

A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer

Fernando José Armando Ribeiro e
Bárbara Gonçalves de Araújo Braga

Sumário

1. Introdução. 2. Hermenêutica e interpretação. 3. A hermenêutica como método de interpretação. 3.1. Os métodos de interpretação do Direito. 4. Críticas à aplicação do Direito sob o paradigma da "hermenêutica" como método de interpretação. 5. A hermenêutica filosófica de Gadamer. 5.1. O horizonte histórico. 5.2. A fusão de horizontes. 5.3. História efetual. 5.4. O círculo hermenêutico. 5.5. A questão do método. 5.6. A linguagem. 6. A aplicação do Direito sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer: uma hermenêutica jurídica. 7. Conclusão.

1. Introdução

O estudo do Direito é uma constante procura. Procura-se pelo sentido da Constituição, pela Justiça. Procura-se muitas vezes sem saber ao certo as feições do que se está a buscar. Procura-se frequentemente apenas no silêncio do texto como se ele tudo soubesse e a tudo respondesse.

Todavia, o Direito não é somente aquilo que consta dos textos de leis e códigos. Os textos legais apenas trazem ordens de conduta na sociedade, aptas a regular relações intersubjetivas. Por conseguinte, a procura do Direito no texto legal implica o encontro de um Direito mudo, aplicado como a desconsiderar o sujeito que interpreta sem saber a que serve, a quem obedece.

Considerando que tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente

Fernando José Armando Ribeiro é Doutor em Direito pela UFMG, Professor dos cursos de doutoramento, mestrado e bacharelado da PUC-Minas e da Faculdade de Direito Milton Campos, diretor do Departamento de Teoria do Direito do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

Bárbara Gonçalves de Araújo Braga é estudante do 9º período da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas; Estudante de Filosofia da UFMG.

remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem à consciência pela palavra, sendo a linguagem já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica, não há Direito, só texto. No Direito, por intermédio do discurso se exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e para tanto sempre se tem um processo hermenêutico.

Investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto da pluralidade exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos. Nesse sentido, a Hermenêutica Filosófica gadameriana fecunda o estudo do Direito, demonstrando a sua inevitável compreensão como diálogo crítico e reflexivo com a tradição.

Buscando pensar a Hermenêutica Filosófica de Gadamer no âmbito da aplicação do Direito, este artigo propõe uma breve introdução à hermenêutica, procurando estabelecer uma distinção entre esta e a interpretação. Em seguida discorre sobre a hermenêutica clássica, seus métodos, suas escolas. Posteriormente adentrará a Hermenêutica Filosófica de Gadamer definindo alguns de seus conceitos e expondo suas características. Somente então se passará à Hermenêutica Jurídica gadameriana enfrentando algumas questões de relevância.

2. Hermenêutica e interpretação

Historicamente, a hermenêutica penetrou de forma gradativa no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo, com o advento da modernidade, diversos significados. Nesse sentido, Palmer (1999, p. 43-44) assinala:

“O campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronoló-

gica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica das *geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e inconclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos (...) Cada definição representa essencialmente um ponto de vista a partir do qual a hermenêutica é encarada”.

O modelo hermenêutico, desde a escolástica até o sistema histórico-evolutivo, consiste, em linhas gerais, no estudo da sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões. Por conseguinte, a hermenêutica jurídica na acepção tradicional busca o sentido da *verba legis* por intermédio de métodos e técnicas de interpretação da lei.

Entretanto, desde os estudos de Heidegger, a hermenêutica não pode mais ser entendida como uma instrumentalidade passiva capaz de tornar compreensível o objeto de estudo. Nesse sentido, a variação da própria compreensão da linguagem como “meio universal” (KUNSCH, 2001) faz necessária a viragem do modo de ser e perceber da própria hermenêutica.

Segundo Heidegger (1997, p. 172), hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, que remete ao deus Hermes, o mensageiro dos deuses. Hermes era conhecido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para transmiti-lo às outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compreensão conseguisse compreender. Todavia, para tanto furtava algo. Hermes, ao traduzir em linguagem humana o que foi dito pelos deuses, colocava um pouco de si,

tirava um pouco dos deuses. Nesse sentido, o processo de tradução, como manifestação do próprio fazer hermenêutico, comporta sempre, e inevitavelmente, uma atribuição de sentido. Esta, longe de ser um problema, constitui-se como condição de possibilidade. Vale dizer, o processo de desvelamento, essência do fazer hermenêutico como saber auto-reflexivo e participação no ser, implica necessariamente uma participação ativa e reconstrutiva da esfera de sentidos.

Na perspectiva heideggeriana, foram os latinos que, ao identificar hermenêutica com interpretação, operaram uma regressão, pois a palavra interpretação não traz a abertura dialética inerente ao fazer hermenêutico, pela conjunção de dizer, explicar e traduzir como sentidos antigos da palavra hermenêutica. A palavra interpretação não diz do furtar, é silenciosa sobre o se colocar. O termo interpretação permite ser significado apenas como um ajuste de intenção, como clarificação do sentido de um objeto. Dessa forma, o uso do termo interpretação como sinônimo de hermenêutica fez esquecer todo substrato trazido pela hermenêutica em seu uso grego.

