismo, devendo-se interpretar uma lei da maneira como quiseram seus autores, ou, por contraposição, adota-se uma postura subjetivista. Entretanto, essa dicotomia é fruto do modo de pensar a história do historicismo, segundo o qual a compreensão correta da história só é conseguida através de um método psicologizante ou de transporte ao passado.

Gadamer, como dito, intenta superar essa aporia. Por isso, a respeito da interpretação realizada pelo juiz, diz:

O juiz, que adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer, certamente, resolver uma tarefa prática. Mas sua interpretação da lei não é por isso uma tradução arbitrária. Também em seu caso compreender e interpretar são: conhecer e reconhecer um sentido válido. Ele procura corresponder ao “pensamento jurídico” a lei, em que o intermedia com o presente. Certamente isso é uma mediação jurídica. O significado jurídico da lei – e não o significado histórico de sua promulgação ou quaisquer casos de sua aplicação – é o que ele procura reconhecer. Ele comporta-se não como um historiador – mas comporta-se para sua própria história, que é seu presente. Ele pode, assim, sempre também como historiador, abordar às questões que ele, como juiz, implicitamente já compreendeu.¹⁷¹

Como aponta Grondin, o que não se costuma atentar tanto é para o fato de que a decisão judicial e a argumentação judicial tem de ser, por definição, sábia e prudente. Talvez essa desatenção surja do medo da arbitrariedade. Toda e qualquer decisão judicial tem de ser governada pelo que é certo, adequado e justo. Em todas as línguas, o direito sempre correspondeu a uma ideia de algo correto, justo, certo, *direito*. Nunca o contrário, como “a violência do juiz” ou o “reino do puro subjetivismo”. O que importa no direito é fazer justiça aos casos, e é essa visão a respeito do que é certo que determina como a lei e a jurisprudência têm de ser aplicadas a um determinado caso. A preocupação do juiz não pode ser aplicar a lei cega ou mecanicamente, mas deve considerar as particularidades de cada caso concreto, avaliando, por exemplo, as circunstâncias atenuantes. Do contrário, compromete-se com aquilo que nunca foi entendido como sendo direito.¹⁷²

Aliás, essa é a razão por que há decisões judiciais que se conflitam no direito, de maneira que um caso é decidido de um modo por um juiz e de outro modo por outro juiz. Isso não quer dizer que tais juízes decidiram de um modo arbitrário. Com certeza aí há um fator

¹⁷¹ No original: „Der Richter, welcher das uberlieferte Gesetz den Bedürfnissen der Gegenwart anpaßt, will gewiß eine praktische Aufgabe lösen. Aber seine Auslegung des Gesetzes ist deshalb noch lange nicht eine willkürliche Umdeutung. Auch in seinem Falle heißt Verstehen und Auslegen: einen geltenden Sinn erkennen und anerkennen. Er sucht dem >Rechts gedanken< des Gesetzes zu entsprechen, indem er es mit der Gegenwart vermittelt. Gewiß ist das eine juristische Vermittlung. Die rechtliche Bedeutung des Gesetzes - und nicht etwa die historische Bedeutung des Erlasses des Gesetzes oder irgendwelche Fälle seiner Anwendung - ist es, was er zu erkennen sucht. Er verhält sich also nicht als Historiker - wohl aber verhält er sich zu seiner eigenen Geschichte, die seine Gegenwart ist. Er kann sich daher stets auch als Historiker den Fragen zuwenden, die er als Richter implizite mit umfaßt hat.“. GADAMER, WM, p. 333.

¹⁷² GRONDIN, Gadamer’s interest for legal hermeneutics, p. 17.

ideológico inerente a todo aquele que interpreta, mas o que leva juízes comprometidos com o direito a decidir diferentemente é seu comprometimento com uma aplicação prudente.¹⁷³ Toda compreensão, de acordo com Gadamer, é uma aplicação cujo modelo, não se pode deixar de lembrar, não é só a hermenêutica jurídica com também a *phronesis* aristotélica, um conhecimento que não pode ser ensinado nem aprendido, que é aplicação de um geral para o particular e que é sempre direcionado a uma situação presente.

E assim arremata Grondin:

Pode-se dizer que a hermenêutica jurídica é governada por dois polos ou exigências aos quais deve fazer justiça: 1) ela tem de fiel à lei do passado e sua jurisprudência (essa exigência é aquela de fidelidade à lei e ao seu espírito); 2) ela tem de ser, igualmente, fiel ao presente, ao caso presente que requer justiça. Ambas as demandas são fundidas, uma com a outra, na compreensão e na aplicação jurídicas. Nessa fusão de horizontes, a hermenêutica jurídica é exemplar para todos os tipos de hermenêutica e de compreensão humana.

Portanto, a hermenêutica jurídica contribuiu para a hermenêutica filosófica porque é um exemplo de como se dá o problema fundamental da hermenêutica, que é a aplicação, uma tarefa prática direcionada a um caso presente e com implicações presentes. Além disso, ela é um exemplo de como a história produz seus efeitos para a compreensão e de como isso não significa recair no historicismo ou num relativismo. Aliás, é a hermenêutica jurídica, mais uma vez, exemplo de que a compreensão não é arbitrária, mas é uma tarefa que recorre ao passado à luz do presente.

Compreendida a importância da hermenêutica jurídica, passa-se, no próximo tópico, ao exame do debate iniciado por Gadamer com um importante jurista e hermeneuta, Emilio Betti.

2.2 A crítica de Betti ao ponto de vista de Gadamer

O objetivo desta seção é bastante claro: reprisar alguns pontos do debate entre Gadamer e Betti, tanto para situar a hermenêutica jurídica em confronto com a hermenêutica filosófica, quanto para destacar um ponto específico desse debate em que alguns autores ainda insistem ao criticarem Gadamer.

Emílio Betti desenvolveu não só uma teoria da interpretação jurídica. Sua principal intenção foi desenvolver uma teoria geral da interpretação que englobasse, inclusive, a interpretação jurídica.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 17.

Sabe-se que Betti foi um crítico de Heidegger e de Bultmann, cujas ideias de hermenêutica, por defenderem a inevitabilidade de uma estrutura de compreensão prévia a qualquer entendimento, foram por ele chamadas de heréticas.¹⁷⁴ Na mesma linha dessa crítica, iniciou um interessante debate com Gadamer que perdurou por algumas décadas.

O roteiro dos escritos segue a seguinte ordem¹⁷⁵: em 1954, Betti publica um manifesto chamado Para uma Fundação de uma Teoria Geral da Interpretação (*Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*). Tal livreto traz as bases das mais de 1000 páginas que foram publicadas em sua volumosa obra Teoria Geral da Interpretação (*Teoria General della Interpretazione*) de 1955; em 1960, Gadamer publica Verdade e Método com algumas críticas à teoria bettiana; em 1961, Betti faz uma análise crítica da teoria gadameriana em Hermenêutica Histórica e Historicidade da Compreensão (*Historische Hermeneutik und Geschichlichkeit des Verstehens*); no mesmo ano, responde Gadamer num artigo chamado Hermenêutica e Historicismo, colacionado no segundo volume de Verdade e Método; em 1962, Betti publica Hermenêutica como Metodica Geral das Ciências do Espírito (*Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*); em 1965, Gadamer retoma o debate no prefácio da segunda edição de Verdade e Método I; em 1978, Gadamer publica Emilio Betti e a Herança Idealista. Gadamer ainda mencionaria a teoria bettiana em dois artigos específicos: Hermenêutica Clássica e Filosófica e Palavra e Imagem – tanto de verdade quanto de ser.

Esse debate já foi objeto de alguns estudos. Todavia, pelo fato de ter sido o primeiro contato entre a hermenêutica filosófica e uma hermenêutica jurídica essencialmente metodológica, é importante reprimir alguns pontos dessa contenda.

A intenção de Betti era diferenciar a interpretação feita pelo historiador daquela feita pelo jurista. Betti teve uma preocupação especial com essa distinção tanto porque ele mesmo exercia as duas atividades quanto porque ele se utilizaria dessa distinção para elaborar uma teoria da interpretação jurídica defensável frente às insuficiências do positivismo da época. Além disso, Betti intentava elaborar não somente uma teoria da interpretação jurídica, mas uma teoria geral da interpretação, que desse conta de todas as atividades interpretativas da vida humana.¹⁷⁶

¹⁷⁴ BETTI, Emilio. *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*. Tübingen: Mohr, 1988.

¹⁷⁵ PESSÔA, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti*: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.90-92.

¹⁷⁶ “Nesse ponto, cresce em nós agora também a obrigação de, principalmente, esclarecer a diferença que consiste entre a interpretação histórica e a jurídica, e a partir daí oferecer uma visão geral sobre os diferentes tipos de interpretação, de acordo com sua respectiva função no contexto de uma teoria geral”. No original: “An dieser Stelle erwächst uns nun auch die Pflicht, vor allem den Unterschied zu beleuchten, welcher zwischen

Neste tópico, três pontos da teoria de Betti são comentados: sua tipologia de interpretações, a conseqüente distinção entre historiador e jurista e a distinção entre significado e significância – que será, todavia, tratada no próximo capítulo.

O primeiro ponto diz respeito à tipologia das interpretações levada a cabo por Betti. Dentro da perspectiva de sua teoria geral da interpretação, Betti fez uma divisão dos diferentes tipos de interpretação em três diferentes grupos. O critério que leva Betti a diferenciar cada tipo de interpretação é a função que cada um desempenha, isto é, a finalidade que almeja o intérprete com o objeto a ser interpretado.¹⁷⁷

A primeira função é a de puro conhecimento ou reconhecimento, também chamada de função cognitiva. Seu objetivo é tão somente uma determinação epistemológica do sentido, isto é, qual o verdadeiro sentido do objeto interpretado. A função cognitiva visa o puro entendimento. As interpretações que objetivam alcançar a função de reconhecer são a interpretação filológica, a interpretação histórica e a interpretação técnica em função histórica.

A segunda função é a de imitação ou descrição, também chamada de função reprodutiva. Seu objetivo não se resume em tão somente compreender um objeto, mas toma a compreensão como um meio para outro objetivo, que é tornar esse objeto compreensível para um grupo de leitores ou uma audiência. As interpretações que não têm somente uma função cognitiva como também uma função reprodutiva são a interpretação que lida com a tradução, a interpretação dramática e a interpretação musical.

A terceira função é a normativa. Seu objetivo também não se resume em compreender um objeto e também tem um objetivo posterior, que é o de produzir uma máxima de decisão ou uma diretriz de uma ação com a finalidade de tomar uma posição na vida social. As interpretações que visam atingir essa função normativa são a interpretação jurídica, a interpretação teológica e a interpretação psicotípica.

A tipologia das interpretações feita por Betti possui um critério de classificação: a função desempenhada por cada tipo de interpretação. De acordo com essa classificação, as interpretações com função cognitiva teriam apenas uma etapa: a de conhecer o objeto interpretado. A compreensão do sentido de uma obra já satisfaz tais interpretações. Assim, a interpretação cognitiva é aquela feita, por exemplo, pelo historiador e pelo filólogo, que se

historischer und juristischer Interpretation besteht, und von dort aus einen Überblick über die verschiedenen Typen der Auslegung, nach ihrer jeweiligen Funktion im Rahmen einer allgemeinen Theorie geordnet darzubieten.“. Cf. BETTI, Emilio. **Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre**. Tübingen: Mohr, 1988, p. 43.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 64-68.

preocupam em compreender o sentido dos textos que leem, de maneira que, ao alcançar a compreensão de seu objeto, o objetivo de sua interpretação cessa.

Mas as interpretações com função reprodutiva e normativa teriam uma etapa posterior. A interpretação com função reprodutiva é utilizada não só para a compreensão do sentido de um texto como também, e essa é a etapa seguinte, para permitir que outros entendam tal sentido. Assim, essa interpretação é aquela feita pelo tradutor, pelo músico e pelo ator, que se preocupam em compreender o sentido dos textos que leem, mas precisam reproduzir (traduzindo/encenando/atuando) esse sentido para outras pessoas.

Por sua vez, a interpretação com função normativa é utilizada não só para a compreensão do sentido como também, e essa é a etapa seguinte, para que se possa atuar no mundo da vida por meio de uma decisão. Assim, essa interpretação é aquela feita pelo jurista e pelo teólogo, que se preocupam em entender o sentido dos textos que leem, mas precisam aplicar esse sentido a um caso concreto a fim de interferir na vida prática.

O que importa destacar é que, a depender da função, a interpretação se completa com uma ou duas etapas. Como bem atentou Pessoa, nas interpretações do primeiro grupo, a compreensão é condição necessária e suficiente para que o intérprete alcance a solução correta, enquanto nas interpretações do segundo grupo, a compreensão é condição necessária, mas não suficiente para o alcance da solução correta.¹⁷⁸

Essa divisão de interpretações foi, particularmente, útil a Betti, porque lhe serviu para distinguir a atuação do historiador do direito da atuação do operador do direito ou jurista. Por um lado, o historiador do direito estaria preocupado tão somente em entender o sentido dos textos antigos e, por isso, realizaria uma interpretação recognitiva. O jurista, por outro lado, preocupava-se em compreender textos, inclusive antigos, mas também tinha a tarefa de atualizá-los no presente.

Como consequência, essa distinção lhe permitiu fazer um ataque ao positivismo legal quanto a suas insuficiências, mas sem recair nas críticas antipositivistas da Escola do Direito Livre que davam uma margem de atuação arbitrária considerável para o julgador. Enquanto o historiador jurídico estaria preocupado tão somente com a reconstrução do sentido do texto, o jurista estaria preocupado tanto com essa reconstrução quanto com a adequação desse sentido ao caso que lhe é posto. Dessa maneira, o juiz deveria, à maneira de um historiador, buscar o sentido original das leis. A interpretação recognitiva permitiria ao intérprete saber o sentido querido pelo legislador. Mas se o juiz realizasse somente essa etapa

¹⁷⁸ PESSÔA, *op. cit.*, p. 96.

inicial da interpretação, mais cedo ou mais tarde, ele se defrontaria com as insuficiências do positivismo. Por isso, a saída apontada por Betti foi a interpretação normativa. Essa segunda etapa não deixava o juiz vinculado a um sentido preso a um momento histórico para resolver um conflito de interesses, mas o permitiria adequar a norma a uma realidade social diversa daquela em que foi criada.¹⁷⁹ É nessa etapa que o juiz realiza a analogia, a interpretação extensiva e restritiva, “introduzindo um elemento no processo de interpretação que vai além da simples tarefa de uma investigação de sentido puramente cognitiva”, à qual se adiciona “a tarefa seguinte de adaptação e assimilação, isto é, de melhoramento e aplicação, mirando o posterior sistemático desenvolvimento das normas jurídicas e demandas religiosas [...] e de trazê-las mais perto para a atualidade da vida contemporânea.”¹⁸⁰

Uma das críticas de Gadamer a Betti foi, justamente, direcionada a essa tipologia das interpretações. Quanto à cisão entre interpretação cognitiva e a interpretação normativa, diz o seguinte:

De fato, a teoria da hermenêutica que chega até nossos dias cai em distinções que ela mesma não pode sustentar. Isso se torna visível, onde se aspira a uma teoria geral da interpretação. Quando se diferencia interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva, como E. Betti fez em sua Teoria Geral da Interpretação, obra construída com admirável conhecimento e percepção, então se cai em dificuldades ao se submeter os fenômenos a essa divisão. Isso vale em primeiro lugar para a *interpretação praticada nas ciências* [...] De fato, a cisão entre a função cognitiva e a normativa atravessa toda hermenêutica teológica e dificilmente deixa separar o conhecimento científico de sua consequente aplicação edificante. A mesma cisão atravessa a interpretação jurídica, uma vez que o conhecimento dos sentidos dos textos jurídicos e a aplicação dos mesmos a casos jurídicos concretos não são dois atos separados, mas um processo unitário.¹⁸¹ (grifo nosso)

¹⁷⁹ A justificativa do posicionamento de Betti é explicitada por Pessôa: “seu objetivo era o de organizar a atividade do aplicador do direito de forma que esse último, no seu ofício, levasse em conta duas exigências fundamentais: as decisões buscadas deveriam ser ligadas a normas, o que aproxima Betti do positivismo e afasta-o da Escola do direito.” livre. *Ibid.*, p. 98-99.

¹⁸⁰ No original: “It is immediately apparent that the required integration or restriction, nowadays known as analogy, extensive and restrictive interpretation, introduces an element into the process of interpretation that goes beyond the simple task of the purely cognitive investigation of meaning, and which adds to it the further task of adaptation and assimilation, that is, one of improvement and application aimed at the systematic further development of legal norms and religious demands within their existing life structures, and of bringing them closer to the actuality of contemporary life.” Cf. BETTI, Emilio. *Methodology of the Geisteswissenschaften*. In: ARMISTON, Gayle L. (ed.); SCHRIFT, Alan D. (ed.). **The hermeneutic tradition: from Ast to Ricoeur**. Albany, Nova York: State University of New York Press, p. 176.

