

**ROBERTO ANGOTTI JUNIOR**

**A busca da hermenêutica do justo à luz da teoria gadameriana**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Ari Marcelo Solon

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2016**

**ROBERTO ANGOTTI JUNIOR**

**A busca da hermenêutica do justo à luz da teoria gadameriana**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Dr. Ari Marcelo Solon.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2016**

**DEDICATÓRIA**

À minha esposa Alessandra pelo amor incondicional.

À minha filha Alanis, a razão de tudo.

Ao meu enteado Enzo pelo carinho.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Ari Marcelo Solon pela honrosa aceitação de orientação, pelos ensinamentos e pela compreensão nos percalços familiares que se passaram durante o curso de mestrado e a execução desta dissertação.

Ao Professor Doutor José Reinaldo de Lima Lopes pelo inestimável conhecimento recebido nas disciplinas cursadas.

Ao meu genro João Gabriel pela dedicação na formatação e revisão deste trabalho.

*Talvez se reconheça que a eficácia das instituições sociais, assim como os valores mais fundamentais de nossa existência, não estão submetidos à própria racionalização científica.*

**Hans-Georg Gadamer**

## RESUMO

ANGOTTI JUNIOR, Roberto. **A busca da hermenêutica do justo à luz da Teoria Gadameriana**. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Pressuposto que a justiça é o problema maior da filosofia do direito trata o presente de investigar até que ponto o pensamento do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer pode contribuir nesse sentido, considerando-se especialmente o momento da interpretação e aplicação da lei. Ao nosso ver, as ideias de “O Grande Velho Homem da Filosofia”, levam-nos, primeiramente, à inarredável conclusão de que não existe a possibilidade de uma única interpretação objetivamente sustentável, na medida em que o fenômeno jurídico não consegue ser abarcado pela lei. Mas isso Kelsen há muito havia mostrado-nos. Pretende-se por às claras, ainda, que, quem venha a se ocupar com a filosofia do direito, mais especificamente com interpretação e aplicação do direito, não pode ignorar temas como linguagem, pré-compreensão e tradição. Mais que isso: para nós, Gadamer, especialmente por intermédio da análise da *phronesis* aristotélica, descortina-nos a ideia de que legislar, agir e aplicar a norma ao caso concreto, de acordo com a funções política, ética e de interpretação e aplicação do direito, passam necessariamente pela noção de “bem decidir”, sendo coisas indissociáveis e oriundas do mesmo *ethos* e que ao invés de contentar-nos com soluções epistemológicas, deveríamos tentar desenvolver uma solução de cunho ontológico, como forma de possibilitar um maior controle da justiça no caso concreto, para nós revelada pela aproximação de "ser" e "dever ser".

Palavras-chave: Filosofia do Direito, Hermenêutica Filosófica, Interpretação e Aplicação do Direito.

## **ABSTRACT**

ANGOTTI JUNIOR, Roberto. **The search for fair hermeneutics in the light of Gadamer's theory.** 2016. 105 p. Master's Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Assuming that Justice is the most important problem of law's philosophy, this study comes to investigate whether Hans-Georg Gadamer thought, a German philosopher, can contribute in this regard, especially considering the moment of Law's interpretation and application. To our view, the ideas of "The Grand Old Man of Philosophy", lead us, first, to the unwavering conclusion that there is no possibility of a single interpretation objectively tenable, on the grounds that legal phenomenon cannot be encompassed by law. However, Kelsen had already shown us that a long time ago. Furthermore, it is intended to bring to light, that, who comes to mind with law's philosophy, more specifically with interpretation and law application, cannot ignore some topics as language, pre-understanding and tradition. More than that: for us, Gadamer, especially through the analysis of Aristotelian *phronesis*, reveal us the idea that legislate, act and apply the standard to an individual case, according to politics, ethics and law's interpretation and application function, pass necessarily through the notion of "good decision" being inseparable things and from the same *ethos* and, rather than being satisfied with epistemological solutions, we should try to establish an ontological solution, in order to enable a higher control of justice failure in concrete cases, revealed for us by the approach of "is" and "ought".

Keywords: Philosophy of Law, Philosophical Hermeneutics, Law's interpretation and application.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. O PARADIGMA DOGMÁTICO DO LEGALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO: BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA</b> .....	13
<b>3. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI E DA JUSTIÇA</b> .....	19
<b>4. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA</b>	
4.1 Considerações preliminares .....	22
4.2 Scheleirmacher e o projeto de uma hermenêutica universal .....	23
4.3 Wilhelm Dilthey e as aporias da crítica da razão histórica .....	24
4.4 O salto de Heidegger .....	27
<b>5. HANS-GEORG GADAMER</b>	
5.1 Alguns dados biográficos .....	30
5.2 A hermenêutica filosófica de Gadamer.....	31
5.3 Delimitando o objeto do nosso estudo .....	33
<b>6. VERDADE SEM MÉTODO</b>	
6.1 Observações iniciais .....	36
6.2 O modelo hermenêutico da obra de arte .....	36
6.3 A compreensão das ciências do espírito e a teoria da experiência hermenêutica	38
6.4 Compreensão e inerência do preconceito .....	39
6.5 Autoridade e tradição .....	40
6.6 Distância temporal e consciência histórica .....	41
6.7 O princípio da história efetual e a fusão de horizontes .....	43
6.8 A Aplicação e a unificação das tarefas hermenêuticas .....	44
6.9 Experiência hermenêutica e dialética .....	46
6.10 Linguagem, compreensão e universalidade hermenêutica .....	47
6.11 Impressões gerais sobre a obra .....	49
<b>7. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DO PENSAMENTO DE HANS-GEORG GADAMER</b>	
7.1 Considerações preliminares .....	51
7.2 O Caráter Produtivo da Interpretação Jurídica: A Revelação através da Experiência da Linguagem .....	52



7.3 Aplicação e pré-compreensão	
7.3.1 Considerações Iniciais .....	57
7.3.2 A questão da aplicação no embate com Emílio Betti .....	58
7.3.3 Pré-compreensão e preconceito .....	60
7.3.4 Aplicação, método e pré-compreensão no pensamento de Josef Esser .....	62
<b>8. HERMENÊUTICA E POLÍTICA .....</b>	<b>68</b>
<b>9. O DIREITO COMO PRUDÊNCIA: UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A SOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS .....</b>	<b>74</b>
<b>10. A <i>PHRONESIS</i> ARISTOTÉLICA EM GADAMER .....</b>	<b>82</b>
<b>11. O SENTIDO DO DIREITO NA APROXIMAÇÃO DE SER E DEVER-SER ..</b>	<b>86</b>
<b>12. CONCLUSÕES .....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>96</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O iluminismo de todos os tempos sonhou com a vitória do conhecimento sobre as forças interiores e exteriores adversas ao homem<sup>1</sup>. Mas, um dos maiores expoentes do movimento iluminista francês, Jean Jacques Rousseau, em *Cartas Morais*<sup>2</sup>, já admitia a insuficiência dos sentidos e da razão, na medida em que “sentimos antes de conhecer” e “[...] nossa sensibilidade é incontestavelmente anterior à nossa própria razão”. Por isso afirmava à sua amada Sophie: “se somos pequenos por nossas luzes, somos grandes por nossos sentimentos...”.

Werner Jaeger<sup>3</sup> atribui a Parmênides a descoberta do método científico que, afastando o homem das seduções da percepção, possibilitaria atingir o pensamento puro e, logo, a diferenciação entre opinião e verdade. Mas é o Racionalismo Moderno que leva ao extremo a crítica ao conhecimento sensível (sensação, percepção, imaginação, memória e linguagem) como a causa para todos os erros e, logo, reconhece o conhecimento puramente intelectual como o único caminho para a verdade<sup>4</sup>. Tudo é deduzido aprioristicamente da razão humana e das verdades primeiras conhecidas pelo intelecto<sup>5</sup>.

É nesse momento, especialmente por meio de Descartes (1596-1649), que se intenta afirmar o método como procedimento de verificação válido para todos os campos do conhecimento. Desconfiando não só da experiência, mas também da própria razão<sup>6</sup>, o filósofo francês vai estabelecer um procedimento de verificação de validade que, segundo

---

<sup>1</sup> A frase é de Werner Jaeger ao abordar o mito de Prometeu em *Ésquilo. Paidéia: A formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.311.

<sup>2</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Cartas morais*. In: MARQUES, José Oscar de Almeida (Org.) **Carta a Christophe de Beaumont e outros escritos sobre religião e a moral**. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. p.139-174. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~jmarques/trad/Escritos.pdf>>, p.26-57. Acesso aos 17/02/14, p.43 et seq.

<sup>3</sup> *Paidéia: A formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 221. Vejamos os exatos termos utilizados por Jaeger: "*Parmênides é o primeiro pensador que levanta conscientemente o problema do método científico e o primeiro que distingue com clareza os dois caminhos principais que a filosofia posterior há de seguir: a percepção e o pensamento. O que não conhecemos pela via do pensamento é apenas a "opinião dos homens". Toda salvação se baseia na substituição do mundo da opinião pelo mundo da verdade. Parmênides considera esta conversão como algo violento e difícil. Põe na exposição do seu pensamento um ímpeto grandioso e um pathos religioso que transcende os limites do lógico e lhe confere uma emoção profundamente humana. É o espetáculo do Homem que luta por meio do pensamento e, pela primeira vez, liberta-se das aparências sensíveis da realidade e descobre no espírito o órgão para chegar à compreensão da totalidade e unidade do ser.*"

<sup>4</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1999, p.145.

<sup>5</sup> PADOVANI, Humberto Antonio e CASTAGNOLA, Luís. **História da Filosofia**. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p.234.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.236.

ele, seria apto a afastar todos os preconceitos adquiridos pela tradição, virtualmente contaminados pelo erro. Analisando a dúvida, Descartes descobre nela aquela que para ele seria a única certeza: *cogito ergo sum* ou "penso logo existo".

A influência cartesiana e o pensamento racionalista em geral, com especial destaque para o olhar obscurantista em face da tradição e da história, alcançará o iluminismo e chegará diretamente até Kant, que vai inaugurar a filosofia contemporânea<sup>7</sup>, desviando o pensamento filosófico das investigações metafísicas e concentrando-se na objetividade do conhecimento, o que viria a fornecer o paradigma decisivo para a investigação e desenvolvimento das ciências da natureza<sup>8</sup>.

Ainda sob a influência kantiana, surgem as ciências humanas como objeto de estudo do século XIX. Ávidas por legitimação, adotam, sem maiores questionamentos, os conceitos, métodos e técnicas das ciências naturais, sem perceber, naquele momento, que não há como fornecer leis universais, base do modelo de cientificidade, para fatos humanos (contingentes).

Como é sabido, o direito não ficou infenso a tais paradigmas. O dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, em que a premissa maior é a regra (diretiva legal genérica), a premissa menor o fato (caso concreto) e a conclusão a decisão (juízo concreto)<sup>9</sup>, trata-se claramente da aplicação da ideia de método ao direito herdada dessa tradição. Tal concepção já fora devidamente rechaçada por teóricos como Josef Esser, de confessa inspiração gadameriana, ainda nos anos 70.

É também a partir do racionalismo e do iluminismo que o direito irá gradativamente perder o caráter ético, trazendo uma ruptura histórica entre teoria e práxis, que resultará no modelo legalista e dogmático atual, especialmente aqui abordado sob o prisma da aplicação da norma ao caso concreto.

Crítico do modelo metódico iluminista, Hans-Georg Gadamer (1900-2002), vai rechaçar os paradigmas das ciências naturais no âmbito das ciências humanas. O problema em Gadamer é, justamente, encontrar essa justificação teórica correspondente para o modo de

---

<sup>7</sup> Na feliz síntese de Padovani e Castagnola: "*O Iluminismo representa a síntese prática e divulgadora do empirismo e do racionalismo modernos, de que decorrerá a revolução francesa e, portanto, a civilização contemporânea. O criticismo representa a síntese filosófica e especulativa do mesmo empirismo e racionalismo modernos, de que decorrerá, ao invés, o moderno idealismo e, em geral, o pensamento contemporâneo*". PADOVANI, Humberto Antonio e CASTAGNOLA, Luís. **História da Filosofia**. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p.305.

<sup>8</sup> NUNES, Benedito. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1991, p.17.

<sup>9</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.80.

conhecimento daquilo que ele intitula de “ciências do espírito”<sup>10</sup>. O filósofo alemão questiona a autossuficiência do método na era moderna, retomando aspectos daquilo que perdemos quando adotamos sem maiores questionamentos as verdades do Iluminismo. Para Gadamer, a busca da verdade não se faz somente através de um método e, especificamente nas ciências do espírito, não podemos encontrá-la fora da história e da linguagem. Em Gadamer, todo entendimento humano é essencialmente um processo interpretativo lastreado na ideia de que somos parte daquilo que pretendemos compreender. Intenta-se, portanto, analisar como essa extensão do papel da hermenêutica como compreensão de mundo pode lançar luzes sobre a problemática da interpretação e aplicação do direito, não no sentido de mera extração do sentido da norma, mas de sua aplicação de modo a fazer justiça. Propõe-se, portanto, fornecer elementos à compreensão do justo através da perspectiva gadameriana, investigando em que medida ela nos auxilia a compreender a justiça de uma decisão na sua essência, sem a total submissão à metodologia da razão. Trata-se de buscar a verdade hermenêutica a partir de outra perspectiva que não esteja presa aos métodos da dogmática tradicional que, em se tratando de hermenêutica jurídica, corresponderia àquilo que intitulamos de “justiça”. Nesse sentido, a amplitude do projeto intelectual de Gadamer parece ter algo a dizer. Se quisermos utilizar a terminologia do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>11</sup>, pretende-se uma “investigação zetética” sobre o problema da interpretação e aplicação do direito à luz do pensamento do autor escolhido

Após situarmos historicamente o paradigma legalista e dogmático chegando à sua conformação atual e ao problema da interpretação e aplicação do direito, analisaremos os paradigmas da hermenêutica filosófica e do seu maior representante, com o intuito de ressaltar os aspectos do pensamento de Gadamer que permeiam o direito e chegar, por fim, àquela que julgamos ser sua maior contribuição para a jusfilosofia: a retomada do pensamento de Aristóteles e os desdobramentos daí extraídos para o possível aprofundamento de uma ontologia jurídica.

---

<sup>10</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.449.

<sup>11</sup> Enquanto no âmbito da dogmática, na sua função diretiva, determinados elementos devem ser, de antemão, postos fora de questionamento e, ainda que temporariamente, assumidos como insubstituíveis, no âmbito da zetética, de perspectiva especulativa, conceitos básicos, premissas e princípios devem sempre ficar abertos à dúvida. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.39 et seq.

## 2. O PARADIGMA DOGMÁTICO DO LEGALISMO E DO CONSTITUCIONALISMO: BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA

A ciência dogmática do direito cumpre hoje o papel de uma tecnologia. Como tal, o pensamento tecnológico, é sobretudo um pensamento hermético à problematização dos seus pressupostos, sob pena de inviabilizar sua tarefa primordial: a decidibilidade dos conflitos sociais. Na feliz síntese do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>12</sup>:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que proteja a todos indistintamente.

E mais adiante, conclui o Professor<sup>13</sup>:

[...] quando dizemos que o saber jurídico trabalha com normas jurídicas, é preciso reconhecer nelas um fenômeno complexo que a ciência dogmática do direito, num primeiro momento, recorta, reduz e simplifica, para poder dominá-las como objeto do conhecimento (dogmática analítica), para depois interpretá-las (dogmática hermenêutica) e aplicá-las (dogmática da decisão).

Marcadamente com o advento da sociedade moderna, a lei, em sentido estrito, ganhou inegável preponderância na tarefa do reconhecimento e aplicação do direito como tecnologia, se comparada às demais fontes.

Vale dizer, a ciência do direito contemporânea encontrou no conceito de norma um importante instrumento operacional para realizar sua tarefa. Dessa forma, o jurista conhece o direito de forma preponderantemente finita, isto é, baseado em um princípio dogmático inegável: o da legalidade.

Com efeito, como aduz Tércio<sup>14</sup>:

Se antes do século XIX, o sentido dos conteúdos podia ser generalizado consistentemente com base em noções difusas..., como o direito natural, a moral, os costumes, o direito contemporâneo partiu para uma programação daquelas prescrições de forma racionalizante e tecnicamente controlada. É o fenômeno do constitucionalismo e do legalismo, que, de certo modo, positiva, por procedimentos regulados, o direito natural, a moral e o costume.

---

<sup>12</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.82.

<sup>13</sup> Ibid., p.114.

<sup>14</sup> Ibid., p.113.

Prova irrefutável disso, é o consagrado art. 5º, inciso II, da Constituição Federal em vigor: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para compreendemos como chegamos a esse paradigma do legalismo e do constitucionalismo, precisamos, contudo, fazer uma breve digressão histórica ao período pré-moderno, ainda que despreziosa e fundada tão somente em fontes secundárias<sup>15</sup>.

O direito precede a lei do Estado centralizado e soberano. A ordem jurídica na perspectiva medieval caracterizava-se por um poder político ainda em gestação. O direito manifestava-se então primordialmente nos costumes, numa fusão de social e jurídico, sendo seus produtores não os legisladores, mas os juristas<sup>16</sup>, e mesmo simples operadores imersos nas práticas dos bens e negócios. Em poucas palavras, o *ius comune* medieval não era essencialmente legislado, mas doutrinário e costumeiro<sup>17</sup>. Como bem sumariza José Reinaldo de Lima Lopes<sup>18</sup>:

[...] do ponto de vista do direito, a sociedade medieval não se encontra ordenada por um sistema jurídico monista, isto é, um sistema em que tudo o que é jurídico depende de um ato de vontade de um soberano (seja ele o príncipe, o papa, o povo, representado ou em assembleias).

Esse direito, difuso, cede lugar com a centralidade política advinda do surgimento da figura do Príncipe: insular, onicompreensiva e antipluralista. Tal processo é espetacularmente típico no reino da França, verdadeiro laboratório da modernidade. É na história da Monarquia Francesa entre os séculos XI e XVIII que paulatinamente surge a percepção da essencialidade do direito como ferramenta estatal. De um estado essencialmente jurisdicional, passa-se a um Estado também legislador<sup>19</sup>.

Com efeito, no antigo regime, a crescente atividade legislativa do soberano ainda convive com o direito romano e canônico ensinado nas universidades e os costumes locais. Mas gradualmente dissipa-se a ideia de lei enquanto *ius*, passando a significar *loy*, em sentido estrito e moderno, como ato de vontade do soberano, dotada de rigidez e generalidade e, na

<sup>15</sup> Servirão como fontes as obras de Paolo Grossi (2007), José Reinaldo de Lima Lopes (2009) e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), com eventual consulta a "Os Seis Livros da República" de Jean Bodin e os "Ensaíos" de Michel de Montaigne.

<sup>16</sup> Donald Kelley em seu artigo *Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man* demonstra com nitidez a prevalência do papel do jurista até o final da idade média: “*The legal profession, too, was exalted. With rhetorical self-indulgence modern jurists began to take up the ancient formula that jurisprudence was vera philosophic true philosophy, and they did not scruple to claim precedence for it over all other disciplines. 'Not content with the glory of being identified with the highest philosophy', wrote Leibniz in 1667, 'jurisprudence is driven to occupy alone the throne of wisdom'.*”

<sup>17</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2009, p.31.

<sup>18</sup> Id., **O Direito na História**. São Paulo: Atlas, 2010, p.143.

<sup>19</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007, p.34 et seq.

ampla maioria das vezes, absolutamente desvinculada de qualquer conteúdo que a legitimasse e refratária à ideia de bem comum<sup>20</sup>.

O fato é que, levada a cabo a tarefa da modernidade, uma parte rica e vital do ordenamento jurídico foi reprimida por uma mitologia ideológico-jurídica que privilegia o caráter da vontade e da autoridade em detrimento ao conhecimento e ao conteúdo. Em poucas palavras, estava talhado o que Grossi chama de “mito imperativista” criado em torno da autoridade política, resultando no que o professor italiano chamou de "perda do caráter sapiencial do direito", mais tarde consolidado pelo positivismo kelseniano. Nas palavras de Grossi<sup>21</sup>:

A perda da dimensão sapiencial não significa somente subtração do direito a uma classe de indivíduos competentes, os juristas, sejam esses mestres teorizadores ou juízes aplicadores, mas também a perda do seu caráter ôntico, do direito como fisiologia da sociedade, a ser descoberto, lido na realidade cósmica e social e traduzido em regras.

Sob outra perspectiva, nota-se a partir do século XVII o surgimento da chamada "era do direito racional", sendo caracterizada pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica: o direito passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão. O jusnaturalismo marca a passagem do fundamento do direito em concepções mítico-religiosas para a racionalidade, num processo de laicização. Na feliz síntese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.<sup>22</sup>:

Desde o Renascimento, ocorre, porém, um processo de dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras de convivência. Essa razão, sistemática, é pouco a pouco assimilada ao fenômeno do estado moderno, aparecendo o direito como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias.

Com efeito, a partir do Iluminismo, o direito irá gradativamente perder o seu caráter sagrado, com a sua conseqüente tecnicização e perda do caráter ético. O jusnaturalismo moderno vai buscar construir uma relação entre a teoria e a práxis, segundo os modelos naturais, tornando a reconstrução racional do direito por meio da lei uma reprodução artificial, uma espécie de "física do social" concebida em laboratório.

Obviamente, tal modelo não surtiu o efeito desejado, na medida em que faltava à teoria a dimensão prática da aplicação. Em outras palavras, o direito reconstruído racionalmente

---

<sup>20</sup> Paolo Grossi. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007, p.38.

<sup>21</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>22</sup> **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.72.

não tinha a possibilidade de reproduzir a experiência concreta do direito na sociedade, o que levou à sua distanciação em relação à práxis<sup>23</sup>.

Esse direito dito racional, cada vez mais reduzido ao "legal" faz crescer a sua disponibilidade em função do decurso do tempo, tecnicamente controlável, não dependendo a institucionalização de uma norma de qualquer outra coisa que não um centro de poder. Mais que isso: o direito reduzido ao legal reforça o seu caráter instrumental, o que, na distinção Aristotélica, significa encará-lo como *poesis* abandonando a sua *praxis*. Novamente na lição do professor Tércio<sup>24</sup>:

O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. Com isso, instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para um técnica poética... Deixa, pois, de ser concebido, como o fora desde a antiguidade, como uma *praxis*, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente; ela não visava senão ao bem agir (ético) do próprio agente, sua *eupraxia*.

Por outro lado, o fato de o direito tornar-se escrito e positivo, traz importantes transformações de natureza técnico-jurídica, especialmente em razão da perplexidade gerada pela mutabilidade inerente ao novo sistema. Dessa exigência de uma fundamentação da mutabilidade do direito, surge a moderna dogmática<sup>25</sup>.