Heidegger reivindica a hermenêutica em seu sentido mais original. Dessa forma, para Heidegger, a hermenêutica permite revelar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta. Pela hermenêutica descobre-se o significado oculto, não manifesto, não só de um texto (*stricto sensu*), mas também da linguagem. Nesse sentido acentua Stein (1996, p. 33):

“A filosofia enquanto filosofia hermenêutica procura uma base para os processos cognitivos humanos que se dão na linguagem e diz que existe, desde cedo, um processo comum a todos os seres humanos que lhes permite se comunicarem através de uma linguagem, através dos discursos chamados assertóricos, dos discursos que trabalham com enunciados e que esta condição de

possibilidade vem da compreensão, de uma compreensão determinada. A compreensão faz parte do modo de ser do homem. Ela é dada como estrutura prévia de sentido”.

Ainda segundo Stein (1996, p. 26), existem dois modos de compreender, que seriam o compreender de uma proposição e o compreender anterior, que é saber como se está no mundo, o existir, o sobreviver. O compreender é uma qualidade do ser humano como humano. Assim podemos imaginar que existe um *logos* que se bifurca. O primeiro seria o *logos* da compreensão de uma proposição, o *logos* que se manifesta na linguagem (chamado por Heidegger de *logos apofântico*). E o segundo seria “aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender”, chamado de *logos hermenêutico*.

De acordo com Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 29):

“Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, no sentido de que compreender não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente, e, portanto conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana”.

A partir dos estudos de Heidegger, Hans-George Gadamer (1997) consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer (1997, p. 442), a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”. Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investigar as categorias a partir das quais passa a se dar a compreensão.

Abre-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que a her-

menêutica é um processo de interpretação somado à criação, no qual o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo.

3. *A hermenêutica como método de interpretação*

A hermenêutica como método de interpretação é apresentada como ciência. Ela contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que norteiam a interpretação. É a teoria científica da interpretação, sendo um instrumento para a realização do Direito.

Conforme ensina Streck (2003, p. 106), a hermenêutica como método de interpretação sofre a influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emílio Betti, que se baseia numa forma metódica e disciplinada da compreensão. Ainda segundo o autor gaúcho, para Betti (apud STRECK, 2003) a interpretação seria um processo reprodutivo no qual o intérprete traduz para sua linguagem as objetivações da mente de outro por meio de uma realidade análoga a que originou as objetivações interpretadas. Portanto, interpretar seria o reconhecimento do significado que o autor foi capaz de elaborar (STRECK, 2003, p. 107).

A concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara (2003), jurista italiano de 1921, cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muito deposita nos métodos interpretativos. Ferrara (2003) assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica” (FERRARA, 2003, p. 24).

Não obstante, para Ferrara (2002, p. 25) os métodos de interpretação são preciosos para evitar:

“(…) de uma parte daqueles que por timidez ou inexperiência estão estri-

tamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (...); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no Direito positivo idéias e princípios que são antes o fruto das suas lucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais”.

No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se materializou no nome de Carlos Maximiliano (1999, p. 1), que assim ensinava:

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

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos. A hermenêutica é a técnica. A norma jurídica, como modelo de Direito, é o objeto cultural, cognoscível do sujeito que se debruça em decifrá-la.

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

3.1. *Os métodos de interpretação do Direito*

Tradicionalmente, a doutrina tem elencado as seguintes técnicas interpretativas do Direito: gramatical, lógico-sistemática, histórica, sociológica e teleológica.

A interpretação gramatical é a análise da lei com base nas palavras que compõem seu texto, bem como da conexão entre elas. Na interpretação gramatical, o intérprete analisa o texto da lei com base nas palavras e na conexão lingüística. Assim, o intérprete se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando regras de concordância ou regência.

Na interpretação lógico-sistemática, busca-se deduzir a *voluntas legis* com base em outras circunstâncias que não as gramaticais, remetendo ao significado de uma norma em relação às outras hierarquicamente superiores ou mais gerais. Noutros termos, a interpretação lógico-sistemática consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do ordenamento jurídico.

A interpretação histórica perquire os antecedentes imediatos e remotos do modelo normativo. Portanto, a interpretação histórica tem por objeto a situação da relação jurídica regulada pelas normas jurídicas no momento da promulgação da lei, evidenciando o modo da intervenção do Direito num dado momento histórico.

Por sua vez, o processo sociológico de interpretação objetiva ampliar o sentido da norma a relações novas, além de temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica.

Por fim, a interpretação teleológica objetiva depreender a finalidade do modelo normativo, haja vista que a delimitação do sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma jurídica.

Ressalte-se que os métodos interpretativos não se contrapõem rasgadamente, não são necessariamente operações separadas, podem ser tratados como partes conexas de uma só atividade. Nesse sentido, várias escolas apregoavam diferentes usos dos métodos interpretativos.

4. Críticas à aplicação do Direito sob o paradigma da "hermenêutica" como método de interpretação

A hermenêutica no escopo dos métodos de interpretação implica o revelar do sentido da norma. A interpretação tem como objetivo fundamental o estudo dos processos de fixação do sentido e do alcance da norma jurídica, com a finalidade de extrair seu significado, seu conteúdo.