¹⁸¹ No original: „In der Tat fällt die bisherige Theorie der Hermeneutik in Unterscheidungen auseinander, die sie selbst nicht aufrechterhalten kann. Das wird gerade dort sichtbar, wo eine allgemeine Theorie der Interpretation angestrebt wird. Wenn man etwa kognitive, normative und reproduktive Auslegung unterscheidet, wie das E. Betti in seiner aufbewunderswerter Kenntnis und Überschau aufgebauten >Allgemeinen Theorie der Interpretation< getan hat, so gerät man bei der Zuordnung der Phänomene zu dieser Einteilung in Schwierigkeiten. Das gilt zunächst für die in den Wissenschaften geübte Auslegung. [...] De fato, a cisão entre a função cognitiva e a normativa caminha por toda hermenêutica teológica e dificilmente deixa separar o conhecimento científico de sua consequente aplicação edificante. In der Tat geht der Riß zwischen kognitiver und normativer Funktion mitten durch die theologische Hermeneutik und läßt sich schwerlich dadurch schließen, daß man die wissenschaftliche Erkenntnis von nachfolgender erbaulicher Anwendung unterscheidet. Der gleiche Riß geht offenkundig auch mitten durch die rechtliche Auslegung, sofern Erkenntnis des Sinnes

Em seguida, quanto à cisão entre a interpretação recognitiva e a interpretação reprodutiva:

Mas, mesmo aquela interpretação que parece mais afastada dos tipos de interpretação tratados até agora, refiro-me à *interpretação reprodutiva*, presentes na poesia e na música – que só ao serem executadas tem elas sua própria existência -, dificilmente é uma forma autônoma de interpretação. Também a atravessa a cisão entre função cognitiva e normativa. Ninguém irá encenar um drama, recitar um poema ou executar uma composição musical se não o fizer compreendendo o sentido originário do texto, mantendo-o como referência de sua reprodução ou interpretação. Mas, da mesma maneira, ninguém poderia realizar essa interpretação reprodutiva sem atentar, nessa transposição do texto para uma forma sensível, aquele outro momento normativo que limita as exigências de uma reprodução estilisticamente justa em virtude das preferências de estilo do próprio presente. Se nos conscientizarmos plenamente de como a tradução de textos estrangeiros ou mesmo sua reformulação poética, mas também a correta declamação de textos, realizam por si mesmas um desempenho explicativo parecido ao da interpretação filológica, de maneira que não existem de fato fronteiras nítidas entre um e outro, então já não poderemos evitar a conclusão de que a distinção entre a interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva não pode pretender uma validade fundamental, uma vez que circunscreve um fenômeno unitário.¹⁸² (grifo nosso)

Gadamer reafirmou sua discordância em relação à divisão proposta por Betti em Betti e a Herança Idealista:

O quanto não precisava parecer ainda mais insatisfatório para mim o modo como Betti apresentava sua doutrina dos tipos de interpretação! Neste ponto, ele colocou a assim chamada interpretação científica totalmente por si e cindiu-a completamente da aplicação reprodutiva tanto quanto da aplicação prática. Ao invés de destacar no artista reproduzidor, no juiz ou no pastor de almas praticantes em primeiro lugar o momento cognitivo e só então introduzir, como condições limitadoras, a realização por meio de um fazer criador, a coisa inverteu-se formalmente para ele. O objetivismo ingênuo, por meio do qual buscou distinguir a interpretação científica, obrigou-o a afastar daí completamente essas outras formas da interpretação, ou seja, afastar a interpretação criadora – ao invés de reconhecer justamente a indissolubilidade de compreensão e interpretação em todas elas. Ele não estava disposto a admitir que as decisões adicionais que têm de ser tomadas pelo tradutor, pelo artista e pelo músico, assim como as decisões práticas do juiz ou do pastor de almas, emergem na compreensão e fazem valer totalmente o critério de medida da compreensão “correta”. [...] O momento querigmático para os teólogos e a aspiração por uma solução justa para os juízes e para o tribunal permanecem normativos no mesmo sentido. Isto deixa claro que o conceito de objeto e de objetividade não é

eines Rechtstextes und Anwendung desselben auf den konkreten Rechtsfall nicht zwei getrennte Akte sind, sondern ein einheitlicher Vorgang.“ GADAMER, WM, p. 315; VM, p. 409.

¹⁸² No original: “Aber selbst diejenige Auslegung, die von den bisher behandelten Arten der Auslegung am weitesten entfernt scheint, ich meine die reproduktive Auslegung, in der Dichtung und Musik zur Aufführung kommen - und erst im Gespieltwerden haben sie ihre eigentliche Existenz -, ist schwerlich eine selbständige Weise der Auslegung. Auch durch sie geht der Riß zwischen kognitiver und normativer Funktion. Niemand wird ein Drama inszenieren, eine Dichtung vorlesen oder eine Komposition zur Aufführung bringen können, ohne den ursprünglichen Sinn des Textes zu verstehen und in seiner Reproduktion und Auslegung zu meinen. Aber ebenso wird niemand diese reproduktive Auslegung leisten können, ohne in der Umsetzung des Textes in die sinnliche Erscheinung jenes andere normative Moment zu beachten, das die Forderung einer stilgerechten Wiedergabe durch den Stilwillen der eigenen Gegenwart begrenzt. Wenn wir vollends daran denken, wie die Übersetzung fremdsprachlicher Texte oder gar ihre dichterische Nachbildung, aber auch das richtige Vorlesen von Texten mitunter die gleiche Erklärungsleistung von sich aus übernehmen wie die philologische, so daß beides ineinander übergeht, dann läßt sich dem Schluß nicht ausweichen, daß die sich aufdrängende Unterscheidung kognitiver, normativer und reproduktiver Auslegung keine grundsätzliche Geltung hat, sondern ein einheitliches Phänomen umschreibt.“ GADAMER, WM, p. 315-316; VM, p. 409-410.

suficiente quando o que está em questão não é o domínio de um objeto e a superação de uma resistência, mas a reconquista de uma participação no sentido. É isso, porém, que denominamos compreensão.¹⁸³

Gadamer discordava de Betti que era possível cindir a interpretação científica das outras interpretações. Para ele, em todo tipo de interpretação, o entendimento do objeto está implicado, não só num momento inicial estanque, mas a todo momento. Quando o músico ou o tradutor praticam a interpretação reprodutiva ou quando o juiz ou o teólogo praticam a interpretação normativa, estão compreendendo seu objeto mesmo no momento em que realizam essas interpretações correspondentes, não apenas como um etapa estanque prévia.

Na mesma esteira, Gadamer também discordava de Betti quanto à diferença de interpretação feita pelo historiador do direito daquela feita pelo jurista. Se a distinção entre a interpretação recognitiva e a interpretação normativa não se sustentava, por consequência, a distinção entre a compreensão realizada pelo historiador e a realizada pelo jurista também não poderia se sustentar.

Naturalmente, Gadamer estava atento à diferença de tarefas desempenhadas por cada função e às consequências de cada uma. Enquanto a tarefa do historiador é mais teórica e não produz tantas consequências na vida prática, a tarefa do juiz produz consequências diferentes, como mandar alguém para a prisão ou garantir um direito a alguém. O que não é univocamente diferente, pontua Gadamer, é a existência de um interesse puramente histórico, típico do historiador, e a de um interesse dogmático-normativo, típico do juiz: “Nossa pergunta é saber *se a diferença entre o interesse dogmático e o histórico é um inequívoco.*” (grifo do autor).¹⁸⁴

Intuitivamente, é fácil concordar com o fato de que o juiz realiza uma aplicação. Para Betti, a aplicação era uma etapa posterior a uma etapa de conhecimento do sentido da lei; para Gadamer, toda compreensão já era uma aplicação, mas ele toma o exemplo do juiz para explicar isso. Só que não é tão intuitivo imaginar como se ocorre a aplicação para alguém que não interfere na vida prática como o juiz. Por isso, Gadamer procurou demonstrar como se dá a aplicação na tarefa do historiador e por que não se diferenciava da tarefa do juiz. Assim, diz Gadamer:

Muito diferente ocorre com o historiador do direito. Aparentemente, ele lida com nada além do sentido original da lei, como foi intencionado e valorado, quando ela foi promulgada. Mas como ele pode reconhecer isso? Pode ele compreendê-lo sem tornar-se consciente da mudança de relações que separam seu presente daquele

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. Betti. In: **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de: Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012, p. 457.

¹⁸⁴ No original: “Unsere Frage ist dabei, ob der Unterschied zwischen dogmatischem und historischem Interesse ein eindeutiger ist.”. Cf. GADAMER, WM, p. 331; VM, p. 427.

momento original? Não deve ele fazer exatamente o que o juiz faz, isto é, diferenciar o sentido original do texto legal desse outro jurídico, em cuja pré-compreensão ele vive como homem do presente? Nisso parece a mim a situação hermenêutica para o historiador a mesma que para o jurista, que nós vivemos, diante de todo e qualquer texto, numa expectativa de sentido imediato. Um acesso imediato ao objeto histórico que proporcione objetivamente seu valor posicional não pode existir. O historiador precisa realizar a mesma reflexão que também o historiador realiza.¹⁸⁵

Para Gadamer, o historiador também realiza uma aplicação porque, ao compreender, sempre aplica o conhecimento a uma situação presente, ainda que não tenha consequências práticas como no caso do juiz que manda alguém para a prisão.

Grondin explica um pouco mais como é o papel da aplicação realizada pelo historiador, apontando pelo menos três formas de como essa aplicação se dá - o que acontece também para o juiz e, em última análise, para qualquer um que compreende.¹⁸⁶

A primeira forma da aplicação se dá num nível mais geral e óbvio, o historiador não pode compreender uma lei sem compreender seu possível campo de aplicação no passado, pois a lei foi instituída para lidar com específicas situações do passado.¹⁸⁷ Assim, o historiador investiga as condições contextuais do passado para descobrir a que situação foi aplicada.

Na segunda forma da aplicação, o historiador que reflete sobre a lei do passado também está atento às transformações históricas a que a lei os contextos jurídicos foram sujeitos e, nesse ponto, suas reflexões se assemelham com a do juiz, que precisa levar em consideração essa mudança histórica quando aplicando a lei a um novo e diferente contexto. Nesse sentido, historiador e juiz realizam uma reflexão histórica que tem implicações para a compreensão e a aplicação do direito.¹⁸⁸ Aqui a preocupação é com o desenvolvimento das circunstâncias históricas e com a identificação das implicações para o sentido da lei.

Na terceira forma da aplicação, o historiador não pode compreender uma lei sem suas próprias expectativas jurídicas e seu senso do que é certo, mesmo que o historiador estude contextos diferentes do seu. Um exemplo elucidativo é o seguinte: suponha que um

¹⁸⁵ No original: "Ganz anders der Rechtshistoriker. Er meint anscheinend nichts weiter als den ursprünglichen Sinn des Gesetzes, wie es gemeint war und galt, als es erlassen wurde. Aber wie kann er denselben erkennen? Kann er ihn erfassen, ohne sich den Wandel der Verhältnisse bewußt zu machen, der seine Gegenwart von damals trennt? Muß er insofern nicht genau dasselbe tun, was der Richter tut, nämlich den ursprünglichen Sinngehalt des Gesetzestextes von demjenigen Rechtsgehalt unterscheiden, in dessen Vorverständnis er als Gegenwärtiger lebt? Darin scheint mir die hermeneutische Situation für den Historiker wie für den Juristen die gleiche, daß wir jedem Text gegenüber in einer unmittelbaren Sinnerwartung leben. Ein unmittelbares Zugehen auf den historischen Gegenstand das seinen Stellenwert objektiv ermittelte, kann es nicht geben. Der Historiker muß die gleiche Reflexion leisten, die auch den Juristen leitet. ". Cf. GADAMER, WM, p. 332-333; VM, p. 429-430.

¹⁸⁶ GRONDIN, Gadamer's interest for legal hermeneutics, p. 12.

¹⁸⁷ *Ibid.*, loc.cit.

¹⁸⁸ *Ibid.*, loc.cit.

historiador estude uma disposição jurídica segundo a qual era permitido em tempos antigos deixar recém-nascidos com alguma deficiência física ou intelectual morrer de fome até a morte. Hoje, isso seria considerado reprovável, mas o historiador sempre compreenderá essa avaliação do passado a partir de sua própria expectativa do que seja justo e do que tornou isso justo no passado. Como diz Grondin: “Nós sempre compreendemos assuntos de certo ou errado, bom ou mau, implicando neles nós mesmos.”¹⁸⁹

Gadamer destaca a figura do juiz porque é bastante claro que sua atuação não é, meramente, teórica ou contemplativa. Ele não está interessado no estudo do direito pelo seu puro interesse nem o estuda tendo em vista uma pretensa objetividade do sistema jurídico. Sua função é compreender as leis e está sujeita ao caso particular e à justiça concreta. A hermenêutica jurídica, por isso, não é um saber de dominação, mas um saber de serviço.¹⁹⁰

Os pontos do debate entre Gadamer e Betti foram aqueles em torno da tipologia da interpretação bettiana e da distinção entre a tarefa do historiador e a do juiz. Há outro ponto que merece ser destacado, que será abordado mais à frente. Por ora, é importante analisar outro ponto da hermenêutica filosófica que pode ser útil ao jurista: a possibilidade de uma interpretação correta.

2.3 A possibilidade de interpretação correta na hermenêutica filosófica

Talvez um das coisas que moveu a humanidade tenha sido a busca por segurança. No direito não é diferente. Não é por outro motivo que um dos pilares do estudo do direito seja a busca por segurança, especificamente, a segurança jurídica. Mas a busca por essa segurança passa pela necessidade de uma compreensão mínima de textos fora de qualquer dúvida. A clareza normativa, a existência de um sentido facilmente apreensível pelos destinatários da norma é um dos aspectos da segurança jurídica.¹⁹¹ Assim, sob o ponto de vista de um texto jurídico, a própria ideia de segurança jurídica está às voltas com a esperança de um acordo a respeito do significado dos textos.

Desde o princípio das teorias hermenêuticas no direito, ou acreditava-se na suficiência da interpretação literal das leis ou almejava-se encontrar métodos que permitissem a compreensão correta dos textos quando houvesse dúvida a respeito do sentido. Assim dizem os principais representantes do século XIX. Para Savigny, por exemplo, “interpretação é

¹⁸⁹ No original: “We always understand matters of right or wrong, good or evil, by investing ourselves in them”. Cf. *Ibid.*, 13.

¹⁹⁰ Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

¹⁹¹ Cf. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 320.

reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”,¹⁹² realizada por algumas regras. Lieber, numa visão mais intencionalista, entende interpretação como a arte de encontrar o verdadeiro sentido das palavras, sendo esse sentido o correspondente à intenção de seu autor; para Lieber, interpretação também é entendida como a arte que ensina os princípios em conformidade com os quais se deve proceder para encontrar tal sentido verdadeiro.¹⁹³

De qualquer maneira, a influência filosófica que sofriam os juristas era uma: a hermenêutica metodológica principiada por Schleiermacher. E essa é uma das hermenêuticas contra que se levanta Gadamer. Mas se essa hermenêutica a ser superada esperava encontrar um método que garantisse objetividade na interpretação, o que dizer da hermenêutica filosófica, contrária, em princípio, à ideia de que a compreensão é sujeita a um método?

Então se deve perguntar: ensina a hermenêutica filosófica a realizar uma interpretação (ou uma compreensão) correta ou adequada? Hermenêutica sempre foi entendida como a arte ou a ciência que proveria um conjunto de técnicas para o bem entender. Não é de se esperar que a hermenêutica de Gadamer também se preocupasse com esse desiderato?

De antemão, deve-se destacar aquilo que Gadamer não pretendeu com sua hermenêutica. Por isso, já no prefácio à segunda edição de seu *Verdade e Método*, diz:

Sendo assim, resumamos brevemente a intenção e as pretensões da obra, no seu conjunto: O fato de eu ter-me servido da expressão “hermenêutica”, que vem carregada de uma longa tradição, conduziu certamente a mal-entendidos. *Não foi minha intenção* desenvolver uma “doutrina da arte” do compreender, como pretendia ser a hermenêutica mais antiga. *Não pretendia* desenvolver um sistema de regras artificiais capaz de descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou que pudesse até guiá-lo. *Minha intenção* tampouco foi investigar as bases teóricas do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar em práticas os conhecimentos adquiridos.¹⁹⁴ (grifos nossos)

Não era a intenção de Gadamer se ocupar da preocupação que sempre guiou a hermenêutica tradicional, que era a descoberta de métodos que facilitassem a compreensão de algum texto. Esse era o objetivo da hermenêutica bíblica para os textos bíblicos; da

¹⁹² SAVIGNY, Carl Friedrich von. **Metodologia jurídica**. Tradução: Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas-SP: Edicamp, 2001, p. 10.

¹⁹³ No original: “Interpretation is the art of finding out the true sense of any form of words: that is, the sense which their author intended to convey, and of enabling others to derive from them the same idea which the author intended to convey. [...] Sometimes interpretation signifies, likewise, the art which teaches us the principles, according to which we ought to proceed in order to find the true sense.”. Cf. LIEBER, Francis. **Legal and political hermeneutics**: or principles of interpretation and construction in law and politics, with remarks on precedents and authorities. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1839, p. 23.

¹⁹⁴ GADAMER, VM, p. 14.

hermenêutica filológica para os textos antigos; da hermenêutica jurídica para os textos jurídicos. Não era, contudo, de acordo com Gadamer, o objetivo de sua hermenêutica filosófica. Sua intenção era, eminentemente, transcendental. Com a terminologia kantiana, sua hermenêutica se pergunta como é possível a compreensão.¹⁹⁵ Alerta Gadamer desde cedo:

Se das investigações apresentadas aqui surgir alguma consequência prática, isso certamente não ocorre para um “engajamento” não científico, mas em vista da probidade “científica” de reconhecer o engajamento que atua em todo compreender. *Minha verdadeira intenção*, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer.¹⁹⁶

Dessa maneira, em vez de um conjunto de regras para a interpretação contidas numa doutrina de método, o que Gadamer propõe é antes uma teoria da experiência real, que é o pensamento,¹⁹⁷ uma fenomenologia do evento da compreensão.¹⁹⁸ Gadamer intenta demonstrar como se dá a compreensão, queiramos ou não, estando em questão não o que fazemos ou o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer.¹⁹⁹

Entendido o objetivo de Gadamer, pode-se fazer a seguinte indagação: considerar o que acontece no evento da compreensão não implicaria reconhecer uma espécie de compreensão correta? Melhor dizendo: se o que Gadamer diz é o que de fato acontece quando se compreende algo, isso não quer dizer que o processo de compreensão de algo só possa ocorrer quando o processo descrito por Gadamer ocorre? Mais: a pretensão de estar numa posição privilegiada que lhe permite descrever o fenômeno “compreensão” não quer dizer, em última análise, que há algumas indicações normativas, ou prescrições, de como proceder para compreender corretamente?