Assim, pode-se dizer que o "direito-ciência" e "direito-objeto", e seu desligamento das relações concretas, é fruto de uma abstração teórica e sistemática que vai ser alcançada a partir do século XIX, com vistas à fundamentação da mutabilidade do direito, tornando a tarefa do jurista precipuamente dogmática e fazendo surgir, dentre outras premissas básicas, a de que as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas (procedimento construtivo ou dogma da subsunção). Como visto, pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, a premissa maior é a regra (diretiva legal genérica), a premissa menor o fato (caso concreto) e a conclusão a decisão (juízo concreto)<sup>26</sup>. Trata-se claramente da aplicação da ideia de método ao direito herdada de uma tradição que remonta aos séculos XVI, XVII e XVII.

<sup>23</sup> **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.66 et seq.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>25</sup> Como anota Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Ibid.*, p. 72 et seq), a pergunta que se fazia era: "*afinal, que ciência é essa que uma pena basta para destruí-la? A primeira tentativa de responder a tal pergunta foi feita pela Escola Histórica, cujo principal expoente foi Savigny, que afirmava que não seria a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primeiramente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção do povo (o "espírito do povo"), este sim a fonte originária do direito, que dá sentido (histórico) ao direito em constante transformação. O pensamento de Savigny enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não é regra geral e abstrata, mas aos institutos de direito, que expressam relações vitais, típicas e concretas (ex: família). Não por acaso a escola histórica marcou o que se chamou de "direito dos professores", com destaque para a doutrina como fonte de direito*".

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.80.



A dogmática, ao trabalhar numa linha metódica, vai ser tornar a abstração da abstração, distanciando-se de influências políticas, sociais e religiosas na sua formulação. No preciso dizer de Tércio Sampaio Ferraz Filho<sup>27</sup>, paga-se um preço por isso: "o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc."

No aspecto dogmático, o século XX vem aprofundar tais preocupações metodológicas, sendo a influência Kelseniana, a que Grossi se referia e da qual trataremos mais adiante, decisiva para consolidar a preponderância do modelo legal e científico-dogmático.

As ideias de Kelsen geraram reações nas mais diversas ordens, mas análise pormenorizada refoge ao escopo do presente capítulo. Basta, nesse sentido, valermos-nos da peculiar destreza de Ari Marcelo Solon<sup>28</sup>, situando de forma objetiva e sumária o dilema atualmente enfrentado pela dogmática jurídica:

Nas últimas décadas do século XX, as tentativas de reforma da ciência jurídica dogmática ou mesmo a criação de uma nova ciência do direito moveram-se em duas direções opostas que podemos chamar: "conservadora" e "radical". Os adeptos da primeira corrente aceitam a concepção de direito como um conjunto de normas ou imperativos do dever-ser (mas não necessariamente como uma categoria kantiana) e tentam, no âmbito da dogmática jurídica uma revisão de seus conceitos fundamentais ou a adaptação destes conceitos às novas conquistas da teoria do conhecimento. Objeto da segunda corrente, a "radical", é a superação da própria dogmática jurídica como nas teorias sociológicas do direito que atacam o "dogma" da função normativa, imperativista do direito.

De nossa parte, o que nos parece importante pontuar, é que, como visto, a ciência dogmática do direito cumpre hoje o papel de uma tecnologia, cuja tarefa principal é possibilitar a decidibilidade dos conflitos sociais. Assim, apesar de toda ruptura histórica entre teoria e prática que acima esboçamos, a ciência dogmática da atualidade não deixa de se caracterizar como um saber prático. E as consequências daí advindas não são poucas e nem irrelevantes, como pensamos poder demonstrar.

De qualquer forma, por ora, deve ser destacada a ideia de que o surgimento da concepção do direito como ciência, baseado na sistematicidade e previsibilidade das ciências naturais, e o fortalecimento do Estado Nacional centralizador, dão cabo de instituir um modelo legal que podemos dizer muito próximo daquele que conhecemos hoje.

---

<sup>27</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.81.

<sup>28</sup> **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p.14.

À vista da crise de legitimidade da lei no Estado moderno, criou-se um novo artifício legal para suprir o vazio do artifício anterior: o chamado "Estado Constitucional"<sup>29</sup>. A ideia de Estado Constitucional, vem para, de alguma forma, tentar mitigar essa aridez de conteúdo da lei positiva. Há algum tempo, principalmente por intermédio das chamadas Cortes Constitucionais, tem se buscado alternativas para o modelo formal de uma norma editada pela autoridade, independentemente do conteúdo material, puramente abstrata e, não raramente, desvinculada, da realidade.

Esse Estado Constitucional representaria um novo modelo jurídico em que um documento passaria a ocupar o vértice do ordenamento, servindo como parâmetro para uma avaliação formal e material da lei ordinária, por, em tese, consubstanciar as forças sociais de uma determinada comunidade política. A ideia é que o judiciário analise a conformidade de uma lei em relação a uma lei de maior gabarito. Embora claramente insuficiente e passível de críticas, é uma louvável tentativa de apoio em parâmetros principiológicos que busquem sindicat o conteúdo da norma.

Isso é claro, vem afetar o modelo das fontes formais de direito conferindo preponderância à jurisprudência, na medida em que a última palavra sobre a validade da lei passa a ser dada pelo Poder Judiciário. Também assim nos parece pelo fato de que o modelo da lei como norma geral e abstrata talhada pelo Estado Moderno faz com que o verdadeiro sentido do direito não esteja na lei, mas na norma extraída no caso concreto no momento da sua aplicação. Só após o julgamento consegue-se dar o real significado ao texto legal. Na verdade, cabe à jurisprudência fazer justiça atribuindo sentido à lei no caso concreto. Daí a extrema e óbvia relevância do tema interpretação e aplicação do direito nesse contexto.

---

<sup>29</sup> A expressão é de Ricardo Marcelo em **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil**: uma visão histórico-jurídica. Revista Sequência, n.58, p.23-34, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p23/13605>>.

### 3. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI E DA JUSTIÇA

Como amplamente sabido, o direito depende da linguagem para sua expressão. A linguagem é o instrumento do direito como fenômeno social. Posto que ao disciplinar condutas humanas as normas jurídicas se valem de palavras que devem expressar o conteúdo e o sentido do dever-ser estatuído, cumpre ao intérprete revelá-los. A norma, como qualquer reunião de signos linguísticos, deve ter seu sentido desvelado.

Hans Kelsen<sup>30</sup> recusa a possibilidade de uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar em verdade ou falsidade de uma determinada interpretação, distinguindo “interpretação não-autêntica” e “autêntica”, de acordo com a natureza do ato.

A primeira modalidade de interpretação, também chamada “doutrinária”, de certa forma para na primeira fase do ato interpretativo, pois não cabe a ela exercer um ato decisório, à míngua de competência para tanto. Sendo mero ato cognitivo, no máximo serve para demonstrar cientificamente o fenômeno da plurivocidade das normas jurídicas, mas nunca para atribuir-lhes sentido unívoco, sob pena de ultrapassar os limites da ciência, exercendo um ato de vontade, travestido de interpretação jurídica. À ciência do direito caberia apenas elencar os sentidos possíveis da norma jurídica, superando a ficção de uma única interpretação correta.

Apenas a interpretação autêntica decorre de um ato de autoridade, no exercício de uma competência juridicamente estabelecida. É aquela formulada pelo Legislativo na elaboração das leis em atenção aos comandos constitucionais, pelo Executivo na regulamentação das leis e pelo Judiciário na sua aplicação. Embora pressuponha um prévio ato de conhecimento (eu sei), é indissociável a tal interpretação um ato de vontade (eu quero). Apenas essa categoria de intérpretes exauriria o ato interpretativo. Para Kelsen, portanto, na interpretação autêntica é muito mais relevante o ato decisório do que o cognitivo. É esse ato de vontade (político), que supre a plurivocidade inerente ao discurso normativo.

Em uma palavra: se a diferenciação nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe tão somente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando a respeito de sua maior ou menor pertinência.

---

<sup>30</sup> **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.40 et seq.

A frustração epistemológica causada pela falta de fundamento para o desenvolvimento de uma dogmática hermenêutica com base na teoria de Hans Kelsen, cria o que Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>31</sup> chamou de “desafio kelseniano”, com o intuito de descobrir como obter, senão uma objetividade total do sentido da norma, a maior objetividade possível. O chamado “desafio kelseniano” é, portanto, o objeto de estudo da teoria da interpretação, segundo o eminente professor.

Até mesmo em razão dessa dificuldade de objetivação narrada, alguns autores preferem pensar na interpretação não como mera revelação do conteúdo do direito preexistente, mas como construção do próprio Direito. Embora tal assertiva seja vista com reservas por alguns, muitos atribuem à interpretação a função de construção do sistema jurídico, admitindo ser impossível pensar nas tramas jurídicas sem a atividade exegética<sup>32</sup>.

O próprio Weber já afirmava ser o juiz criador de uma norma geral como direito objetivo, por que sua máxima iria além do caso concreto<sup>33</sup>. Adotada tal premissa, poderíamos dizer, como prefeririam alguns, que a atividade interpretativa seria constitutiva e não simplesmente declaratória.<sup>34</sup>

Ronald Dworkin parece-nos abordar a questão sob este ângulo. Ao intentar responder a questão de se os juízes devem tomar decisões políticas, o professor britânico aborda a questão sob o enfoque da concepção de Estado de Direito “centrada nos direitos” em contraposição àquela que chama de “centrada no texto legal”, posicionando-se claramente em favor da primeira, em nome da interpretação fundada no conteúdo axiológico dos princípios subjacentes à norma, especialmente no ato de aplicação do direito pelos tribunais. Nesse sentido, calcando-se na assertiva de que a interpretação do direito é essencialmente política, o autor afirma ser mais conveniente que uma decisão judicial se fundamente explicitamente em princípios políticos que possam ser testados em face do sistema vigente, do que em supostas bases semânticas neutras que ocultariam, na verdade, convicções pessoais do julgador<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.263.

<sup>32</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2011, p.596.

<sup>33</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, Vol. II, p.71.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.22.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.8 et seq.

O próprio Hart<sup>36</sup> afirma que os tribunais ingleses frequentemente desmentem a sua atividade criadora colocando as coisas em termos de mera revelação do conteúdo do direito preexistente

Seja como for, diferentemente das proposições linguísticas comuns, como reguladora da conduta humana, a norma deve ser interpretada não somente com vistas à plena obtenção do seu significado, mas à obtenção de seu significado de acordo com a sua função primordial: a decidibilidade dos conflitos. Mais do que conhecer o sentido da norma, é preciso conhecê-lo e empregá-lo tecnologicamente, instrumentalizando o sentido da norma a serviço da sociedade e da justiça<sup>37</sup>. Isso sem olvidar que o discurso jurídico não se encontra infenso à ideologia, no sentido de sempre estar sujeito às opções e escolhas de quem o constrói, sob a influência de fatores políticos, religiosos, econômicos, sociais, culturais, históricos etc.

A questão da justiça no caso concreto, isto é, o problema "da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico"<sup>38</sup>, é um dos temas mais complexos e certamente a mais importante discussão travada pela Filosofia do Direito. Afinal, nisso parece não residir controvérsia, a justiça é o fundamento do Direito e o seu fim. É por intermédio da hermenêutica que se aproxima o Direito da Justiça. Mas será que podemos prosseguir falar em fazer "justiça" simplesmente buscando a objetividade da norma? Ainda há espaço para tal abordagem na filosofia contemporânea? Como o pensamento de Hans-Georg Gadamer insere-se nessa árdua discussão?

---

<sup>36</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3 ed. São Paulo, Martins Fontes, 2012, p.176.

<sup>37</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.255-260.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Edipro, 3 ed. rev., 2005, p.46.

## 4. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

### 4.1 Considerações preliminares

O presente capítulo visa situar histórica e analiticamente a Hermenêutica Filosófica como corrente de pensamento, bem como inserir Hans-Georg Gadamer dentro dessa perspectiva. Como afirma Gadamer, na pré-história da hermenêutica romântica<sup>39</sup> a arte da compreensão e interpretação de textos desenvolvia-se a partir de dois pontos distintos: a teologia e a filologia. Em ambos os casos, buscava-se desvendar o sentido original dos textos através de um procedimento de cunho quase que artesanal: no primeiro caso, com base na tradição bíblica e, no segundo caso, com base na tradição clássica.

São os primeiros grandes teóricos da hermenêutica protestante, com destaque para Melanchton (1497-1560) em sua obra *Rhetorica* (1519), que resgatam da retórica, uma das ciências fundamentais do *trivium* (ao lado da gramática e da dialética) e que encontrava na sua temática reflexões sobre a arte de interpretar, todo arcabouço que servirá de base para a ciência da interpretação medieval<sup>40</sup>.

Aliás, foi o teólogo protestante de Estrasburgo Johann Conrad Dannhauer (1603-1666) o inventor do termo “hermenêutica” (*Auslegungslehre*, *Auslegekunst*) para designar a arte da interpretação. O título de sua obra *Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* (a hermenêutica sagrada ou o método para explicar os textos sacros), de 1564, resume bem o sentido clássico do termo hermenêutica<sup>41</sup>: uma disciplina normativa e meramente auxiliar do entendimento dos textos, que se utilizava dos recursos da retórica.

O *status* da disciplina assim se mantém até a preciosa intervenção de Friedrich D. E. Scheleirmacher (1768-1834).

---

<sup>39</sup> A expressão é mesmo do próprio Gadamer. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.241.

<sup>40</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.12.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.17.

## 4.2 Scheleirmacher e o projeto de uma hermenêutica universal

Como início de um ambicioso projeto Scheleirmacher, filólogo, teólogo e filósofo alemão, introduz a ideia da operação hermenêutica como “reconstrução”, consubstanciada na máxima: para bem entender um discurso devo reconstruí-lo como se fosse o seu próprio autor.

Nesse sentido, a exemplo dos grandes teóricos da antiga hermenêutica, Scheleirmacher também se inspira grandemente na tradição retórica, na medida em que pressupõe uma verdadeira inversão do ato de elocução de um pensamento por meio de um discurso. Como sumariza magistralmente Palmer<sup>42</sup> “para Scheleirmacher, a compreensão enquanto arte é voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição, pois começa com a expressão já fixa e acabada e recua até a vida mental que a produziu”. Scheleirmacher entende que os pensamentos só podem ser compreendidos adequadamente retrocedendo até sua gênese.

Para tal desiderato, além da “interpretação gramatical”, Scheleirmacher vale-se daquilo que denominou “interpretação psicológica” ou “técnica”, na medida em que pretende entender a arte (*techné*) específica de um autor<sup>43</sup>. Registre-se que é justamente essa “psicologização” da interpretação, aquilo que a obra de Scheleirmacher tem de mais original, que sofrerá a crítica mais severa de Gadamer.

Com base em tais premissas, é que Scheleirmacher vai pleitear um novo status para a ciência hermenêutica. Nas palavras de Scheleirmacher<sup>44</sup> seu intento é de que “[...] a hermenêutica alcance a forma que lhe cabe como doutrina e que, partindo do simples fato da compreensão, as suas regras sejam desenvolvidas em um conjunto coeso, a partir da natureza da linguagem e das condições fundamentais da relação entre o falante e o ouvinte”. O que inova em sua obra em relação à pré-história da hermenêutica, vista acima, é que a dificuldade de compreensão e o mal-entendido não são considerados momentos que surgem ocasionalmente, mas que, ao revés, permeiam toda atividade interpretativa, surgindo daí a necessidade de desenvolver e isolar uma metodologia própria nesse sentido. Descortina-se, a partir de então, o projeto de uma hermenêutica geral que precederia àquelas direcionadas aos diversos tipos de textos escritos (sagrados, profanos ou jurídicos), alcançando, por fim, a ideia, bem mais ambiciosa, de aplicação de sua arte a todos os

---

<sup>42</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.93.

<sup>43</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.26.

<sup>44</sup> SCHELEIRMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999, p.64.

fenômenos do entendimento, que influenciará decisivamente o projeto filosófico de Gadamer, como veremos mais adiante.

Em suma, podemos dizer que, embora fosse uma arte bastante antiga, antes de Schleiermacher a hermenêutica ainda carecia de um tratamento geral e sistemático. Essa ampliação de escopo vai conferir à hermenêutica não só um caráter técnico, voltado à elaboração de regras e procedimentos interpretativos, mas, sobretudo, filosófico, voltado para a própria arte de pensar. Para Schleiermacher é a ideia de “compreensão”<sup>45</sup> que vai conferir tal caráter à disciplina hermenêutica. A hermenêutica passa, portanto, à condição de “arte geral do entender” (Kunst des Verstehen).

### 4.3 Wilhelm Dilthey e as aporias da crítica da razão histórica

Mas o problema de uma justificação metodológica das ciências do espírito ainda não está presente em Schleiermacher. Sua questão, como afirma Gadamer, não é a obscuridade da história ou das ciências humanas, mas a obscuridade do outro<sup>46</sup>. Tal aporia vai se tornar relevante a partir da segunda metade do Século XIX, com a *Crítica da Razão Pura* de Kant.

É a partir da obra kantiana que o pensamento filosófico vai deixar de lado as investigações metafísicas<sup>47</sup>, concentrando-se na análise das condições que possibilitam o conhecimento e garantam a sua objetividade, buscando fornecer um paradigma seguro, para o desenvolvimento do conhecimento das ciências da natureza<sup>48</sup>. Com isso, a filosofia vai transformar-se em uma metodologia das ciências exatas.

Nesse contexto, a intenção de Wilhelm Dilthey (1833-1911) é conceber uma crítica da razão histórica, em complemento à crítica da razão pura kantiana, uma fundamentação filosófica do conhecimento histórico nos mesmos moldes que Kant exigira para o conhecimento das ciências naturais<sup>49</sup>. Como afirma Gadamer<sup>50</sup>, no *Historik*, J.G. Droysen

---

<sup>45</sup> Ideia que vai se refletir em obras como **Ser e Tempo** de Martin Heidegger.

<sup>46</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.262.

<sup>47</sup> Ou seja, desviando o pensamento filosófico das investigações sobre a causa e o ser enquanto ser (NUNES, Benedito. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1991, p.17).

<sup>48</sup> Nesse sentido, Kant vai traçar condições puramente formais e *a priori*, como são o espaço e o tempo, em relação à sensibilidade, e as categorias, como substância, causa, unidade etc, em relação ao entendimento, traduzindo as intuições sensíveis em conceitos e a síntese dos conceitos em juízos. Para Kant, toma-se a intuição sensível por princípio, o *a priori* por base e o juízo por fim de um processo de conhecimento seguro (NUNES, Benedito. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1991, p.17).

<sup>49</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.297-298.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.449.



já projetara, essa metodologia das ciências históricas nos moldes kantianos, com a distinção entre o explicar (Erklären) e o entender (Verstehen). Sob as críticas de positivistas como Augusto Comte e John Stuart Mill<sup>51</sup>, Dilthey vai ampliar a perspectiva metodológica-historicista para o âmbito de todas as ciências humanas.

Em suas próprias palavras, Dilthey vai enveredar pela “tentativa divergente de conhecer a essência das ciências humanas e de delimitá-las diante das ciências naturais”<sup>52</sup>. Para o filólogo, teólogo e filósofo alemão “a história, as ciências econômica e jurídica e a ciência do Estado, a ciência da religião, o estudo da literatura e da poesia, da arquitetura e da música, as visões de mundo e dos sistemas filosóficos e, por fim, a psicologia”, tem em comum descrever, narrar, julgar a formar conceitos e teoria a partir do mesmo grande fato: a espécie humana<sup>53</sup>.

O uso da expressão “fato”, logo acima, em lugar de “objeto”, não é por acaso: o problema que atormenta Dilthey é a impossibilidade abstração do “sujeito epistemológico” no conhecimento das ciências humanas. Na sua perspectiva historicista, Dilthey não consegue se conformar com o fato de que o sujeito cognoscente das ciências do espírito, especialmente o historiador (mas também o teólogo, jurista etc), não possa estar postado diante de seu objeto, mas sim, ser ele próprio, de certa forma, sustentado pelo movimento da vida histórica<sup>54</sup>.

A partir daí Wilhelm Dilthey vai invocar a concepção de Schleiermacher de uma hermenêutica geral como fundamento epistemológico para as chamadas “ciências do espírito”, de inteligibilidade “compreensiva” distinta daquela “explicativa” das ciências naturais. A pretensão de Dilthey é conceber uma teoria do conhecimento das ciências do espírito, conferindo um tratamento metodológico à hermenêutica de Schleiermacher que, se tem a vantagem de conferir um caráter universal ao fenômeno do entendimento, peca pelo aspecto “divinatório” e carente de “certeza demonstrativa”<sup>55</sup>. Para Gadamer, o ponto decisivo em Dilthey é a transição de uma fundamentação psicológica para uma fundamentação hermenêutica das ciências do espírito<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Em linhas gerais, esses positivistas negavam a possibilidade de uma metodologia própria das ciências do espírito, afirmando que essas deveriam seguir a metodologia das ciências da natureza, sob pena de não conquistarem seu *status* científico.

<sup>52</sup> DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: Editora Unesp, 2010, p.19.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>54</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.450.

<sup>55</sup> DILTHEY, Wilhelm, *op. cit.*, p.215.

<sup>56</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p.303.

Nas precisas palavras de Gadamer<sup>57</sup>

A análise lógica diltheana do conceito de contexto histórico representa objetivamente a aplicação histórica do princípio hermenêutico segundo o qual as partes individuais de um texto só podem ser entendidas a partir do todo, e este somente a partir daquelas. Não somente as fontes chegam a nós como textos, como a própria realidade histórica é em si um texto que deve ser compreendido.

Como explica Grondin, para Dilthey<sup>58</sup> “enquanto as ciências puras tentam explicar os fenômenos a partir de hipóteses e de leis gerais, as ciências humanas querem entender uma individualidade histórica a partir de manifestações externas. A metodologia das ciências humanas será, dessa forma, uma metodologia do entendimento.”

E, sintetizando magistralmente, Gadamer afirma que, para Wilhelm Dilthey, “de certo modo, a história é o grande livro obscuro, a obra completa do espírito humano, redigida nas línguas do passado, cujo texto deve ser compreendido.”<sup>59</sup>

Contudo, o mesmo Gadamer vai reconhecer o fracasso de seu inspirador ao afirmar que “o esforço de Dilthey para tornar compreensíveis as ciências do espírito a partir da vida e para tomar como ponto de partida a experiência vital jamais conseguiu equiparar-se realmente ao conceito cartesiano de ciência, a que mantinha-se apegado.”<sup>60</sup>

Embora a perspectiva metodológica do entendimento de Dilthey tenha sofrido severas críticas, a ideia de conferir à hermenêutica a função de metodologia das ciências humanas, conferiu-a uma visibilidade até então desconhecida, servindo de base para as teorias de pensadores contemporâneos da envergadura de Emilio Betti e E.D.Hirsch<sup>61</sup>.

Abstraída (na verdade, repudiada) a questão do método, o próprio Gadamer vai procurar desenvolver sua hermenêutica filosófica como forma de justificação teórica universal para o conhecimento nas ciências do espírito, sob direta e confessa influência de Wilhelm Dilthey.

<sup>57</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p. 271.

<sup>58</sup> **Hermenêutica**, São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.32.

<sup>59</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p.247.

<sup>60</sup> Mais adiante, Gadamer ainda se autoquestiona, em tom de refutação, “*mas se a vida é realmente criadora e inesgotável, tal como pensa Dilthey, a constante transformação do nexo de significado da história não terá que excluir um saber que alcance a objetividade? Em última instância, a consciência histórica não será um ideal utópico que contradiz a si mesmo?*” Ibid., p.311.