Segundo Carlos Maximiliano (1999, p. 14), o jurista esclarecido pela hermenêutica "não perturba a harmonia do conjunto nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de idéias". Portanto, de acordo com o autor, a hermenêutica equivaleria a métodos por meio dos quais o intérprete dissiparia as obscuridades e contradições, explicaria a matéria para descobrir o "brilho de um pensamento fecundo em aplicações práticas" (MAXIMILIANO, 1999, p. 15). Dessa forma, as grandes questões hermenêuticas do Direito ficam circunscritas à pergunta acerca do sentido que a interpretação deve fixar.

Em comentário à hermenêutica concebida como técnica de interpretação no prefácio à obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* de Lênio Streck, assevera Ernildo Stein (apud STRECK, 2004, p. XV): "Ao lado da hermenêutica bíblica, a hermenêutica jurídica era sempre um exercício de interpretação técnica de um lado, e, de outro essa interpretação era comandada por cânones rígidos e por intérpretes dotados de especial autoridade".

Como instrumental para a exegese de texto, o saber hermenêutico é reduzido a um complexo intrincado com vistas à descoberta de uma verdade pré-existente. Sob esse ponto de vista, tanto a Escola da Exegese (reflexo da positivação do Direito sobre os braços da segurança e da certeza) quanto a Escola Histórica (marcada pela crença ingênua da história como algo objetivável) ou a Jurisprudência analítica (sendo uma vertente científica e dogmática) incorrem na

compreensão do ato de interpretar como um processo silogístico em que das premissas decorre a conclusão da verdade da norma, o que pode levar a confusão entre validade e verdade. Portanto, no âmbito da Ciência Jurídica, a identificação da hermenêutica como pura técnica a partir da qual se extrai a verdade conduz ao que Plauto Faraco Azevedo (1989, p. 61) chamou de empobrecimento do processo hermenêutico. Não obstante, a via do automatismo exegético ou silogismo dedutivo implica a desvalorização da atividade judicante, de que o conceptualismo apartado da vida é contraparte.

Como acentua Lênio Streck (2004, p. 39), a hermenêutica como técnica, saber operacional, domina no campo jurídico, uma vez que o pensamento dogmático do Direito crê na existência de uma subjetividade instauradora do mundo que possibilitaria a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”. Tal compreensão jaz sobre o paradigma da filosofia do sujeito, vez que se assenta na concepção de que é no sujeito que reside a verdade. Nas palavras de Lênio Streck (2003, p. 18):

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

Ora, com a filosofia da linguagem a verdade passa a habitar não só o objeto nem apenas o sujeito, mas se cogita o *médium*, a relação, a linguagem. Portanto, o intérprete não dispõe da verdade, tão-pouco “existem

‘capas de sentidos’ depositadas em algum canto do universo lingüístico à disposição do intérprete, prontas a serem acopladas à nudez dos textos ou objetos” (STRECK, 2004, p. 256).

Mas por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que se opõe às novas idéias. Não obstante, conforme expõe Souza Cruz (2006, p. 3), o exame dogmático dos textos legislativos se sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta da vontade da lei ou do legislador. Vale lembrar ainda que, segundo Dalmo Dallari (1980, p. 95), o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção ante as injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disso, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas confere a tão aclamada segurança jurídica, pois cercaria o intérprete evitando as convicções teóricas próprias de cada indivíduo.

Todavia, como demonstra Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 3), os critérios de interpretação não conferem objetividade à interpretação das leis. Primeiro, por faltar a elas hierarquia, tornando o seu comando bastante fluido. Segundo, por ignorar a dimensão criadora do intérprete, que atenta antes para a resolução do problema que para a lei.

Por fim, conforme alerta Streck (2004, p. 249), pensar a atividade hermenêutica como produto de métodos implica pensá-la como instrumento do conhecimento, o que é equivocado. À luz do pensamento de Gadamer (1997), podemos aduzir que hermenêutica é existência e remete àquilo que acontece ao homem enquanto homem.

5. A hermenêutica filosófica de Gadamer

A reflexão hermenêutica do século XIX, representada principalmente pelo pensa-

mento de Dilthey, coloca o problema da compreensão em termos de um modo de conhecimento. Heidegger (1967, p. 33), ao defender a especificidade da linguagem como linguagem do ser, aquém e além de toda explicação filosófica que se deu até então, apresenta a compreensão não em termos de um caráter epistemológico, mas, sim, existencial. Em Heidegger (1967), a compreensão não é um modo de conhecer, mas a própria existência.

Seguindo a matriz heideggeriana, Gadamer (1997, p. 556) afirma: “Ser que pode ser compreendido é linguagem”. A linguagem no âmbito da Hermenêutica Filosófica de Gadamer constitui a mediação total da experiência do ser. E, nesses termos, é apresentado o limite imposto a toda a experiência hermenêutica do sentido. Para Gadamer (1997, p. 706), o que é não pode jamais ser compreendido em sua totalidade, pois, para tudo que uma linguagem desencadeia, ela remete sempre para além do enunciado como tal. O ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo, assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.

Nas palavras de Ernildo Stein (2002, p. 3), Gadamer insere a interpretação “num contexto – ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser – em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta”. E isso, como acentua Gadamer (apud STEIN, 2002), não implica uma diminuição de cientificidade, mas a legitimação de um significado humano especial. Em Gadamer (apud STEIN, 2002), o interpretar já não é mais uma instância científica, mas é, antes, uma experiência humana de mundo, na qual a compreensão é um próprio critério existencial.