Conforme os trechos citados há pouco, é difícil depreender isso de Gadamer. No entanto, há boas indicações no sentido de que há. Nesse sentido, veja-se como se posiciona Schmidt:

A tarefa de Gadamer na hermenêutica filosófica é demonstrar como se pode obter a compreensão correta fundamentando as estruturas prévias da compreensão nas coisas em si. Enquanto Heidegger revela a compreensão como uma estrutura ontológica do ser humano, Gadamer examina a compreensão epistemologicamente. Ele descreverá a experiência da verdade, ou *como alcançar a compreensão correta*. Como estamos interessados em compreender corretamente, esta descrição implica em prescrições para a compreensão correta.²⁰⁰ (grifos nossos)

¹⁹⁵ GADAMER, VM, p. 16.

¹⁹⁶ GADAMER, VM, p. 14.

¹⁹⁷ GADAMER, VM, p. 23.

¹⁹⁸ GRONDIN, Le passage de l’herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer, p. 18.

¹⁹⁹ GADAMER, VM, p. 14.

²⁰⁰ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução: Fábio Ribeiro. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012, p. 146.

Schmidt deixa claro que, para Gadamer, há sim uma compreensão correta a ser almejada e que a descrição de Gadamer implica em prescrições. Pode-se até discordar desse trecho em específico de Schmidt, alegando que seja impossível uma compreensão correta como sendo uma compreensão única de algo, mas é sintomático que há um quê de prescritivo na descrição gadameriana da interpretação.

Nesse sentido, quais seriam as indicações de Gadamer para uma compreensão “correta”? Antes, é bom indicar que Gadamer preocupa-se em seu texto em contrapor a consciência hermenêutica, efetuada historicamente, à consciência histórica elaborada no século XIX, demonstrando as insuficiências desta frente àquela. Interessante é que, em dois momentos de sua obra, Gadamer fala da existência de uma “consciência hermeneuticamente formada” (*hermeneutisch geschultes Bewusstsein*)²⁰¹ para se referir a uma consciência formada no sentido de instruída, modelada, adestrada ou treinada (*geschult*) para a hermenêutica. É forçoso reconhecer que aí há uma assunção de que a consciência hermenêutica, defendida por Gadamer, pode ser, de alguma forma, instruída. Além disso, é sintomático que Gadamer utiliza o verbo “dever” para indicar pontos importantes da descrição do fenômeno da compreensão. Por exemplo, quando diz que a consciência hermeneuticamente formada deve mostrar-se receptiva à alteridade do texto.²⁰²

Que possíveis indicações, então, são essas que uma consciência hermenêutica deveria seguir para ser considerada instruída? É preciso ter em mente o primeiro critério eleito por Gadamer para uma compreensão correta: a coisa (*die Sache*). Apropriando-se do *insight* heideggeriano de círculo hermenêutico, Gadamer assevera que:

Toda interpretação correta precisa se resguardar da arbitrariedade de ideias e da estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e direcionar sua visão para “as coisas mesmas” (que, para os filólogos, são textos que têm sentido, que tratam, por sua vez, também de coisas). Esse deixar-se determinar pela coisa não é, evidentemente, para o intérprete uma única decisão “heroica”, mas, realmente, “a tarefa primeira, constante e última”.²⁰³

A consciência hermenêutica mira sempre a coisa, e a compreensão da coisa só é realizada com a adequação dos preconceitos à coisa. À medida que os preconceitos vão se

²⁰¹ GADAMER, WM, p. 273 e p. 304; VM, p. 358 e p. 395.

²⁰² GADAMER, WM, p. 273; VM, p. 358.

²⁰³ No original: “Alle rechte Auslegung muß sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmerklicher Denkgewohnheiten abschirmen und den Blick >auf die Sachen selber<richten (die beim Philologen sinnvolle Texte sind, die ihrerseits wieder von Sachen handeln). Sich dergestalt von der Sache bestimmen lassen, ist für den Interpreten offenkundig nicht ein einmaliger >braver< Entschluß, sondern wirklich ,die erste, ständige und letzte Aufgabe<..”GADAMER, WM, p. 271; VM, p. 355.

adequando à coisa, a compreensão vai se tornando mais adequada. É essa a essência do círculo hermenêutico gadameriano.²⁰⁴

Esse ponto é importante por que dissipa a ideia corriqueira de que a hermenêutica filosófica abre espaços para arbitrariedades na interpretação,²⁰⁵ o que redundaria num relativismo indesejado na hermenêutica textual. Como conseguimos nos proteger das próprias opiniões prévias ao dialogar com outros ou ao ler os textos? Como proteger-nos de mal-entendidos? O critério eleito por Gadamer é um e fornece, nas suas palavras, “um solo firme” ao “empreendimento hermenêutico”: compreender em conformidade com a coisa.²⁰⁶ A coisa deve ser privilegiada na compreensão.

Para a compreensão correta da coisa, deve-se atentar para duas atitudes: proteger-se do arbítrio das próprias opiniões e abrir-se para a alteridade do texto. Aquele que quer compreender não pode se entregar ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias e deve, desde o princípio, estar receptivo à alteridade do texto. Estar receptivo não é manter-se neutro em relação ao que a coisa tem a dizer, mas perceber as opiniões pessoais a respeito da coisa que vão surgindo à medida que se a vai compreendendo. A tarefa de quem compreende é apropriar-se das próprias opiniões e deixar que o texto apresente-se em sua alteridade. Dessa maneira, é possível cotejar a verdade da coisa com as próprias opiniões.²⁰⁷

O guia da compreensão é esse primeiro critério: a coisa. A exigência da compreensão correta é adequar os preconceitos à coisa.²⁰⁸ A coisa tem algo a dizer, e quem quer compreendê-la deve tanto apropriar-se de suas opiniões quanto deixar que a coisa fale. Essa é a primeira indicação.

A segunda indicação a respeito de uma compreensão correta é a concepção prévia da perfeição. Essa ideia de Gadamer é, basicamente, uma pressuposição formal: todo texto só pode ser compreendido se se pressupõe que há uma unidade de sentido perfeita e que aquilo que expressa é uma verdade perfeita. É uma pressuposição guiada por expectativas de sentido:

²⁰⁴ Todavia, é bom atentar que há diferenças importantes entre Heidegger e Gadamer a respeito do que seja esse círculo hermenêutico. Cf. tópico 1 sobre a historicidade da compreensão..

²⁰⁵ No direito, cf. SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Claudio p. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311 e s. O termo “hermenêutica” costuma ser relacionado a relativismos indesejáveis na ciência. Quem aproveitou essa característica do termo foram Sokal e Bricmont ao colocarem-no logo no título da famosa paródia crítica dos pensamentos atuais das ciências humanas. Cf. SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica. In: **Posturas intelectuais: o abuso das ciências pelos filósofos pós-modernos**. 4 ed. Tradução de: Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2010.

²⁰⁶ GADAMER, WM, p. 273; VM, p. 358.

²⁰⁷ *Ibid.*, *loc.cit.*

²⁰⁸ GRONDIN, Jean. Gadamer's basic understanding of understanding. In: DOSTAL, Robert(org.). **The Cambridge Companion to Gadamer**, v. 2002, p. 50, 2002.

a compreensão de textos é possibilitada pelas expectativas de sentido baseadas em nossa relação precedente com o assunto. É a partir dessa pressuposição que compreendemos os mais diversos tipos de mensagens. Quando essa unidade de sentido é quebrada, a compreensão cessa e então se intenta corrigir o que o texto quis dizer. Só quando se duvida da verdade daquilo que é dito no texto é que surge o esforço da compreensão.²⁰⁹ As antecipações que não se adequam a essa perfeição pressuposta acabam sendo trocadas por antecipações mais adequadas.²¹⁰

A terceira indicação a respeito de uma compreensão correta é o recurso à ajuda fornecida pela distância temporal. Essa indicação chegou a ser para Gadamer a solução para a questão crítica da hermenêutica: se toda compreensão parte de preconceitos e a compreensão correta é aquela em que os preconceitos estão adequados à coisa, como distinguir os preconceitos que possibilitam a compreensão e, portanto, são verdadeiros, dos preconceitos que levam a má-compreensão, à compreensão errônea, e, portanto, são falsos? A crença de Gadamer na importância da produção da história o levou a asseverar que isso só seria possível se se recorresse à distância temporal. Só depois, na quinta edição de suas obras completas, recuou e passou a considerar a distância temporal como um recurso que, frequentemente, mas não sempre, ajudaria a solucionar o problema da distinção dos preconceitos.²¹¹

A distância do tempo não é mais um abismo a ser superado, como acreditava o historicismo. Para se compreender, não é necessário deslocar-se ao espírito da época e tentar pensar como se pensava nessa época a fim de se conseguir a objetividade histórica. A distância temporal é positiva e é o que possibilita a compreensão. Como diz Gadamer, “não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz toda a tradição se mostra”.²¹²

A distância temporal é apenas um recurso para o intérprete. Um recurso que pode ser muito útil, mas que também está sujeito a críticas. Sabe-se, mesmo com Heidegger, que o recurso à história pode ser enganador, porque a história atua às vezes de modo encobridor e, a partir disso, afirmam-se princípios de interpretação que acabam por obstruir o acesso à coisa a ser compreendida. Nesses casos, é o salto para trás de interpretações históricas poderosas que é enriquecedor. Ademais, o recurso à distância temporal não é muito útil quando aquilo que se

²⁰⁹ GADAMER, WM, p. 299-300; VM, p. 389-390.

²¹⁰ GRONDIN, What is the hermeneutical circle?, p. 13.

²¹¹ Essa correção de seu pensamento é encontrada na nota de rodapé de Verdade e Método (cf. GADAMER, WM, p. 304; VM, p. 395 e _____. **Gesammelte Werke**, Band 2. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993, p. 64.)

²¹² No original: “Er ist nicht ein gähnender Abgrund, sondern ist ausgefüllt durch die Kontinuität des Herkommens und der Tradition, in deren Lichte uns alle Überlieferung sich zeigt”. GADAMER, WM, p. 302; VM, p. 393.

intenta compreender é contemporâneo.²¹³ O exemplo da distância temporal como recurso para uma compreensão correta demonstra uma fé ou um otimismo de Gadamer na história, reminescente de Hegel.²¹⁴

Uma quarta indicação para uma compreensão correta é, basicamente, a necessidade de compreender como funciona a compreensão. A consciência hermenêutica que percebe como se dá o círculo hermenêutico e como a história produz seus efeitos sobre a compreensão torna-se mais facilmente consciente de seus próprios preconceitos e mais preparada para que o confronto entre esses preconceitos e os textos objeto de seu estudo. Afinal, a tarefa da hermenêutica não é escapar do reino dos preconceitos, pois isso é algo impossível; sua tarefa é desenvolver os preconceitos corretos, que são aqueles que permitem abrir-se para alteridade, isto é, ouvir o que o outro tem a dizer.²¹⁵

Essa indicação é fundamental para o desiderato da tarefa hermenêutica de compreender. Entender todo o fenômeno do evento da compreensão - sabendo-se, de antemão, que toda compreensão é preconceituosa, que se direciona a algo dotado de uma perfeição prévia (que pode ou não ser compatível com os preconceitos), que há uma ação inescapável da história para a compreensão, tanto no sentido de determinar quanto no sentido de fornecer indícios de para a compreensão – permite àquele que compreende estar vigilante a seus próprios preconceitos. A percepção desse processo deve ter como guia o critério para toda e qualquer compreensão: a coisa que se quer compreender. Assim, seguindo essa indicação, que, no final, é o conjunto das indicações prévias, pode-se dizer que se consegue preparar a consciência hermenêutica para uma compreensão correta.

Todavia, não se pode deixar de mencionar as críticas direcionadas a Gadamer quanto a esse assunto. Crítica fundamental foi a de Apel no sentido de que a hermenêutica gadameriana, embora demonstrasse as condições de possibilidade da compreensão, não fornecia uma resposta relevante ao problema das condições de validade da compreensão. Nesse sentido, uma de suas teses contra a argumentação gadameriana é a de que Gadamer “refere-se erroneamente a Kant e á ideia de filosofia transcendental”, minimizando a importância da *quaestio juris* na tarefa da filosofia.²¹⁶ Para Apel, o filósofo não deve “abdicar também de sua pretensão à justificação de uma validação normativamente relevante, ao

²¹³ GRONDIN, Introdução à hermenêutica filosófica, p. 189.

²¹⁴ *Id.*, What is the hermeneutical circle?, p. 13.

²¹⁵ *Ibid.*, What is the hermeneutical circle?, p. 13.

²¹⁶ APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: I. filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução: Paulo Astor Soethe. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 41.

proceder à sua *reflexão ex post factum*.²¹⁷(grifo do autor). Interpretando a obra de Apel, Costa chega a reconhecer a existência de indicações em *Verdade e Método* que demonstram uma preocupação da parte de Gadamer com a questão da validade (em boa medida, são as indicações elencadas neste tópico). Todavia, Costa, com referência a outras passagens de *Verdade e Método*, mostra a vacilação de Gadamer quanto ao tema validade, de modo que “a problemática da validade da compreensão, logo, a problemática da verdade, não é tematizada satisfatoriamente, isto é, quanto à questão da *validade*”.²¹⁸ Essa crítica é tão séria que leva a Costa afirmar que “Para Apel, portanto, dificilmente pode-se extrair de *Verdade e Método* uma resposta inequívoca à questão da compreensão adequada ou do progresso da compreensão.”²¹⁹ Esse, aliás, é um dos méritos de Apel reconhecidos por Oliveira.²²⁰

Outro exemplo é Ricoeur, para quem a hermenêutica havia chegado a um impasse por não ter um procedimento crítico. Para ele, era preciso enfrentar o problema da validade da interpretação – para cuja solução propôs a reintrodução da explicação na hermenêutica, onde deveria conviver com a compreensão.²²¹

De todo modo, esse é um problema que não toca diretamente o andamento desta pesquisa no sentido de demonstrar as insuficiências do intencionalismo. A pretensão desta pesquisa não é encontrar a teoria da melhor compreensão ou da compreensão mais correta; antes, pretende demonstrar a possibilidade uma compreensão não arbitrária dentro da relação fundamental entre direito e história. Por conseguinte, explicar que a histórica influencia, continuamente, a compreensão de hoje – e isso se revestirá de importância para a hermenêutica jurídica quando o jurista recorre a argumentos que não levam essa constatação em consideração, o que se pretende demonstrar no próximo capítulo.

²¹⁷ *Ibid.*, *loc.cit.*

²¹⁸ COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

²²⁰ “É um dos méritos do pensamento de K.-o. Apel ter distinguido, em contraposição à filosofia hermenêutica, duas questões, que não se excluem mas também não se confundem: a questão da ‘constituição’ do sentido e a questão de sua ‘justificação’. Ora, o que é propriamente específico da filosofia é a questão da justificação do sentido, cuja gênese, nas comunidades históricas, a hermenêutica tematiza.” Cf. OLIVEIRA, Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea, p. 262.

²²¹ SCHMIDT, *Hermenêutica*, p. 213.

3 O EXEMPLO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA CRÍTICA AO ARGUMENTO INTENCIONALISTA

“Legal interpretation takes place in a field of pain and death.”

“A interpretação jurídica toma lugar num campo de dor e morte.” (tradução nossa)

(COVER, Robert M. Violence and the Word. *The Yale Law Journal*, v. 95, n. 8, 1986, p. 1601.)

No segundo capítulo, foram expostos alguns pontos de contato entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Foram vistas as referências que Gadamer faz à hermenêutica jurídica em seu livro e, em seguida, foi visto o porquê de Gadamer ter escolhido a hermenêutica jurídica como paradigma para explicar como se dá a compreensão nas demais ciências do espírito. Em seguida, tratou-se do debate com Emilio Betti e de alguns dos principais pontos em torno dos quais girou a contenda. Por fim, tentou-se identificar em Verdade e Método indicações que podem ser tomadas pelo intérprete para alcançar uma interpretação que não seja arbitrária, mas correta e adequada.

Feito isso, neste terceiro capítulo, intenta-se responder a duas perguntas. É possível encontrar alguma relação entre o que Gadamer percebeu na hermenêutica jurídica e o que já haviam percebido outros importantes juristas? Ademais, a compreensão entendida como aplicação não traria um problema de legitimidade para o juiz enquanto intérprete?

3.1 O caráter produtivo da interpretação, um problema já notado na hermenêutica jurídica clássica: a progressiva formação do direito de Savigny e a construção jurídica de Lieber

A teoria de Gadamer tem uma percepção bastante própria da hermenêutica jurídica. Gadamer não era jurista, mas recorreu a alguns juristas, nos quais reconheceu um modelo de hermenêutica jurídica cujo funcionamento, em determinado ponto, foi-lhe útil. Gadamer tinha em mente um modelo de hermenêutica jurídica, e era esse modelo que serviria de paradigma para as ciências do espírito.

Com efeito, Gadamer se utiliza do modelo da hermenêutica jurídica para explicar a centralidade que adquiriu a aplicação para a compreensão. Como a aplicação foi sempre entendida como parte essencial da tarefa de julgar, Gadamer lhe deu uma importância específica. Daí ter ele iniciado um debate com Betti, que havia separado o momento da aplicação do momento da cognição. Nesse ponto, é possível até dizer que a localização da hermenêutica jurídica que Gadamer tem em mente é fortemente influenciada pelo modelo de Betti. Não é de todo arbitrário considerar que Betti exerceu uma influência decisiva, até porque a maioria de exemplos e distinções que Gadamer discute provém dele.²²²

Todavia, como já demonstrado, Gadamer discordava fundamentalmente de Betti no ponto em que este separava o momento do conhecimento do texto do momento da aplicação. Betti reconhecia, de fato, que no momento da aplicação o juiz adequava a norma às circunstâncias fáticas e, assim, não ficava restrito a um positivismo legalista - nesse ponto, é preciso fazer jus à contribuição bettiana. O que Gadamer defendia é que esse momento da aplicação não era típico da tarefa do juiz; na verdade, qualquer pessoa que se lança a compreender um texto, necessariamente, aplica esse texto a sua situação presente. A aplicação não é só uma tarefa típica do juiz, mas de qualquer cientista. E mais: a tarefa de aplicação não era um momento posterior ao da tarefa de conhecimento do sentido do texto; tais momentos eram apenas um, o de aplicação.