<sup>61</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.35.

#### 4.4 O salto de Heidegger

Mas, para entendermos o que significa exatamente a “hermenêutica filosófica” em Gadamer, necessariamente temos que passar pela mudança de paradigma operada por seu mestre em Freiburg, Martin Heidegger, conferindo à hermenêutica o *status* de um processo de interpretação que se confunde com a própria filosofia.

Essa nova hermenêutica do entender de Heidegger, embora deite raízes na *hermenêutica da faticidade*, título de um de seus cursos de 1921<sup>62</sup>, surge com força do projeto fundamental contido na obra *Ser e Tempo* de 1927: perguntar pelo sentido do ser, tendo como meta provisória a interpretação do tempo como o horizonte possível de tal desiderato<sup>63</sup>. Como afirma Gadamer, “a tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo”<sup>64</sup>.

Partindo da ideia de que o ser do ente não “é” ele mesmo um ente<sup>65</sup>, a chamada “diferença ontológica”, Heidegger cunha o termo *Dasein*, aquele que pergunta, o perguntante, o “ser-no-mundo”, o “ser-ai”, o homem, elemento cujo adequado entendimento do seu ser é pressuposto inafastável do acesso ao sentido do “ser” em geral<sup>66</sup>. Trata-se do projeto de uma filosofia que seja uma “ontologia fundamental”, preocupada, antes de tudo com o “ser”, posto à evidência a partir de um “redespertar” consistente no entendimento do próprio ser existencial.

Para Heidegger, “o perguntar ontológico é, sem dúvida, mais original do que o perguntar ôntico das ciências positivas”. Em outras palavras, trata-se da “destruição” da ontologia do ente puramente subsistente (natural)<sup>67</sup>, através de uma fenomenologia hermenêutica que proporcionaria o acesso ao “ser do ente”, indo além da relação sujeito-objeto.

Essa nova proposta fenomenológica de acesso à realidade, tem por base outra crítica desenvolvida por Heidegger. Tido como a grande questão da filosofia da consciência desde Descartes, o método vai sofrer no autor uma radical transformação: a superação da dicotomia sujeito-objeto. Heidegger vai romper com todas as teorias filosóficas vigentes, inclusive com a fenomenologia tradicional de seu mestre Husserl, na qual vê uma reprodução das teorias da consciência e uma recuperação da tradição cartesiana.

<sup>62</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 38.

<sup>63</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Edição Bilíngue – Português e Alemão. Campinas: Editora da Unicamp. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p.31.

<sup>64</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.345.

<sup>65</sup> HEIDEGGER, Martin, op. cit., p.43

<sup>66</sup> Embora não o seja o bastante. *Ibid.*, p.47.

<sup>67</sup> Na medida em que a essência do *Dasein* reside em sua existência este nunca pode ser ontologicamente apreendido como caso ou como exemplar de um ente como subsistente, como são mesa, casa, árvore etc. (*Ibid.*, p.139-141).

Nesse sentido, enquanto a fenomenologia de Husserl visava tornar sensível o funcionamento da consciência como subjetividade transcendental, remontando todos os fenômenos à consciência humana, o método fenomenológico heideggeriano leva em conta essencialmente historicidade e temporalidade, ponto fortemente influenciador da hermenêutica filosófica de Gadamer, registre-se. Como aduz Palmer<sup>68</sup>, para Heidegger, “a fenomenologia não precisa ser construída sendo necessariamente uma revelação da consciência; pode também ser um meio de revelar o ser, em toda sua faticidade e historicidade”. É a esse “método fenomenológico de interpretação”<sup>69</sup> que Heidegger se refere como “hermenêutico”. Para Heidegger, método e objeto são pensados em uma unidade especulativa, que se dá no círculo da compreensão: o círculo hermenêutico<sup>70</sup>.

Tal ruptura redundante que a interpretação deixa de ser um “procedimento”, como prevalecera na concepção clássica da hermenêutica, para se tornar um esclarecimento crítico de um entendimento que a precede<sup>71</sup>. Não se fala mais, portanto, em uma descoberta do sentido do texto ou da intenção autoral, mas da própria intenção que habita a existência, obtida não exatamente através de um procedimento, mas de um entendimento crítico daquilo que a precede. Como anota Grondin, “primeiro, vem o entendimento, depois sua interpretação, na qual o entendimento vem a se entender a si mesmo, a se apoderar de suas antecipações”. Heidegger questiona-se sobre a origem dos pré-entendimentos e a razão pela qual nunca foram elucidados. Sua hermenêutica não visa mais interpretar um texto ou pensamento, mas ambiciona elucidar o próprio pré-entendimento da existência.

Nas palavras de Gadamer, em Heidegger, compreender é “a forma originária de realização da pre-sença, que é ser-no mundo”, “o caráter ontológico original do ser-no-mundo”<sup>72</sup>. Como sumariza Palmer<sup>73</sup>, por sua vez, “Heidegger dá o impulso final e define a essência da hermenêutica como o poder ontológico de compreender e interpretar, o poder que torna possível a revelação do ser das coisas e em última instância das potencialidades do próprio ser *Dasein*”. Mundo e compreensão constituem a própria existência ontológica do *Dasein*. Outro ponto de destaque do pensamento heideggeriano, diz respeito à pertença (*Zugehörigkeit*) do intérprete ao seu objeto. A pertença-ontológica que ilustra a ideia de compreensão em Heidegger, possibilita Gadamer desmascarar o suposto distanciamento-epistemológico pretendido pelo iluminismo a partir de Kant e seus discípulos e abraçado

<sup>68</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.132.

<sup>69</sup> Não por acaso, o nome de um capítulo da obra *Ser e Tempo*.

<sup>70</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos sobre Ser e Tempo**, Petrópolis: Vozes, 2008, p.28.

<sup>71</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.48.

<sup>72</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p.347-348.

<sup>73</sup> PALMER, Richard E., op. cit., p.137.

por Dilthey no seu enveredamento pelas aporias do historicismo. Como afirma Gadamer, a pertença do intérprete ao seu objeto, essa revolucionária espécie de “teoria do conhecimento” desenvolvida por Heidegger, vai trazer à luz a ideia base de “compreensão” que ilumina toda a hermenêutica filosófica e em especial a sua própria. Conhecimento em Heidegger é sinônimo de compreensão. É no desenvolvimento dessa nova hermenêutica do compreender que a contribuição de Heidegger para a teoria gadameriana se agiganta, na medida em que são fornecidas as bases, não só para compreensão da tradição histórica, mas para o desenvolvimento do fenômeno hermenêutico como forma de filosofar.

Como bem ilustra Gadamer em suas conclusões sobre o projeto de Heidegger de uma fenomenologia hermenêutica<sup>74</sup> “a pre-sença já encontra, como uma premissa insuperável, o que torna possível e limita todo o seu projetar. Essa estrutura existencial da pre-sença precisa encontrar sua formulação também na compreensão da tradição histórica. É por isso que seguiremos em primeiro lugar Heidegger”. Dada ao caráter preponderante da temporalidade como horizonte de compreensão do ser na obra de Martin Heidegger, natural que a tradição histórica ganhe papel de destaque na filosofia de seu discípulo<sup>75</sup>, que se passa a conhecer agora.

---

<sup>74</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.353.

<sup>75</sup> MACDOWELL, João Augusto A. Amazonas. **A Gênese da Ontologia Fundamental de Martin Heidegger**: Ensaio de caracterização do modo de pensar de SEIN UND ZEIT. MACDOWELL, Herder / Universidade de São Paulo: São Paulo, 1979, p.219-223.

## 5. HANS-GEORG GADAMER

### 5.1 Alguns dados biográficos<sup>76</sup>

Nascido em Marburg, Alemanha, em 11 de fevereiro de 1900, em uma família de classe média, Gadamer era filho de um cientista e professor, cuja dedicação às ciências naturais e correlato desapego à cultura em geral, para muitos, haveria influenciado decisivamente seu interesse pela arte e pelas ciências humanas.

Sua carreira acadêmica começa na Universidade de Marburg, em 1919, quando escreveu a dissertação *A natureza do prazer de acordo com os diálogos de Platão*, sob a batuta do neokantiano Paul Natorp.

Mas o encontro que mudaria sua vida e seu pensamento para sempre dar-se-ia em 1922, na Universidade de Freiburg, quando começou a frequentar as aulas de Martin Heidegger. Fascinado pelo carismático professor, Gadamer sofrera, contudo, em princípio, uma enorme decepção que o perseguiria por um bom tempo. Em uma carta escrita em 1924, Heidegger deixa clara a sua decepção com o desempenho acadêmico do discípulo. Apesar disso, Heidegger concordou em supervisionar a tese de habilitação de Gadamer em 1929, *Interpretação do Philebus de Platão*, que seria publicada em 1931 com o título *Éticas dialéticas de Platão*.

Com pouco contato nos anos de guerra, Gadamer e Heidegger voltaram a se aproximar em 1945, permanecendo a amizade até 1976, ano do falecimento do mentor. O fato é que nenhuma outra influência teve tanto impacto sobre a vida e a obra de Gadamer do que Martin Heidegger. Gadamer chegou a declarar que toda vez que escrevia tinha a nítida impressão de que Heidegger olhava sobre seus ombros, reputando alguns essa subserviência como a responsável pela inércia intelectual de Gadamer nos primeiros anos de sua vida acadêmica. O fator "guerra" e o extremo gosto de Gadamer pelo ensino, em detrimento ao trabalho da escrita científica, são outros fatores ressaltados pelos biógrafos. O fato é que, apesar de professor desde uma idade relativamente jovem, Gadamer permaneceu sem publicar um trabalho de relevância desde a sua tese de habilitação até os anos 60, quando enfim fez surgir a obra que o alçaria, definitivamente, à condição de um dos maiores filósofos do século XX: *Verdade e Método*.

---

<sup>76</sup> Extraídos das obras de GRONDIN, Jean. **Gadamer: una biografía**. Milão: **Bompiani Il Pensiero Occidentale**, 2004 e LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2011.

Com a sua aposentadoria da vida universitária em 1968 e a tradução de *Verdade e Método* do alemão para o inglês em 1975, a carreira internacional de Gadamer decolou de vez. Em meio a conferências internacionais, artigos e entrevistas, Gadamer permaneceu ativo até o fim da vida.

Sua coleção de trabalhos pontuais em filosofia a partir de então é extensa e envolve textos sobre Platão, Aristóteles, Hegel e Heidegger, além dos famosos embates com Habermas, Betti e Derrida. Gadamer também escreveu sobre estética, educação, poesia, história e até sobre prática médica<sup>77</sup>.

## 5.2 A hermenêutica filosófica de Gadamer

Gadamer é o precursor e, indubitavelmente, o maior expoente da corrente de pensamento chamada "Hermenêutica Filosófica". É especialmente em Gadamer que as hermenêuticas tradicionais do século XVIII, conhecidas como a simples arte de ler e interpretar textos, transformam-se num projeto filosófico mais abrangente de entendimento do mundo, caracterizado em termos do chamado "círculo hermenêutico" e baseado na chamada "descoberta de Heidegger da estrutura prévia da compreensão"<sup>78</sup>. É também nele que se consolida a passagem da hermenêutica de mera tarefa auxiliar da teologia e da filosofia a uma teoria geral (Scheleirmacher) aplicável a todo âmbito de atividades das ciências do espírito (Dilthey), elevando-a além do seu objetivo pragmático original.

Nas palavras do próprio Gadamer ao definir seu projeto de hermenêutica filosófica<sup>79</sup>:

Não é somente a tradição literária que representa um espírito alienado e novo, necessitado de uma apropriação mais correta, mas, antes, tudo que já não está de maneira imediata no seu mundo e não se expressa nele, e para ele, junto com toda tradição, a arte, bem como todas as demais criações espirituais do passado, o direito, a religião, a filosofia etc., encontram-se despojadas de seu sentido originário e dependentes de um espírito que as faça aflorar e intermedie, espírito que, de acordo com os gregos, chamamos de Hermes, o mensageiro dos deuses.

Em linhas gerais, afirma-se que a hermenêutica filosófica está fundada na ideia de "Dasein", como visto, algo que pode ser traduzido como "ser no mundo", lançada por Martin Heidegger, em sua obra prima *Ser e Tempo*. A teoria do conhecimento de

---

<sup>77</sup> Para uma bibliografia completa de Gadamer sugere-se HAHN, L.E. (org). **The philosophy of Hans-Georg Gadamer**. Chicago, Illinois: Open Court, 1997. Sobre os livros editados em português: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Hans-Georg\\_Gadamer](https://pt.wikipedia.org/wiki/Hans-Georg_Gadamer)>. Acesso aos 16/09/2015.

<sup>78</sup> **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.354.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 231.

Heidegger é que vai trazer à luz a ideia base de “compreensão”, que ilumina toda a hermenêutica filosófica e em especial o pensamento gadameriano.

Baseada em tal concepção, a chamada “virada hermenêutica” ou *hermeneutic turn*<sup>80</sup>, encabeçada por Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur, pugna o abandono da concepção puramente epistemológica da filosofia, na medida em que percebe o sujeito como ser envolvido no processo de conhecimento, questionando a onipotência do método na era moderna e buscando retomar aspectos importantes do pensamento filosófico perdidos na euforia iluminista. A hermenêutica filosófica, vai demonstrar, ainda, a descontinuidade epistemológica intransponível entre as ciências da natureza e as ciências humanas, ante as competências específicas exigidas pela compreensão<sup>81</sup>.

Como afirma Ernildo Stein<sup>82</sup>, é a tradição da hermenêutica filosófica de Gadamer que revela em toda extensão o que significa para a filosofia e as ciências humanas a mudança de paradigma operada por Heidegger em *Ser e Tempo* e no conjunto de sua obra em geral<sup>83</sup>.

Trata-se de uma tentativa, no nosso pensar ainda longe de ser esgotada, de ir além do empreendimento epistemológico, a fim de buscar respostas que só podem ser obtidas na formulação de uma ontologia interpretativa preponderante. Em poucas palavras, trata-se de colocar a epistemologia sob o controle de uma ontologia prévia. Nas suas várias vertentes, podemos dizer que a hermenêutica filosófica tem em comum pretender articular “lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método”.<sup>84</sup>

Para Rui Sampaio da Silva<sup>85</sup>:

[...] a hermenêutica de Gadamer é, na realidade, uma tentativa engenhosa de navegar entre Cila e Caríbdis, entre o relativismo e o objectivismo hermenêutico, entre a proliferação descontrolada de interpretações e a crença dogmática na existência de uma única interpretação correcta do interpretandum.

<sup>80</sup> A expressão é de Don Hide em *Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur* (apud Luiz Rohden, **Hermenêutica Filosófica**, p. 65).

<sup>81</sup> Não só Gadamer, mas também Paul Ricoeur, vai diferenciar “Explicar e compreender”. Ricoeur vai abordar os termos “explicação” e “compreensão” no âmbito da teoria do texto, teoria da ação e teoria da história, para demonstrar a ruptura epistemológica existente entre as ciências da natureza e as ciências humanas, na medida em que as competências específicas exigidas pela compreensão trazem uma descontinuidade intransponível entre as duas áreas. **Do texto à ação** Porto: Rés, \_\_\_\_\_, p. 163-183

<sup>82</sup> STEIN, Ernildo. **Seis Estudos sobre Ser e Tempo**, Petrópolis: Vozes, 2008, p.16-24.

<sup>83</sup> Tal concepção vai ter reflexos em toda área das ciências humanas. Nesse sentido, a afirmação de François Dosse em **História e Ciências Sociais**. Bauru: Edusc, 2004, p.42 (nr): “Essa mudança pragmática atribui uma posição central à ação dotada de sentido, reabilita a intencionalidade e as justificativas dos atores em uma determinação recíproca do fazer e do dizer. O social não é mais então concebido como coisa, não é mais objeto de reificação, pois tanto o ator quanto o estudioso são envolvidos em uma relação de interpretação que implica subjetividade”.

<sup>84</sup> ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p.102.

<sup>85</sup> **O problema do relativismo em Heidegger e Gadamer**. Disponível em: <[http://www.uned.es/dpto\\_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14\\_SAMPAIO.pdf](http://www.uned.es/dpto_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14_SAMPAIO.pdf)>. Acesso aos 18/08/2015.



De forma bastante sucinta, podemos dizer que para Gadamer, todo entendimento humano é essencialmente um processo interpretativo lastreado na ideia de que somos parte daquilo que pretendemos compreender.

Mas antes de ingressar a fundo no pensamento gadameriano e como este pode contribuir para uma visão crítica da teoria da interpretação jurídica, cumpre-nos delimitar o objeto de estudo do presente trabalho dentro de sua obra.

### 5.3 Delimitando o objeto do nosso estudo

Visto que Gadamer faleceu no ano de 2002, com 102 anos de idade, contando com obras publicadas nas mais diversas línguas e nos mais diversos ramos do pensamento humano, pergunta-se: o que escreveu Hans-Georg Gadamer sobre Filosofia ou Teoria do Direito ou, mais precisamente, sobre Hermenêutica Jurídica? Quase nada. O pouco que se lê sobre a hermenêutica jurídica em *Verdade e Método* se dá especialmente na proposta gadameriana de determinação da hermenêutica das ciências do espírito a partir da hermenêutica jurídica (e teológica).

Como será mais bem explicado adiante<sup>86</sup>, para Gadamer, a hermenêutica histórica, a exemplo das hermenêuticas jurídica e teológica, deve realizar o trabalho da *aplicação*, a fim de superar a alienação de sentido que o texto experimentou.<sup>87</sup> A sua preocupação é, portanto, histórica e filosófica, e não jurídica. As bases da hermenêutica jurídica estão pressupostas em sua obra. Ela é o paradigma que Gadamer procurava para sustentar o caráter universal da hermenêutica filosófica, como se verá. A par disso, é importante não perder de vista que, nas mais de 1000 páginas que compõe os dois volumes de *Verdade e Método*, Gadamer vai tratar o tempo todo da hermenêutica das ciências humanas, gênero ao qual subsume-se a espécie hermenêutica jurídica. O material de exploração, portanto, é bem maior do que pode parecer à primeira vista<sup>88</sup>.

Por outro lado, há, ainda, um trabalho bastante pontual que merece destaque. Tendo sido publicado na coletânea intitulada *The Gadamer Reader - A Bouquet of Laters Writings*, que reuniu alguns textos de Gadamer traduzidos do alemão e publicados nos Estados Unidos

---

<sup>86</sup> Vide capítulo "A Aplicação e a unificação das tarefas hermenêuticas" deste trabalho.

<sup>87</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.410-411.

<sup>88</sup> Embora no Brasil os trabalhos sobre o Direito em Gadamer sejam relativamente escassos, nos Estados Unidos foi recentemente editada, dentro da série *Philosophers an Law*, a coletânea *Gadamer and Law* contando com 17 artigos relacionando o pensamento do filósofo alemão e a jusfilosofia. (Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007)

por Richard Palmer em 2007, *On the possibility of a Philosophical Ethics* foi originalmente apresentado na sétima reunião da Academia Albertus Magnus na Universidade de Walberberg em 1961, e, em seguida, revisto e publicado, nos primeiros volume de uma coletânea dedicada à publicação de trabalhos premiados apresentados na academia.

O objeto do ensaio é apresentar uma crítica ao sistema ético kantiano e neo-kantiano em favor de uma reabilitação da ética Aristotélica, não por acaso também inserida dentro do capítulo 2.2 *A reconquista do problema fundamental da hermenêutica de Verdade e Método I*, onde precipuamente vai ser abordado o fenômeno da “aplicação”.

A ética aristotélica ganha relevância em *Verdade e Método* na medida em que compreender pode ser entendido como um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação particular, a saber, como a tradição pode ser compreendida cada vez de modo diverso. Reconhecendo que Aristóteles passa ao largo do problema hermenêutico e da questão histórica, Gadamer, entretanto, vai invocar a autoridade do estagirita para efeito da discussão acerca da atuação ética. Embora sob novo enfoque, é também a ética aristotélica o ponto central do ensaio apresentado um ano depois de *Verdade e Método* e que, para alguns, seria a tentativa de Gadamer de, enfim, dizer algo mais específico sobre filosofia moral<sup>89</sup>.

Para nós, é essa abordagem gadameriana da ética aristotélica que embasa o caráter de prudência conferido à decisão judicial e também a visão crítica do modelo dos “princípios”, que tem servido de base para a quase unanimidade da doutrina, quando se trata de estabelecer pautas para interpretação / aplicação do direito. Também é ela que demonstra, como veremos, o caráter ontológico da verdade em termos de hermenêutica jurídica no pensamento de Gadamer.

Por isso essas serão as obras-chave à abordagem do pensamento de Gadamer para o efeito do nosso estudo: a extensa e complexa obra magna *Verdade e Método*, que servirá de base para o entendimento de seu pensamento de maneira geral e o pontual ensaio *On the possibility of a Philosophical Ethics*<sup>90</sup>, editado um ano depois, em que Gadamer retoma a

---

<sup>89</sup> Na introdução a este ensaio de Gadamer, Palmer narra que Heidegger foi perguntado uma vez por um famoso seguidor francês, Jean Beaufret, quando ele escreveria sobre ética, tendo ele respondido com o luminoso e abrangente "Carta sobre o humanismo" de 1947 e declarado na linha de abertura que "*Ainda estamos muito longe de ponderar sobre a essência da ação decisiva.*". Palmer vê aí um paralelo com Gadamer que, um ano após a publicação de sua obra-prima, teria tentando oferecer uma resposta, por intermédio da afirmação do valor duradouro de uma ética baseada no *ethos*, como fez Aristóteles, em contraste com a ética de deveres invocada na filosofia transcendental de Kant.

<sup>90</sup> Saulo Monteiro de Matos em seu artigo intitulado *O Conceito de Direito na Filosofia Moral Gadameriana* sustenta que Gadamer, em *On the possibility of a Philosophical Ethics*, haveria afastado-se da matriz ontológica de *Verdade e Método*, fundada no Dasein de seu mestre Martin Heidegger, migrando para uma hermenêutica mais dialética que revelaria os fundamentos de sua filosofia moral.

ética aristotélica e nos fornece pistas definitivas para o que poderia ser a concepção gadameriana de filosofia do direito. Começemos pela abordagem de *Verdade e Método*.

## 6. VERDADE SEM MÉTODO

### 6.1 Observações iniciais

Gadamer trabalhou praticamente durante toda a década de 50 na obra que alçaria a hermenêutica ao centro dos debates filosóficos. Conta-nos Grondin<sup>91</sup> que o primeiro longo manuscrito da obra submetido a seu editor chamava-se *As Grandes Linhas de uma Hermenêutica Filosófica*. Solicitado a alterar o nome da obra inicialmente Gadamer pensou em chamá-la *Entendimento e Acontecimento* até chegar ao nome definitivo, que poderia perfeitamente ter sido *Verdade sem Método*, como se perceberá adiante.