Ressalte-se que, no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, Hans-Georg Gadamer (1997, p. 14) esclarece que as conseqüências práticas das investigações por ele apresentadas “não ocorrem em todo caso para

um engajamento não científico, mas para probidade científica de reconhecer em todo compreender um engajamento real e efetivo”. É salienta:

“Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece” (GADAMER, 1997, p. 14).

Gadamer (1997) ainda esclarece, na introdução à obra *Verdade e Método*, que as análises por ele empreitadas não param na justificação da verdade da arte. Elas procuram antes desenvolver, desde esse ponto de partida, um conceito de conhecimento e de verdade que corresponde ao todo da experiência hermenêutica. Para Gadamer (1997, p. 34), assim como na experiência da arte, na qual as verdades ultrapassam a esfera do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências do espírito*, nas quais a tradição histórica é transformada em objeto da pesquisa. É certo que a experiência da tradição histórica ultrapassa fundamentalmente aquilo que nela é pesquisável. No entanto, *Verdade e Método* propõe-se a expor a verdade como um acontecer, o qual já está embebido de tradição.

Nesse sentido, Gadamer (1997) traz algumas noções que devem ser pontuadas.

5.1. O horizonte histórico

O horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado com o presente. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 404), o “horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista ao qual a pessoa se apega ou pelo qual se impõe, senão como

* No fim do século XIX, Dilthey desenvolveu uma nova teoria sobre as ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente cujo objeto era a realidade histórico-social da vida humana. Dilthey chamou-as ciências do espírito em contraposição às ciências físico-naturais.

uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a apropriar-se daquilo que vem dito no texto”.

Conforme assinala Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 27), o horizonte histórico “demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos”. Esclarece ainda que a situação hermenêutica “vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente” (PEREIRA, 2001, p. 27).

A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermenauta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Desse modo, como assevera Pereira (2001, p. 28), não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”. Prossegue:

“(…) o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.) (PEREIRA, 2001, p. 28)”.

A compreensão é formada por pré-compreensões. Nos termos de Gadamer (1997, p. 709), “não existe compreensão que seja livre de todo pré-conceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos pré-conceitos”.

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com

um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo. Todo fenômeno o qual o homem defronta “*jamaís se mostra em sua pureza objetiva e ahistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seu estado bruto, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa*” (PEREIRA, 2001, p. 41). O que não significa a impossibilidade de conhecimento das coisas, mas tão-somente que essas só podem ser conhecidas de forma mediada.

Não obstante, Gadamer (1997) ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira (2001, p. 28), a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Pela noção do horizonte histórico, chega-se à consciência da pluralidade de camadas de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época” (PEREIRA, 2001, p. 44). A partir da consciência da pluralidade de camadas de sentidos, a fixação de determinados princípios hermenêuticos reluz com ainda mais força.

5.2. A fusão de horizontes

Segundo Gadamer (1997), não se pode isolar o intérprete do objeto hermenêutico, e nesse sentido o significado do texto não está à espera do intérprete. Nas palavras de Pasqualini (2002, p. 171):

“Na acepção mais plena, o sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente do lado do intérprete, mas como um evento que se dá em dupla trajetória: do texto (que se exterioriza e vem à frente) ao intérprete; e do intérprete (que mergulha na linguagem e a revela) ao texto. Esse duplo percurso sabe da distância que separa texto e intérprete e, nessa medida, sabe que ambos, ainda quando juntos, se ocultam (velamento) e se mostram (desvelamento)”.

A compreensão que se realiza mediante um diálogo hermenêutico implica fundir o horizonte do intérprete com o horizonte daquele que é interpretado. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o alheio nasce um novo. Para Gadamer (1997, p. 404), na fusão de horizontes se dá “a plenitude da conversa, na qual ganha expressão uma coisa que não é só de interesse meu ou do meu autor, mas de interesse geral”. O compreender do intérprete faz parte de um acontecer que decorre do próprio texto que precisa de interpretação. Na noção de *fusão de horizontes*, há a concepção de que a verdade do texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor e nem somente nos pré-conceitos do intérprete, mas senão na fusão de horizontes de ambos.

Gadamer (1997) produz uma virada hermenêutica em que já não é mais possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Nesse sentido, o intérprete não pode impor ao texto a sua pré-compreensão, devendo confrontá-la criticamente com as possibilidades razoáveis dentro de um contexto. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 414):

“Importa que nos mantenhamos longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos”.

A verdade de um texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor nem apenas nos preconceitos do intérprete, mas na fusão dos horizontes de ambos. A tarefa de descoberta da verdade do objeto é no todo impotente, pois o homem, ao debruçar-se sobre um objeto, não encontra apenas objeto, mas também ação humana

refletida. Assim, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo para figurar como processo produtivo, posto que o intérprete não realiza apenas uma atividade reprodutiva do texto, mas o atualiza de acordo com as circunstâncias do momento. Ao projetar seu horizonte histórico, o intérprete dá origem a um novo horizonte no presente. O presente vem a ser como uma evolução do limitado horizonte histórico para um novo horizonte superador, numa fusão de horizontes.