Dessa maneira, Gadamer destacava que a compreensão era sempre produtiva. Toda compreensão é sempre produção de sentidos. O juiz, quando julga, adequa a lei às exigências do caso concreto, atribuindo ao texto um sentido variável conforme cada caso. A compreensão da norma não ocorre como subsunção, pois os casos são experiências que não se repetem. O juiz, ao compreender a norma, já a compreende de maneira diferente, pois a compreensão varia a depender de sua situação presente.

Mas então se deve perguntar: essa ideia de que o juiz sempre produz novos sentidos em virtude seja da exigência do caso, seja da limitação do texto jurídico, não foi percebida por nenhum jurista? A perspectiva de Gadamer a respeito do caráter produtivo do direito é inovadora, mas atenta para um ponto já observado por alguns juristas.

Como visto, o próprio Betti reconheceu que na interpretação normativa, há a finalidade de produção de uma “*máxima de decisão*” ou uma “*guia de ação*” com o objetivo de uma tomada de posição de na vida social.²²³ Além disso, com respeito à complementação

²²² Cf. GRONDIN, Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics, p. 6.

²²³ BETTI, Zur Grundlegung einer allgemeiner Theorie, p. 54.

produtiva do direito, Gadamer faz referência direta à tarefa de concretização típica da ciência do direito, citando, especificamente, Karl Engisch.²²⁴

A tarefa de complementação produtiva do direito pode ser relacionada a algo já refletido por juristas mais antigos. Não foi algo percebido unicamente por Gadamer, mas utilizada por ele com um propósito de justificação de seu projeto filosófico. Naturalmente, tais juristas tinham outros objetivos que não o de Gadamer. Entretanto, diferentemente dele, eles não viam essa tarefa com bons olhos – embora, em última análise, reconhecessem a dificuldade de se ver livre dela.

Savigny já tinha reparado nesse caráter específico do direito. No volume 1 de seu Sistema de Direito Romano Atual, ele reserva um capítulo para tratar da interpretação das leis, definida assim por ele: “Esta operação intelectual tem por objeto o reconhecimento da lei em sua verdade; em outros termos, a lei, submetida ao critério de nossa inteligência, deve nos aparecer verdadeira.”²²⁵ Savigny reconhece que o juiz está sempre obrigado a dar um sentido a lei, principalmente às de maior obscuridade. Isso é da natureza mesma da função judicial.²²⁶ Com isso, rechaça a distinção entre interpretação autêntica (ou legal, pois realizada por outra lei), interpretação usual (baseada no costume), e a interpretação doutrinal (ato científico da inteligência). Essa distinção só subsistiria caso se considerasse a interpretação como meio para se conhecer o conteúdo de uma lei. Mas interpretação, essencialmente, é um ato livre da inteligência, e se direciona a toda e qualquer lei, inclusive àquela que pretende definir a interpretação de outra lei (interpretação autêntica).²²⁷

Mais à frente, Savigny analisa a opinião de autores que faziam a distinção entre interpretação gramatical e interpretação lógica, colocando-as em posições excludentes. Sabe-se que a interpretação gramatical tem por objeto o sentido das palavras, enquanto que a interpretação lógica tem por objeto o fim ou o motivo da lei. O uso de tais espécies dava-se da seguinte maneira: a regra é fazer a interpretação gramatical; a exceção, a interpretação lógica, pois esta, entendia-se consensualmente, se ab-rogava liberdades e deveria ser severamente vigiada. A interpretação lógica era entendida de diversas maneiras, como retificação da frase pelo pensamento da lei ou como complemento da lei pela via da analogia.²²⁸

²²⁴ GADAMER, WM, p. 335; VM, p. 432.

²²⁵ No original: “Esta operación intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley, sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecernos como verdadera.” Cf. SAVIGNY, Carl Friedrich von. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução: Jacinto Mesía e Manul Poley. Madrid: F. Gongóra y Compañía, 1878, p. 146.

²²⁶ *Ibid.*, p. 146-147.

²²⁷ *Ibid.*, p. 147-148.

²²⁸ *Ibid.*, p. 214-215.

Mas também, e até mais importante, ressalta Savigny, entendia-se sob a denominação de interpretação lógica um procedimento que “conduz a uma verdadeira modificação da lei”. Por meio de um procedimento lógico, o intérprete alteraria o sentido de uma lei, estendendo-o ou restringindo-o, mas sem referência ao realmente querido pelo legislador. O formalismo lógico levaria a uma alteração da finalidade da lei e, a partir de então, o intérprete colocar-se-ia acima do legislador, desconhecendo os limites de seus poderes. Nesse sentido, já não se estaria mais falando de interpretação, mas de desenvolvimento progressivo ou formação progressiva do direito.²²⁹ Diz Savigny:

O intérprete que pretende corrigir o pensamento da lei, sua realidade mesma e não sua aparência, coloca-se por cima do legislador e desconhece os limites de seus poderes: sua obra então não é interpretação, mas uma verdadeira formação do direito.²³⁰

Mas Savigny mesmo critica tal distinção. Ela é fruto de uma lógica rigorosa que não leva em consideração pelo menos dois pontos: a incerteza que geralmente se tem sobre o verdadeiro motivo da lei traz numerosos erros que acabam tornando arbitrária qualquer interpretação e ferindo o princípio da segurança das leis; e a possibilidade de o legislador ter tido em mente uma série de ideias intermediárias, mas distintas do motivo da lei, haurido pela interpretação, a ponto de o motivo que leva o intérprete a estender um sentido à lei poder se contrapor à verdadeira intenção do legislador. Por isso, diz Savigny:

No ponto em que, à consequência de um estudo profundo, não se desse matéria para estas duas objeções capitais, poderia recorrer-se com proveito à extensão ou à restrição retirada do motivo da lei, porém não como interpretação, senão como desenvolvimento progressivo do direito.²³¹

Assim, o próprio Savigny reconhece a existência de uma postura mais produtiva ou construtiva do juiz e titubeia ao defender uma interpretação que permitisse, com segurança, alcançar-se a verdadeira intenção do legislador. Por ora, o que importa é que ele admiti reconhece, sob certas condições institucionais, a legitimidade da formação progressiva do direito nos casos em que a lei é disfuncional em virtude de inconsistências ou

²²⁹ *Ibid.*, p. 216.

²³⁰ No original: “El intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley, su realidad misma y no su apariencia, se coloca por cima del legislador y desconoce los límites de sus poderes: su obra entonces no es la interpretación, sino una verdadera formación del derecho.” Cf. *Ibid.*, p. 216. Savigny utiliza a expressão “*Fortbildung des Rechts*” (cf. *idem. System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin: Bei Veit und Comp, 1840, p. 322 e p. 323). Na versão castelhana dessa obra, o tradutor utiliza ora a expressão “formação”, ora “desenvolvimento” (cf. *ibid.*, p. 216 e p. 217). Na versão inglesa, o tradutor preferiu “development of law” (cf. *idem. System of the modern law*. Tradução: William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867, p. 261 e p. 262).

²³¹ No original: “En el punto en que, á consecuencia de un estudio profundo, no se diera materia para estas dos objeciones capitales, podría recurrirse con provecho á la extension ó restriccion sacada del motivo de la ley, pero no como interpretación, sino como desenvolvimiento progresivo del derecho;” (cf. *ibid.*, p.

indeterminações.²³² No parágrafo 51, acaba aceitando que não se escapa da formação do direito e que o próprio judiciário deve lidar com esse fenômeno (sob as condições institucionais referidas):

Por último, se se trata de saber as regras mais apropriadas às necessidades da época atual, creio que, no domínio da interpretação verdadeira, deveria deixar-se ao juiz uma completa independência, proibindo-o tudo o que se tem considerado equivocadamente como interpretação; e, como de ordinário, os limites entre a interpretação pura e a formação do direito resultam bastante incertos, deveria existir uma autoridade superior cuja ação não estivesse embaraçada por essa distinção; dita autoridade, especialmente instituída para velar pelo progresso do direito (§31), haveria de intervir sempre que suscitasse dúvidas sobre a interpretação de uma lei.²³³

Outro importante jurista que pensou algo parecido sobre a possibilidade de uma interpretação produtiva foi Francis Lieber, não tão conhecido em países onde a maior influência foi do direito continental, como o Brasil. Nascido na Alemanha, mudou-se, por motivos de guerra, em 1826, para a Inglaterra e, em 1827, emigrou para os Estados Unidos, onde faria sua carreira e onde viria a falecer.²³⁴ É lá também onde publica suas principais obras, inclusive *Legal and Political Hermeneutics*, de 1839, que será responsável pela “americanização da hermenêutica”, permitindo ao público americano de então um acesso a um novo campo de pensamento.²³⁵

Do mesmo modo que Savigny²³⁶, é influenciado pela hermenêutica romântica e idealista de Schleiermacher²³⁷ e, de maneira semelhante, defende que há um sentido verdadeiro nos textos e que esse sentido corresponde ao que quis dizer seu autor. Assim diz Lieber:

²³² *Ibid.*, p. 453.

²³³ No original: “Por último, si se trata de saber las reglas más apropiadas á las necesidades de la época actual, creo que, en el dominio de la interpretación verdadera, debería dejarse al. juez una completa independencia, prohibiéndole todo lo, que se ha considerado equivocadamente como interpretado; y como de ordinario los límites entre la interpretación pura y la formación del derecho resultan bastante inciertos, debería existir una autoridad superior cuya acción no estuviese embaraçada por esta distinción; dicha autoridad, especialmente instituída para velar por el progreso del derecho (§ 31), habría intervenir también siempre que suscitasen dudas sobre la interpretación de una ley.” Cf. SAVIGNY, Sistema del derecho romano actual, p. 221.

²³⁴ FARR, James. Lieber, Francis. In: **American National Biography Online**. 2000. Disponível em: <<http://www.anb.org/articles/14/14-00365.html>>. Acesso em: 04. dez. 2015.

²³⁵ *Idem*. The Americanization of Hermeneutics: Francis Lieber’s Legal and Political Hermeneutics. In: LEYH, Gregory (ed.). **Legal hermeneutics: history, theory and practice**. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 84.

²³⁶ Savigny era partidário da hermenêutica romântica, que admitia a existência de um sentido verdadeiro nos textos e que fazia corresponder a esse sentido a intenção do autor do texto. Sua descrição de interpretação jurídica também permanece associada à sua concepção sistemática das instituições jurídicas. O direito, segundo Savigny, é formado por meio de instituições jurídicas que residem no espírito histórico do povo. Essas instituições jurídicas, normalmente, implícitas, são objeto de estudo dos doutrinadores, que as revelam dentro de um sistema jurídico. Todavia, tais sistemas são formalizados a partir da atuação do legislador e, nesse ponto, a intenção do legislador ainda se destaca. Cf. POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 453.

²³⁷ POSCHER, Ralf. The Hermeneutical Character of Legal Construction. In: **Law’s Hermeneutics: Other Investigations** (London: Routledge, 2016), 2015. No prelo para a publicação física. [em versão de páginas numeradas de 1 a 22], p. 1. No mesmo sentido, cf. MOOTZ III, Ugly american hermeneutics, p. 53.

IV. Estes sinais, então, são usados para transmitir certas ideias, e interpretação, em seu mais amplo sentido, é a descoberta e a representação do verdadeiro sentido de quaisquer sinais, usados para transmitir ideias. O “verdadeiro sentido” de quaisquer sinais é o sentido que aqueles que o usaram estavam desejosos de expressar.²³⁸

Lieber adota, portanto, a intenção do autor como critério de correção para a interpretação dos textos. Para ele, sentido só pode ser entendido pela recuperação de intenções e, dessa maneira, defende um programa fortemente intencionalista,²³⁹ que não quer dizer que seja arbitrário, pois é baseado em regras:

VI. A ideia, envolta no termo “interpretação”, que temos que descobrir o verdadeiro sentido dos sinais, e representá-lo a outros, implica, igualmente, que nós procedemos, em fazendo-o, em solo seguro, de acordo com regras estabelecidas pela razão, e não arbitrária ou caprichosamente.²⁴⁰

Quanto à tarefa produtiva do intérprete, Lieber faz uma distinção ainda mais clara do que Savigny. Para ele, há uma atividade que se chama interpretação jurídica (*legal interpretation*) e há outra que se chama construção jurídica (*legal construction*). Essa divisão pautará toda sua obra e, a partir dela, muitas das discussões da hermenêutica contemporânea, especialmente a anglo-saxã, são guiadas. A interpretação jurídica significa descobrir o sentido por detrás do texto, querido pelo autor. Todavia, quando se comparando dois escritos diferentes de um mesmo indivíduo ou de um corpo de indivíduos, é possível encontrar neles contradições, ainda que tenham sido produzidos sem a intenção de haver contradições; ou ainda é possível encontrar uma parte do texto que contradiga o todo. Nesses casos, não previstos pelos autores do texto, recorre-se à construção jurídica.²⁴¹ A construção jurídica funciona como um guia para o intérprete para os casos em que não ele consegue acessar o verdadeiro sentido intencionado pelo legislador. Assim define Lieber:

Construção é a retirada de conclusões relacionadas a alguns assuntos que residem para além da direta expressão do texto, de elementos conhecidos do e dados pelo texto — conclusões que se encontram no espírito, embora não dentro da letra do texto.²⁴²

Lieber considerava a construção jurídica como necessária para os casos em que não fosse possível realizar mera interpretação dos textos e, por consequência, não se

²³⁸ No original: “IV. These signs then are used to convey certain ideas, and interpretation, in its widest meaning, is the discovery and representation of the true meaning of any signs, used to convey ideas. The 'true meaning' of any signs is that meaning which those who used them were desirous of expressing.” (cf. LIEBER, *Legal and political hermeneutics*, p. 17).

²³⁹ FARR, *The Americanization of Hermeneutics*, p. 93.

²⁴⁰ No original: “VI. The idea, involved in the term Interpretation, that we have to discover the true meaning of signs, and represent it to others, implies, likewise, that we proceed in doing so, on safe ground, according to rules established by reason, and not arbitrarily or whimsically.” Cf. LIEBER, *Legal and political hermeneutics*, 21.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 56.

²⁴² No original: “Construction is the drawing of conclusions respecting subjects, that lie beyond the direct expression of the text, from elements known from and given in the text — conclusions which are in the spirit, though not within the letter of the text.” *Ibid.*, p. 56.

conseguisse identificar o sentido do autor. Assim, o intérprete recorrerá à construção jurídica para determinar a aplicação adequada a um caso concreto. Entretanto, como a construção objetiva chegar a conclusões para além do sentido previsto pelo texto, ela acaba sendo perigosa e, por isso, ele procura estabelecer algumas regras seguras para a tarefa de construção jurídica.²⁴³

O que importa atentar agora é que, assim como Savigny, também Lieber conclui sobre a dificuldade da separação entre interpretação jurídica e construção jurídica. Seu objetivo primordial era fazer com que todo intérprete tivesse essa divisão em mente ao entender um texto e, por meio de regras, conseguisse realizar adequadamente uma ou outra atividade. A princípio, o intérprete deve interpretar, realizando a interpretação jurídica; só quando não for possível, por meio de regras, inferir a intenção do autor, é que recorre à construção. Todavia, com uma perspicácia que tende a demolir sua estrutura teórica, defende Lieber que tanto a interpretação quanto à construção, em vários casos, podem se confundir²⁴⁴ e que a tarefa mesma de construção jurídica é inevitável.²⁴⁵

É com base nesse argumento que Mootz critica a distinção que faz Lieber e que é adotada por hermeneutas contemporâneos:

Consequentemente, como Lieber estava articulando as bases filosóficas para o intencionalismo, sua honestidade e sua atenção a considerações pragmáticas simultaneamente minaram a utilidade teórica do intencionalismo. Se a construção é inevitável e sempre presumida no julgamento, então o sentido intencionado do texto pode prover só uma aparência de determinação e objetividade para o sistema jurídico. Decidir quando construir um texto jurídico numa maneira que depare de seu sentido intencionado não é algo que é controlado pelo texto mesmo, e então Lieber reconheceu que toda construção tem o potencial de minar o estado de direito.²⁴⁶

A ideia de que o intérprete, para além de descobrir um sentido específico do texto da lei, produz, comumente, sentidos não previstos pelo autor, adicionando, assim, algo no resultado da interpretação, foi percebido tanto por Savigny quanto por Lieber. Ambos intentaram fazer uma distinção entre uma atividade interpretativa, que tinha como guia a intenção do autor, e uma atividade de produtiva - de formação do direito (Savigny) ou de construção jurídica(Lieber) - que dava ao intérprete um poder a mais para adequar o sentido

²⁴³ *Ibid.*, p. 64.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 65.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 62.

²⁴⁶ No original: “Consequently, as Lieber was articulating the philosophical bases for intentionalism, his honesty and attention to pragmatic considerations simultaneously undermined the theoretical utility of intentionalism. If construction is inevitable and always premised on judgment, then the intended meaning of the text can provide only a veneer of determinacy and objectivity for the legal system. Deciding when to construe a legal text in a manner that departs from its intended meaning is not something that is controlled by the text itself, and so Lieber recognized that every construction has the potential to undermine the rule of law.” MOOTZ III, *Ugly American hermeneutics*, p.53.

do texto ao caso concreto. Ambos consideravam que essa última era mais perigosa e que deveria ser realizada com cuidado. Ambos, em determinadas passagens, consideram também sua inevitabilidade.

Foi, justamente, esse caráter de produção de sentidos, em face das exigências do caso concreto, que levou a Gadamer escolher a hermenêutica jurídica como exemplo para as outras ciências. Outros juristas, ainda que intencionalistas, perceberam a dificuldade de se permanecer com os sentidos dos textos; os casos concretos exigiam-lhe uma atitude adaptadora, formadora, construtiva. Mas o que se deve destacar da análise dessa hermenêutica jurídica clássica em cotejo com a hermenêutica jurídica descrita por Gadamer é que este só atentou para o caráter produtivo da interpretação feita pelo juiz, mas passou ao largo do problema de legitimidade do intérprete que não se preocupa com o que legislador intencionou ao produzir aquele texto. De fato, essa não era sua preocupação, pois seus objetivos eram mais filosóficos do que jurídico-políticos. Todavia, o apego dos juristas ao sentido intencionado pelo legislador se justifica – para além da aceitação dos pressupostos da hermenêutica romântica – pela preocupação jurídico-política em respeitar o que o legislador quis. Afinal, as bases do Estado de Direito fundam-se na ideia de que as leis devem representar os interesses do povo e, por isso, não devem ser respeitadas.