Como se verá, a abrangência do projeto filosófico de *Verdade e Método*, por si só, não permite a abordagem total e sistemática da obra sob um prisma integralmente útil para a filosofia do direito. Assim, o leitor conhecedor da obra de Hans-Georg Gadamer notará neste trabalho uma certa desconsideração de temas que, se para o seu projeto filosófico são essenciais, para o nosso propósito são apenas laterais. É o caso das questões estética e histórica. Isso se deu de maneira proposital. Pensamos em dar ênfase aos aspectos do pensamento de Gadamer que mais interessam à jusfilosofia, sem negligenciar a visão sistemática de sua obra.

Cabe esclarecer, ainda, que somente a primeira parte da obra possui tal caráter sistemático já que o tomo editado como *Verdade e Método II* é mais uma reunião de trabalhos pontuais que visavam à redarguição aos críticos ou mesmo à revisão de alguns pontos argumentativos laterais, que, de maneira geral, ou já foram feitas pelo próprio autor no corpo do volume I da obra por ocasião da sua quinta edição ou não desnaturam a visão geral ora transmitida.

### 6.2 O modelo hermenêutico da obra de arte

A primeira grande parte da obra tem um claro intuito dentro de seu contexto geral: rastrear uma forma de experiência da verdade (assim como a filosofia e a história) que não pode ser verificada através da metodologia científica. Aliás, logo na introdução, Gadamer deixa claro que “a arte é a mais clara advertência para que a consciência científica reconheça

---

<sup>91</sup> **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.61.

*seus limites*”<sup>92</sup>. Essa questão, vai ser retomada ao final do seu livro, na análise do conceito de belo, que segundo Gadamer, eliminado pela crítica estética do Século XIX, teria sido um conceito metafísico universal, exercendo uma função que não se restringiria ao estético<sup>93</sup>.

Nos primeiros capítulos do livro, Gadamer vai introduzir a discussão sobre a questão do método, discorrendo sobre o desenvolvimento das ciências do espírito no Século XIX, segundo ele, completamente dominado pelas ciências da natureza<sup>94</sup>. Na medida em que rechaça tal modelo para as ciências do espírito, o primeiro problema em Gadamer é, justamente, encontrar uma justificação teórica correspondente.

As intenções de Gadamer são reveladas a partir de uma preciosa síntese efetuada pelo próprio autor em *Verdade e Método II*<sup>95</sup>:

O ponto de partida de minha teoria hermenêutica foi justamente que a obra de arte é uma provocação para nossa compreensão porque se subtrai sempre de novo às nossas interpretações e se opõe com uma resistência insuperável a ser transposta para a identidade do conceito... É justamente por isso que o exemplo da arte exerce a função orientadora, que a primeira parte de *Verdade e Método I* possui para o conjunto de meu projeto de uma hermenêutica filosófica.

Para tanto, Gadamer passará a retomar os conceitos básicos da tradição humanista como formação, senso comum, juízo e gosto, com vistas a perguntar que forma de conhecimento das ciências do espírito se poderá apreender dela<sup>96</sup>, chegando à crítica da subjetivação da estética por Kant em *A crítica do julgamento estético*, o que vai possibilitar o desenvolvimento da ideia de que a arte é uma forma de verdade sobre o mundo e não um sentimento individual, uma mera questão de gosto<sup>97</sup>.

Como sumariza Palmer<sup>98</sup> “Gadamer defende que a experiência de uma obra de arte transcende todo e qualquer horizonte subjectivo de interpretação, tanto o do artista como o daquele que percepçiona a obra de arte”. E prossegue: para Gadamer, “a legitimação da arte não está no facto de produzir um prazer estético mas sim no facto de revelar o ser”<sup>99</sup>, permitindo, nesse sentido, um encontro com Heidegger e o desenvolvimento de uma nova ontologia da obra de arte e seu significado hermenêutico.

Isso porque, tanto para Heidegger, como para Gadamer, o encontro com a obra de arte permite um alargamento da nossa compreensão de mundo. Não há objeto estético e sujeito

<sup>92</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.31.

<sup>93</sup> Ibid, p. 31.

<sup>94</sup> Ibid., p.37-43.

<sup>95</sup> Id., **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.15.

<sup>96</sup> Id. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.56.

<sup>97</sup> Ibid., p.83 et seq.

<sup>98</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.169.

<sup>99</sup> Ibid., p.173.

contemplador, consistente numa experiência descontínua de moldes cartesianos, que separa a obra da realidade circundante e sua respectiva influência. A experiência estética transcende a relação objeto, sujeito e mundo e descortina uma nova forma de conhecer. O entendimento da experiência da arte se dá por um processo de fusão entre sujeito e objeto que constitui a versão gadameriana da *adequatio rei et intellectus* (verdade)<sup>100</sup>. O mundo se revela na obra de arte e nesse sentido ela é reveladora da verdade, embora tal aspecto venha sendo negligenciado pela consciência estética de moldes kantianos. Nas palavras precisas de Richard Palmer, para Gadamer “só quando tivermos ganho um horizonte de interrogação que transcenda o velho modelo do esquema sujeito-objeto é que encontraremos um caminho para compreendermos a função e finalidade, o como e o que, a temporalidade e o lugar, da obra de arte”.<sup>101</sup>

Nessa toada Gadamer vai desaguar na ideia de uma arte com tempo e lugar, buscando a partir daí um horizonte que reúna arte e história. Para o filósofo de Marburgo, a arte jamais é passado, tendo o condão de superar a distância temporal através da presença do seu próprio sentido, mostrando-nos um caso paradigmático de compreensão<sup>102</sup>.

### 6.3 A compreensão das ciências do espírito e a teoria da experiência hermenêutica

Dito isso, a questão para ele passa a ser medir o alcance dessa mesma tarefa hermenêutica inicial no âmbito da consciência histórica e sua igual extensão à compreensão das ciências do espírito em geral, sempre com vistas a buscar a reconstrução e reintegração das tarefas hermenêuticas.

Recomeçando sua empreitada teórica a partir da segunda parte do livro, intitulado *A extensão da questão da verdade à compreensão das ciências do espírito*, após traçar as preliminares históricas, Gadamer inicia o desenvolvimento desse novo paradigma através da matriz teórica de Heidegger e seu projeto de uma fenomenologia hermenêutica: uma abordagem crítica à metafísica até então vigente, fazendo surgir o paradigma do ser-no-mundo como alternativa ao problema da ontologia. Como já deixamos entrever, a teoria do conhecimento de Heidegger, a estrutura existencial da presença, vai iluminar toda sua

<sup>100</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.75.

<sup>101</sup> PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.175.

<sup>102</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.232.

obra a partir daí, na tentativa de formulação de uma teoria de compreensão da tradição histórica<sup>103</sup>.

#### 6.4 Compreensão e inerência do preconceito

Partindo da descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão, Gadamer propõe a análise acerca do problema do “preconceito” e suas consequências para a hermenêutica das ciências do espírito. Para ele “é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”<sup>104</sup>.

Para Gadamer, esse reconhecimento do caráter preconceituoso de toda compreensão, passa por afastar o descrédito sofrido pelo preconceito, oriundo da decisão iluminista de fundar a verdade das ciências humanas numa inalcançável objetividade, típica das ciências exatas. Para ele, a exigência global do Iluminismo de superação de todo preconceito nada mais é do que um preconceito que impede a adequada compreensão da finitude que domina não só a nossa constituição humana mas também a nossa consciência histórica<sup>105</sup>.

O questionamento de Gadamer é se estar imerso em tradições significa mesmo estar submetido a preconceitos e limitado na própria liberdade. Não estaria, pergunta ele, toda existência humana limitada e condicionada de muitas maneiras, sendo a ideia de razão absolutamente impraticável para a humanidade histórica? Em suma, afirma<sup>106</sup>: “Para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação”.

Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre algo, nos compreendemos na família, na sociedade e no Estado. Nas precisas palavras de Gadamer<sup>107</sup>, “a lente da subjetividade é um espelho deformante”, já que “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser”.

Na linha da interpretação de textos escritos, Gadamer vai sustentar a necessidade de uma receptividade à sua alteridade, sempre tendo em mente que essa receptividade não importa em neutralidade: implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e

---

<sup>103</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.353.

<sup>104</sup> Ibid., p.360.

<sup>105</sup> Ibid., p.367.

<sup>106</sup> Ibid., p.367.

<sup>107</sup> Ibid., p.368.

preconceitos pessoais. Ou seja, Gadamer verá nos "pré-juízos" condições do entendimento<sup>108</sup>. O problema reside apenas nos preconceitos não percebidos, que não permitem uma adequada apropriação daquilo que nos fala a tradição emanada do texto. Nesse sentido, é a correta apropriação da tradição que mostra a concreção da consciência histórica que está em questão no compreender.

### 6.5 Autoridade e tradição

Na verdade, o descrédito do *preconceito* sofrido no Iluminismo confere o ponto de partida para o problema hermenêutico. Na medida em que reconhecemos preconceitos legítimos, fazemos justiça ao modo de ser finito e histórico do homem. Mas qual é a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos? Ou nas precisas palavras de Gadamer<sup>109</sup>: “em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda razão crítica?”

É aqui que entra, precisamente, a noção de autoridade. Ou, mais precisamente, a oposição entre fé na autoridade e uso da razão. Para Gadamer, enquanto o juízo próprio der lugar à prevalência da autoridade esta será uma fonte de preconceitos. Mas, como observa, isso não exclui que ela possa ser uma fonte de verdade, o que os precursores do Iluminismo, com o devido destaque para Descartes, simplesmente ignoram. Na esteira da deformação da noção de preconceito, veio a deformação da noção de autoridade, sendo referido como obediência cega, o extremo oposto de razão e liberdade<sup>110</sup>.

Gadamer explica-nos que autoridade não é isso. Sendo atribuída a pessoas, não está vinculada a submissão ou abdicção da razão, mas em reconhecimento e conhecimento: reconhece-se a superioridade do outro e, logo, sua precedência em juízo e visão. Por isso, segundo ainda o autor, a condição de autoridade deve sempre ser alcançada. Embora a autoridade importe em poder dar ordens, está deverá estar sempre acompanhada de um reconhecimento baseado em um conhecimento superior, concedido com liberdade e razão<sup>111</sup>.

A ideia de autoridade em Gadamer funciona como um extremo oposto à arbitrariedade irracional, na exata medida em que pressupõe algo que possa ser compreendido. Seria esse

<sup>108</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.68.

<sup>109</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.368.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.370-371.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p.371.



tipo de autoridade aquela exercida pelo educador, pelo superior e pelo especialista. Os preconceitos que eles inculcam encontrar-se-iam legitimados pela pessoa. Sua validade estaria fundamentada pela autoridade que os apresenta, sem prejuízo de se converterem em preconceitos objetivos, quando confrontados com a coisa e validados pela razão. É assim que Gadamer sustenta que a autoridade pertence a uma teoria de preconceitos que tem de ser libertada dos extremismos do Iluminismo<sup>112</sup>.

E aqui surge o conceito de tradição, como forma de autoridade particularmente consagrada pelo romantismo. Como mostra Gadamer<sup>113</sup>:

[...] o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento.

Para Gadamer, nossa dívida com o romantismo passa pelo reconhecimento de que, ao lado dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos<sup>114</sup>.

Ou seja, não há oposição necessária entre tradição e razão, na medida em que aquela precisa ser afirmada, assumida e cultivada. A razão somente existe como real e histórica. Por isso, para Gadamer, a hermenêutica das ciências do espírito deve restabelecer de modo fundamental o direito do elemento da tradição.<sup>115</sup>

A compreensão não deve ser pensada como um método fundada numa ação da subjetividade, mas como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se fundem presente e passado.<sup>116</sup>

## 6.6 Distância temporal e consciência histórica

A crítica Gadameriana à compreensão da subjetividade, parte da superação da concepção de Scheleimacher acerca do círculo hermenêutico<sup>117</sup> e da mudança decisiva operada por

<sup>112</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.371-372.

<sup>113</sup> Ibid., p.372.

<sup>114</sup> Ibid., p.372.

<sup>115</sup> Ibid., p.374.

<sup>116</sup> Ibid., p.385.

<sup>117</sup> *Como explica Gadamer, partindo da regra hermenêutica tradicional segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, Scheleirmacher divide o círculo hermenêutico segundo um aspecto objetivo (palavra, frase, texto, obra, gênero literário, literatura) e subjetivo (texto como manifestação de um momento criador que pertence ao todo da vida da alma de seu autor), sendo que a compreensão só pode ocorrer a partir desse todo, sob ambos os aspectos. Verdade e Método. Ibid., p.385-386.*

Heidegger, que mostra que a compreensão autêntica se encontra constantemente determinada pelo movimento que vai e volta da pré-compreensão para a compreensão plena. A antecipação de sentido não é um ato de subjetividade, já que inexoravelmente ligado à tradição em que previamente nos compreendemos. Há sempre um misto de familiaridade e estranheza entre o sujeito e a tradição. Entre a pertença a uma tradição e a distância da objetividade há uma tensão, e é nela que se baseia a tarefa da hermenêutica. Tarefa que não se consuma no desenvolvimento de um método ou procedimento compreensivo, mas no esclarecimento das condições da compreensão.

Essa tarefa hermenêutica implica elevar ao primeiro plano aquilo que a hermenêutica tradicional de Scheleiermacher deixava à margem: a distância temporal e seu significado para a compreensão como ferramenta de distinção dos preconceitos que obstaculizam a compreensão e levam a mal-entendidos, daqueles considerados produtivos e que permitem uma compreensão adequada<sup>118</sup>.

Para Gadamer, a mudança de rumo operada por Heidegger ao demonstrar o caráter preponderante da temporalidade como horizonte de compreensão do ser, foi o impulso decisivo para a sua conclusão de que o tempo já não é um abismo a ser transposto, porque separa e distancia, mas é, na verdade, o que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender<sup>119</sup>. Distância que, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta, na medida em que os colocamos em contato com a tradição.

Por isso, para Gadamer, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica, que permitirá afastar os próprios preconceitos e destacar a tradição como uma opinião distinta<sup>120</sup>. Por outro lado, a consciência hermenêutica deve incluir sua própria historicidade no pensar, desistindo da pureza metodológica do perseguir o fantasma de um "objeto histórico". Em outras palavras, uma hermenêutica adequada à coisa conhecida deve mostrar a realidade da história na própria compreensão: essa é a exigência da "história efetual", tão cara a Gadamer<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.391.

<sup>119</sup> Ibid., p.393.

<sup>120</sup> Nas palavras de Gadamer, "*muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta*". Ibid., p.395.

<sup>121</sup> Ibid., p.396.

## 6.7 O princípio da história efetual e a fusão de horizontes

Segundo Gadamer, compreender é, essencialmente, um processo de história efetual<sup>122</sup>. Precisamos aprender a reconhecer os efeitos da história efetual atuando na compreensão, ainda que conscientes de que esse saber não se elevará a um nível conceitual. Como explicará Gadamer mais adiante, a consciência da história efetual atuará especialmente na obtenção da *pergunta* correta.<sup>123</sup>

Por ora, basta esclarecer que a consciência da história efetual deverá fornecer-nos a consciência da nossa "situação" hermenêutica, frente à tradição que queremos compreender. Situação que se caracteriza justamente pelo fato de não nos encontrarmos diante dela, impossibilitando, portanto, um saber objetivo sobre ela. Ou seja, definimos situação justamente por sua característica de representar uma posição que limita as possibilidades de ver<sup>124</sup>. Por isso, da ideia de situação surge, necessariamente, a ideia de *horizonte*. A elaboração da situação hermenêutica significa a "obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição".<sup>125</sup>

Os preconceitos que trazemos conosco formam o nosso horizonte presente, pois representam aquilo além do que já não podemos ver<sup>126</sup>. Trata-se, portanto, de ver o passado em seu próprio ser, a partir de um horizonte histórico de que fala a tradição, e não a partir de nossos padrões e preconceitos contemporâneos, sob pena de mal-entendidos sobre o significado dos conteúdos daquela<sup>127</sup>.

Não se extraia de tais observações a impressão de que há um acervo fixo de opiniões e valores nossos e que a alteridade do passado com que fala a tradição deles se destaca com clareza. Gadamer ensina que o horizonte do presente está num processo de contínua transformação, através do encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual procedemos. Por isso, a compreensão pressupõe um esforço hermenêutico que Gadamer intitula de "fusão dos horizontes". A consciência histórica deve funcionar como uma consciência de "alteridade" procurando destacar o horizonte da tradição do seu próprio horizonte, sem perder de vista que, ela mesma encontra-se inserida numa tradição atuante.

---

<sup>122</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.396.

<sup>123</sup> Ibid., p.398.

<sup>124</sup> Para Gadamer, isso não seria um defeito da reflexão, mas parte da essência do ser histórico que somos. Ibid., p.399.

<sup>125</sup> Ibid., p.400.

<sup>126</sup> Ibid., p.404.

<sup>127</sup> Ibid., p.400.

Em suma, uma adequada fusão de horizontes entre presente e passado, pressupõe a conquista de um horizonte histórico que reconheça e destaque adequadamente a tradição, o que se dá por intermédio da fusão entre presente e passado, controlado pelo trabalho da consciência histórico-efetual. No dizer de Rui Sampaio da Silva<sup>128</sup> "Uma vez que não é possível abstrairmo-nos do nosso horizonte pessoal, a compreensão é, conseqüentemente, concebida como uma fusão de horizontes". Mas esse processo é só uma fase da realização da compreensão. Para a conquista do problema fundamental da hermenêutica resta a tarefa da *aplicação*.

### **6.8 A Aplicação e a unificação das tarefas hermenêuticas.**

A tarefa da aplicação é um dos pontos centrais da hermenêutica filosófica de Gadamer e será devidamente retomada dentro da análise específica de seu pensamento no âmbito da jusfilosofia. Sem prejuízo, é importante conectá-la com o sentido geral de *Verdade e Método* desde já.

A partir das premissas vistas no item anterior, Gadamer vai passar ao problema da reconquista do problema fundamental da hermenêutica, através do que ele chamada de "aplicação". Para Gadamer, a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete, é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação<sup>129</sup>. A aplicação não é um fenômeno ocasional e complementar da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo<sup>130</sup>. Se quisermos compreender realmente um texto, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, a cada situação concreta de maneira nova e distinta. Compreender já é sempre também aplicar. Vale dizer, a aplicação já se encontra de antemão inserida no processo da compreensão.

Disso se extrai que a aplicação não é o emprego posterior de algo universal compreendido de antemão. Na verdade, a aplicação é intrínseca ao processo do entendimento, seja na hermenêutica jurídica, teológica ou histórica, já que a pertença a uma tradição, que é uma das condições para a compreensão das ciências do espírito, vai aparecer como momento estrutural de todas elas. A hermenêutica histórica, a exemplo das hermenêuticas jurídica e

---

<sup>128</sup> **O problema do relativismo em Heidegger e Gadamer.** Disponível em: <[http://www.uned.es/dpto\\_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14\\_SAMPAIO.pdf](http://www.uned.es/dpto_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14_SAMPAIO.pdf)>. Acesso aos 18/08/2015.

<sup>129</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.407.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p.426.

teológica, deve realizar o trabalho de aplicação, pois, nas palavras de Gadamer, “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.”<sup>131</sup>. Na medida em que à hermenêutica histórica também interessa superar a distância temporal que separa intérprete e texto, também a ela interessa o trabalho da aplicação. Para Gadamer isso se dá tanto na filologia e como na historiografia. A extração do verdadeiro sentido da lei (hermenêutica jurídica), da mensagem de salvação (hermenêutica teológica), do texto (hermenêutica filológica) ou mesmo do “grande texto da história”<sup>132</sup> (hermenêutica historiográfica), pressupõem a tarefa de aplicá-lo.

Como afirma Gadamer<sup>133</sup> já na conclusão da segunda parte do livro:

[...] mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua a ser sempre a mesma, que comprova sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando.

Daí porque a hermenêutica jurídica, que pressupõe o exercício da *aplicação*, se transforma em um paradigma para as ciências históricas e para as ciências do espírito em geral, na medida em que o jurista, quando realiza a “complementação do direito”, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, faz exatamente aquilo que se realiza em qualquer processo de compreensão.<sup>134</sup>

Como afirma Grondin<sup>135</sup>:

[...] se há fusão com o presente, é porque o entendimento sempre encerra uma parte da aplicação. No momento em que entende o intérprete insere algo de seu, mas esse ‘seu’ é também o de sua época, de sua linguagem e de seus questionamentos.

Por ser a verdadeira compreensão de todo o universal que o texto representa para nós, na tarefa da aplicação, o processo de compreensão é para Gadamer uma forma de “efeito”<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.411.

<sup>132</sup> Para Gadamer, “a compreensão histórica representa uma forma de filologia em grande escala”. Ibid, p.445.

<sup>133</sup> Ibid., p.487.

<sup>134</sup> Ibid., p.446.

<sup>135</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.74.

<sup>136</sup> A unidade entre “saber” e “efeito” é feita por Gadamer no capítulo denominado “*O limite da filosofia da reflexão*”, onde Gadamer vai lançar as bases para determinar a estrutura da consciência da história efetual deixando claro que o faz a partir da perspectiva de Hegel, mas procurando distingui-la de sua perspectiva. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.447-453.

## 6.9 Experiência hermenêutica e dialética

Para Gadamer, a consciência da história efetual tem a estrutura da experiência. Não a experiência indutiva do modelo científico, em busca da tão sonhada “objetivação” do dado. A experiência da própria historicidade, a experiência hermenêutica<sup>137</sup>. Lutando contra o mito do conhecimento puramente conceitual e verificável, Gadamer introduz-nos ao conceito histórico e dialético de experiência<sup>138</sup>. Histórico porque tem a ver com a tradição. E dialético, porque essa tradição “não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma, como um tu” (que não é um objeto).”<sup>139</sup> É essa relação “eu-tu” que sugere uma relação de diálogo ou dialética.

A tarefa da hermenêutica é retirar o texto da alienação em que ele se encontra, recolocando-o no presente vivo, na forma de um diálogo, que pressupõe, em primeiro plano, a realização de uma pergunta<sup>140</sup>. Para Gadamer, seguindo os moldes platônicos, a arte de perguntar é a arte de pensar. Só por intermédio da substituição da estrutura afirmativa da “verdade” que se tem em mente, por uma abertura ao perguntar é que se alcança a experiência hermenêutica. O entrar em diálogo com o texto pressupõe a proteção da palavra do abuso dogmático<sup>141</sup>. Nas palavras de Gadamer, “a estreita relação que se mostra entre perguntar e compreender é a única que dá sua real dimensão à experiência hermenêutica”<sup>142</sup>. Ou seja, a dialética da pergunta e da resposta (o diálogo com o texto) contém a estrutura da experiência hermenêutica.

Todo texto coloca uma pergunta ao intérprete. É essa pergunta que se intenta responder por intermédio da interpretação. Gadamer vai aprofundar a “essência da pergunta” para esclarecer em que consiste o modo peculiar de realização da experiência hermenêutica: a abertura à tradição, própria da *consciência da história efetual*.

A verdade da consciência da história efetual se dá quando aquele que pergunta, dialeticamente, tenha adequadamente sido interpelado pela tradição com base na latência de uma resposta presente no texto.

A maneira de realização da abertura para a experiência hermenêutica que faz a intermediação entre o texto e o intérprete é o que Gadamer chamou de fusão de horizontes.