Ressalte-se ainda que a fusão de horizontes implica um outro tipo de fusão, aquela entre compreensão, interpretação e aplicação. Numa inversão da posição clássica de que primeiro vem a interpretação para depois decorrer a compreensão, em Gadamer (1997) compreende-se para interpretar. Para o filósofo, sempre se interpreta, e para que isso ocorra é necessário que exista uma compreensão (pré-compreensão). Não obstante, para Gadamer (1997) a aplicação não é um terceiro momento em que primeiro se interpreta, em seguida se compreende e por fim se aplica. Como ensina Pereira (2001, p. 37), “para Gadamer, a interpretação nada mais é do que a forma explícita da compreensão e não um momento distinto desta. Igualmente, a aplicação não se realiza posteriormente a essas, mas integra o próprio ato de compreender”.

5.3. História efetual

Reconhecer o princípio da história efetual é perceber a influência que a história exerce sobre o ser humano e que essa influência molda e fundamenta o modo de compreender. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 366):

“(…) cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta

a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por conseqüência, pela totalidade do processo histórico”.

A história efetual opera, conscientemente ou não, em toda compreensão condicionando e controlando a fusão de horizontes. A compreensão humana é dotada de uma temporalidade intrínseca. Como ressalta Pereira (2001, p. 32):

“(…) não existe possibilidade de compreensão que se dê fora da história, fora da influência temporal. O compreender humano deita suas raízes no acontecer do tempo, no conjunto de experiências a ele transmitidas historicamente, o que leva a historicidade de toda compreensão”.

O diálogo hermenêutico se realiza dentro da própria consciência de história efetual, ou seja, no escopo da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. Não obstante, acentua Lopes (2000, p. 106):

“A consciência do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, pois toda compreensão é histórica e todo compreender se incorpora ao processo histórico, independentemente da vontade do intérprete”.

Dessa forma, a história efetual compõe a compreensão não só no sentido de que a molda, mas também no sentido de que dela o hermeneuta participa. Não é a história efetual uma força cega, em face da qual o intérprete seria um ente meramente passivo, não apenas porque o intérprete por meio dela se auto-interpreta, mas também porque por ela o intérprete é continuamente interpelado. Ainda, conforme Margarida Lacombe (2003, p. 57), a autoridade da tradição não tira a liberdade do intérprete,

pois, ao ser racionalmente reconhecida, pode ser controlada. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 26):

“Não é só a tradição e a ordem de vida natural que formam a unidade do mundo em que vivemos como homens; o modo como nos experimentamos uns aos outros e como experimentamos as tradições históricas e as construções naturais de nossas experiências e do nosso mundo formam um autêntico universo hermenêutico com respeito ao qual nós não estamos encerrados entre barreiras insuperáveis senão abertos a ele”.

Portanto, o reconhecimento da história efetual não implica acriticidade, ao contrário, pelo choque diante de um momento futuro em que os pré-conceitos advindos da tradição não mais respondem, tem-se a possibilidade de distinção entre os verdadeiros pré-conceitos sobre os quais se compreende e aqueles falsos pré-conceitos que aludem mal-entendidos (GADAMER, 1997, p. 447).

5.4. O círculo hermenêutico

O horizonte do intérprete envolve necessariamente pré-conceitos e esses se defrontam constantemente com novos espaços de compreensão. Desse confronto, o pré-conceito retorna ao intérprete já modificado. A isso Gadamer (1997) denomina círculo hermenêutico.

Conforme ensina Pereira (2001, p. 35):

“O círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), a passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete”.

Ressalte-se que o círculo hermenêutico é fecundo à criticidade, pois considera que o texto pode trazer elementos que ponham à prova os pré-juízos do intérprete. Em contato com o fenômeno interpretado, o

intérprete pode lançar luzes sobre seus pré-conceitos, revisando-os.

Considerando que esse processo nunca se esgota ou se estabiliza, ao contrário, está numa progressão sem fim, alguns estudiosos o chamarão de espiral hermenêutica. Para esses, o espiral hermenêutico é a imagem que melhor representa o fato de que o intérprete não retorna da mesma forma que nele entrou, de que não leva os mesmos pré-conceitos originais. Todavia, a interpretação heideggeriana e mais abalizada só nos possibilita mesmo dizer de um “círculo hermenêutico” no qual, entretanto, não há uma circularidade fechada, mas aberta à própria temporalidade ínsita ao *Dasein* (Cf. PAIVA, 1998; STEIN, 2001). De toda forma, o círculo hermenêutico implica um encontro entre a tradição do intérprete e a do texto, entre o horizonte daquele que compreende e o horizonte que se reflete na própria obra. Nesse sentido, não se fica sempre nos mesmos pré-conceitos, uma vez que se modificam, ou outros são instaurados no processo de compreensão. Ressalte-se que, como ensina Margarida Lacombe (2003, p. 58), o círculo hermenêutico não é um círculo metodológico, senão que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

5.5. A questão do método

O modelo tecnicista de interpretação concebe o conhecer como um “movimento unidirecional que parte do sujeito, unidade absoluta de compreensão, em direção ao objeto, realidade dotada de um sentido perene acessível por um procedimento controlável em sua isenção” (PEREIRA, 2001, p. 48). Decorre daí a primazia dos métodos.