Nesse ponto, é que se passa agora a investigar se o caráter produtivo da compreensão de que fala Gadamer se sustenta em face de correntes intencionalistas mais contemporâneas, que fundamentam, inclusive, algumas teorias jurídicas mais recentes.

3.2 Crítica ao argumento intencionalista a partir da hermenêutica filosófica

Como visto, a hermenêutica jurídica mais clássica, exemplificada por Savigny e Lieber, teve pelo menos duas características centrais. A primeira é que sempre considerou ser possível uma interpretação correta dos textos, sendo que o critério de correção seria o sentido intencionado pelo autor. Dentro de diversos sentidos possíveis, aquele que realmente quis o autor seria o verdadeiro e serviria de guia para o intérprete. A segunda característica é a pretensão de estabelecer regras que conduzam a esse sentido desejado pelo autor. Nos casos em que isso não fosse possível, por exemplo, nos casos não previstos pelo autor, recorria-se a técnicas de complementação da interpretação. Aí, o resultado da interpretação dependeria da ação do intérprete, nem tanto da intenção do autor do texto.

Essa preocupação central que admite haver um critério para uma interpretação correta e que esse critério é o sentido intencionado pelo autor do texto é o que se chama de

intencionalismo. Conforme explanado no tópico anterior, Savigny e Lieber adotam essa corrente.

Contemporaneamente, as teorias intencionalistas partem da conexão analítica entre intenção e significado. A tese básica é a de que não há sentido possível que não seja aquele a que se liga uma intenção. Se o vai-e-vem de uma onda desenha no mar a frase “eu te amo”, essa frase só é passível de adquirir sentido se for atribuída à frase a intenção de alguma espécie de autor (o mar personificado, um casal que acabou de passar pelo mesmo local e escreveu a frase no mar etc.). Para os intencionalistas, o sentido conectado com uma afirmação jurídica é determinado pelas intenções comunicativas da autoridade que realizou o ato. Assim, a interpretação deve mirar as intenções comunicativas do legislador. Na linguística mais recente, é o que se denomina de sentido pragmático da lei.²⁴⁷

Uma variante do intencionalismo que é o textualismo. No entanto, em vez de focalizar a intenção que tinha o legislador, focaliza-se o sentido que teriam os destinatários da lei. O sentido correto é aquele que o destinatário da lei, comumente, apreenderia. E a razão é simples: as exigências de transparência e de previsibilidade típicas do estado de direito é direcionada aos cidadãos. Os textualistas visam o sentido semântico da lei, mas não, ingenuamente, baseando-se num vocabulário de dicionário. Também eles recorrem a circunstâncias contextuais, o que não implica deixar lado sua característica normativa, haja vista que, em casos não patológicos, não há divergências entre o sentido semântico e o pragmático, pois o legislador costuma utilizar expressões sustentadas por intenções que o destinatário teria nas mesmas condições.²⁴⁸

Outra vertente é o originalismo, um misto de intencionalismo e textualismo, mais aplicada ao direito constitucional. Alguns originalistas entendem que a interpretação correta do texto constitucional deve ter por base a intenção que tiveram os elaboradores da constituição, que, realmente, escreveram o texto constitucional. Outros acreditam que o verdadeiro sentido do texto constitucional é aquele fixado pelas intenções dos ratificadores da constituição – haja vista o exemplo americano. Mais recentemente, surgiram os novos

²⁴⁷ POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and Law, p. 453.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 453. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, talvez o principal representante seja o *justice* Scalia, que assim define sua corrente: “Textualismo, em sua mais pura forma, começa e termina com o que o texto diz e, razoavelmente, implica. Seus principais fundamentos guiaram a interpretação de textos jurídicos por séculos. Textualismo não é bem desenhado para alcançar fins ideológicos, mas reside no seu mais objetivo critério disponível: o sentido contextual aceitável que as palavras tinham quando a lei foi promulgada.”. No original: “Textualism, in its purest form, begins and ends with what the text says and fairly implies. Its principal tenets have guided the interpretation of legal texts for centuries. [...] Textualism is not well designed to achieve ideological ends, relying as it does on the most objective criterion available: the accepted contextual meaning that the words had when the law was enacted.”. SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. Saint Paul-MN: Thomson/West, 2012, p. 16.

originalistas, que acreditam nos padrões de uso dos termos do público ao tempo da adoção da constituição.²⁴⁹

A grande vantagem das correntes intencionalistas é que acreditam poder dar, cada uma a sua maneira, um critério seguro para o problema da interpretação. Em casos em que os termos são plurissignificativos ou que permitem diferentes interpretações, recorrer, com sucesso, às intenções do legislador, do constituinte originário ou ao sentido apreendido por um destinatário mediano é uma alternativa bastante desejável. Por isso tais teorias têm apelo na sociedade.²⁵⁰ Dentre outros motivos, destaca-se o respeito à ideia clássica de estado de direito, com as exigências de segurança jurídica e previsibilidade, e, fundamentalmente, o respeito à separação dos poderes. Tendo isso em vista, a principal pretensão dos intencionalistas é desenvolver uma teoria da interpretação que confira legitimidade à atuação do juiz, evitando a usurpação da função do legislador.

É justamente aí que surge o nó das teorias defensoras da inevitabilidade da tarefa construtiva do intérprete. Por um lado, tais teorias partem da premissa de que é impossível uma interpretação que seja literal ou que permita se chegar à intenção do legislador. Como visto, alguns juristas da hermenêutica jurídica mais clássica chegaram a conclusões semelhantes. Por outro lado, tais teorias têm que lidar com um problema de legitimidade do intérprete, isto é, até que ponto é permitido ao juiz emendar, interpretativamente, uma lei? Qual é o limite de sua atuação enquanto intérprete, além do qual ele não está interpretando e agindo como um juiz, mas legislando, agindo como um legislador? Essas perguntas, sem dúvida, fazem com que os problemas de hermenêutica jurídica confluem para um problema maior localizado na intersecção do direito constitucional e da interpretação da constituição. É assim que Poscher coloca o problema:

²⁴⁹ SOLUM, Lawrence B. District of Columbia v. Heller and Originalism. **Northwestern University Law Review**, v. 103, n. 2, 2009, p. 947.

²⁵⁰ É o que se constata nos EUA, quando a morte de um *Justice* reconhecidamente conservador, originalista por excelência, desencadeia um debate político intenso sobre a legitimidade do presidente americano, democrata, em seu último mandato, para nomear um substituto. “Após a morte de Antonin Scalia, ferozes linhas de batalha emerge – Uma batalha política épica em Washington toma forma no domingo após a morte do *Justice* Antonin Scalia na medida em que os senadores republicanos tomaram partido e dissertam que recusariam agir em qualquer nomeação do presidente Obama para a Suprema Corte. Entretanto, a Casa Branca prometeu selecionar um candidato em semanas.” No original: “After Antonin Scalia’s Death, Fierce Battle Lines Emerge - WASHINGTON — An epic Washington political battle took shape on Sunday after the death of Justice Antonin Scalia as Senate Republicans dug in and said they would refuse to act on any Supreme Court nomination by President Obama. But the White House vowed to select a nominee within weeks.” Cf. AFTER Antonin Scalia’s Death, Fierce Battle Lines Emerge. The New York Times, Nova York, 14 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/02/15/us/politics/antonin-scalias-death-cuts-fierce-battle-lines-in-washington.html?action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=span-abc-region®ion=span-abc-region&WT.nav=span-abc-region>. Acesso em: 15. fev. 2016.

A construção jurídica cria algo como um dilema: por um lado, parece inevitável para o direito e, por outro lado, transfere todo o peso da legitimação para o juiz ou quem quer que tenha que construir, isto é, emendar, o direito. Assim, sempre houve uma inquietação sobre se a construção jurídica pode ser suportada por uma legitimação suficientemente forte, dados seus efeitos de amplo alcance.²⁵¹

E esse problema de legitimação é ainda mais aflitivo no campo da interpretação constitucional:

No direito constitucional, a questão da legitimação é especialmente imperativa, já que o legislador, sendo vinculado pela constituição, não tem um remédio contra construções constitucionais, uma vez que ele não pode superá-las (*overrule*) pela legislação regular. Na construção constitucional, a legitimação das cortes é contraposta à legitimação da legislatura, o que a torna especialmente sensível nas democracias.²⁵²

Portanto, a questão que deve se colocar é a seguinte: considerando, por um lado, a atividade produtiva do intérprete particularmente cara para a hermenêutica filosófica – e, ao que parece, inevitável para algumas teorias –, e, por outro lado, outras teorias contemporâneas, como as de caráter intencionalista, textualista e originalista, que rechaçam a inevitabilidade dessa atividade, quais dessas teorias deve prevalecer e até que ponto a legitimidade do intérprete é afetada?

Diante desse problema, é de bom alvitre contrapor tais teorias a fim de esmiuçar as principais incompatibilidades entre elas. Um bom caminho a se seguir é o trilhado por Poscher. Esse autor, em textos bastante recentes, parte da afamada divisão entre interpretação jurídica e construção jurídica. Enquanto associa àquela um intencionalismo renovado, mais racionalista e não-psicologizado, ele aceita esta como uma atividade também hermenêutica, regulada por critérios semelhantes à interpretação.²⁵³ Até certo ponto defensor do intencionalista, ele contesta algumas contribuições da hermenêutica de Gadamer.²⁵⁴

Acertadamente, Poscher reconhece, seguindo a divisão de Lieber, que muitas das disputas na hermenêutica jurídica podem ser entendidas como debates sobre a relação entre a interpretação jurídica e construção jurídica.²⁵⁵ De fato, questões que envolvem lacunas, hipóteses não previstas pelo legislador ou simplesmente a indeterminação ou vagueza dos textos normativos requerem uma atuação do intérprete que o leve a decidir o caso, optando

²⁵¹ No original: “Legal construction creates a kind of a double bind: on the one hand it seems inevitable for the law, and on the other hand it shifts the full burden of legitimation to the judge or whoever has to construct, that is, to amend, the law. So there has always been some unease about whether legal construction can be supported by a sufficiently strong legitimation given the wide-ranging effects of legal hermeneutics.” Cf. *ibid.*, p. 455.

²⁵² No original: “In constitutional law, the question of legitimation is especially pressing, since the legislator, being bound by the constitution, does not even have a remedy against constitutional constructions, since he cannot overrule them by regular legislation. In constitutional construction, the legitimation of the courts is pitted against the legitimation of the legislature, which makes it especially sensitive in democracies.” Cf. *ibid, loc. cit.*

²⁵³ *Id.*, The hermeneutical character of legal construction, p. 2.

²⁵⁴ *Id.*, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 459-461.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 459.

ora pela interpretação estrita, ora pela construção jurídica, emendando a lei. O problema disso, já levantado, é o de sua legitimidade.

De acordo com Poscher, contra a ideia de interpretação comunicativa no direito²⁵⁶, há argumentos teóricos e normativos. Dentre os argumentos teóricos, há argumentos gerais e locais. Três são os argumentos gerais. Para este trabalho, são eles os mais interessantes porque tais argumentos são os levantados pela hermenêutica filosófica. Poscher, após explicá-los, tenta rebatê-los. O que se fará aqui é tentar mostrar possíveis inconsistências na crítica de Poscher à hermenêutica filosófica.

O primeiro argumento geral contra a interpretação comunicativa aponta que “nós nunca somos capazes de preencher o intervalo histórico entre os autores e sua audiência e, assim, nunca seremos capazes de reconstruir a intenção do legislador.”²⁵⁷ Dessa maneira, critica-se o intencionalismo com base na impossibilidade de se voltar no tempo e de se reconstruir as condições contextuais do discurso.

Com efeito, como já visto, é justamente essa a crítica central que Gadamer faz ao historicismo. Os historicistas acreditavam, ingenuamente, segundo Gadamer, ser possível “deslocar-se ao espírito da época desejada, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundos os próprios, e assim se poderia alcançar a objetividade histórica.”²⁵⁸ No entanto, alega Gadamer, não há como pular esse abismo histórico. Até porque “o tempo já não é mais, primariamente, um abismo que deva ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento sustentador do acontecer, onde o presente finca suas raízes.”²⁵⁹ Outro importante defensor desse argumento é Dworkin. Em determinado ponto de sua obra, desenvolve um raciocínio que pretende desfazer qualquer interpretação

²⁵⁶ Para Poscher, “Interpretação comunicativa envolve o desenvolvimento de uma hipótese sobre um fato empírico, a intenção de um falante que sobrevém num estado mental. Assim como qualquer hipótese empírica, interpretações podem ser verdadeiras ou falsas. O falante ou tinha a intenção ou não a tinha. As dificuldades interpretativas que podem surgir são de natureza puramente epistêmica. Pode ser difícil ou até impossível inferir as intenções comunicativas de um falante, mas a potencial transcendência epistêmica de intenções comunicativas é uma propriedade que elas compartilham com todos os outros objetos empíricos e eventos no mundo.” No original: “Communicative interpretation involves developing a hypothesis about an empirical fact, the intention of a speaker which supervenes on a mental state. As with any empirical hypothesis, interpretations can be true or false. The speaker either had the intention or he did not. The interpretative difficulties that may arise are of a purely epistemic nature. It may be difficult or even impossible to infer the communicative intentions of a speaker, but the potential epistemic transcendence of communicative intentions is a property that they share with all other empirical objects and events in the world.” Cf. *id.*, *The hermeneutical character of legal construction*, p. 5.

²⁵⁷ *Ibid.*, *Hermeneutics, jurisprudence and law*, p. 459.

²⁵⁸ GADAMER, WM, p. 302; VM, 393.

²⁵⁹ *Ibid.*, *loc.cit.*

intencionalista a partir da demonstração da inevitabilidade da, por ele denominada, interpretação construtiva.²⁶⁰

Contra esse primeiro argumento geral, Poscher diz que parece “muito implausível que nós sejamos incapazes de considerar *hipóteses* epistêmicas sensatas a respeito do tipo de intenções comunicativas conectadas com uma afirmação jurídica em questões corriqueiras do direito.” (grifo nosso). Mesmo nos casos limítrofes, em que há grande divergência sobre esse ou aquele sentido, ou nos casos em que a distância temporal do ato proclamador do legislador é extensa, não se pode dizer que é impossível restaurar intenções; nessas duas hipóteses, pode-se dizer que há uma necessidade de complementação pelo intérprete (construção), o que não quer dizer que não dê para reconstruir uma intenção.²⁶¹ Sobre isso, diz Poscher:

Pelo menos para os casos fáceis, que constituem o grosso de nossa prática jurídica, não parece nem remotamente crível sugerir que nós não saibamos o que o legislador intencionou, por exemplo, quando estabeleceu o limite de 55 mph. Nós sabemos que tipo de intenções comunicativas foram conectadas à lei no que diz respeito a alguém dirigindo a 70 mph. Isso não implica que, mesmo em tais regulações bastante claras, como limites de velocidade, não se chegue a casos limítrofes para os quais talvez não seja possível restaurar uma verdadeira intenção histórica. Isso, porém, só implica que mesmo regras aparentemente claras possam necessitar de construção. Isso não significa que intenções, pelo menos para casos paradigmas, não possam ser restauradas, mesmo através de uma distância temporal razoavelmente grande. À medida que a distância histórica aumenta, pode ir ficando mais e mais difícil. [...] Mas isso, também, só leva à crescente necessidade de construção, não à impossibilidade de interpretação comunicativa.²⁶²

Nesse ponto, é preciso ter atenção ao que Poscher diz. Por um lado, pode-se concordar com ele quando afirma que a distância temporal do presente em relação ao autor e sua audiência no passado não impede a elaboração de hipóteses a respeito das intenções do emissor. A elaboração de hipóteses é plausível, inclusive hipóteses bem próximas ou correspondentes ao que quis dizer o legislador. Por outro lado, se se considera que há uma distância temporal e que o passado simplesmente não é mais acessível, salvo por meio da tradição, vazada, no caso presente, em textos e, mais especificamente, em linguagem, não há como asseverar ser possível reconstruir, fielmente, a intenção do autor que se localiza no

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 66-67.

²⁶¹ POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 459.

²⁶² No original: “At least for the easy cases which constitute the bulk of our legal practice it does not even seem remotely credible to suggest that we do not know what the legislator intended, for example when he set the speed limit at 55 mph. We know what kind of communicative intentions were connected to the law with respect to someone driving at 70 mph. This does not imply that even such clear cut regulations as speed limits cannot run into borderline cases for which it might not be possible to retrieve an actual historic intention. This, however, only entails that even seemingly clear cut rules might be in need of legal construction. It does not mean that the intentions, for paradigm cases at least, cannot be retrieved even across fairly extended timespans. As historical distance increases it might become more and more difficult. [...] But this, too, only leads to a growing need for construction, not to the impossibility of communicative interpretation.”. Cf. *Ibid.*, p. 460.

passado. O único acesso que se tem ao passado são os documentos vazados em linguagem. Para exemplificar, considere-se o seguinte excerto de um testamento: “Minha intenção é que minha herança fique para meu único filho.” É bastante plausível que a intenção do autor tenha sido, efetivamente, que sua herança ficasse para seu único filho e, nesse caso, pode-se concordar com a *hipótese* de que a intenção tenha sido essa. Mas isso não deixa de ser uma hipótese. Na verdade, o único vestígio para a construção de tal hipótese é o testamento, e sua leitura não é uma ponte para o passado, mas é o passado fundindo-se com o presente. O que se tem de concreto é o texto e a linguagem. Nesse sentido, o argumento de Poscher, visto com mais atenção, não derruba a teoria gadameriana.