<sup>137</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.467.

<sup>138</sup> PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.197.

<sup>139</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p.467.

<sup>140</sup> PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.202.

<sup>141</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p.489.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.488.

A realização controlada dessa fusão se dá com a vigília atenta da consciência histórico-efetual, essa espécie de saber, não científico, tão caro a Gadamer que se traduz na experiência hermenêutica.

A pergunta que se segue é: como a tradição, objeto da compreensão hermenêutica por excelência, é transmitido até nós? Isso se dá por intermédio da linguagem. Ingressa-se, então, na terceira parte do livro.

### 6.10 Linguagem, compreensão e universalidade hermenêutica

A experiência hermenêutica é um encontro entre a tradição, especialmente sob a forma de um texto transmitido, e o horizonte do intérprete. A linguagem é o meio no qual a tradição se abriga e chega até nós<sup>143</sup>.

Naquilo que chama de "virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem", Gadamer quer defender duas grandes teses<sup>144</sup>. A primeira, que faz jus à tradição da chamada "virada linguística", é que não há como dissociar o entendimento e o processo linguístico. Há uma total fusão entre o entendimento e sua expressão linguística, na medida em que todo pensamento já é uma busca de linguagem. Se a linguagem é o *medium* universal em que se realiza a compreensão, não existe pensamento sem linguagem. E se a universalidade da linguagem coincide com a universalidade da razão, podemos então afirmar que os limites da linguagem são também os limites do próprio entendimento.

Nas palavras de Gadamer<sup>145</sup>

[...] os problemas da expressão de linguagem já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.

Podemos dizer que esse é o caráter mais primário do pensamento de Gadamer que é compartilhado, em alguma medida, por grande parte dos filósofos e cientistas da linguagem. Como ele afirma, "a íntima unidade de linguagem e pensamento é a premissa de que parte também a ciência da linguagem". Mas faz questão de diferenciar sua abordagem, destacando que sua tarefa não é analisar como, apesar da diversidade de outras línguas, cada língua está em condições de dizer o que quer, nem mesmo transformar a linguagem em objeto de investigação, comparando as diversas maneiras por intermédio das

<sup>143</sup> PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.210.

<sup>144</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.75 et seq.

<sup>145</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.503.

quais ela ganha forma. Seu interesse é, de certo modo, trilhar o caminho inverso procurando mostrar que, a despeito de todas as diferenças conserva-se o "acordo"<sup>146</sup>, de tal modo que toda tradição escrita possa ser compreendida. Ou nas palavras precisas do filósofo: "reter a unidade indissolúvel de pensamento e linguagem tal como a encontramos no fenômeno hermenêutico como unidade de compreensão e interpretação."<sup>147</sup>

É aí que Gadamer vai mais longe: não apenas o entendimento se dá por intermédio da linguagem, como o objeto do entendimento é ele mesmo linguístico, na medida em que o próprio mundo se apresenta ao sujeito conhecedor na forma de linguagem. Ou seja, quando busco entender algo já o faço por intermédio de um ser que já é linguagem e que exatamente por isso pode ser entendido. Dessa maneira, na feliz síntese de Grondin<sup>148</sup>, a linguagem nos possibilita conhecer o ser das coisas. A linguagem já é a articulação do próprio ser das coisas. Como afirma Gadamer<sup>149</sup>:

[...] os problemas da expressão da linguagem já são também problemas da compreensão. Todo compreender é interpretar e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.

É a linguagem como "medium" da experiência hermenêutica.

Para Gadamer, "a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa o mundo."<sup>150</sup> Como explica Ari Marcelo Solon<sup>151</sup>, em Gadamer:

[...] a linguagem é, antes de tudo, o próprio pressuposto para que o homem 'tenha' um mundo e com ele possa se relacionar de forma humana, isto é, da forma como um ser que se preocupa com a sua existência se relaciona com o mundo: assim, por a linguagem intermediar o relacionamento humano com o próprio mundo que o circunda, a perspectiva da linguagem [Spracheansicht] constitui a própria perspectiva de mundo [Weltansicht] que se pode ter.

Com efeito, bem compreendido, Hans-Georg Gadamer esclarece-nos que a linguagem não é um mero artefato para indicar coisas, nem tampouco um instrumento à disposição do sujeito doador de sentido, mas o elemento universal no qual se banham o ser e o entendimento. E é justamente esse caráter universal da linguagem, conectando "ser", "sentido" e "entendimento" que confere à hermenêutica o *status* de uma ontologia universal, ou seja, voltada para a "constituição fundamental de tudo aquilo a que a

<sup>146</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.565.

<sup>147</sup> Ibid., p.521.

<sup>148</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.77 et seq.

<sup>149</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 33.

<sup>150</sup> Ibid., p. 571.

<sup>151</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese (titularidade) - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. São Paulo, 2014, p.41.



compreensão pode se voltar”<sup>152</sup>. Na sucinta frase de Gadamer<sup>153</sup> "a conceptualidade em que se desenvolve o filosofar já sempre nos possui".

É a partir da percepção do fenômeno da linguagem como *medium* da experiência hermenêutica que se descortina uma nova ontologia que vem a fundamentar o aspecto universal da hermenêutica filosófica, como substituta do método na investigação da verdade.

### 6.11 Impressões gerais sobre a obra

Como se vê, a abrangência e diversidade do projeto intelectual de Hans-Georg Gadamer em *Verdade e Método* impressiona.

Pretende Gadamer a transformação das hermenêuticas tradicionais num projeto filosófico mais abrangente de entendimento de mundo. Para tanto, em *Verdade e Método* Gadamer vai demonstrar como, a partir da questão da liberação da verdade a partir da experiência da arte e a sua extensão à compreensão nas ciências do espírito, pode-se chegar à virada ontológica da hermenêutica através da linguagem, sempre com o intuito maior de demonstrar a envergadura do fenômeno hermenêutico como forma de filosofar. Além disso, de maneira geral, outra ideia essencial do livro é a crítica à ideia de "verdade" trazida para o âmbito das ciências do espírito pelo Iluminismo, ante a inconsistência de um suposto “distanciamento metodológico sujeito x objeto” em tal seara

Vale registrar a precisa resenha de Benedito Nunes<sup>154</sup> acerca das intenções de Gadamer em *Verdade e Método*:

Restabelecer as conexões da verdade nesses domínios, recuperá-los, portanto, como um prolongamento daquela experiência matricial pré-científica, de que mesmo a ciência se origina, e que se trata de desalienar; soltar as amarras metodológicas do conhecimento histórico, que encontra sempre na interpretação dos textos-fontes o seu teste crucial; retirar da avaliação da arte a servidão moderna, mais schilleriana do que kantiana, ao juízo estético; firmar as condições do compreender - a compreensão da compreensão; restaurar, enfim, o direito da interpretação em sua maior generalidade, circulando do texto para o mundo, lido como um texto que tem significações várias, sustentadas todas pela linguagem, que é o solo mesmo da nossa experiência (Gadamer chama à linguagem de "ser") e, ainda, levar essa generalidade reconquistada ao pólo de uma reflexão das filosofias, todas dependendo de uma cadeia histórica de atos interpretativos -eis o movediço espectro da filosofia hermenêutica delineada em "Verdade e Método".

<sup>152</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.612.

<sup>153</sup> Ibid, p.503.

<sup>154</sup> **Nós somos um diálogo**. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo de 08/08/1998. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs13089818.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs13089818.htm)>.

Nas palavras de Palmer<sup>155</sup>, Gadamer,

[...] num único volume apresenta-nos não só uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica, numa perspectiva essencialmente heideggeriana, como também uma nova hermenêutica filosófica baseada na ontologia da linguagem.

Gadamer vai demonstrar a experiência da verdade que se encontra fora da ciência. Para Gadamer, o cientificismo moderno não é a única forma de se chegar à verdade. Em outros campos – sobretudo na arte - o homem tem a experiência da verdade. Combatendo a autossuficiência do método e a pretensa soberania do sujeito conhecedor, o que ele chama de “fetichismo da objetificação”, Gadamer vai fundamentar o conhecimento das ciências humanas que entende perdido por culpa do Iluminismo. Para tanto, prega o abandono da concepção puramente epistemológica do conhecimento (distanciamento) partindo para a percepção do sujeito como “ser” envolvido no processo. É o que a hermenêutica filosófica costuma chamar de “pertença”. Somos parte daquilo que pretendemos compreender. Todo entendimento humano é essencialmente um processo interpretativo de linguagem em que o sujeito está inserido. Nascemos no mundo que nos precede. Tudo acontece *in media res*. Há apenas uma aparência equivocada de que as coisas humanas nos são exteriores.

Fique claro que, em nenhum momento, Gadamer sustenta a impossibilidade de verdade nas ciências humanas. Apenas sustenta que não será a certeza dos métodos científicos que nos levará a ela. Para Gadamer, existe, sim, verdade sem método. O que ele sustenta veementemente é que não existe uma compreensão totalmente livre de preconceitos. E que isso de modo algum substitui a sua cientificidade, mas apenas confere um significado especialmente humano, na medida em que aquele que conhece também entra em jogo no ato de conhecer, marcando o limite do uso do método, enquanto “distanciamento sujeito x objeto”. Sai o método, entra a disciplina do perguntar e investigar que garante a verdade, na medida em que aceita suas limitações<sup>156</sup>.

Dado esse panorama, passemos a analisar a aplicabilidade da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer no âmbito da interpretação jurídica, oportunidade em que se abordará concomitantemente o artigo *On the possibility of a Philosophical Ethics* também utilizado como base para a compreensão da jusfilosofia em Gadamer nesse trabalho, como já exposto.

---

<sup>155</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.167.

<sup>156</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012,p.631.

## 7. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DO PENSAMENTO DE HANS-GEORG GADAMER

### 7.1 Considerações preliminares

Em uma nota de rodapé de *Verdade e Método*<sup>157</sup> Gadamer destaca que a palavra alemã *Verstehen* parece ter sido originalmente utilizada juridicamente para significar "representar uma causa diante de um tribunal" e que a partir disso passou a ser aplicada também no sentido que hoje conhecemos de "compreender", o que faria sentido, na medida em que conduzir o julgador às mesmas razões da parte que a expõe pressuporia o completo entendimento do litígio. Fazer valer o seu direito pressupõe, antes de tudo, fazer-se compreender. Essa despreziosa referência, já seria capaz, por si só, de induzir-nos a pensar na aproximação entre o pensamento de Hans-Georg Gadamer e a filosofia do direito.

De qualquer forma, é bom que fique claro, não nos parece possível sustentar que as matrizes hermenêuticas do fenômeno da compreensão tratadas por Gadamer, especialmente em *Verdade e Método*, poderiam contribuir diretamente na escolha entre os *nomos* que se digladiam no momento crítico e essencial para o intérprete e aplicador da lei<sup>158</sup>. A hermenêutica filosófica e, especificamente, a obra de Gadamer, apenas tangenciam o fenômeno da justiça no caso concreto.

Até porque pensamos com Kelsen, e suspeitamos que o paradigma da filosofia gadameriana nos leva exatamente a tal conclusão: não é legítimo tentar fundar uma teoria dogmática da interpretação das normas mas apenas denunciar os limites da hermenêutica jurídica de um ângulo filosófico<sup>159</sup>.

Gadamer<sup>160</sup>, aliás, é expresso nesse sentido, ao sustentar expressamente a prevalência da hermenêutica sobre a dogmática:

Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica jurídica detém primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

---

<sup>157</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.349.

<sup>158</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese apresentada para concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 13-2013, resumo (página não numerada).

<sup>159</sup> Tal observação sobre a obra de Kelsen é feita por Tércio Sampaio Ferraz Junior ao referir-se à frustração sentida em relação à teoria da interpretação adotada na Teoria Pura do Direito.

<sup>160</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p.433.

Neste pé, cabe perguntar: quando Kelsen, reconhecendo o limite de sua dogmática, afirma a impossibilidade de desenvolvimento de uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar em verdade ou falsidade de uma determinada interpretação, não estaria chegando a uma conclusão Gadameriana sobre os lindes do conhecimento humano acerca da verdade obtida através do método? Por isso, como já dito, nossa investigação é “zetética”.

Ressalte-se que a abordagem de Gadamer no âmbito da jusfilosofia já não é novidade entre nós. Sobre Gadamer e a hermenêutica jurídica, precisamente sumariza Ari Marcelo Solon<sup>161</sup>, “Gadamer construiu uma hermenêutica filosófica geral precisa, que alia consciência histórica na interpretação com a práxis do julgar e que recorre à inteligência da *phronesis* aristotélica para encontrar a melhor solução para o caso concreto...”.

Assim, sem a pretensão de estabelecer novos parâmetros de interpretação para a hermenêutica jurídica ou qualquer novo paradigma para a filosofia ou ciência do direito, os capítulos seguintes tem por ambição apenas tecer algumas considerações sobre aspectos que, de uma forma ou de outra, acabam por influenciar decisivamente no processo de interpretação da norma e escolha da decisão no caso concreto. Com efeito, especialmente na abordagem dos fenômenos da linguagem, da aplicação, da pré-compreensão e da tradição, Gadamer vai oferecer importantes pistas para uma boa decisão jurídica e isso não nos furtaremos a demonstrar.

O primeiro ponto a ser destacado é o caráter produtivo da interpretação jurídica, o que pode ser demonstrado por intermédio da teoria gadameriana da linguagem.

## **7.2 O Caráter Produtivo da Interpretação Jurídica: A Revelação através da Experiência da Linguagem**

Como vimos, para Gadamer, é a partir da percepção do fenômeno da linguagem que se descortina uma nova ontologia que vem a fundamentar o aspecto universal da hermenêutica filosófica, como substituta do método na investigação da verdade. Segundo Gadamer, funcionando a linguagem como meio (Mitte) entre “eu” e o “mundo” ela já

---

<sup>161</sup> **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese (titularidade) - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. São Paulo, 2014, p. 49. O fato de o autor inserir tal comentário no contexto de uma crítica a Gadamer, não retira a aplicabilidade da ideia transmitida no trecho destacado, na medida em que Solon aceita quase que integralmente a apreciação da hermenêutica jurídica por parte do velho homem da filosofia, rejeitando apenas a sua aproximação da tradição conservadora de Ernst Forsthoff em detrimento a Savigny. Não por acaso, o Capítulo III, onde o comentário é inserido, intitula-se “*A Hermenêutica Filosófica de Gadamer e seu Único Erro*” (p. 39 et seq.).

aparece em sua unidade originária como estrutura especulativa, alcançado a constituição fundamental de tudo aquilo a que a compreensão pode se voltar. Na sua célebre sintetização: “*O ser que pode ser compreendido é linguagem*”. É nesse ponto que Gadamer alcança a ideia de ente enquanto interpretação, sua estrutura ontológica universal.<sup>162</sup> Por isso, para o “Grande Homem Velho da Filosofia” a “autoreflexão metodológica da filologia tende necessariamente a um questionamento sistemático da filosofia.”<sup>163</sup>

E é exatamente nessa terceira parte do livro, intitulada “*A Virada Ontológica da Hermenêutica no fio condutor da Linguagem*”, que Gadamer melhor demonstra o caráter produtivo da tarefa interpretativa. Embora fique claro que seu foco é a tradição literária<sup>164</sup>, é importante lembrar que um dos postulados centrais de seu pensamento é a unificação das tarefas hermenêuticas através da aplicação, razão pela qual, suas considerações acerca do tema da linguagem, especialmente a linguagem escrita, valem tanto para o filólogo, como para o teólogo, o historiador e o jurista, guardadas as peculiaridades das respectivas tarefas. Lançadas tais premissas, temos que há muito a interpretação jurídica já não tem sido mais concebida como mera subsunção dos fatos à norma. Já não é nenhuma novidade o reconhecimento do caráter produtivo da interpretação e aplicação do direito.

Como bem sintetiza Karl Larenz<sup>165</sup>:

Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriadas, cujas expressões - com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos - apresentam uma margem de variabilidade de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e sua suscetibilidade de adequação a cada situação.

É assim que Ari Marcelo Solon<sup>166</sup> sintetiza magistralmente a questão:

Toda vez que uma norma jurídica deve ser aplicada, a aplicação se funde à interpretação, que não pode ser redescrita como mera transposição de sentido, devendo ser assumida a sua natureza criativa.

Como ensina José Reinaldo de Lima Lopes<sup>167</sup> “O próprio Kelsen, tomado como o mais exemplar representante do positivismo, diz expressamente que todo ato de interpretação e de aplicação é ato de criação do direito”.

---

<sup>162</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.523.

<sup>163</sup> Ibid. p.611.

<sup>164</sup> Ibid., p.504 et seq.

<sup>165</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.283.

<sup>166</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese apresentada para concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 13-2013, p.77.

A proposta aqui é demonstrar como isso se revela a partir do pensamento de Gadamer, visto que imprescindível para a crítica à dogmática jurídica que intentamos empreender. Para nós, a natureza especulativa da linguagem, conforme muito bem destacado por Gadamer, é o que possibilita, primordialmente, a atitude criativa do intérprete.

A ideia de virada ontológica em Gadamer inicia-se precisamente por intermédio de uma interessante observação: embora seja uma expressão comum dizermos que “levamos” uma conversa, a expressão não é apropriada, visto que nunca se sabe de antemão no que ela resultará, o que demonstra que a conversação tem seu próprio espírito e a linguagem que a conduz uma verdade própria é algo que se desvela, que surge a partir de então<sup>168</sup>. Embora tal ideia vá sofrer importantes desdobramentos na obra de Gadamer a partir de então, nessa pequena passagem inicial já se revela o nítido caráter produtivo da linguagem que norteia todo o seu pensamento.

Isso porque, para Gadamer, a linguagem não funciona apenas como determinação do *objeto* hermenêutico (tradição), mas também como determinação da *realização* hermenêutica (compreensão). A linguagem não só vai ter primazia na tarefa da compreensão da tradição, mas também vai manter uma relação de cunho fundamental com a própria compreensão. Ou seja, compreender não só se subordina de maneira direta à tradição da linguagem, mas também ultrapassa tal caráter, na medida em que compreensão e linguagem não podem ser investigadas separadamente, tampouco se constituindo em objeto, pois abrangem e estão abrangidas por tudo que pode chegar a ser objeto<sup>169</sup>.

Ao tratar especificamente da linguagem enquanto determinação da realização hermenêutica Gadamer<sup>170</sup> vai afirmar textualmente o caráter produtivo da interpretação:

Através da interpretação o texto tem de vir à fala. Todavia, nenhum texto, como também nenhum livro fala, se não falar a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação tem de encontrar a linguagem correta, se é que quer fazer que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta "em si", porque em cada caso se trata do próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação correta em si seria um ideal sem pensamentos incapaz de conhecer a essência da tradição. Toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence.

A linguagem, além de permitir o acesso do intérprete ao sentido do texto, funciona como um elemento de transmissão da tradição. Essas duas características, aliadas ao fato de que

---

<sup>167</sup> **Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras.** Revista de Informação Legislativa, ano 40, nº 160, out/dez 2003, p.60. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>>. Acesso aos 02/06/2013.

<sup>168</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.497.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p.523.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p.514.

a aplicação da norma se dá no decorrer do tempo, por si só possibilitam compreender o porquê do caráter produtivo da interpretação jurídica, na medida em que se constata ser impossível reproduzir, identicamente, o sentido de uma norma.

No mais, temos que o caráter produtivo do direito em Gadamer pode também ser demonstrado a partir da análise feita pelo autor acerca da "estrutura especulativa da linguagem"<sup>171</sup>.

Equiparando até certo ponto o caráter especulativo da dialética hegeliana e da hermenêutica filosófica, Gadamer o faz baseado na superação das contradições pelo aguçamento, na medida em que também o esforço hermenêutico tem como tarefa pôr a descoberto um todo de sentido<sup>172</sup>. A diferença essencial apontada diz respeito à essência da experiência hermenêutica que não permite falar dogmaticamente em um começo. A dialética da pergunta e da resposta sempre precede a dialética da interpretação<sup>173</sup>.

Nas palavras do filósofo "mesmo quando se realiza a mais cotidiana das falas, se faz presente um traço essencial da reflexão especulativa, a saber, o caráter inconcebível do que é a reprodução mais pura de sentido".<sup>174</sup> E, na feliz síntese de Palmer<sup>175</sup>:

Em última instância, a especulatividade baseia-se numa negatividade criativa, na natureza do ser, que forma o contexto de toda a asserção positiva. Uma hermenêutica especulativa está viva para o significado desta negatividade, como se fosse a fonte de toda a nova revelação do ser e como se fosse um antídoto constante relativamente ao dogmatismo.

Como vimos, para Gadamer não há como dissociar o entendimento e o processo linguístico, visto que todo pensamento já é uma busca de linguagem. Se a linguagem é o *medium* universal em que se realiza a compreensão e não existe pensamento sem linguagem, temos toda a linguagem permeada por um conteúdo de reflexão subjetiva que conduz o compreender. É por isso que, mais adiante, ao concluir o tema da linguagem como meio (*mitte*) analisando sua estrutura especulativa, Gadamer<sup>176</sup> conclui:

[...] trata-se de que toda interpretação é especulativa em sua própria realização efetiva e acima de sua autoconsciência metodológica; isso é o que emerge da linguisticidade da interpretação. Pois a palavra interpretadora é a palavra do intérprete, não a linguagem nem o vocabulário do texto interpretado. Nisso se torna patente que a apropriação não é mera reprodução ou mero relato posterior do texto interpretado, mas é como uma nova criação do compreender.

---

<sup>171</sup> Sobre a estrutura especulativa da linguagem ver precisamente Ibid., p.601-605.

<sup>172</sup> Ibid., p.608.

<sup>173</sup> Ibid., p.609.

<sup>174</sup> Ibid., p.606.

<sup>175</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.14.

<sup>176</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.610.

Ou seja, o que Gadamer quer enfatizar ao destacar o caráter especulativo da linguagem é exatamente o fato de comportar-se como uma estrutura que não consiste em ser "cópia de algo dado de modo fixo, mas num vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido"<sup>177</sup>.

Nesse sentido, toda interpretação refoge à consciência metodológica, sendo a palavra do intérprete criadora de um sentido diverso do texto interpretado, já que a apropriação do texto é uma nova criação do compreender<sup>178</sup>. Para nossa finalidade é dizer: a norma pensada pelo intérprete será necessariamente diferente da norma originalmente pensada pelo legislador e não há algo que possa dogmaticamente interferir nisso. Um dos motivos pelos quais isso se dá está no caráter especulativo da linguagem.

Assim, seja por ter demonstrado a imbricação entre tradição e linguagem, seja por ter demonstrado o caráter especulativo da linguagem, Gadamer nos leva à inarredável conclusão de que a norma só adquire pleno sentido no caso concreto e para determinado intérprete e, logo, que inexistente a possibilidade de uma dogmática jurídica que confira ao direito uma única interpretação segura.

Isso, à luz do que foi dito e será aprofundado acerca do fenômeno da aplicação, conduz-nos à conclusão de que a interpretação não é "reprodutiva" mas "produtiva" e reforça a ideia da insuficiência de uma dogmática jurídica da interpretação, conferindo força à tese kelseniana da inviabilidade de desenvolvimento de uma teoria segura acerca da interpretação da norma jurídica, na medida em que sempre estará envolvido um ato de vontade (político) a conferir vida à norma.