Segundo Gadamer (1997, p. 459), “a hermenêutica não é uma questão de método, pois o método é usado como questão”. Gadamer (1997, p. 15) problematiza o método como caminho de acesso à verdade, o que não significa que não reconheça a importância desse ao desenvolvimento

do campo científico, conforme afirma: “O espírito metodológico da ciência se impõe por toda parte. Assim, de longe, não me veio à mente negar a premência iniludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências humanas”.

O filósofo acentua a insustentabilidade da metodologia científica como postulado único para a verdade. Para Gadamer (1997), o método é tão-somente uma predicação da proposição já compreendida, pois, quando se lança mão do método, já se compreendeu. O método chega tarde. Nas palavras de Palmer (1999, p. 169): “O método é incapaz de revelar uma nova verdade, apenas explicita o tipo de verdade já implícito no método”.

Para garantir-se a verdade, não basta a certeza que a utilização dos métodos científicos proporcionam. No conhecimento científico, opera também o próprio daquele que conhece e isso designa certamente o limite do método, mas não da ciência.

Gadamer (1997) traz um redimensionamento do modelo interpretativo calcado em técnicas. Para o filósofo, não se pode poupar o objeto dos pré-conceitos que o intérprete possa trazer. Aliás, como ressalta Pereira (2001, p. 48), é sobre o solo dessa contaminação que se consubstancia o entendimento. Noutros termos, não há como esterilizar a coisa cognoscível da contaminação causada pelo intérprete sem deixar estéril o próprio conhecimento.

5.6. A linguagem

A linguagem em Gadamer (1997) é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin.

Sem se considerar as especificidades de cada filósofo analítico, a filosofia da linguagem se consubstancia na idéia de que todo pensamento ocorre por meio de signos. O pensamento não se dá imediatamente, mas é mediatizado por signos, e da mesma forma ocorre com o conhecimento e acesso

à realidade. Portanto, o pensamento é dialógico e não centrado no indivíduo, como ocorria na tradição cartesiana.

Pode-se dizer que há duas gerações bem distintas acerca da filosofia da linguagem. Para a primeira geração, a linguagem cotidiana é repleta de problemas, ambígua e imprecisa, havendo a necessidade de substituí-la por uma linguagem lógico/formal. Caberia, portanto, à filosofia da linguagem essa missão. E para a segunda geração, incumbiria a filosofia da linguagem buscar esclarecer conceitos como verdade, significação e referência. Austin se insere nessa geração.

Austin elabora a Teoria dos Atos de Fala e propõe, como parte constitutiva de sua teoria, os atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Segundo Austin (1990), todo ato de linguagem é iniciado quando se diz algo. O ato locucionário abrange toda a dimensão do falar na medida em que remete à presença de conteúdo sintático/semântico. De acordo com Austin (1990, p. 85-94), o ato locucionário é constituído por três dimensões distintas. A primeira dimensão relaciona-se ao ato fonético, que significa o ato de proferir certos ruídos ou uma certa seqüência sonora, que Austin chama de *fone*. A segunda dimensão é relativa ao ato fático e diz respeito ao proferimento de certas palavras ou vocábulos pertencentes e em conformidade com uma certa gramática, que Austin chama de *fema*. Finalmente, a terceira dimensão, ou seja, o ato rético, denominado por Austin *rema*, refere-se à utilização de tais vocábulos com uma certa significação que deve ter um certo sentido e referência.

O ato ilocucionário, por sua vez, não remete tão-somente à descrição, mas à criação de um novo objeto. O ato ilocucionário diz respeito ao modo e ao sentido de como se utiliza a linguagem em situações particulares e em relação a um contexto definido (AUSTIN, 1990, p. 85-94).

Por fim, o caráter perlocucionário diz respeito aos efeitos que o ato de fala po-

dem provocar numa pessoa. Esse efeito, diferentemente do ato ilocucionário, não é convencional e nem está ligado a um contexto definido. O efeito pode ser esperado ou não, da mesma forma que pode ser deliberado ou não. É um tipo de efeito sobre o qual não se pode ter controle (AUSTIN, 1990, p. 85-94).

É importante ressaltar que a separação realizada (ato locucionário, ilocucionário e perlocucionário) deve ser vista apenas sob a perspectiva técnico-analítica, que foi utilizada tão-somente para a formulação da Teoria dos Atos de Fala. Segundo Austin (1990, p. 85-94), os três atos de linguagem ocorrem sempre simultaneamente. Portanto, linguagem não se reduz à descrição da realidade, quando o homem fala está agindo e criando objetos no mundo.

Apreciando os estudos de Austin, Gadamer (1997, p. 556) afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas; portanto, é por meio dela que se cria e age.

É isso que permitirá a Gadamer (1997, p. 567) entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente à interpretação de qualquer texto. Nesse sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual”. Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza lingüística, portando, pois, uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer (1997, p. 647), o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e,

mais ainda, formam linguagem". A mundanidade lingüística do mundo em que desde sempre nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

6. A aplicação do direito sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer: uma hermenêutica jurídica

O Direito há muito insiste na tentativa vã de que, por meio de mais e mais dogmática interpretativa, ter-se-ia maior efetividade do Direito, melhores decisões. Todavia, a aplicação do Direito de forma metodificada implica a manutenção do que Tércio Sampaio (1998, p. 178) denomina "mistério divino do Direito", remetendo ao "princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista". Conforme Streck (2003, p. 17), a dogmática interpretativa não consegue atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos.