O segundo argumento geral contra a interpretação comunicativa “provém da ideia de aplicação”. Esse argumento “sustenta que a lei sempre é sempre carente de aplicação e que a aplicação da lei deve sempre acomodar as intenções originalmente conectadas com o caso concreto.”²⁶³ De fato, como visto outrora, Gadamer defende que “A tarefa da interpretação consiste na *concretização da lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*.” (grifo do autor).²⁶⁴

Contra esse segundo argumento geral, Poscher diz que ele reside num equívoco. Essa noção de aplicação encabeçada por Gadamer, sempre produtiva e entendida como uma concretização para cada caso, é baseada na noção de construção jurídica já demonstrada. Aplicação pode significar construção jurídica nos casos em que as intenções conectadas por seus autores não permitam tomar uma decisão devido ou a uma indeterminação original ou a circunstâncias diferentes da originalmente prevista. Essa é a dúvida que surge, por exemplo, num caso em que se pergunta: uma regulamentação de trânsito para carruagens puxadas a cavalo pode servir para automóveis? Casos semelhantes, de circunstâncias novas ou não previstas, são resolvidos recorrendo-se à construção. Poscher diz que foi a esse tipo de construção, a construção jurídica, que Gadamer deu atenção ao falar de aplicação.²⁶⁵ Todavia, Gadamer não atentou para outro tipo possível de aplicação de regras, para o qual atinou Wittgenstein. Essa aplicação não é uma adaptação de uma regra a circunstâncias não previstas, mas é, simplesmente, seguir a aplicação de regras em casos paradigmas. Aplicar, nesse sentido, é seguir regras, o que dispensa qualquer espécie de interpretação e até de construção.

Wittgenstein diz o seguinte:

²⁶³ *Ibid.*, p. 460.

²⁶⁴ No original: “Die Aufgabe des Auslegens ist die der *Konkretisierung des Gesetzes* im Jeweiigen Fall, also die Aufgabe der *Applikation*.” GADAMER, WM, p. 335, VM, p. 432.

²⁶⁵ POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 460.

201. [...] Com isto mostramos que existe uma concepção de uma regra que *não* é uma *interpretação* e que se manifesta, em cada caso de seu emprego, naquilo que chamamos de “seguir a regra” e “ir contra ela”. Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de “interpretação” apenas a substituição de uma expressão da regra por outra.

202. Eis porque ‘seguir regra’ é uma *práxis*. E *acreditar* seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podemos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra.²⁶⁶ (grifo do autor)

Com essa referência a Wittgenstein, Poscher acredita ter encontrado uma exceção à aplicação descrita por Gadamer:

Assim como a habilidade de nadar é exercida nadando num oceano ou atravessando um rio, a habilidade de seguir a regra é exercida aplicando-a a casos padrões. É o exercício de uma habilidade de seguir-regras que faz a ponte do intervalo entre uma regra e sua aplicação a casos padrões – assim como somente o exercício da habilidade de nadar, e não a interpretação do conceito de nadar, nos salvará do afogamento. Em casos padrões, acobertados pelas intenções do autor de uma regulação, só a aplicação no sentido de seguir-regras é necessária. Esse tipo de aplicação, contudo, não requer a interpretação ou construção que Gadamer, acertadamente, apontou para os casos em que a lei carece de ajustamento ou emenda para torná-lo aplicável.²⁶⁷

Nesse ponto, também a atenção deve ser redobrada ao que Poscher diz. Num primeiro momento, é preciso atentar para os quadros teóricos trabalhados. Como visto anteriormente, Gadamer pertence a uma determinada tradição de pensamento da filosofia continental. Wittgenstein, por sua vez, pertence à filosofia analítica. Relacionar tais quadros teóricos deve ser feito com bastante cuidado. Todavia, é preciso reconhecer que tem sido feito com sucesso um confronto entre tais tradições por diversos autores, cada um encontrando conclusões próprias.²⁶⁸

²⁶⁶ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 93.

²⁶⁷ No original: “Just as the ability to swim is exercised in an ocean swim or the crossing of a river, the ability to follow a rule is exercised by applying it to standard cases. It is the exercise of a rule-following ability that bridges the gap between a rule and its application to standard cases – just as only the exercise of the ability to swim and no interpretation of the concept of swimming will save us from drowning. In standard cases covered by the intentions of the author of a regulation, only application in the sense of rule-following is needed. This kind of application, however, does not require the interpretation or construction that Gadamer rightly pointed to in cases where the law needs adjustment or emendation to make it applicable.” Cf. POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 460.

²⁶⁸ Dentre outros, alguns que partiram da hermenêutica: Apel, por exemplo, guia-se pela “confrontação entre a pergunta hermenêutica pelo sentido do ser e a crítica do sentido da linguagem, efetuada pela filosofia analítica.” (cf. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: 1. filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução: Paulo Astor Soethe. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 9). Kusch é outro que insiste na “tentativa de reforçar ainda mais a tese de que há um terreno comum partilhado pelas duas tradições [pensamento continental e filosofia analítica]. As diferenças e os paralelos entre a fenomenologia de Edmund Husserl, *o pensamento do Ser* de Martin Heidegger e a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer serão aqui interpretados com o auxílio de uma estrutura conceitual que, até agora, somente foi aplicada aos clássicos da tradição analítica, tais como Frege, Russel e Wittgenstein.” (cf. KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2003, p. 15.).

Num segundo momento, é preciso investigar se a ideia de aplicação como seguir-regras é, de fato, uma contraposição à noção de aplicação de Gadamer. É importante recordar que Gadamer também trabalhou com a ideia de jogo e de regras do jogo. Enquanto Wittgenstein acentua a necessidade de que, para compreender uma linguagem ou um determinado jogo de linguagem (no caso de Poscher, o jogo que o juiz joga), é preciso treinar as regras específicas desse jogo, adquirindo o hábito desse jogo, Gadamer enfatiza “que o jogador não apenas deve jogar seguindo as regras e as normas estabelecidas para poder compreendê-las, mas quem joga já é sempre jogado, seja pela tradição, seja pela história, seja pela linguagem”.²⁶⁹ Ao contrário de Wittgenstein, Gadamer, com motivos diferentes e perspectivas distintas, cunhou uma concepção de jogo mais ontológica que epistemológica.²⁷⁰ Assim, a ideia de jogo para Gadamer, distintamente de Wittgenstein, implica o jogador no jogo de uma maneira que “é impossível jogar sem ser jogado, ou seja, é impossível querer descrever como funcionam as regras do jogo filosófico como um observador externo a ele.”²⁷¹

Dessa maneira, Gadamer não deixa passar a questão do seguir-regras em branco em sua hermenêutica. Ainda assim, é forçoso assumir que Gadamer não trabalhou com essa hipótese no capítulo em que trata da hermenêutica jurídica. Lá, basicamente, Gadamer mira a peculiar característica da hermenêutica jurídica de concretização da lei e, portanto, o aspecto de construção. Mas isso não implica uma mácula a sua ideia de aplicação. Com o cuidado que merece qualquer análise de quadros teóricos diversos, pode-se apontar uma relação entre o “aprender regras de um jogo como condição de compreensão do jogo” (Wittgenstein) com a “formação do preconceito que condiciona a compreensão” (Gadamer). Ainda que se aceite compreensão como uma aquisição de habilidade ou um aprender a seguir regras, tais regras, aplicadas como técnica pelo juiz no seu particular jogo de linguagem (o de julgamento), compatibilizam-se com a noção de preconceito. O preconceito é originado a partir de situações pragmáticas, contextuais, historicamente situadas. Aprender uma linguagem é uma técnica, no sentido de Wittgenstein; mas também é decorrência da localização dentro de um determinada tradição, no sentido de Gadamer. Mais especificamente no caso do juiz, o preconceito só será percebido quando o objeto a ser compreendido – o texto ou a situação analisada pelo juiz – causar estranheza ao juiz intérprete.

²⁶⁹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 134.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 135.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 139.

Na defesa do intencionalismo, Poscher alega que, na maioria dos casos da prática jurídica, o que ocorre é a interpretação jurídica, um autêntico seguir-regras, dentro dos casos “acobertados pela intenção do autor”, e não a construção jurídica, isto é, a construção hermenêutica para casos de indeterminação ou de casos não previstos pelo legislador. Nesse ponto, é forçoso admitir que a aplicação, nos moldes que Gadamer faz a partir do modelo da hermenêutica jurídica, não prevê tal hipótese. Mas, como dito no parágrafo anterior, uma possível solução seria complementar o que Gadamer escreve sobre aplicação com o que escreve sobre o jogo e suas regras – algo que Poscher olvidou.

O terceiro argumento geral contra a interpretação comunicativa é de que não é possível o acesso a um sentido originário de um texto, pois não é possível um conhecimento puro do passado. Poscher diz que Gadamer insiste no fato de “que mesmo um historiador do direito nunca estaria interessado na pura reconstrução de um fato histórico apenas pelo seu próprio interesse” e, portanto, atuaria como um juiz, aplicando esse conhecimento a sua situação presente; além disso, insiste no fato de “que qualquer forma sensível de historiografia sempre tentaria entender o significado de um fato histórico a partir de uma perspectiva contemporânea”.²⁷² Esse argumento é o que utiliza Gadamer para demonstrar que não há distinção entre a compreensão realizada pelo historiador do direito e a realizada pelo jurista.²⁷³

Contra esse argumento geral, Poscher também diz que ele reside num equívoco e aponta o argumento já levantado por Betti a respeito da distinção entre significado e significância:

A significação de uma regulação jurídica só pode ser avaliada a partir da sempre mutante perspectiva presente. Mas isso não afeta, automaticamente, seu significado. O limite de velocidade em certas ruas não muda seu significado pelo fato de que se tornou insignificante devido a um congestionamento pesado permanente. Como Betti corretamente insistiu, significado e significância devem ser mantidos separados. *A hermenêutica jurídica lida com o significado das leis, não com sua significância.*²⁷⁴ (grifo nosso).

De fato, Betti faz questão de distinguir o “sentido de um fenômeno histórico” de sua “significância presente”.²⁷⁵ Assim, diz Betti:

O fato de que a tarefa hermenêutica não pode nunca ser completada implica que o sentido contido nos textos, monumentos e fragmentos é constantemente renascido através da vida e é para sempre transformado numa cadeia de renascimentos; mas isso não exclui o fato de que o conteúdo de sentido objetivado ainda permanece uma objetivação da força criativa de um Outro, ao qual o intérprete deveria buscar acesso, não numa maneira arbitrária, mas com ajuda de parâmetros controláveis. [...] Mas então é adicionado que a questão é sobre o “sentido (mais precisamente:

²⁷² POSCHER, Hermeneutics, jurisprudence and law, p. 460.

²⁷³ Conforme demonstrado no tópico 2.2.

²⁷⁴ *Ibid*, p. 461.

²⁷⁵ BETTI, Methodology of the Geisteswissenschaften, p. 173.

significância) de eventos históricos de nosso passado em relação com nosso presente: um presente que é responsável pelo futuro”.²⁷⁶

Esse argumento é reforçado por alguns intencionalistas, tendo como base, principalmente, o pensamento de Hirsch.²⁷⁷ Sabe-se que ele foi um ferrenho crítico da hermenêutica filosófica e defendia, de modo central, que o significado de um texto é determinado pela intenção do autor. Quanto à temática da compreensão textual, ele pretendia contrapor-se a uma tendência contemporânea dos estudiosos de dar importância aos textos em detrimento do sentido originário desejado pelo autor.²⁷⁸ Um de seus argumentos é, justamente, a diferença que faz entre significado e significância:

Não é o sentido do texto que muda, mas sua significância para o autor. Essa distinção é, frequentemente, ignorada. *Sentido* é aquilo que é representado por um texto; é o que o autor quis dizer através do uso de uma sequência particular de sinais; é o que os sinais representam. *Significância*, por outro lado, nomeia a relação entre o significado e uma pessoa, ou uma concepção, ou uma situação, ou até qualquer coisa imaginável.²⁷⁹ (grifo do autor)

De todos os argumentos, talvez seja esse o mais importante. Não porque implica a vitória do intencionalismo, pois a existência de um significado situado no passado não implica que ele corresponda à intenção do autor. A intenção do autor seria um critério para uma interpretação acertada, mas, ainda assim, não passaria de uma hipótese, como o próprio Hirsch reconhece. Mesmo que tal hipótese seja fundada em critérios probabilísticos,²⁸⁰ não passa de uma hipótese, cujo vestígio fundamental é o texto, vazado em linguagem, que se constitui no único acesso ao passado. Como alerta Gadamer, da mesma maneira que os acontecimentos históricos não correspondem às imagens subjetivas daquele que se situa na

²⁷⁶ No original: “The fact that the hermeneutical task can never be completed entails that the meaning contained within texts, monuments and fragments is constantly reborn through life and is forever transformed in a chain of rebirths; but this does not exclude the fact that the objectivated meaning-content still remains an objectivation of the creative force of an Other, to which the interpreter should seek access, not in an arbitrary way, but with the help of controllable guidelines.[...] But then it is added that the question is about the “meaning (more accurately: a significance) of historical events of our past in relation to our present: a present which is responsible for the future”. Cf. *Ibid.*, p. 173-174.

²⁷⁷ Por exemplo, Magalhães Filho, que assume a perspectiva de Hirsch e aponta sua fertilidade, especialmente, para as normas infraconstitucionais. Cf. MAGALHÃES FILHO, Curso de hermenêutica jurídica, p. 22.

²⁷⁸ Diz Hirsch: “É tarefa do historiador da cultura explicar por que tem havido, nas últimas quatro décadas, um pesado e, em grande parte, vitorioso assalto contra a crença sensata que um texto significa o que seu autor quis dizer.” No original: “It is a task for the historian of culture to explain why there has been in the past four decades a heavy and largely victorious assault on the sensible belief that a text means what its author meant.” HIRSCH, E. D. Jr. **Validity in interpretation**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1967, p. 1.

²⁷⁹ No original: “It is not the meaning of the text which changes, but its significance to the author. This distinction is too often ignored. *Meaning* is that which is represented by a text; it is what the author meant by his use of a particular sign sequence; it is what the signs represent. *Significance*, on the other hand, names a relationship between that meaning and a person, or a conception, or a situation, or indeed anything imaginable.”. Cf. *ibid.*, p. 8.

²⁸⁰ Diz Hirsch: “Uma hipótese interpretativa é, em última análise, um julgamento de probabilidade sustentado por evidência.” No original: “An interpretive hypothesis is ultimately a probability judgment that is supported by evidence.” (cf. *ibid.*, p. 180).

história, as tendências de sentido de um texto ultrapassam o que o autor pode ter em mente.²⁸¹ Todavia, como já visto, Gadamer também trabalha com uma hipótese, que é a pergunta a que o texto responde. Mas essa pergunta não se confunde com a intenção do autor. Ela pode corresponder à intenção originária, mas não necessariamente o é. Como diz Gadamer:

Também deve ser possível, quando se compreendeu o sentido de uma frase, isto é, quando se reconstruiu a pergunta a que ela realmente responde, perguntar por aquele que pergunta e por sua opinião, à qual, talvez, o texto não passe de uma presumível resposta.²⁸²

Todavia, a objeção levantada por Poscher é relevante porque põe em evidência um problema da hermenêutica gadameriana: o da justificação ou da validade da interpretação. Esse ponto já foi repisado por importantes autores e trazido no tópico desta dissertação sobre a interpretação correta. Apel, por exemplo, critica a analogia que faz Gadamer das pretensões de sua hermenêutica com as pretensões transcendentais de Kant, especificamente quanto à distinção entre *quaestio facti* e *quaestio juris*; enquanto Gadamer diz que, assim como Kant, sua hermenêutica não prescreve à ciência como ela deve se comportar, mas investiga as condições de possibilidade da compreensão,²⁸³ Apel diz que Gadamer refere-se, erroneamente, a Kant e à ideia de filosofia transcendental, na medida em que, ao investigar princípios metódicos, o filósofo não se exime da pretensão à justificação de uma validação normativamente relevante.²⁸⁴ Outro exemplo é o de Ricoeur, para quem a hermenêutica havia chegado a um impasse por não ter um procedimento crítico. Para ele, era preciso enfrentar o problema da validade da interpretação – para cuja solução propôs a reintrodução da explicação na hermenêutica, onde deveria conviver com a compreensão.²⁸⁵

De qualquer maneira, esse é outro problema que não toca diretamente o andamento desta pesquisa no sentido de demonstrar as insuficiências do intencionalismo, mas evidencia a necessidade de uma teoria de validade da interpretação. Isso é ainda mais aflitivo

²⁸¹ GADAMER, WM, p. 378; VM, p. 485.

²⁸² GADAMER, WM, p. 378; VM, p. 486.

²⁸³ GADAMER, VM, p. 15-16.

²⁸⁴ Diz Apel: “No que diz respeito à *descoberta* de princípios metódicos, o filósofo tem todas as bases para dar precedência à ciência calcada na prática; não decorre daí, porém, em hipótese alguma, que ele deva abdicar também de sua pretensão à justificação de uma validação normativamente relevante, ao proceder à sua *reflexão post factum*. Se ele o fizer a sério, não poderá aprender coisa alguma sobre a essência da ciência a partir de sua reflexão filosófica quanto à atividade científica; pois ele não será capaz de diferenciar entre o que é válido e o que apenas passou factualmente despercebido (ou seja, entre o que é válido e o que é meramente “elucidável”). [...] Kant certamente difere dos modernos representantes de uma “filosofia metodológica” – e não por rejeitar uma resposta à *quaestio iuris* metodologicamente relevante, mas sim por (ainda) pretender fundamentá-la com base em uma dedução transcendental das condições de *possibilidade* e de *validade* do conhecimento em geral” (cf. APEL, Transformações da filosofia 1, p. 41-42).

²⁸⁵ Cf. tópico 2.3.

no campo da hermenêutica jurídica, onde o direcionamento de uma interpretação pode lidar com a peso da falta de legitimidade democrática.