Mas isso, na verdade, não é um aspecto negativo. Como será mais bem demonstrado adiante. É o caráter produtivo da interpretação jurídica é o que possibilita a adequada apropriação do sentido do texto e a sua adequação ao caso concreto.

Mas, para melhor entender como se dá esse processo, necessário lançar mão de dois conceitos fundamentais no pensamento de Gadamer, verificando como eles têm sido trabalhados pela doutrina do direito. Falamos da *aplicação* e da *pré-compreensão*.

---

<sup>177</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 612.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p.610.



## 7.3 Aplicação e pré-compreensão

### 7.3.1 Considerações Iniciais

Para Gadamer a *aplicação*, é a tarefa filosófica central<sup>179</sup>. Sob este aspecto, como vimos, Gadamer sustenta que não há a distância que se costuma supor entre as diversas formas de hermenêutica das ciências do espírito, na medida em que a pertença a uma tradição é fator inerente a todas elas e que o sentido a ser extraído do objeto a ser compreendido, de acordo com a tarefa de cada uma, somente se concretiza e se completa, em todos os casos, com a tarefa da *aplicação*, paradigmaticamente extraída da hermenêutica jurídica, na medida em que esta pressupõe o exercício da mediação entre texto e caso concreto<sup>180</sup>.

Por isso, para ele, o modelo da hermenêutica jurídica mostra-se fecundo, quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, executando o jurista aquilo que ele julga ser o modelo paradigmático de compreensão, através da tarefa da aplicação. Em outras palavras, nenhum texto pode ser compreendido e interpretado sem a referência ao caso concreto. Sem a sua "aplicação".

Portanto, para Gadamer, a *aplicação*, sob o enfoque do jurista, tem um sentido bastante comum: a tarefa de interpretação e concretização da lei em cada caso, ou em outras palavras, a complementação produtiva do direito reservada ao juiz<sup>181</sup>. A questão que já expusemos genericamente e agora se coloca de maneira específica é: Como se pode garantir a boa *aplicação* da lei? Existe um método para tanto? Como se dá o confronto entre o significado da norma e a problemática do caso concreto?

Por ser o maior ponto de contato de Gadamer com o direito, o fenômeno da *aplicação* sempre foi o aspecto de seu pensamento que mais despertou a atenção dos juristas, sendo dois dos principais deles o italiano Emilio Betti (1890-1968) e o alemão Josef Esser (1910-1999).

---

<sup>179</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.380.

<sup>180</sup> Id., **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.426-436.

<sup>181</sup> Ibid., p.432.

### 7.3.2 A questão da aplicação no embate com Emílio Betti

Lembremos que, como vimos acima, a ideia da interpretação como desdobramento do entendimento, ou seja, da precedência do entendimento em relação à sua explicitação, remonta a Heidegger, deixando de ser vista como um “procedimento” para se tornar um esclarecimento crítico de um entendimento que a precede. Recordemos também que é a partir dessa descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão que Gadamer propõe a análise acerca do problema do “preconceito” e suas consequências para a hermenêutica.

É, principalmente, na seara da aplicação e da pré-compreensão que Gadamer vai sofrer críticas e, posteriormente, rebater as teses de Emilio Betti<sup>182</sup>.

A concepção rigorosamente metodológica da hermenêutica construída pelo jurista italiano em sua *Teoria Geral da Interpretação*<sup>183</sup> e outros trabalhos menores que viriam a resumir o seu pensamento, vão justamente apresentar uma crítica à doutrina do pré-entendimento como condição de interpretação, ao que Betti julgou como uma inversão do vínculo teleológico natural, malfazeja ao correto entendimento<sup>184</sup>.

Com efeito, uma das intenções do jusfilósofo italiano é desenvolver uma teoria hermenêutica essencialmente metodológica e aplicável a toda e qualquer interpretação. Para tanto, as diversas espécies de interpretação são sistematizadas e ordenadas por Betti em três grupos distintos, conforme sua função: a) interpretação com função meramente reconhecedora (interpretações filológica, histórica e técnica): visam a reconhecer as manifestações de pensamento objetivadas no material interpretado, sendo o entendimento um fim em si mesmo. b) interpretação com função reprodutiva (interpretações dramática, musical e tradução): na interpretação com função reprodutiva o objetivo não é o mero entender, mas o fazer entender. Este tipo de interpretação, pressuporia o entendimento (interpretação reconhecedora) como primeiro momento, mas não se esgota nele, sendo necessário um segundo momento, capaz de adaptar o entendimento inicial à função que a interpretação deve desempenhar (fazer entender). c) interpretação com função normativa (interpretações jurídica, psicológica e teológica): assim como no caso anterior, na interpretação com função normativa o objetivo não é o mero entender, mas o fazer

---

<sup>182</sup> As discussões entre Gadamer e Betti não se resumiram à questão aqui colocada. Para um bom roteiro do debate entre os filósofos, a excelente monografia de Leonel Cesarino Pessoa **“Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti - Uma contribuição à História do Pensamento Jurídico Moderno”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.90-92.

<sup>183</sup> Milano: Giuffrè, 1955.

<sup>184</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.82.

entender com o fim de regular condutas, também pressupondo a passagem pela interpretação reconhecidora, mas indo além ao moldar o entendimento inicial à função de regulação que este tipo de interpretação deve desempenhar<sup>185</sup>.

Assim, para Betti, enquanto a interpretação histórica pertenceria ao primeiro grupo, a interpretação jurídica pertenceria ao terceiro grupo e, o que é mais relevante, enquanto a primeira dar-se-ia em um único momento, a segunda demandaria a existência de dois momentos cognitivos distintos, o que é inaceitável para Gadamer.

Gadamer rebate as noções de interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva. Para Gadamer, compreensão, interpretação e (agora também) aplicação são momentos essenciais e unitários do processo hermenêutico, já que na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete<sup>186</sup>.

Com efeito, para ele, é justamente a unicidade da interpretação que dá ensejo à proposta de unificação da hermenêutica das ciências do espírito<sup>187</sup>, sendo a impropriedade da cisão proposta por Betti comprovada pela hermenêutica jurídica, já que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação ao caso concreto faz-se mediante um processo único.<sup>188</sup>

Nas palavras de Gadamer<sup>189</sup> direcionadas a Betti:

Em vez de acentuar primeiramente o momento cognitivo, seja no artista – que reproduz –, seja no juiz ou no teólogo (Seelsorger) – que praticam –, e apenas então introduzir como condição restritiva a realização através da ação criadora, a questão acabou por se inverter completamente para ele. O objetivismo ingênuo com o qual procurou distinguir a interpretação científica obrigou-o a separá-la completamente das outras formas da interpretação – a interpretação criadora –, em vez de reconhecer sem rodeios a indissolubilidade entre o entender e o interpretar em todas elas. Ele não queria admitir que as decisões complementares que o tradutor, o ator e o músico têm de encontrar, assim como as decisões práticas do juiz ou do teólogo (Seelsorger), nascem do entendimento e reconhecem totalmente o padrão do entendimento “correto”.

A aplicação para Gadamer não seria o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto, mas, antes, “a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós”.<sup>190</sup>

Para Gadamer, a questão colocada por Karl Larenz acerca de se a compreensão de expressões linguísticas ocorre de modo irreflexivo, mediante o acesso imediato ao sentido

<sup>185</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Emilio Betti e a Herança Idealista**. Cadernos de Filosofia Alemã 1, p.83-90, 1996. Disponível em: <<http://ficem.fflch.usp.br/sites/ficem.fflch.usp.br/files/texto4.pdf>>.

<sup>186</sup> Id. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.407.

<sup>187</sup> Ibid., p.410.

<sup>188</sup> Ibid., p.409.

<sup>189</sup> Id., **Emilio Betti e a Herança Idealista**. Cadernos de Filosofia Alemã 1, p. 86, 1996. Disponível em: <<http://ficem.fflch.usp.br/sites/ficem.fflch.usp.br/files/texto4.pdf>>.

<sup>190</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.446-447.

da expressão, ou de modo reflexivo, mediante o interpretar, não faz qualquer sentido. Para Gadamer, compreender é sempre interpretar.<sup>191</sup> E mais: é também "aplicar". Neste sentido, o destaque feito por Larenz<sup>192</sup>:

Ele (Gadamer) vê-o na circunstância de que a 'aplicação' é um momento inerente a todo 'compreender'. No compreender, diz, tem lugar 'sempre algo semelhante a uma aplicação do texto, que haja de se compreender, à situação presente do intérprete'. A aplicação é 'um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender e o interpretar.

Como demonstra Grondin<sup>193</sup>, a crítica de Betti a Gadamer parte de uma concepção equivocada do jurista italiano de que Gadamer possuía a mesma concepção (metodológica) de hermenêutica que ele, olvidando-se que a verdadeira intenção de Gadamer era uma reflexão mais aprofundada sobre a experiência da verdade nas ciências humanas que buscava justamente deixar de lado critérios metodológicos da "explicação" herdados das ciências exatas em nome de uma investigação sobre as condições em que ocorre o processo da "compreensão" nas ciências do espírito.

Um dos pontos da investigação de Gadamer nesse sentido é justamente o problema do "preconceito" e suas consequências para a hermenêutica.

### 7.3.3 Pré-compreensão e preconceito

Como vimos, é seguro que não existe a possibilidade de uma única interpretação objetivamente sustentável, na medida em que o fenômeno jurídico não consegue ser abarcado pela lei. E, assim sendo, não há como recusar a existência de pré-concepções no ato da interpretação e aplicação da lei, na medida em que não existe um método seguro que venha afastar completamente a possibilidade de sua incidência. Ao tratar da "pré-compreensão", Gadamer vai expor o caráter preconceituoso de toda compreensão e a ideia de preconceito na jurisprudência como pré-decisão jurídica.

É bom que fique claro que Gadamer não trata do preconceito sob o aspecto negativo. Como ele destaca em uma breve análise etimológica, no alemão, *preconceito* (Vor-urteil) quer dizer, apenas, um juízo (Urteil) prévio (Vor), que pode ser entendido, na jurisprudência, como uma pré-decisão vinda antes de ser dada a sentença definitiva. É

---

<sup>191</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.282.

<sup>192</sup> Ibid., p.295.

<sup>193</sup> GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p.83.

claro que quem já tem uma decisão prévia desfavorável, está em situação de inferioridade. Daí o francês *préjudice*, com a conotação de prejuízo, desvantagem, dano. Mas o que importa compreender para Gadamer é que *preconceito* ou mesmo *pré-juízo* não significam em hipótese alguma um falso juízo, já que o *conceito*, advindo de uma compreensão *a posteriori* poderá ser mesmo falso ou verdadeiro. Existem *préjuges légitimés*.<sup>194</sup>

Assim, para Gadamer, o preconceito é inerente ao problema hermenêutico e, logo, à compreensão. Isso pode adquirir um caráter positivo ou negativo a depender da correta apropriação ou não dos preconceitos.

Por outro lado, vimos que para Gadamer a “autoridade” pode ser uma fonte de verdade. Mais precisamente um tipo particular de autoridade ganha relevo no seu pensamento: a “tradição”. Ou seja, não há necessária oposição entre tradição e razão, na medida em que esta última somente existe como real e histórica. Por isso, para Gadamer, a hermenêutica das ciências do espírito deve restabelecer de modo fundamental o direito do elemento da tradição.<sup>195</sup>

O tempo não é um abismo a ser transposto, porque separa e distancia, mas é, na verdade, o que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender<sup>196</sup>. Distância que, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta, na medida em que os colocamos em contato com a tradição<sup>197</sup>. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão. A essa exigência Gadamer chama de “história efetual”. Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual<sup>198</sup>.

É bem verdade que Gadamer, ao concluir que a distância criada pelo tempo confere maior visibilidade ao "significado" dos acontecimentos históricos gerando uma "produtividade hermenêutica própria", reluta em admitir a validade de tal premissa no âmbito jurídico<sup>199</sup>.

De qualquer forma, se por um lado Gadamer nos mostra que, inafastavelmente, os preconceitos condicionam a compreensão, na medida em que o intérprete não consegue, por si só, distinguir os preconceitos que obstaculizam a compreensão e levam a mal-

<sup>194</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.360.

<sup>195</sup> Ibid., p.374.

<sup>196</sup> Ibid., p.393.

<sup>197</sup> Ibid., p.395.

<sup>198</sup> Ibid., p.396.

<sup>199</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.468.

entendidos, daqueles considerados produtivos e que permitem uma compreensão adequada, ele nos alenta com a ideia de legitimação pela tradição, que se dá com a necessária distância temporal. Vale dizer, Gadamer nos fornece as bases teóricas para tentar distinguir o que são preconceitos legitimados pela tradição cultural e instituições em que o intérprete está inserido e o que são preconceitos pessoais oriundos de uma distorcida visão de mundo. Essa é uma das premissas que parece informar o pensamento do jurista Josef Esser (1910-1999).

### 7.3.4 Aplicação, método e pré-compreensão no pensamento de Josef Esser

Foi especialmente baseado nas ideias gadamerianas de *aplicação* e *pré-compreensão* que Josef Esser detectou a necessidade de construção daquilo que ele chamou de uma *"teoria da práxis de aplicação do direito"*<sup>200</sup>. Gadamer tem em Josef Esser o maior difusor de suas ideias no âmbito do Direito, desde a Alemanha dos anos setenta<sup>201</sup>.

Na obra *Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto* Esser vai partir exatamente da ideia de Gadamer acerca da *aplicação* como paradigma do processo hermenêutico e fator determinante para o processo de compreensão<sup>202</sup>:

A hermenêutica jurídica tornou-se “exemplar” para a hermenêutica filosófica exatamente pelo fato de que aqui um ato concreto de aplicação ou também o confronto do problema de decisão a ser superado com o texto interrogado “determina desde o início e de modo total” o processo de compreensão.

Esser, adotando a linha anticientificista de Gadamer, recusa os métodos tradicionais de interpretação, na medida em que, sendo impossível reconhecer os motivos que levariam o

---

<sup>200</sup> ESSER, Joseph. **Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto - Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università de Camerino, 2010, p.1.

<sup>201</sup> Nesse sentido, informa Saulo Monteiro de Matos<sup>201</sup>: *"O impacto das ideias de Gadamer acerca da interpretação/aplicação de textos legais na práxis jurisdicional e da própria natureza do direito no campo da ciência do direito e, em especial, da filosofia do direito, pode ser observada na Alemanha, sobretudo, durante a década de setenta, salientando-se, na seara da metodologia jurídica (Methodenlehre), os estudos do civilista Josef Esser"*. O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. n.4, v.1, p.90-101, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015, p. 98.

<sup>202</sup> ESSER, Joseph, op. cit., p. 135 (tradução nossa).

intérprete a privilegiar um dele (s) em detrimento de outro (s), esses seriam insuficientes para determinar uma solução justa<sup>203</sup>.

Nada obstante, dentro da sua já propalada "teoria da práxis de aplicação do direito", Esser<sup>204</sup> não desiste de perseguir uma "racionalidade no processo de individualização do direito". Trata-se, nas palavras do jurista alemão<sup>205</sup>, da "discussão do procedimento da compreensão, sob o aspecto teórico-cognoscitivo".

Para Esser, a boa aplicação, vale dizer, a racionalidade dos resultados da interpretação, não é garantida por um *método* mas por uma boa *pré-compreensão* do caso, ou seja, do confronto do significado da norma com a problemática do caso.<sup>206</sup> Com efeito, Esser mostra-nos que é inútil querer interpretar em abstrato uma expressão jurídica, ainda que bastante elementar, na medida em que a interpretação do texto da norma só tem sucesso se primeiro compreender-se de modo justo os problemas concretos, partindo a consulta ao texto dessa compreensão. Para Esser, "a aproximação de um determinado problema a ser solucionado considerando a possível diretiva-significado do texto interrogado é o ato decisivo sem o qual o sentido normativo de uma expressão da linguagem legislativa não pode ser absolutamente individualizado".<sup>207</sup>

Esser reconhecidamente atribui a Gadamer a indicação da inevitabilidade do processo de pré-compreensão como parte necessária do processo teórico-cognoscitivo do processo de compreensão<sup>208</sup>. Especificamente quanto à interpretação do direito é inevitável que o fato que nos aproxima dos textos a serem interpretados sejam analisados sob a luz de determinada expectativa relativa à solução da questão conflitual subjacente e que tal análise prévia delimita e vai abrindo possibilidades de interpretação. Baseado nesta expectativa são consultados os modelos de regulamentação em relação a seu possível significado para o conflito dado. Isso importa em sondar e antecipar soluções possíveis, segundo os critérios da força de persuasão, cujo significado antecipatório não pode ser, ainda, avaliado suficientemente.

Nas palavras de Esser<sup>209</sup>:

Essa operação não ocorre, além disso, a partir de um "método" mas no âmbito da pré-compreensão, que enfrenta o texto confrontando o significado da norma com

<sup>203</sup> ESSER, Joseph. **Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto - Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università de Camerino, 2010, p.120-127.

<sup>204</sup> Ibid., p.132 (tradução nossa).

<sup>205</sup> Ibid., p. 132 (tradução nossa).

<sup>206</sup> Ibid., p. 132 et seq.

<sup>207</sup> Ibid., p. 134 (tradução nossa).

<sup>208</sup> Ibid., p.134 (tradução nossa).

<sup>209</sup> Ibid, p. 135-136 (tradução nossa).

a problemática do caso. Quem aplica o direito não pode subtrair-se da necessidade de aplicação e de decisão à qual está sujeito. O seu enfrentar a norma subjaz a essa pré-compreensão, coligada à decisão, da situação conflitual, a qual se manifesta na pré-compreensão não como situação pessoal daquele que procura proteção jurídica, mas como “típica situação do caso concreto”, que exige um tratamento normativo satisfatório além da decisão individual. A decisão deve ser “objetivamente justa” no sentido geral e estar de acordo com o sistema do ordenamento como um todo.

Em poucas palavras, é inevitável que sejam levados em consideração antecipadamente os resultados possíveis do julgamento do caso concreto e sobre eles seja verificada a compreensibilidade do texto<sup>210</sup>. Por isso, para Esser, a boa aplicação, vale dizer, a racionalidade dos resultados da interpretação, não é garantida por um *método* mas por uma boa *pré-compreensão* do caso, ou seja, do confronto do significado da norma com a problemática do caso.

Quem aplica o direito não pode subtrair-se da necessidade de pré-compreensão na aplicação da norma ao caso concreto, que deve ser “objetivamente justa” no sentido geral e estar de acordo com o sistema do ordenamento como um todo. As expectativas sopesadas não são somente dos indivíduos que buscam o direito, mas também de potenciais envolvidos, formando um “horizonte de expectativa” em volta de quem aplica o direito, do qual o intérprete não podem fugir. Este horizonte de expectativas não é subjetivo, mas geral; ele representa a compreensão jurídica de inteiros grupos sociais, com os quais o juiz, na sua interpretação, deve se confrontar. Tal confronto não vai se acrescentar *a posteriori* ao ato de individualização do direito, mas determina, aliás, a direção e o curso dele, em relação ao consenso social que se deve esperar de uma decisão razoável<sup>211</sup>.

Podemos dizer, portanto, na feliz síntese de Eros Grau<sup>212</sup>, que, para Esser, a atuação jurisprudencial não é arbitrária, mas vinculada a critérios de racionalidade não metódicos. Na medida em que reconhece o influxo de elementos valorativos no procedimento de individualização do direito, onde “[...] a metodologia tradicional não garante uma melhor compreensão do trabalho concreto de individualização do direito e a sistemática escolástica dos métodos de interpretação não responde a questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido”, Esser vai buscar na pré-compreensão o ponto de partida do intérprete para a tomada da decisão judicial.

---

<sup>210</sup> ESSER, Joseph. **Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto - Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università de Camerino, 2010, p.135.

<sup>211</sup> Ibid., p.135.

<sup>212</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.105-106.



Como também sintetiza Ester Lopes Peixoto<sup>213</sup>, em Esser

A aplicação do direito passa a ser vista como um processo criativo do intérprete que implica uma anterior pré-compreensão que deve ter em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico, vale dizer, no processo de concreção do direito.

A questão da aplicação sob a ótica de Gadamer e, por conseguinte, de Esser insere-se exatamente naquilo que Karl Larenz<sup>214</sup> chamou, na parte sistemática de sua obra, de *A Jurisprudência como ciência compreensiva*. Nas palavras de Larenz<sup>215</sup>,

Segundo Esser, a "pré-compreensão" possibilita ao juiz não só uma determinada conjectura de sentido face ao seu entendimento da norma e da solução a encontrar, como também o juiz constrói para si próprio uma "convicção de justeza" com base nas suas pré-compreensões alcançadas graças a uma prolongada experiência profissional e por meio de uma "atuação eficaz sobre as possibilidades de evidência na valoração pré-dogmática", e isto antes mesmo de começar com a "obrigatória" interpretação da lei ou com considerações dogmáticas. Estas servem-lhe unicamente para o ulterior "controle de concordância", que propõe como meta a comprovação da compatibilidade da solução encontrada com o sistema do Direito positivo.

Tal passagem é sucedida por escorreita crítica de Larenz<sup>216</sup>, por entendê-la "ilegítima", na medida em que incompatível com a vinculação à lei e ao direito que a organização judiciária impõe ao juiz e dotada de uma certa "arrogância judicial", na medida em que o juiz consideraria sua perspicácia superior à lei e à interpretação jurisprudencial envolvida. Em que pese a procedência da crítica de Larenz, esta não esconde a verdade fática das conclusões de Esser. Assumidamente ou não, parece-nos que é exatamente assim que acontece o processo de decisão judicial não raras vezes.

No recente e famoso caso da Ação Cautelar (AC) nº 4039<sup>217</sup> em que foi decretada a prisão preventiva do Senador da República Delcídio do Amaral e outros envolvidos, a pedido da Procuradoria-Geral da República, por suspeita de, entre outros crimes, "prometer"<sup>218</sup> influenciar na decisão dos próprios Ministros do STF, em autos de delação premiada vinculado àquela corte, parece-nos claro que, independentemente da roupagem jurídica que lhe fosse conferida, a decisão dos Ministros não poderia ser outra, em nome do respeito à

<sup>213</sup> A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista de Direito da GV** 5, v.3, n.1, p.121-136, 2007. Disponível em: <[direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_05\\_pp121-136.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp121-136.pdf)>. Acesso aos 22/11/2015.

<sup>214</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.282.

<sup>215</sup> Ibid., p.291.

<sup>216</sup> Ibid., p.292.

<sup>217</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304788&caixaBusca=N>>

<sup>218</sup> A nosso ver a conduta do Senador aproxima-se muito mais de um ato de cogitação do que execução do crime.

própria instituição da Corte Maior, ainda que, segundo a opinião de renomados juristas<sup>219</sup>, os requisitos não estivessem presentes.