É que, como acentua Marcelo Gallupo (2001, p. 59), a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõem em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas. Nesse sentido, a idéia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito, mesmo porque a idéia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o

poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático do Direito, um "pensar problematizador", no qual a idéia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto.

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados. Nesse sentido, afiguram-se os ensinamentos de Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 233):

"Discutir a hermenêutica filosófica como um novo paradigma cognitivo para o saber e a prática jurídica envolve a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do Direito. A concepção hermenêutica sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o Direito como um entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral".

Pela teoria hermenêutica de Gadamer (1997), a questão interpretativa deixa de colocar-se como um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico, na medida em que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. Na obra *Verdade e Método*, Gadamer (1997) expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o "modo de ser do homem", o modo de "compreender", desvalorizando,

dessa maneira, a teoria positivista. Assim, acentua Lênio Streck (2003, p. 174):

“A passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista, (...), que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras da lei, feitas por um sujeito cognoscente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, começa a ser desfeita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão”.

Portanto, a partir da hermenêutica de Gadamer (1997), a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende esse sentido. Segundo Streck (2004, p. 198), isso significa dizer que “o mensageiro já vem com a mensagem”, “no conto está o contador”. Assim, as questões levantadas por Gadamer (1997) atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. A partir de Gadamer (1997), é inconcebível pensar que pelos métodos interpretativos o intérprete possa expurgar seus pré-conceitos e, nesse sentido, o método é uma ferramenta inútil. O jurista, ao compreender, e, por conseguinte, interpretar, não deixa de trazer suas pré-compreensões, pois esta é constitutiva da própria compreensão.

Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a dele lançar mão. “O intérprete que realiza a filtragem já está na filtragem. No filtrado está aquele que filtra. No filtro já está o filtrado” (STRECK, 2001, p. 221). Isso posto, é inviável a reprodução de sentido da norma tal como propõe a hermenêutica clássica do Direito. O Direito

exige um perene interpretar, haja vista que as palavras da lei não são unívocas. Por sua vez, o processo interpretativo do Direito não decorre da descoberta do unívoco ou do correto sentido, mas, ao contrário, tende a uma interpretação produtiva originada de um processo de compreensão em que a situação hermenêutica do jurista funde-se com o texto jurídico expressando algo que não é nem somente as pré-compreensões do intérprete nem apenas o texto, é nesse sentido algo novo.

Ressalte-se que a Hermenêutica de Gadamer (1997, p. 489) não significa negar que o Direito porta uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

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

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer (1997), o intérprete é produto da linguagem social que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. E nesse sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz (2001, p. 232), que, aludindo o giro lingüístico, explica que, como fruto da linguagem social, o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)”. Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das

partes, etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precipuo o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu, ao manifestarem no processo em simétrica paridade, participam na interpretação – compreensão – aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional, as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura.

Assim, o revelar da atividade interpretativa como indissociável da pré-compreensão do intérprete impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Nesse sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade daqueles que são legitimados, porque sofrerão as consequências da compreensão que se fizer da norma (seus destinatários), de participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões.

A lei, o processo e toda formação jurídica do hermenauta compõem sua pré-compreensão, à qual se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empreitadas pelos advogados, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, para Gadamer (2003, p. 41), a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pelas possibilidades, tais como a interpretação

do texto, as relações nele escondidas, as conclusões que advêm etc.

Na esteira de Gadamer (1997), o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Dizer que um texto jurídico (um dispositivo normativo, uma lei etc.) não pode ser desvinculado da antecipação de sentido operada por aquele que o interpreta significa dizer que o intérprete não interpreta por partes, como coloca a hermenêutica clássica, em que primeiro se interpreta, depois se compreende para, finalmente, se aplicar. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões –, e nesse momento já se tem a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão-somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Para esses casos, a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição. Portanto, o duplo grau figuraria enquanto possibilidade de se ter o necessário aprofundamento de sentido para aquelas decisões que revelam uma interpretação presa ao primeiro sentido.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de

uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para o filósofo, pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, essa interpretação pode não ser sempre a melhor considerando que a interpretação acontece de forma espiral em que, a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir. Em torno desse pensamento, Gadamer (1997, p. 485) adverte:

“(...) o jurista não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, o jurista está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da Lei”.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação a um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo, o caso concreto que reflete uma nova situação no qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador, mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que, ante um caso concreto, isto é, um novo objeto cognoscível, o horizonte do intérprete com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelo caso concreto. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas

o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto.

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

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

7. Conclusão

Em sua obra *Humano, demasiado humano*, de 1886, pontuou Nietzsche (2000, p. 98) que a ciência moderna tem por meta garantir o mínimo de dor possível. Parece-nos que, nos dias de hoje e na cena jurídica atual, tal proposição não é descabida. De fato, a Ciência do Direito ainda prefere pautar-se em técnicas interpretativas, que supostamente evitam o sofrimento de seus operadores ao minimizar a sua carga de responsabilidade na concretização do Direito. Os métodos interpretativos não

trazem ao intérprete consciência de que ele, intérprete, está na interpretação e, por conseguinte, pode contribuir seja para um maior ou menor nível de justiça, para a perpetuação ou para a erradicação das mazelas do Direito. Não obstante, conceber a hermenêutica como algo equivalente às técnicas interpretativas evita que a sociedade sofra da dor de saber que a lei não abarca tudo, que, na decisão do juiz em uma demanda, não há tão-somente a lei, mas um pouco do juiz que a proferiu. Assim, a Ciência do Direito evita a dor da insegurança jurídica, a dor de um intérprete que não está isento da interpretação, mas, ao contrário, faz parte dela.