É fato que o problema da legitimidade do intérprete persiste. O juiz, ao aplicar uma lei, adequando-a às exigências do caso concreto, normalmente – e, de acordo com Gadamer, sempre – atribui um sentido específico para a norma extraída do texto. Em casos mais limítrofes, ele realiza verdadeira construção jurídica, o que faz pesar sobre ele todo o fardo da falta de legitimidade democrática, pois sua atuação pode não vir a corresponder ao sentido originário imaginado pelo legislador. Entretanto, como demonstrado, é difícil manter uma teoria que se pautela pela busca irrestrita do sentido intencionado do legislador. O intencionalismo forneceria um excelente critério de validade se a reconstrução de intenções fosse algo seguramente praticável.

3.3 Incursão pela jurisprudência: análise da argumentação utilizada na ADPF nº153/DF

A hermenêutica filosófica é, eminentemente, uma corrente da filosofia. Tem, portanto, objetivos filosóficos. Com ela, Gadamer pretendeu investigar o fenômeno da compreensão e suas condições de possibilidade. Mas Gadamer utilizou-se da hermenêutica jurídica para exemplificar sua tese. No segundo capítulo desta dissertação, tentou-se explicar como isso ocorreu a partir de alguns aspectos da prática do jurista. Neste terceiro capítulo, tentou-se demonstrar a insuficiência de argumentos intencionalistas a partir da inevitabilidade da interpretação produtiva e construtiva. Se essa tarefa foi bem sucedida, algumas conclusões da hermenêutica gadameriana podem ser incorporadas na hermenêutica jurídica.

Nesse sentido, passa-se a analisar um caso concreto em que a relação entre direito e história é, centralmente, destacada. Um caso em que as tarefas do juiz, enquanto intérprete, acabaram se confundindo com as tarefas do historiador. Crê-se que a hermenêutica filosófica poderia dar respostas a alguns problemas levantados na decisão partindo de três pontos: a noção de aplicação e o princípio da história dos efeitos, a contribuição da distância temporal e a crítica ao intencionalismo. Neste tópico, não será feita uma análise crítica de todos os votos e da decisão. Quer-se, todavia, atentar para alguns argumentos do voto do relator que foram corroborados por outros ministros e que constituíram, enfim, a decisão e cotejá-los com o que foi visto até então nesta pesquisa.

Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pedindo uma interpretação conforme à constituição da Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979, a chamada Lei

da Anistia, de modo a “declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”.²⁸⁶

Mais especificamente, a OAB questionava o parágrafo 1º do art. 1º da lei, que assim dispõe:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - *Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*²⁸⁷ (grifo nosso).

O argumento da OAB era de que o parágrafo 1º tinha sido redigido “intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar”.²⁸⁸

No voto do relator, consta uma passagem – que, por ser central para a argumentação, foi repetida na ementa –, em certa medida, em conformidade com algumas das ideias da hermenêutica gadameriana desenvolvidas neste trabalho:

Desejo somente lembrar o quanto anteriormente observei: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso. Interpretamos sempre os textos e a realidade. Daí – o que venho reiteradamente afirmando – que o direito é um dinamismo, donde a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de continua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.²⁸⁹

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Petição inicial, p. 29.

²⁸⁷ BRASIL. Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Petição Inicial, p. 13.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau.

Essa passagem é condizente, inclusive, com a obra acadêmica do relator – referenciada, a propósito, em seu voto –, quando diz:

A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão.²⁹⁰

De fato, como foi visto até agora pode-se dizer que a compreensão dos textos parece ser sempre produtiva. Como já explanado neste capítulo, parece que toda compreensão encerra algum tipo de construção, o que é mais flagrante na hermenêutica jurídica. Assim, tem razão o relator quando diz em seu voto que “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”. Todavia, logo em seguida, ele enxerta em seu voto uma exceção a essa regra, que não vem prevista nem em sua obra citada:

Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de leis-medida. Explico-me. As leis-medida (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. [...] Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.²⁹¹

Nesse ponto, o relator excetua à regra transcendental de que toda interpretação é uma aplicação, no sentido de que sempre é atualizadora para a situação presente, com as denominadas “leis-medida”. Para ele, toda interpretação é atualizadora, menos a interpretação das leis-medida.

Dois pontos devem ser destacados. O primeiro é que essa exceção, simplesmente, não procede. É que tudo que é interpretado é aplicado ao presente. Não só textos normativos, objetos de trabalho do jurista, mas, como quis destacar Gadamer, textos históricos, objetos de trabalho do historiador e, enfim, todo e qualquer texto. Nesse sentido, também as “leis-medida”, por serem textos, são atualizadas na compreensão do juiz. No momento mesmo em que o relator interpreta que tais leis-medidas são imediatas e concretas, regulando relações já perfeitas, que não se protraíram no tempo, pode-se dizer que essa já é uma interpretação atualizadora levada a cabo pelo próprio relator. A interpretação da dita “lei-medida” já foi

Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Decisão, p. 30.

²⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Decisão, p. 31.

atualizada conforme sua própria realidade. Na condição de intérprete, o relator mesmo já aplicou aquele texto ao identificá-lo como lei-medida. Por fim, usando o próprio relator contra ele mesmo, “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”. Se se entende que essa “contínua adaptação” é condição transcendental da compreensão, não se pode elencar um específico texto normativo – as “leis-medida” – como uma exceção.

O segundo ponto a ser destacado é que o modo que o relator diz ser o mais adequado para lidar com tais “leis-medida” também não procede. Explicando por que as “leis-medida” são uma exceção à interpretação atualizadora, ele diz que elas devem ser interpretadas “em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual”. Como vem sendo explicado, a tentativa de se investigar a realidade passada em separado da realidade atual, cindindo dois períodos – ou, como diz o relator, dois “momentos históricos” ou “realidades” – é uma pressuposição do historicismo de que “era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e assim se poderia alcançar a objetividade histórica.”.²⁹² A distância dos períodos não é algo a ser superado; a compreensão da realidade passada já é implicação da compreensão da realidade presente; a tradição chega a nós e se impõe para nós. O sentido de um acontecimento do passado não se esgota com o fim desse acontecimento, mas é um processo infinito, pois o horizonte histórico é, por definição da metáfora, aberto; assim, é possível que algumas compreensões a respeito de acontecimentos passados sejam desfeitas e, assim, novos sentidos sejam produzidos. Por isso, diz Gadamer:

Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam apenas novas fontes de erro, de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, estão surgindo sempre novas fontes de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão. Ao lado do aspecto negativo da filtragem operada pela distância temporal, aparece, simultaneamente, seu aspecto positivo para a compreensão. Essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta.²⁹³

²⁹² GADAMER, WM, p. 302; VM, p. 393.

²⁹³ No original: “Die Ausschöpfung des wahren Sinnes aber, der in einem Text oder in einer künstlerischen Schöpfung gelegen ist, kommt nicht irgendwo zum Abschluß, sondern ist in Wahrheit ein unendlicher Prozeß. Es werden nicht nur immer neue Fehlerquellen ausgeschaltet, so daß der wahre Sinn aus allerlei Trübungen herausgefiltert wird, sondern es entspringen stets neue Quellen des Verständnisses, die ungeahnte Sinnbezüge offenbaren. Der Zeitenabstand, der die Filterung leistet, hat nicht eine abgeschlossene Größe, sondern ist in einer ständigen Bewegung und Ausweitung begriffen. Mit der negativen Seite des Filterns, die der Zeitenabstand vollbringt, ist aber zugleich die positive Seite gegeben, die er für das Verstehen besitzt. Er läßt nicht nur die Vorurteile, die partikularer Natur sind, absterben, sondern auch diejenigen, die ein wahrhaftes Verstehen leiten, als solche hervortreten.” GADAMER, WM, p. 303; VM, p. 395.

Dessa maneira, Gadamer quer demonstrar que não é possível compreender um período histórico específico sem a implicação de toda a tradição dele até o presente e sem os efeitos dessa tradição sobre o presente. No lugar desse pensamento histórico que parte do pressuposto do historicismo, Gadamer propõe outro mais adequado, isto é, um pensamento que atente para sua própria historicidade e deixa de perseguir o fantasma de um objeto histórico para conhecer no objeto o diferente do próprio, conhecendo assim tanto um quanto o outro. Esse pensamento deve incluir na compreensão os efeitos que a história produziu sobre ela. Essa exigência é o que Gadamer chama de história efetual ou história continuamente influente.²⁹⁴

Portanto, também as “leis-medida” devem ser interpretadas de modo a se identificar novos sentidos até então despercebidos sobre aquela realidade histórica. Novos acontecimentos, depoimentos e documentos permitiram que novas relações de sentido surgissem. A afirmação do relator de que “é da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada”²⁹⁵ não procede, porque a anistia de então só pode ser compreendida, inescapavelmente, à luz de hoje. Por exemplo, a própria noção de que a Lei da Anistia decorreu de um acordo político poderia ser contestada se novas informações fossem reveladas.²⁹⁶

Por fim, o relator colaciona um argumento de nítido caráter intencionalista, na vertente originalista. Isso é percebido na afirmação de que a Lei da Anistia deve ser interpretada a partir da intenção dos elaboradores da lei e da sociedade da época:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a

²⁹⁴ GADAMER, WM, p. 305; VM, p. 396.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Decisão, p. 33-34.

²⁹⁶ É o que demonstram, por exemplo, Acunha e Benvindo: “Frise-se, por necessário, que a existência de um ‘acordo político’ implica um resultado aceitável para ambas as partes. Mas houve esse resultado? A anistia contribuiu para o processo de pacificação social? Cremos que não. [...] O que se demonstra, com as citações realizadas e com os argumentos expostos, é que o ‘acordo político’ a que o STF frequentemente se refere no acórdão da ADPF 153 não é um fato histórico indisputável, mas uma possível – e, no mínimo, controversa – narrativa sobre os eventos históricos. [...] Noutras palavras, a interpretação que vê na Lei de Anistia o produto de um amplo ‘acordo político’ é apenas uma dentre as interpretações possíveis e, segundo se defende neste artigo, sua naturalização corresponde a um reducionismo inaceitável frente a indícios históricos claros que apontam em sentido completamente distinto.” ACUNHA, Fernando José Gonçalves; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e Historiador, Direito e História: uma análise crítico hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista NEJ-Eletrônica**, v. 17, n. 2, mai-ago 2012, p. 193-194.

História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido.²⁹⁷

Dentre outras possíveis críticas a esse posicionamento, podem-se elencar duas. A primeira direciona-se ao argumento do desconhecimento da história. Como já dito anteriormente, há diferentes versões sobre as causas e as consequências a respeito daquele momento histórico. Não há unanimidade sobre aqueles fatos, inclusive da parte de quem viveu aquele período. Mas o que é mais interessante é asserção de que a Lei da Anistia, para os que não viveram aquele período, era “como se não fosse, como se não houvesse sido”. Essa passagem explicita a crença num argumento originalista, que também não procede. As leis, independentemente de quando foram elaboradas, são interpretadas por aqueles a que se conferiu competência para tanto. No caso específico da Lei da Anistia, se entendida como uma “lei-medida” – e se se aceita essa tipificação –, deve ser interpretada não como quiseram seus elaboradores, tomando por base o que intencionaram à época; deve, isso sim, ser cotejada com todo os desenvolvimentos históricos que preenchem o intervalo entre a promulgação e o julgamento presente.

Até aqui, pretendeu-se analisar criticamente pelo menos três argumentos do voto do relator da ADPF 153. Há vários outros possíveis de críticas, mas esses foram centrais para a decisão. O que importa para esta dissertação é demonstrar que pode ser questionada pela filosofia de Gadamer. Se se aceita a contribuição da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica, é forçoso evitar argumentos que repristinem um modo de pensar historicista ou que revigorem teses intencionalistas engessadoras da atuação interpretativa do jurista.

Se a hermenêutica filosófica pode ser, efetivamente, exemplar para a hermenêutica jurídica, inclusive como aponta o relator da ADPF nº153 em sua obra acadêmica e, eventualmente, em seu voto, é forçoso levar suas contribuições às últimas consequências. Talvez assim o julgamento tivesse tomado outro caminho.²⁹⁸

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 34.

²⁹⁸ O julgamento da ADPF nº153/DF ocorreu em abril de 2010 e a maioria dos ministros votou por sua improcedência. Todavia, o debate a respeito da recepção da Lei da Anistia pelo ordenamento vigente ainda permanece aberto, uma vez que a Corte Interamericana de Direito Humanos em novembro desse mesmo ano decidiu, de modo contrário ao entendimento do STF, por unanimidade, que “5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. [...]”. Dentre outros resoluções, concluiu que “3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a

4 CONCLUSÃO

Esta pesquisa assumiu a contribuição da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. Como demonstrado dentro do corte estabelecido de sua obra, a filosofia gadameriana revolucionou a descrição fenomenológica da compreensão ao apontar suas condições transcendentais. Isso ocorre, num primeiro momento, a partir da elevação da historicidade a princípio hermenêutico. Partindo da estrutura circular da compreensão nos moldes pensados por Heidegger, Gadamer reavalia positivamente a noção de preconceito para asseverar que toda compreensão é, essencialmente, preconceituosa. Em outras palavras, os preconceitos constituem-se em condição da compreensão. Toda compreensão só é possível porque parte de preconceitos, e os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.

Gadamer vai além e passa a investigar como tais preconceitos são constituídos, desembocando assim na relação com a história. Nesse sentido, reabilita conceitos, eminentemente, históricos, como autoridade e tradição, e exemplifica o papel produtivo desempenhado pela história a partir do papel desempenhado pelos clássicos. Radicaliza, de igual modo, a importância que tem o passado para a compreensão, enaltecendo a distância temporal como possibilidade produtiva e positiva do compreender. Essa distância do tempo, a propósito, é um dos recursos que permitem ao intérprete diferenciar os preconceitos verdadeiros dos falsos. Ao fim, elege como princípio hermenêutico a inescapável influência na compreensão dos efeitos da história, ora percebidos, ora não, pelo intérprete. A história é continuamente influente no ato de compreensão, e quando se pensa estar-se deslocando ao passado e compreendendo um contexto histórico específico da maneira mais neutra possível, não se está mais do que compreendendo um horizonte do passado já fundido com um horizonte presente. Essa fusão já acontece antes mesmo de o intérprete percebê-la até porque “existe tão pouco um horizonte do presente em si quanto existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão de tais horizontes presumivelmente dados em si mesmos.*”²⁹⁹ Isso constituiu-se na **primeira premissa** do argumento central defendido nesta dissertação.

identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.” Cf. CORTE Interamericana de Direitos Humanos. 2010. Sentença de 24 de novembro. **Gomes Lund e Outros** (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil. 2010, p. 113.

²⁹⁹ No original: “Es gibt so wenig einen Gegenwartshorizont für sich, wie es historische Horizonte gibt, die man zu gewinnen hätte. *Vielmehr ist Verstehen immer der Vorgang der Verschmelzung solcher vermeintlich für sich seiender Horizonte*”. Cf. WM, p. 311, VM, 404.

Apesar do destaque dado à atuação da influência a história que passa despercebida no momento da compreensão, Gadamer crê na realização controlada da fusão de horizontes como vigília da consciência da história continuamente influente.³⁰⁰ Essa tarefa é que constitui o problema fundamental da hermenêutica, que Gadamer elege como sendo o problema da aplicação. A aplicação já havia sido prevista pela hermenêutica mais tradicional, mas foi esquecida pela hermenêutica mais moderna. O projeto de Gadamer é reconquistar o *status* da aplicação. Como visto, elege dois modelos, o da *phronesis* aristotélica e o da hermenêutica jurídica, e é neste último modelo que ocorre a primeira aproximação entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. Como planejado na pesquisa, iniciou-se uma investigação dessa aproximação no capítulo seguinte. Por fim, ainda no primeiro capítulo, explanou-se a análise da consciência hermenêutica de Gadamer, que é uma consciência da influência dos efeitos da história e que tem a estrutura de experiência, algo central no pensamento gadameriano. A compreensão do mundo – e também dos textos – ocorre como um diálogo, em que os interlocutores reconhecem-se com um “tu” e, partindo da pretensão de verdade de cada um, chegam a acordos sobre a coisa. No diálogo, a pergunta adquire primazia e possui uma estrutura lógica de abertura, delimitando um conjunto de respostas possíveis. Mas sempre algo fica de não dito, e é justamente aí onde reside a experiência de finitude e de pertencimento a uma realidade linguística e histórica intransponível.³⁰¹ A abertura e a projeção de sentidos inerentes a todo horizonte histórico que se queira compreender, comprovadas, ao final, a partir do modelo de diálogo descrito por Gadamer, constituiu-se na **segunda premissa** do argumento central defendido nesta dissertação.

Em seguida, a pesquisa aprofundou-se na aproximação realizada por Gadamer em direção à hermenêutica jurídica. Foi visto que ele elegeu o modelo da hermenêutica jurídica como exemplo que recorda às demais ciências humanas de seu real procedimento. Nesse ponto, viu-se que a hermenêutica jurídica é exemplar para Gadamer pelo menos em três sentidos: como exemplo de como se sucede o problema fundamental da aplicação, como exemplo de atuação da história continuamente influente e como exemplo de como a compreensão de textos não é arbitrária, mas justa e prudente.³⁰² Para explicar como o jurista atua, ele contesta a teoria hermenêutica de Betti em alguns pontos centrais, dois dos quais foram abordados nesta pesquisa. Betti elaborou uma teoria geral da interpretação e criou uma tipologia de interpretações em que cindia uma interpretação com função científica, típica do

³⁰⁰ GADAMER, WM, p. 312, VM, p. 405.

³⁰¹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 176.

³⁰² GRONDIN, *Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics*, 18.

historiador e do filólogo, uma interpretação com função reprodutiva, típica do ator, do músico e do tradutor, e uma interpretação com função normativa, típica do juiz e do teólogo e que também engloba certa interpretação psicotípica. Gadamer contestou, em primeiro lugar, essa cisão, mostrando que em toda espécie de interpretação não se pode acatar a tipologia bettiana pois em todas há algum elemento de conhecimento e de aplicação. Isso vale para o historiador, para o tradutor para o juiz e para o teólogo. Em segundo lugar, Gadamer aprofunda-se na comparação entre as atividades do historiador e do juiz bem como na do teólogo para demonstrar que não há um conhecimento puro e que todo conhecimento encerra em si um momento de aplicação. Em seguida, foram elencadas algumas razões que justificariam a tese de que Gadamer é antirrelativista e de que há sim em sua obra elementos que proporcionam uma interpretação adequada. Por fim, a noção de que o acesso que o intérprete tem à história é sempre um acesso situado no presente e para o presente e de que há uma tradição que marca o intérprete no momento mesmo do contato com os textos interpretados, em conjunto com a noção de aplicação, sempre direcionada ao presente, problema fundamental da hermenêutica em que se estriba a vigília da influência contínua dos efeitos da história, constitui-se na **terceira premissa** do argumento central defendido nesta dissertação.