Outro exemplo foram as decisões judiciais que referendaram prisões arbitrárias de indivíduos suspeitos de integrar os chamados “Black-bloc’s”. Ante o momento de efervescência das manifestações, não seria absurdo supor que a decisão que decretou a prisão preventiva dos acusados fora tomada antes mesmo da análise da presença dos requisitos da cautelar, tomando-se o posterior cuidado de apenas “motivá-la” com a roupagem jurídica da “manutenção da ordem pública”, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>220</sup>. Outros inúmeros exemplos poderiam ser citados.

Poderíamos ser acusados de leviandade ao concluir, à míngua do poder de ingressar na mente dos senhores julgadores, acerca do *modus operandi* da tomada de decisão em casos similares a esses, não fosse a naturalidade com que a fórmula é confessada pelo Ministro Luiz Fux em entrevista concedida ao site *Consultor Jurídico*<sup>221</sup>: "Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução".

A fórmula, longe de ser inovadora, remonta ao jurisconsulto medieval Bártolo, segundo conta-nos Eugene Erlich<sup>222</sup>:

Para ilustrar a essência da configuração jurídica, não há nada mais significativo do que a conhecida história de que Bartolus procurava em primeiro lugar as soluções para as questões jurídicas que o preocupavam e então encarregava seus alunos de encontrar fontes para fundamentá-las.

Tal concepção, diverge substancialmente daquela adotada pela doutrina dominante, segundo a qual o fenômeno da aplicação envolve a imputação de normas a situações sociais através de um procedimento, exigindo-se do jurista, inicialmente, uma identificação

<sup>219</sup> No site "Conjur" encontramos opinião do criminalista José Roberto Batochio, ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e autor da redação do artigo 53, parágrafo 2º, da Constituição Federal no sentido de que a circunstância que levou à prisão do parlamentar não é de flagrante, visto que sequer haveria a consumação criminosa. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-delcidio>. Também no site "Justificando", colhemos opinião do Juiz de Direito e colunista Gerivaldo Neiva explicando que não existe uma ação penal, inquérito ou investigação em curso contra o senador, não podendo se falar, portanto, em prisão preventiva. Para Neiva "A prova utilizada foi uma conversa gravada em 04.11.2015, sem o conhecimento dos demais presentes, ou seja, uma prova ilícita que assim já foi definida pelo STF em outros julgamentos". Neiva declara expressamente que se essa atitude dos ministros fosse tomada por um juiz de primeira instância, esta decisão seria revogada em menos de 24 horas por um tribunal superior e o juiz encaminhado ao CNJ para responder por seu "erro grotesco". Disponível em <<http://justificando.com/2015/11/26/confira-a-opinio-dos-juristas-sobre-a-prisao-do-senador-delcidio-do-amaral>>.

<sup>220</sup> Citamos concretamente o processo nº 0054326-66.2014.8.26.0050 - TJ/SP, no qual, decretada a prisão preventiva dos acusados aquela foi revogada posteriormente quando comprovado que aqueles não portavam qualquer artefato explosivo ou incendiário, motivo que fundamentara a decisão. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1E001QHTS0000&processo.foro=50>>.

<sup>221</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-02/leia-biografia-ministro-luiz-fux-contada-ele-mesmo>>

<sup>222</sup> **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p.241.

do que seja o direito a ser aplicado<sup>223</sup>. Ou seja, embora se reconheça, com Karl Larenz, que tais fórmulas representam certa insegurança jurídica, não há como negar que, reconhecido o momento unitário da hermenêutica, não há como evitá-la mediante o estabelecimento de qualquer método interpretativo prévio. Deve-se, como aduz Esser, verificar se, ao fim e a cabo, se chega a uma decisão justa de acordo com "critérios de racionalidade não metódicos".

Nesse sentido, vale invocar Gadamer<sup>224</sup>, quando em seu embate com Betti, perspicazmente nomina o entendimento como "recuperação de uma participação no sentido" como decisivo para uma solução justa:

No mesmo sentido, permanecem decisivos para o teólogo (Theologe) o momento da pregação e para o juiz e a justiça, o esforço pela solução justa. Isso mostra que o conceito de objeto (Objekt) e de objetividade (Objektivität) não basta onde não se trata da conquista de um objeto (Gegenstand) e da superação de uma resistência, mas da recuperação de uma participação no sentido. Mas isso nós chamamos entendimento.

Conhecer o caso concreto, mais do que um juízo de subsunção é conferir o adequado caráter produtivo ao direito, baseado numa fusão de horizontes entre o texto e seu intérprete, respeitada a tradição jurídica e o consenso social em que se inserem partes e julgador. Se tal concepção é um bom remédio contra o positivismo, não há como negar que, mesmo diante dos controles sugeridos por Esser<sup>225</sup>, há uma liberdade excessiva que precisa ser encarada com honestidade. O ato final de vontade inegavelmente conferido ao julgador traz no seu bojo a tormentosa discussão acerca da política no direito.

---

<sup>223</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p.93.

<sup>224</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Emilio Betti e a Herança Idealista**. Cadernos de Filosofia Alemã 1, p.83-90, 1996. Disponível em: <<http://ficem.fflch.usp.br/sites/ficem.fflch.usp.br/files/texto4.pdf>>. p. 86.

<sup>225</sup> Ou seja, os chamados controles de *precisão*, *concordância* e *evidência de solução* de Esser, que revestiriam de consenso a decisão judicial. Nesse sentido, veja-se a excelente síntese de PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista de Direito da GV** 5, v.3, n.1, p. 128-130, 2007. Disponível em: <[direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_05\\_pp121-136.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp121-136.pdf)>. Acesso aos 22/11/2015.

## 8. HERMENÊUTICA E POLÍTICA

No capítulo anterior alcançamos, por intermédio de Gadamer, a conclusão de que a norma só adquire pleno sentido no caso concreto e para determinado intérprete e, logo, que a interpretação não é “reprodutiva” mas “produtiva”, reforçando a tese kelseniana da inviabilidade de desenvolvimento de uma teoria segura acerca da interpretação da norma jurídica, na medida em que sempre estará envolvido um ato de vontade (político) a conferir vida à norma.

Com efeito, a chamada “moldura da norma” é algo frágil e é claro que a gama de possibilidades que ela oferece ao intérprete possibilita a tomada de decisões fundadas em convicções pessoais, embora supostamente fundamentadas “na lei”. Não é possível em direito a extração de um conjunto proposições objetivas passíveis de uma análise puramente científica e valorativamente neutra.

Por outro lado, vimos que, partindo da descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão, Gadamer propõe a análise acerca do problema do “preconceito” e suas consequências para a hermenêutica das ciências do espírito. Para Gadamer o preconceito é inerente ao problema hermenêutico e, logo, à compreensão. Ou seja, uma decisão injusta, pode se dar propositalmente, mas também pode se dar por uma inadequada apropriação dos próprios preconceitos. O que não se pode recusar é a existência de pré-concepções no ato da interpretação e aplicação da lei e que não existe a possibilidade de um método seguro (dogmático) que venha afastar completamente a possibilidade de sua incidência. Tampouco, se pode negar a influência da ideologia nas decisões judiciais.

Mas, então, como ficamos? Seria então a hermenêutica a grande vilã, que permitiria que a política (vontade) venha a se imiscuir no direito (razão)?

Não há como negar que esse pensamento tem o respaldo de filósofos de renome. Stanley Rosen<sup>226</sup>, afirma, sem rodeios, que a hermenêutica é a porta de entrada da política no Estado de Direito. Para Rosen, “a hermenêutica, a obsessão característica do pós-modernismo, tem uma natureza intrinsecamente política que procuramos ocultar”<sup>227</sup> e “todo programa hermenêutico é também um manifesto político ou corolário de um manifesto político”<sup>228</sup>. Reportando-se especificamente a Richard Rorty<sup>229</sup> neste trecho, mas dirigindo sua crítica à hermenêutica em geral na obra, vai afirmar que “[...] a hermenêutica edificante

<sup>226</sup> ROSEN, Stanley. **Hermenêutica com a política**. Barcelona: Barcelonesa d’Edicionis, 1992.

<sup>227</sup> Ibid., p.9 (tradução nossa).

<sup>228</sup> Ibid., p.181 (tradução nossa).

<sup>229</sup> *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

(de Rorty) é a doutrina exotérica da vontade de poder, um instrumento de astúcia da razão, um estágio na auto-destruição dialética da civilização burguesa"<sup>230</sup>.

Não nos parece procedente a crítica de Rosen. Ao menos não em relação à hermenêutica filosófica proposta por Gadamer.

É claro que não se pode recusar a existência de pré-concepções ou mesmo má intenções no ato da interpretação e aplicação da lei. Uma decisão judicial motivada por um interesse diferente do que fazer justiça, que pode ir de um caso extremo como o suborno do juiz, como no conhecido escândalo da venda de sentenças, até uma mera questão ideológica. Mas também temos que reconhecer que não há um método absolutamente seguro que possa afastar completamente a possibilidade de incidência de tais distorções. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre algo, nos compreendemos na família, na sociedade e no Estado. Nas precisas palavras de Gadamer, “[...] a lente da subjetividade é um espelho deformante”, já que “[...] os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser”<sup>231</sup>.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica parece ser a melhor forma de encarar o tema com honestidade, na medida em que sua consistência filosófica se funda justamente na admissão de suas próprias limitações. Como bem coloca Saulo Monteiro de Matos<sup>232</sup>, na visão de Gadamer:

[...] a interpretação jurídica de textos legais deve ser vista como um importante exemplo da experiência hermenêutica e, desse modo, muitos dos aspectos da sua práxis são diretamente influenciados pelas principais categorias hermenêuticas, a dizer, historicidade (Geschichtlichkeit), temporalidade (Zeitlichkeit) e preconceito (Vorverständnis).

No mais, como já visto, em nenhum momento Gadamer recusa a verdade nas ciências humanas. Aliás, para Gadamer, é precisamente a possibilidade de 'verdade' que garante sua cientificidade. Como aduz o filósofo<sup>233</sup> “[...] o fato de que o próprio ser entra no ato de conhecer marca certamente o limite do 'método' mas não o da ciência”. Gadamer apenas sustenta a insuficiência dos métodos científicos para a busca da verdade nesse campo do conhecimento: “O que o instrumental do ‘método’ não consegue alcançar deve e pode

<sup>230</sup> ROSEN, Stanley. **Hermenêutica com a política**. Barcelona: Barcelonesa d'Edicionis, 1992, p.245 (tradução nossa).

<sup>231</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 368.

<sup>232</sup> O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v.4, n.1, p90-101, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015, p. 99.

<sup>233</sup> GADAMER, Hans Georg, op. cit. p.631.

realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e investigar que garante a verdade"<sup>234</sup>. Ainda nas palavras do Grande Velho Homem da Filosofia:

As ciências do espírito, que fazem esta experiência em si mesmas, têm assim a possibilidade especial de evitar as seduções do poder e a corrupção da sua razão. Isto porque o seu auto conhecimento desilude-as de querer empregar mais ciência a fim de alcançar o que elas ainda não podem gerar. O ideal de um iluminismo pleno acabou contradizendo a si próprio, e foi justamente isso que forneceu às ciências do espírito sua tarefa específica: tanto ter o pensamento sempre voltado para a elaboração científica da própria finitude e do condicionamento histórico quanto resistir à auto-apoteose do Iluminismo. Não podem desincumbir-se da responsabilidade da influência que exercem. Frente à manipulação da opinião pública pela publicidade imposta pelo mundo moderno, elas exercem, através da família e da escola, uma influência sobre o universo dos adolescentes. Onde elas se pautam pela verdade, imprimem um vestígio indelével de liberdade.

Por outro lado, como destaca Rui Sampaio da Silva<sup>235</sup>, Gadamer não se limita a defender que existem várias interpretações corretas de um texto. Ao contrário, há sempre o cuidado do filósofo em demonstrar que existem interpretações inadequadas, que devem ser devidamente afastadas pelo círculo da compreensão<sup>236</sup>:

Assim o movimento da compreensão corre permanentemente do todo para a parte e da parte para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade de sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.

No mais, como alerta Fred Dallmayr<sup>237</sup>, os efeitos nocivos temidos por Rosen ocorrem somente se a interpretação for totalmente removida do contexto cultural e político em que os intérpretes são participantes. A valorização desse vínculo contextual está por toda a parte na obra de Gadamer. Nas palavras do grande homem velho da filosofia<sup>238</sup>

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa.

Como expõe Dallmayr<sup>239</sup>,

De acordo com Verdade e Método, o nexos de texto e exegese é operativo em diferentes modos de configurações filológicas, teológicas e jurídicas; o

<sup>234</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.631.

<sup>235</sup> **O problema do relativismo em Heidegger e Gadamer**. Disponível em: <[http://www.uned.es/dpto\\_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14\\_SAMPAIO.pdf](http://www.uned.es/dpto_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14_SAMPAIO.pdf)>. Acesso aos 18/08/2015, p.293.

<sup>236</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p.386.

<sup>237</sup> Hermeneutics and the Rule Of Law in MOOTZ, Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007, p.43-63.

<sup>238</sup> GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 432.

<sup>239</sup> DALLMAYR, Fred. Hermeneutics and the Rule Of Law in MOOTZ, Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007, p.60 (tradução nossa).

ingrediente comum, no entanto, é que o significado textual revela-se somente em uma interpretação engajada concretamente, que por sua vez se mantém imbricado em um tecido social de compreensão.

A mediação hermenêutica na visão de Gadamer é justamente um meio para contornar a distância entre sujeito e objeto, texto e aplicação. Com isso, questionar a neutralidade objetiva de um texto ou lei não é equivalente à simples aceitação de arbitrariedade interpretativas. E, por isso, Gadamer<sup>240</sup> acrescenta:

Desse modo, podemos destacar que o que há de verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica é que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação. Mas, de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.

Essa vinculação de sentido entre intérprete e destinatário do texto e da norma, é reconhecida em Gadamer também quando trata da linguagem como determinação da realização hermenêutica, na medida em que reconhece a existência de um sentido comum na concreção da interpretação por intermédio da aplicação, *verbis*<sup>241</sup>:

Vimos que compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios. Sabemos que, embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação torna-se claro pelo fato de que a toda interpretação é inerente seu caráter de linguagem. O caráter expressivo da linguagem, que a compreensão ganha na interpretação não gera um sentido além do que foi compreendido e interpretado.

Essa visão é compartilhada por Rui Sampaio da Silva<sup>242</sup>:

Em segundo lugar, a pertença do intérprete e do interpretandum a uma tradição comum limita, em princípio, a arbitrariedade dos pressupostos à luz dos quais o intérprete compreende um texto, por exemplo. Com efeito, a tradição em que nascemos e ao abrigo da qual somos educados é, em grande parte, constitutiva de nós próprios, e tal facto milita contra um anarquismo hermenêutico.

Como já antecipado, se existe um sistema jurídico de vinculação geral, existe uma comunhão de sentido a controlar o jogo da interpretação. Essa comunhão de sentido, objeto da mediação hermenêutica, é posta de lado apenas quando uma parte arroga para si a prerrogativa da soberania, ou seja, a capacidade de determinar o significado dos textos legais unilateral e vinculadamente, configurando a absorção do direito pela política. Gadamer<sup>243</sup> não perde de vista tal situação ao afirmar:

<sup>240</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.436.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p.514-515.

<sup>242</sup> **O problema do relativismo em Heidegger e Gadamer**. Disponível em: <[http://www.uned.es/dpto\\_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14\\_SAMPAIO.pdf](http://www.uned.es/dpto_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14_SAMPAIO.pdf)>. Acesso aos 18/08/2015, p.293.

<sup>243</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.432.

Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no absolutismo, onde a vontade do chefe supremo está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, 'pois um chefe supremo pode explicar suas palavras até contra as regras da interpretação comum'. Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca não sujeito à lei pode impor sempre o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável.

Como argutamente observa Dallmayr<sup>244</sup>, desnecessário dizer que estas observações podem ser estendidas, para além do alcance do absolutismo real, a qualquer tipo de privilégio soberano, quer seja detido por uma elite intelectual, um partido ou uma classe.

O fato é que Gadamer frisa muito bem que, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule todos os membros da comunidade jurídica por igual, diferentemente do absolutismo, onde a vontade do chefe supremo estaria acima dos demais, agindo, se quisesse, sem atender à lei, isto é, sem esforço de interpretação e até contra as regras da interpretação comum<sup>245</sup>. Não escapa à hermenêutica gadameriana a ideia de que uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa na plena concreção da situação. Para ele é nisso que se embasa a segurança jurídica de um estado de direito, na medida em que cada operador está capacitado a predizer, com certo grau de acerto, a decisão judicial com base nas leis vigentes, ou, em outras palavras, reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei<sup>246</sup>.

É verdade que Gadamer também admite a problemática dos textos mal escritos, que podemos relacionar aqui com o problema da norma mal elaborada. Para Gadamer, isso não são casos paradigmáticos nos quais a arte hermenêutica alcançaria todo o seu esplendor, mas casos-limite nos quais a univocidade do sentido referido, condição indispensável ao êxito hermenêutico, começaria a perder segurança<sup>247</sup>. Mas não se pode entender isso como a fisiologia do sistema jurídico. Essa é sua patologia.

Em suma, embora reconhecendo circunstâncias excepcionais, a hermenêutica de Gadamer cautelosamente busca evitar um cenário de insegurança jurídica, insistindo sobre o cultivo

---

<sup>244</sup> DALLMAYR, Fred. *Hermeneutics and the Rule Of Law in MOOTZ*, Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007, p.60.

<sup>245</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 432-433.

<sup>246</sup> Ibid.

<sup>247</sup> Ibid., p.510.



de significados compartilhados como uma premissa da práxis interpretativa<sup>248</sup>. Assim, a posição de Rosen não desvaloriza a hermenêutica (gadameriana), que reconhece e enfrenta o problema do suposto relativismo hermenêutico frente ao Estado de Direito.

De qualquer forma, no mínimo é preciso reconhecer o mérito da hermenêutica filosófica ao deixar claro que diretrizes políticas podem ser facilmente mascaradas de interpretações jurídicas. Se a filosofia hermenêutica mal aplicada pode dar ensejo a formas inaceitáveis de arbítrio, isso se dá também na atitude dogmática.

Por isso, Gadamer afirma textualmente que quem acredita ser absolutamente livre e desconhece que somos parte de um sistema de poder e domínio “está vigiando as próprias algemas”. Nas palavras do grande velho homem da filosofia: “A experiência mais funesta que a humanidade fez neste século foi a de que a própria razão é corrupta!”<sup>249</sup>.

Mesmo os críticos da hermenêutica filosófica deveriam reconhecer que sua honestidade em admitir o imponderável, refutando uma falsa objetividade e a autoridade absoluta do método, torna o saldo positivo.

Tais conclusões, contudo, longe do solucionar o problema proposto no presente trabalho, deixa clara a necessidade do aprofundamento da aludida práxis interpretativa referida por Dallmayr<sup>250</sup>. Mas antes de vermos como a práxis da aplicação do direito pode ser entendida a partir de Gadamer, cumpre distanciá-la de outra solução que tem sido comumente adotada pelos juristas e que, a nosso ver, longe está de solucionar o problema, ao menos isoladamente. Trata-se da abordagem dos princípios jurídicos como cânones interpretativos, no melhor estilo dworkiano.

---

<sup>248</sup> DALLMAYR, Fred. *Hermeneutics and the Rule Of Law in MOOTZ*, Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007, p.61.

<sup>249</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.55.

<sup>250</sup> No texto Dallmayr vai se valer do conceito de “luta pelo reconhecimento” de Hegel, o que não nos serve ao escopo do presente trabalho que é desenvolver a aludida práxis primordialmente com base no pensamento de Hans-Georg Gadamer.

## 9. O DIREITO COMO PRUDÊNCIA: UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A SOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Ainda hoje é mais comum do que deveria ser a abordagem eminentemente positivista do desafio kelseniano, tratando a interpretação do direito como uma ciência exata, baseada na simples subsunção lógica do fato à norma e relegando à interpretação autêntica o trabalho de sua aplicação. Mas não cumpre falar aqui de tais casos. A crítica fina requer a escolha das melhores ideias em voga.

Uma das mais festejadas soluções dogmáticas atualmente encontradas com vistas ao controle político das decisões judiciais diz respeito à adoção dos princípios como parâmetros interpretativos. Como vimos, Ronald Dworkin, reconhecendo o conteúdo político das decisões judiciais afirma ser mais conveniente que essa fundamente-se explicitamente em princípios políticos que possam ser testados em face do sistema vigente, do que em supostas bases semânticas neutras que ocultariam, na verdade, convicções pessoais do julgador<sup>251</sup>.

A ideia dos princípios como diretrizes para a boa interpretação da lei, é bom que se diga, já aparece em Josef Esser, esboçada por intermédio dos chamados controles de *precisão*, *concordância* e *evidência de solução*<sup>252</sup>. Com efeito, mesmo os autores que mais se aproximam da solução hermenêutica de Gadamer, no nosso sentir, tem deixado a desejar no momento da abordagem da questão da justiça do caso concreto. Entre nós, é o caso de Eros Grau.

Grau não nega sua raiz dworkiana. É o próprio autor quem afirma que foi ele quem primeiro tratou no Brasil acerca da mudança de paradigma trazida pela inserção dos “princípios” na discussão acerca da interpretação e aplicação do direito, em capítulo da obra publicada como “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, com que, em 1989, conquistou a titularidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mas é no bem mais recente “Ensaio e Discurso sobre Interpretação / Aplicação do Direito” que Grau efetivamente chega naquilo que nos interessa.

Segundo a obra, o intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo, produzindo um novo texto sobre o texto original. Em outras palavras, o juiz produz o

---

<sup>251</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.8 et seq.

<sup>252</sup> Nesse sentido, o já referido trabalho de PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista de Direito da GV** 5, v.3, n.1, p.128-130, 2007. Disponível em: <[direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_05\\_pp121-136.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp121-136.pdf)>. Acesso aos 22/11/2015.

direito, complementando o trabalho do legislador<sup>253</sup>. Ou seja, como visto, para o autor a interpretação do direito não seria uma atividade de conhecimento, declaratória, no sentido de encontrar o sentido do texto normativo, mas sim constitutiva, no sentido de reconstruir a norma a partir do texto e dos fatos.

A norma é composta por texto e realidade, onde estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. O ordenamento jurídico é formado e conformado pela realidade. A concretização da norma implica caminhar do texto da norma para a norma concreta (norma jurídica), para chegar, finalmente, à norma de decisão, aquela que solucionará o caso concreto<sup>254</sup>.

Aqui é essencial a distinção efetuada pelo autor entre a interpretação desenvolvida pelos juízes (intérpretes autênticos) dos “exercícios de interpretação” praticados pelos demais operadores do direito e pela doutrina, faltando aos últimos o ato decisório, momento final da interpretação do direito<sup>255</sup>. Na parte dedicada ao “discurso”, o autor assim sintetiza o próprio pensamento até ali desenvolvido<sup>256</sup>:

Alcançado esse ponto de minha exposição, uma breve síntese pode ser ensaiada, na afirmação de que 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. Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.