Entretanto, em nome do mínimo de dor possível, o Direito, pela ação imobilizadora de intérpretes somente ocupados com a segurança, já consumou, ao longo dos tempos, e ainda consoma diariamente, as mais imperdoáveis injustiças. Assim, o que tem sido assegurado pelo Direito, na realidade, é tão-somente por vezes “segurança de imutabilidade”, por outras, ironicamente, “segurança da arbitrária mutabilidade”, e em ambos os casos tem-se uma “segurança” de duvidoso valor.

Investigar e refletir a partir de elementos da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer é tentar vislumbrar um outro horizonte para a compreensão da aplicação do Direito, que muitas vezes não é o mais cômodo. Gadamer, ao tornar consciente a situação hermenêutica, a fusão de horizontes, a consciência histórica etc., macula toda tentativa de um saber objetivo da situação, exatamente porque o intérprete já está inserido em seu interior. Assim, a hermenêutica jurídica de Gadamer (apud STRECK, 2004, p. 217) traz ao intérprete a *angústia do estranhamento*, isto é, desenraiza aquilo que o Direito tendencialmente encobre.

Ante a temeridade do pensamento Gadameriano no estudo do Direito, muito se diz de suas conseqüências, mais especificamente no âmbito da aplicação do Direito. Desaguar-se-ia num juiz monológico e em

decisões solipsistas? Acreditamos que não e pensamos que a própria trama da historicidade reflexiva inerente à hermenêutica gadameriana já seria suficiente para eliminar tal acusação.

Não obstante, pensamos que a própria pergunta pela conseqüência da Hermenêutica de Gadamer para a aplicação do Direito não parece ser adequada. Gadamer fala de algo que independe de um querer, de algo que se sobrepõe e acontece inevitavelmente ao humano. Dessa forma, não é negando o estudo de Gadamer para o Direito que se afastaria do Direito a sua sujeição às pré-compreensões, à fusão de horizontes e toda a realidade do processo de compreensão por ele trabalhado. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem seres humanos que têm como condição principal a de se fazerem seres hermenêuticos. Não é negando Gadamer ao Direito que se aparta o judicialismo. Ao contrário, Gadamer constitui um relevante aporte teórico a ser considerado para se pensar a questão dos métodos clássicos de interpretação do Direito, sua insuficiência e a necessidade de um outro paradigma capaz de considerar questões como o relativismo jurídico e as decisões arbitrárias. Assim, a desmistificação do fazer hermenêutico realizado por Gadamer constitui um proeminente aporte para uma reflexão crítica sobre a pré-compreensão rumo a uma reorientação teórica da aplicação do Direito, que abrange não só a investigação sobre os mecanismos de pré-compreensão, como também a influência de uma pré-compreensão irracional e ideológica sobre a escolha do método interpretativo da norma jurídica. Nesse sentido, a preocupação da Hermenêutica Jurídica perpassaria aquilo que acentua Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 13):

“Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do Direito; se a distância entre a generalidade da

norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no desempenho dessa tarefa resta sempre uma insuperável margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se ao fim e ao cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele resíduo incômodo de voluntarismo que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico”.

Por intermédio de Gadamer (apud HEGEL, 1985, p. 41), torna-se imperativa a consciência de que as pré-compreensões emergem a todo o momento, e é necessário um esforço demasiadamente grande, não abarcado pelo método, para não se tomar “as nuvens do erro pelo céu da verdade”. Problematizando Gadamer, o intérprete do Direito pode desvelar novos sentidos sobre o denso problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se põe diante dele, e pode, assim, ser consciente do novo Direito que emerge também a partir dele. E o novo, nesse caso, representa, sobretudo, o diferente do que está posto e já evidentemente fracassado. Portanto, o novo é apenas o desvencilhar-se do já insustentável advindo da saturação de antigos paradigmas, para assumir a condição humana, finita e histórica, como condição de possibilidade de toda compreensão.

Referências

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica a dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H.G Gadamer*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

CALVET, T. *De Wittgenstein à redescoberta da mente*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

DALLARI, Dalmo. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DOMINGUES, Ivan. *O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas*. São Paulo: Loyola, 1991.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: M. Limonard, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-209, set. 1999.

_____. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Dialética e hermenêutica*. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

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

- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.
- _____. *Ser y tiempo*. Tradução de Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Santiago: Universitária, 1997.
- KUNSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 145, jan. 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenêutica jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- PAIVA, Márcio A. *A liberdade como horizonte da verdade em Martin Heidegger*. Belo Horizonte: PUC, 1998.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no estado constitucional democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- RICARDO, H. C. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- _____. *Compreensão e finitude*. Porto Alegre: Unijuí, 2001.
- _____. *A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 3, 24 mar. 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.