, indicou-se uma específica contribuição da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica. Inicialmente, apontou-se que, na hermenêutica jurídica, desde a mais clássica até a mais atual, há correntes defensoras de que o critério basilar para uma interpretação correta é alguma espécie de vontade ou intenção. Uns defendem que o critério primordial é a descoberta da vontade ou da intenção do criador da lei no momento da criação; outros, já mais críticos, defendem a reconstrução interpretativa de uma intenção possível subjacente ao sistema jurídico, não necessariamente correspondente à intenção originária do criador do texto. Analisou-se então um aspecto peculiar da interpretação jurídica, já percebida por outros juristas, que é o da atuação criativa do intérprete. Em determinados casos, em que a reconstrução da intenção do legislador não fosse possível, o intérprete construiria um sentido a fim de adequar a norma às exigências do caso concreto. Essa construção não era vista com bons olhos, até porque centralizava o papel da interpretação na criatividade do juiz e não na vontade ou da intenção do legislador. Ainda assim, os juristas que contestavam essa atividade não conseguiram se desvencilhar do fato de que essa é uma atividade inescapável. Gadamer enfatizaria, justamente, esse aspecto da hermenêutica jurídica ao centralizar-se na tarefa prática de adaptação da lei às necessidades do presente que o juiz sempre faz, o que de modo

algum implica uma tarefa arbitrária.³⁰³ Também Gadamer tentou demonstrar a impossibilidade de se contar com a vontade ou a intenção do autor como critério de interpretação ao reconhecer que “não só ocasionalmente, mas sempre o sentido de um texto supera seu autor. Por isso a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo.”³⁰⁴ A preeminência do texto em detrimento da individualidade e da opinião do autor é radicalizada por Gadamer. O texto é reconhecido não mais como mera expressão de vida, mas é tomado a sério em sua própria pretensão de verdade.³⁰⁵ Para a hermenêutica jurídica, a implicação disso é ³⁰⁶

A crítica que Gadamer faz à hermenêutica romântica e ao historicismo somada às três premissas elencadas foi tomada de empréstimo nesta dissertação constituiu-se assim na **conclusão** desta pesquisa, que é a demonstração teórica das dificuldades em que esbarram as teses intencionalistas e originalistas presentes na hermenêutica jurídica contemporânea. Na tarefa do juiz, o acesso ao passado ocorre através de documentos históricos, que são textos. Disso decorre que (1) o acesso à história ocorre sempre num momento presente e que (2) esse acesso é mediado linguisticamente; por fim, deve-se reconhecer (3) a pretensão de verdade do texto, emancipada da pretensão do autor. Dessa conclusão seguiu-se uma incursão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, analisou-se um julgado específico em que algumas teses – contestadas nesta dissertação – serviram de sustentação para argumentos centrais para a decisão. Foi o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF que tratou da possível inconstitucionalidade de um trecho da Lei da Anistia que anistiava todo e qualquer crime conexo a crimes políticos praticados durante o período da ditadura militar. Demonstrou-se que o relator, ainda que aceitando o caráter produtivo da interpretação jurídica e voltado para o presente, apontou uma exceção a essa constatação, que seria o caso das “leis-medida”. Para justificar a recepção dessa lei como constitucional, apelou para um argumento de ordem

³⁰³ GADAMER, WM, p. 333; VM, p. 430.

³⁰⁴ No original: “Nicht nur gelegentlich, sondern immer übertrifft der Sinn eines Textes seinen Autor. Daher ist Verstehen kein nur reproduktives, sondern stets auch ein produktives Verhalten.”. GADAMER, WM, p. 302; VM, 392

³⁰⁵ No original: “Sofern jetzt nicht die Individualität und ihre Meinung, sondern die sachliche Wahrheit gemeint ist, wird ein Text nicht als bloßer Lebensausdruck verstanden, sondern wird in seinem Wahrheitsanspruch ernst genommen.”. GADAMER, WM, p. 302; VM, p. 393.

³⁰⁶ Como afirmou Grondin, “[...] a decisão jurídica (ou reflexão) de hoje não é uma que tenha de “transportar-se” (sich versetzen) ao contexto do passado a fim de compreender o direito, isto é, como foi elaborado por seus autores (que é, acredito, a visão do intencionalismo ou originalismo em teorias jurídicas [...])” No original: “[...] the legal decision (or reflection) of today is not one that has to “transport itself” (sich versetzen) in the context of the past in order to understand the law, say, as it was framed by its authors (which is, I believe, the view of intentionalism or originalism in legal theories” Cf. GRONDIN, Gadamer’s Interest for Legal Hermeneutics, p. 15.

intencionalista e originalista com a finalidade de preservar o “acordo político” pretensamente realizado de forma voluntária pelos atores políticos da época. A história já estava acabada e deveria “ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.”³⁰⁷ algo que se confronta se se considera a abertura inerente à metáfora do horizonte histórico.

Se a hermenêutica filosófica puder servir de exemplo para a hermenêutica jurídica, os juristas devem começar a reavaliar alguns de seus argumentos, principalmente, nos casos em que a relação entre direito e história se entrelaça de maneira fundamental. É o que se concluiu com esta dissertação.

Ainda assim, após a conclusão desta pesquisa, algumas reflexões ainda surgem. Esta pesquisa enfrentou a contribuição da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica principalmente na relação existente entre a necessidade de julgar com referência a textos do passado. Essa relação do intérprete com o passado foi destrinchada neste trabalho. Um dos pontos foi a contraposição a teses intencionalistas e originalistas. Naturalmente, se tais teorias ficam abaladas pela perspectiva de Gadamer, algumas das teorias político-jurídicas mais basilares sustentadoras do Estado Democrático de Direito precisariam ser, forçosamente, repensadas.

É o caso, por exemplo, da teoria da separação dos poderes, que, em sua formulação mais rudimentar, elege um poder para representar a vontade do povo e outro para aplicá-la. Qual deve ser o papel do juiz enquanto intérprete num Estado Democrático de Direito? A legitimidade democrática pesa muito a favor do legislador e pouco a favor do juiz. O julgador deve ter uma atuação prudente, mas essa prudência deve também, em conformidade com essa teoria, levar em conta um conjunto de pretensões realçadas no debate parlamentar originador da lei.

Outro caso com esse conexo é o da teoria da segurança jurídica. Em que medida a compreensão, constituída numa estrutura de diálogo sempre aberta, deve contribuir para a formação de uma cadeia de decisões que respeitem o valor da segurança jurídica? A ideia de que, em algum momento, é preciso encerrar alguns casos bastante controversos (como neste em que se contestava a Lei da Anistia) esbarrará na noção de que a compreensão adequada é aquela que sempre se abre ao diálogo. E daí surge outro questionamento: em que momento o direito deve encerrar este diálogo? Essa pergunta é ainda mais grave se reformulada de uma maneira que toca este trabalho: em que momento o direito deve *reabrir* este diálogo?

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 34.

De qualquer modo, parece que a hermenêutica filosófica impõe a necessidade se revisitar tais teorias basilares ao Estado de Direito.³⁰⁸ Esta pesquisa poderá constitui-se, assim, num passo inicial para futuras pesquisas em torno desses questionamentos. Todavia, nesse ponto, em conformidade com o que se defendeu até aqui, ela deve se encerrar para poder se abrir.

³⁰⁸ Uma sugestão nesse sentido propõe Mootz, que, em trabalho, recente, assim assevera: “O *rule of law* parece estar contido como premissa em textos legais que têm um único e persistente sentido através do tempo, mas é precisamente essa assunção que a hermenêutica filosófica põe em questão.” (tradução nossa). No original: “The rule of law appears to be premised on legal texts that have a single, persistent meaning through time, but it is precisely this assumption that philosophical hermeneutics puts into question”. Cf. MOOTZ III, Francis J. Hermeneutics and Law. In: KEANE, Niall; LAWN, Chris (eds.) **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, Oxford: Blackwell Publishers, 2015, p. 6. O *rule of law* é antes um comprometimento com o texto do que com um sentido específico intencionado. Mootz ainda vai mais longe ao dizer que “a dialética entre o caso concreto e os princípios gerais é a genuína fundação do *rule of law*. Sem esse ‘jogo livre’ na aplicação do direito, argui Gadamer, o direito não poderia funcionar.” (tradução nossa). No original: “The dialectic between the case at hand and general principles is the genuine foundation of the rule of law. Without such “free play” in the application of law, Gadamer argues, law could not function.” Cf. *Ibid.*, p. 8. E finaliza: “O *rule of law* é uma prática institucionalizada de pôr-se em risco antes do evolvente sentido dos textos legais. A experiência de pôr-se em risco com uma forma de jogo conversacional é parte da natureza humana, [...]. Como Gadamer enfatizou, isso não é uma mensagem reconfortante, mas antes uma chamada para ação.” (tradução nossa). No original: “The rule of law is an institutionalized practice of putting oneself at risk before the evolving meaning of legal texts. The experience of putting at risk as a form of conversational play is part of human nature, [...] As Gadamer emphasized, this is not a comforting message but rather a call to action.” Cf. *ibid.*, p. 10-11.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. BENVINDO. Juliano Zaiden. Juiz e Historiador, Direito e História: uma análise crítico hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista NEJ–Eletrônica**, v. 17, n. 2, mai-ago 2012p. 185-205.

AFTER Antonin Scalia's Death, Fierce Battle Lines Emerge. The New York Times, Nova York, 14 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/02/15/us/politics/antonin-scalias-death-cuts-fierce-battle-lines-in-washington.html?action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=span-abc-region®ion=span-abc-region&WT.nav=span-abc-region>. Acesso em: 15. fev. 2016.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica e dialética**: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: I. filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução: Paulo Astor Soethe. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BETTI, Emilio. Methodology of the Geisteswissenschaften. In: ARMISTON, Gayle L. (ed.); SCHRIFT, Alan D. (ed.). **The hermeneutic tradition**: from Ast to Ricoeur. Albany, Nova York: State University of New York Press, _____ . **Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre**. Tübingen: Mohr, 1988.

BÖCKH, August. **Encyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften**. Leipzig: Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1877. Disponível em: < https://archive.org/stream/bub_gb_Od8sAAAAMAAJ#page/n117/mode/2up>. Acesso em: 01. out. 2015.

BRASIL. Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 29 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 15 jan. 2016. _____ . Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010.

BULTMANN, Rudolf. Das Problem der Hermeneutik, **Zeitschrift für Theologie und Kirche**, vol. 47, n. 1, p. 47-69, 1950.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. 2010. Sentença de 24 de novembro. **Gomes Lund e Outros** (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil. 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COTTONE, Filippo. La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione. P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), **Analisi e diritto**, p. 89-110, 2006.

COVER, Robert M. Violence and the Word. **The Yale Law Journal**, v. 95, n. 8, p. 1601-1629, 1986.

DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenêutica: el surgimiento de la hermenêutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica**. Prólogo, tradução e notas: Antonio Gómes Ramos. Madrid: Ediciones Istmo, 2000.

_____. **Introducción a las ciencias del espíritu: en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia**. 2 ed. Tradução: Eugenio Imaz. Pánuco, México: Fondo de cultura económica, 1949.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis**. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

FARR, James. The Americanization of Hermeneutics: Francis Lieber's Legal and Political Hermeneutics. In: LEYH, Gregory (ed.). **Legal hermeneutics: history, theory and practice**. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 84-101.

_____. Lieber, Francis. In: **American National Biography Online**. 2000. Disponível em: <<http://www.anb.org/articles/14/14-00365.html>>. Acesso em: 04. dez. 2015.

FERRARIS, Maurizio. **Storia dell'ermeneutica**. Milão: Studi Bompiani, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Gesammelte Werke, Band 1**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993.

_____. **Gesammelte Werke, Band 2**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1993.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de: Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

_____. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 14 ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. **Verdade e Método II: complementos e índices**. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 6 ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEYH, Gregory (ed.). **Legal hermeneutics: history, theory and practice**. Berkeley: University of California Press, 1992.

GREISCH, J. **L'arbre de l'a vie et l'arbre du savoir: le chemin phénoménologiques de l'herméneutique heideggerienne (1919-1923)**. Paris: Les éditions du cerf, 2000.

GRONDIN, Jean. Gadamer's basic understanding of understanding. In: DOSTAL, Robert(org.) **The Cambridge Companion to Gadamer**, v. 2002, p. 36-51, 2002.

_____. **Einführung zu Gadamer**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

_____. El milagro del éxito de *Verdad y Método*. In R. CÚNSULO (dir.), **A cincuenta años de Verdad y método: Balance y perspectivas**, Editorial Unsta, Tucumán, p. 77-86, 2011. [em versão de páginas numeradas de 1 a 15].

_____. Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics, (London: Routledge, 2016), 2015. No prelo. [Em versão de páginas numeradas de 1 a 21].

_____. **Hermenêutica**. Tradutor: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editoria, 2012.

_____. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 1999.

_____. Le passage de l'herméneutique de Heidegger à celle de Gadamer. P. Capelle et al., **Le souci du passage**. Paris, Cerf, p. 41-60, 2001.

_____. What is the hermeneutical circle? First draft of an essay to be published in N. Keane and C.Lawn (eds). **The Blackweel Companion to Hermeneutics** (2016). No prelo.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre a busca inicial de Heidegger por um modo ateorético de produzir conhecimento válido em (e pela) filosofia – com uma alusão ao direito no final**. Texto disponibilizado pelo autor na internet. Disponível em: <https://www.academia.edu/16917784/Sobre_a_busca_inicial_de_Heidegger_por_um_modos_a_teor%C3%A9tico_de_produzir_conhecimento_v%C3%A1lido_em_e_pela_filosofia_com_uma_alus%C3%A3o_ao_direito_no_final>. Acesso em: 05 dez. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **On the logic of the social sciences**. Tradução: Shierry Weber Nicholse e Jerry A. Stark. Cambridge: The MIT Press, 1988.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 11 ed. não alterada a partir da versão de 1967. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2002.

_____. **Ser e tempo**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 9 ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

HIRSCH, E. D. Jr. **Validity in interpretation**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1967.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução: António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

_____. La espiral hermenêutica. In: **Persona y derecho**, 52, p. 405-410, 2005. Disponível em: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14566/1/PD_52_12.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2015.

_____. **La filosofía del derecho em la posmodernidad**. 2 ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editoria Temis S.A., 1998.

_____. The ontological structure of law. **Natural Law Forum**, paper 95, 1963, p. 79-96. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=nd_naturallaw_forum> Acesso em: 04. dez. 2015.

_____. (org.); HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer. Tradução: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEWIS, Charlton T. **A Latin Dictionary**: founded on Andrew's edition of Freund's latin dictionary. Revised, enlarged, and in great part, rewritten by Charlton T. Lewis, Ph.D. Clarendon Press: Oxford, 2002.

LIEBER, Francis. **Legal and political hermeneutics**: or principles of interpretation and construction in law and politics, with remarks on precedents and authorities. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1839.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas: 2013.

_____. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDER, Stephan. **Missverstehn und Verstehen**: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik. Tübingen: Mohr Siebek, 2004.

MOOTZ III, Francis. **Conhecimento retórico na prática e na teoria crítica do direito**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2011.

_____. Hermeneutics and Law. In: KEANE, Niall; LAWN, Chris (eds.) **The Blackwell Companion to Hermeneutics**, Oxford: Blackwell Publishers, p. 1-13, 2015.

_____. The hermeneutical and rhetorical nature of law. **Journal of Catholic Social Thought**, 8:2, 2011, 221-254.

_____. Ugly american hermeneutics. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 3(I): 42-55 jan.-jun. 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 121-136, jan./jun., 2007.

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

PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti**: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PIECHOWIAK, Marek. Arthur Kaufmann. In: **The Philosophy of Law, an Encyclopedia**. Vol. II K-Z. New York&London: Christopher Berry Gray, 1999, p. 475-476.

POSCHER, Ralf. Hermeneutics, jurisprudence and law. In: MALPAS, Jeff; GANDER, Hans-Helmuth (eds.). **The Routledge Companion to Philosophical Hermeneutics**, Londres/Nova York, pp. 451-465, 2015.

_____. The Hermeneutical Character of Legal Construction. In: **Law's Hermeneutics: Other Investigations** (London: Routledge, 2016), 2015. No prelo para a publicação física. [em versão de páginas numeradas de 1 a 22]. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696486>. Acesso em: 05. jan. 2016.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

_____. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 14, p. 14-36, n. 2, 2012.

SAVIGNY, Carl Friedrich von. **Metodologia jurídica**. Tradução: Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas-SP: Edicamp, 2001.

_____. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução: Jacinto Mesía e Manul Poley. Madrid: F. Gongóra y Compañía, 1878.

_____. **System des heutigen Römischen Rechts**. Bd. 1. Berlin: Bei Veit und Comp, 1840.

_____. **System of the modern law**. Vol. 1. Tradução: William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. Saint Paul-MN: Thomson/West, 2012.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 9 ed. Tradução e apresentação: Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2012

_____. **Hermeneutik und Kritik**: mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament. Berlin: Verlag Reimer, 1838, p. 10. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/schleiermacher_hermeneutik_1838/?hl=Umkehrung&p=34>. Acesso em: 01. out. 2015.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução: Fábio Ribeiro. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 277- 292, jul/dez. 2005.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica. In: **Posturas intelectuais: o abuso das ciências pelos filósofos pós-modernos**. 4 ed. Tradução de: Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SOLUM, Lawrence B. District of Columbia v. Heller and Originalism. **Northwestern University Law Review**, v. 103, n. 2, p. 923-982, 2009.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. ver. mod. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.