Tudo isso já foi visto e aceito como premissa nesse trabalho. No que nos interessa mais de perto, o trecho acima transcrito, na parte do livro relativa ao “discurso” de Eros, precede o capítulo intitulado “*A interpretação do direito é uma prudência*”, no qual o autor, coloca, com precisão, tratar-se o ato de interpretação um “saber prático” a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles. Segundo ele, o intérprete autêntico (exatamente no sentido Kelseniano acima visto) ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudentia* e não *juris sciencia*, atuando segundo a lógica da preferência e não conforme a lógica da consequência, escolhendo entre várias possibilidades corretas. Assim, a absorção da análise Gadameriana

---

<sup>253</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.60.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p.34.

acerca da aplicação do direito como prudência já não é novidade entre nós. Esmiuçando tal ideia, conclui<sup>257</sup>:

Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos um e outro: na ciência o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência não o desafio de respostas, mas de existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão.

E mais adiante, prossegue<sup>258</sup>: “Nem os princípios, nem a argumentação, segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática, permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa resposta verdadeira (única correta) não existe.”

Na sequência da obra, o autor, propondo a já referida superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato à norma, informa, baseado em Josef Esser, que a atual reflexão hermenêutica encaminha para a construção de uma *teoria da práxis da aplicação do direito*.

Ao abordar primeiramente o termo “compreensão” e, posteriormente, a pré-compreensão e o círculo hermenêutico, Eros Grau complementa a ideia já lançada anteriormente de superação da concepção de interpretação do direito predominante até os anos 70 de mero esquematismo de subsunção dos fatos à norma.

Na parte dedicada à prudência, pré-compreensão e círculo hermenêutico<sup>259</sup>, Grau afirma que a evolução da reflexão hermenêutica permitiu tal superação na medida em que a compreensão escapara ao âmbito da ciência, respeitando ao ser-no-mundo Heideggeriano. Para não correr o risco de ser infiel às ideias do autor, cumpre transcrevê-las textualmente<sup>260</sup>:

A compreensão escapa ao âmbito da ciência. A compreensão respeita ao ser no mundo (Dasein). E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é – sendo estar em jogo seu próprio ser [Heidegger 1988:21-22]. Logo, o compreender é algo existencial; a compreensão do ser é, ela mesma, um determinação de ser do ser no mundo.

---

<sup>257</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, Ibid, p.100.

<sup>258</sup> Ibid., p.100.

<sup>259</sup> Ibid, p. 106 et seq.

<sup>260</sup> Ibid., p.106.

Bem colocando a compreensão fora do campo da ciência, o autor segue a linha da hermenêutica filosófica de afirmar não ser o direito um “objeto”, passível de análise exterior com o distanciamento metodológico próprio das ciências naturais. Nesse sentido, nada obstante Eros Grau tenha chegado à irretocável conclusão de que a estrutura da pré-compreensão e o círculo hermenêutico repudiam a metodologia tradicional da interpretação, afirmando inexistirem regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, que acabam por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente, curiosamente, o autor propõe a adoção de algumas “pautas” para o exercício de uma interpretação adequada à prudência: (i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira aos princípios.

Prosseguindo na leitura dos aludidos cânones interpretativos, percebe-se, com alguma decepção, que o autor, embora tenha sugerido uma abordagem de cunho ontológico ao tratar da pré-compreensão e do círculo hermenêutico, retorna a uma “epistemologia dos princípios”. Ou seja, o autor abandona a investigação ontológica de “compreender” e parte para um modelo positivista mitigado onde sobressai muito mais o modelo explicativo das ciências naturais do que um paradigma adequado à interpretação dos problemas ligados às ciências humanas.

E é justamente isso que incomoda na obra de Eros grau. Embora invoque a hermenêutica filosófica como base para a compreensão da norma, coloca toda força de sua argumentação na epistemologia dos princípios, que se distancia muito menos do que aparenta do bom e velho sistema de subsunção do fato à norma.

Com efeito, segundo Grau<sup>261</sup>, a ordem jurídica se compõe de princípios explícitos, princípios implícitos e princípios gerais de direito. Vale a pena transcreve textualmente a classificação do autor:

[...] (i) Os princípios explícitos, recolhidos no texto da Constituição ou da lei; após, (ii) os princípios implícitos, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional (exemplos: o princípio da motivação do ato administrativo - art. 93, X da Constituição; o princípio da imparcialidade do juiz - art. 95, parágrafo único, e art. 5º, XXXVII, da Constituição); por fim, (iii) os princípios gerais de direito, também implícitos, coletados no direito pressuposto, qual o da vedação do enriquecimento sem causa.

No primeiros caso, temos como destaque os princípios constitucionais, o reflexo do modelo modernista acima explorado, onde se propõe a inserção de normas em uma ordem

---

<sup>261</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.43.

constitucional que vem, de alguma forma, mitigar essa aridez da lei positiva. Busca-se uma ordem em que um documento passe a ocupar o topo do ordenamento, servindo como parâmetro para uma avaliação formal e material da lei ordinária, por, em tese, consubstanciar as forças sociais de uma determinada comunidade política.

Como já antevisto, embora seja louvável a tentativa de apoio em parâmetros principiológicos que busquem syndicar o conteúdo da norma, pressupõe-se que o legislador ordinário é passível de erro, enquanto o legislador constituinte é perfeito, mais revelando do que escondendo a insuficiência da dogmática engendrada.

Já os chamados "princípios implícitos", mais especificamente os chamados "princípios gerais de direito", repousariam no chamado "direito pressuposto" e seriam descobertos, pelo sujeito conhecedor, no interior do ordenamento no momento de aplicação da lei<sup>262</sup>.

Ou seja, embora caminhe na direção da hermenêutica filosófica, Eros não resiste à tentação de retorno à velha fórmula científica da distinção entre sujeito conhecedor e objeto do conhecimento, que, se nas ciências naturais tem por grande mérito a busca da objetividade, nas ciências humanas em geral não tem fornecido soluções satisfatórias.

O que se intenta demonstrar com esse exemplo, é que a esmagadora maioria dos trabalhos sobre interpretação e aplicação do direito simplesmente desconsidera essa diferença entre pertença-ontológica e distanciamento-metodológica, trazendo o argumento da compreensão hermenêutica na base de uma teoria da interpretação de cunho essencialmente epistemológico.

Nada obstante admita a importância do fenômeno da compreensão no âmbito da hermenêutica filosófica, autores como Eros não processam a ruptura filosófica que se poderia esperar de migrar de uma "epistemologia" para uma "ontologia" do direito, abordando a questão dos princípios de forma essencialmente metodológica<sup>263</sup>.

Nesse sentido, Gadamer mostra-nos claramente que a tarefa da hermenêutica nas ciências do espírito não é desenvolver um procedimento compreensivo, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão, sendo que nem todas essas condições possuem o modo de ser do método. Nas palavras do filósofo<sup>264</sup>,

---

<sup>262</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.43.

<sup>263</sup> Equívoco semelhante já fora detectado por Mark Bevir, na abordagem de alguns críticos de Gadamer que, segundo ele, teriam dificuldade de entender seu projeto de uma "hermenêutica ontológica", na medida em que praticariam uma "hermenêutica metodológica". **A lógica da História das Ideias**. Bauru: EDUSC, 2008, p.158.

<sup>264</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 453.

No trabalho concreto das ciências do espírito, poderíamos indicar em muitos pontos a mesma repulsa a um metodologismo ingênuo. No âmbito da reflexão filosófica essa crítica se dá expressamente ao objetivismo e ao positivismo históricos. Essa guinada ganhou importância singular onde a ciência se vincula com pontos de vista originariamente normativos. É o caso da teologia e da jurisprudência.

Mais que isso, o pensamento de Gadamer<sup>265</sup> acerca da aplicação dos princípios, parece contradizer frontalmente a sua abordagem de forma metodológica:

Os diversos princípios que devem ser aplicados no fazer - como, por exemplo, o princípio da analogia, o princípio da complementação de lacunas da lei ou finalmente o princípio produtivo, implicado por ele próprio na sentença jurídica, isto é, dependente do caso jurídico concreto - não representam apenas problemas metodológicos, mas penetram profundamente e atingem a própria matéria do direito.

E refuta a possibilidade de demonstração lógica da correção de um juízo por meio da aplicação de princípios<sup>266</sup>:

Na verdade, a atividade do juízo – de subsumir o particular no universal, de reconhecer algo como o caso de uma regra – não pode ser demonstrada logicamente. Por isso, o juízo se encontra sempre em uma situação de perplexidade fundamental devido à falta de um princípio que poderia guiar sua aplicação. Para seguir esse princípio seria necessário lançar mão de outro, como observou argutamente Kant. Não pode, pois, ser ensinado genericamente; só pode ser exercido de caso a caso e nesse sentido não passa de mais uma faculdade como são os sentidos. Trata-se de algo simplesmente impossível de ser aprendido, porque nenhuma demonstração conceitual pode guiar a aplicação de regras.

Com efeito, à vista da breve reconstrução histórica feita acima, no âmbito da jusfilosofia temos que lembrar que o primado da lei ganha força quando se põe a nu a inviabilidade do modelo kantiano, percebendo-se a inexistência de uma fórmula geral para as ações morais. O imperativo categórico kantiano é um vazio. Na prática o nosso imperativo é sempre hipotético. Não existe uma ação objetivamente necessária por si mesma; boa em si mesma, sem alusão a outro fim. A ação é sempre subjetivamente necessária para outro fim; boa para outra coisa, enquanto meio. A liberdade kantiana consistente em dominar nosso lado irracional e impor-nos o nosso ser moral, através do exercício do dever, é uma completa utopia. Somos escravos do nosso ser irracional, pois agimos sempre motivados pelos nossos interesses, por mais nobres que sejam. Esse é o motivo pelo qual o primado da lei pareceu, por muito tempo, a solução. O problema é que também não existe direito ou dever sem vinculação a um conteúdo específico. O dever-ser legal é uma fórmula quase tão vazia

---

<sup>265</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 464-465.

<sup>266</sup> Id. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 69-70.

quanto o imperativo categórico. Tanto em relação à lei, quanto em relação aos princípios, não há nenhuma formulação *a priori* que garanta o seu conteúdo.

Com efeito, no campo da prudência, temos que trabalhar com a existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão. Vale dizer, não existe uma única solução correta em direito, e nem o sistema dos princípios, nem qualquer outro subterfúgio metodológico de que o agente intente se valer, pode garantir a aplicação justa da lei.

A decisão de um caso jurídico concreto, seja por intermédio de normas, preceitos, máximas, regras ou princípios, é sempre uma tarefa de aplicação, no sentido acima já visto. Como vimos, o caráter produtivo do Direito nos mostra que o sentido das regras se define ao longo de sua aplicação e nunca em abstrato. A tão aclamada “ponderação dos interesses” nada mais é do que a escolha da regra principiológica aplicável ao caso concreto. São os fatos e as circunstâncias que dirão qual o melhor princípio aplicável ao caso concreto, por intermédio de um juízo normativo. Não há possibilidade de dogmatização em abstrato.

José Reinaldo de Lima Lopes<sup>267</sup>, numa crítica direta a Dworkin, já questionou a solução dos princípios, demonstrando a que não há diferença lógica entre princípios e regras, e que a substituição das últimas pelos primeiros não garante o bom procedimento de raciocínio prático. Os princípios nada mais são do que regras mais gerais. Nesse sentido, cabe perguntar com o autor: no que difere, em essência, a proposta de Dworkin, de que o juiz deve valer-se de todo o sistema de princípios do ordenamento jurídico, da boa e velha “interpretação sistemática” levada a cabo desde o medievo na aplicação do *Corpus Iuris*<sup>268</sup>?

Isso, de certa forma, vai ao encontro da posição Kelseniana acerca da inutilidade de tentativa de elaboração de uma dogmática da interpretação jurídica. Como Kelsen demonstrara há algum tempo, a objetividade na interpretação da lei é um sonho impossível. Com efeito, no limiar da mais avançada jusfilosofia os cânones do “desafio kelseniano” não mais se sustentam. Não porque se tenha conseguido atingir, enfim, técnicas que levem a uma objetividade da norma. A própria racionalidade dialético-retórica<sup>269</sup> já havia desistido do intento ao se firmar em raciocínios meramente verossímeis, prováveis,

---

<sup>267</sup> **Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras.** Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>>. Acesso aos 02/06/2013.

<sup>268</sup> Ibid., p.58.

<sup>269</sup> Sobre a superação da “racionalidade dialético-retórica” pela hermenêutica filosófica ver ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica.** São Leopoldo: Unisinos, 2002, p.45 et seq.



plausíveis, admissíveis, situando em seus lindes a maioria esmagadora da doutrina nacional que trata do assunto.

Nada obstante a clareza de tais premissas, a maioria dos autores que acertadamente recusam a possibilidade de objetividade na produção da norma concreta, ainda trabalham, ainda que não declaradamente, se não num modelo cientificista, pelo menos em termos da insuficiente racionalidade discursiva dos princípios.

Isso é louvável, no sentido de evitar que algo injusto e reprovável seja considerado vitorioso num discurso, vale dizer no caso, numa decisão judicial. Há interpretações melhores que outras, é verdade, e neste ponto a solução dos princípios é válida. Como afirma Paul Ricoeur, o objetivo das ciências humanas deve ser a “vitória de uma boa subjetividade sobre uma má subjetividade”.<sup>270</sup> Mas não nos parece que a investigação deve parar por aí. Para nós, é nesse vácuo filosófico que os postulados compreensivos da hermenêutica merecem ser aprofundados.

Uma ideia a ser desenvolvida seria, em linhas gerais, relativizar a importância da indutividade na formulação das teorias interpretativas tradicionais, procurando fornecer elementos à compreensão do justo através de uma perspectiva ontológica<sup>271</sup>, ou seja, investigando em que medida esta nos auxilia a compreender a essência do direito, sem a total submissão ao distanciamento metodológico das epistemologias tradicionais.

Partindo da premissa fixada de que a abordagem da *phronesis* Aristotélica é realmente a principal contribuição de Gadamer, cumpre investigar de que forma isso nos ajuda a entender esse caráter ontológico do direito justo.

---

<sup>270</sup> **História e Verdade**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.33.

<sup>271</sup> Adotamos o termo ontológico no seguinte significado trazido por Marilena Chauí: “A ontologia estuda as essências antes que sejam fatos da ciência explicativa...” em **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1999, p.242.

## 10. A *PHRONESIS* ARISTOTÉLICA EM GADAMER

A noção de prudência aristotélica, segundo São Tomás de Aquino, é descrita com maestria por Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento<sup>272</sup>:

Em relação às demais virtudes intelectuais, a prudência delas se distingue porque a inteligência, a sabedoria e a ciência têm por objeto o necessário, ao passo que ela se ocupa do contingente. Nem por isso se confunde com a arte, pois esta se ocupa do contingente no domínio da produção ou fabricação (os *factibilia*), ao passo que ela se refere ao contingente no domínio da ação (os *agibilia*).

É no capítulo de *Verdade e Método I* intitulado “A reconquista do problema fundamental da hermenêutica”, onde precipuamente vai ser abordado o fenômeno da “aplicação”, que Gadamer vai abordar a importância da ideia da *phronesis* em Aristóteles.

A ética aristotélica ganha relevância naquele ponto do caminho na medida em que, para Gadamer, compreender pode ser entendido como um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação particular, a saber, como a tradição pode ser compreendida cada vez de modo diverso.

Reconhecendo que Aristóteles passa ao largo do problema hermenêutico e da questão histórica, Gadamer, entretanto, vai invocar a autoridade do estagirita para efeito de desmascarar a falsa objetivação buscada nas ciências humanas pelo Iluminismo. Nas palavras de Gadamer acerca da ética aristotélica<sup>273</sup>:

"É claro que este não é o saber da ciência. Nesse sentido a delimitação operada por Aristóteles entre saber ético da *phronesis* e saber teórico da *episteme* é muito simples, sobretudo se levarmos em conta que, para os gregos, a ciência, representada pelo paradigma da matemática, é um saber inalterável, que repousa sobre a demonstração e que, por conseguinte, qualquer um pode aprender. Ao contrário, em oposição a essa ciência "teórica", as ciências do espírito fazem parte do saber ético. São ciências morais. Seu objeto é o homem e o que este sabe de si mesmo."

Objetivamente, em *Verdade e Método*, podemos dizer que a conclusão de Gadamer é que os conceitos da ética aristotélica confirmam a tese de que não há como utilizar um modelo científico universal e determinista quando tratamos de seres dotados de razão, vontade e liberdade, que norteia seu comportamento contingente por fins e valores. Não há como fornecer leis universais, base do modelo de cientificidade, para um fato que só ocorre uma vez. Olvidando-se desse paradigma, o Iluminismo deu origem ao modelo positivista que obscureceu, por muito tempo, a obviedade das limitações da precisão científica na área humana. Isso porque, infelizmente, somente a parcela do pensamento do estagirita que trata das leis gerais e universais do saber foi tomada como paradigma.

<sup>272</sup> A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. p.370.

<sup>273</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 414.

Mas para podermos melhor desenvolver a aplicação das ideias de Gadamer acerca da *phronesis* em relação à jusfilosofia, precisamos prosseguir investigando.

No artigo intitulado *On the possibility of a Philosophical Ethics* publicado em *The Gadamer Reader - A Bouquet of Laters Writings*<sup>274</sup>, como já antecipado, Gadamer vai apresentar uma crítica ao sistema ético kantiano e neo-kantiano e, oferecer, em seu lugar, uma proposta de reabilitação da ética Aristotélica.

Para Gadamer a ética não é uma "teoria" no sentido moderno da palavra, afirmação que vai servir de plataforma para sustentar a prevalência de uma ética que tenta lidar com uma situação concreta em detrimento ao formalismo kantiano de analisar tudo sobre a luz do dever, implicando um recurso à metafísica dos costumes, considerada por Gadamer irrealista e transcendental. Não há como conceber o dever como um "imperativo categórico" válido para toda e qualquer ação.

Com efeito, a proposta de Gadamer é "orientar-nos em Aristóteles" ao pensar sobre agir bem, especialmente por intermédio de sua *phronesis*, uma maneira de ser moral não separável de toda a concreção daquilo que o estagirita chamou de ética.

Para Gadamer, Aristóteles conseguiu compatibilizar a substância da lei que determina o conhecimento moral com a subjetividade que julga no caso concreto. Nas palavras de Gadamer<sup>275</sup>:

Sua análise da *phronesis* reconhece que o conhecimento moral é uma forma de moral em si, e que, portanto, não pode prescindir de toda a concreção daquilo que ele chama "ethos". O conhecimento moral discerne o que precisa ser feito, o que a situação exige; e discerne o que é factível, com base em uma convicção de que a situação concreta está relacionada ao que é considerado correto e apropriado em geral. Ela tem, portanto, a estrutura de uma conclusão partindo da premissa do conhecimento geral do que é certo, como aquilo que é esboçado nos valores éticos concebidos.

Não é, portanto, uma questão de aplicação abstrata de normas, mas de fazer aquilo que é certo de acordo com as nossas ideias gerais sobre o que é certo, tendo em mente que essa fórmula só alcança sua real determinabilidade a partir da realidade concreta do caso.

Por outro lado, para saber se uma deliberação é adequada há uma real dependência do "ser" da pessoa. Segundo Gadamer, em Aristóteles, razão e saber, não estão separados do ser que deveio, "mas são determinados por esse ser e são determinantes para esse ser"<sup>276</sup>. O problema hermenêutico está justamente na impossibilidade de separação entre ser e saber,

<sup>274</sup> Northwestern University Press, 2007.

<sup>275</sup> On the possibility of a Philosophical Ethics in: **The Gadamer Reader: A Bouquet of Laters Writings**, Northwestern University Press, 2007, p. 284 (tradução nossa).

<sup>276</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.411-412.

em virtude da pertença do intérprete à tradição na qual está envolvido e da compreensão entendida como um momento do próprio acontecer.

Desta feita, para Gadamer, o cerne da ética filosófica de Aristóteles encontra-se na mediação entre *logos* e *ethos*, entre a *razão* e a *situação*, entre a *subjetividade de conhecer* e a *substância do ser*. Para o indivíduo tomar uma decisão sobre o que é bom e certo não importa apenas o seu "conhecimento" da situação, mas também (e muito mais) o ser de cada um, formado de antemão pela educação e pelo modo de vida. Assim, a ação moral depende muito mais do nosso ser do que da nossa razão.

Com efeito, a moral (assim como a ética e o direito), não consistem simplesmente em uma lista de valores ou normas reconhecidas por uma sociedade, mas sim em uma forma concreta de *ethos*, indissociável da práxis.

Como sumariza Gadamer também em *Verdade e Método*<sup>277</sup>, “o saber ético como descrito por Aristóteles, não é evidentemente um saber objetivo. Aquele que sabe não está frente a uma constelação de fatos, que basta constatar, mas é atingido diretamente por aquilo que ele conhece. É algo que ele deve fazer.” Novamente nas palavras do próprio filósofo: “Elogia-se, portanto, a compreensão de alguém, quando ele, julgando, consegue deslocar-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro deve atuar.” Mas, nesse sentido, a compreensão adequada só é alcançada quando atendida a seguinte premissa: “eu também deseje o que é justo, que se encontre ligado ao outro nesse tipo de comunidade.” O homem que compreende “não sabe nem julga a partir de um simples estar postado frente ao outro sem ser afetado, mas a partir de uma pertença específica que o une com o outro, de modo que é afetado com ele e pensa com ele.”

Vale dizer, para compreender o sistema moral de uma determinada sociedade é necessário se voltar à atitude do agente moral em uma determinada situação. Nas palavras de Saulo Monteiro de Matos<sup>278</sup> "O ethos, para Gadamer, sempre se origina das decisões morais situacionais dos indivíduos em uma dada sociedade."

É desse *ethos* que derivariam moral e direito. Embora Gadamer não negue a existência de um sistema dogmático que induz a um padrão de interpretação nele baseado, sua ênfase se dá claramente na hermenêutica, recusando um conceito de direito puramente formal que separe a racionalidade jurídica da racionalidade moral. No sistema ético aristotélico

---

<sup>277</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 414.

<sup>278</sup> O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v.4, n.1, p.90-101, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015, p.93-94.

enxergado por Gadamer, embora se reconheça o caráter formal do direito, a essência do fenômeno jurídico não está nele, mas na aproximação da hermenêutica com a ética. Para Gadamer não há diferença fundamental entre interpretar/aplicar um texto legal e agir moralmente.<sup>279</sup> É por isso também que, para ele, a resposta à questão de como se pode fazer justiça no caso concreto quando consciência, sensibilidade e equidade são os maiores responsáveis perante a situação, apresenta-se preponderantemente em Aristóteles<sup>280</sup>.

Não por outro motivo, a principal fonte de contribuição de Gadamer para a filosofia prática e, por conseguinte para o direito, é justamente a abordagem do conceito aristotélico de *phronesis* no âmbito da hermenêutica. O conceito central da filosofia moral e do direito em Gadamer se extrai a partir da ideia da *phronesis* aristotélica<sup>281</sup>.

Por encontrar-se no domínio da ação e envolver o contingente (solução do caso concreto), o direito não pode ser reconhecido como uma “ciência” e sim como uma “prudência”. Para Gadamer a *phronesis* é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto, não é saber puro, separado do ser. Mas claro, não basta reconhecer isso, mas é preciso daí extrair consequências compatíveis com a filosofia gadameriana, o que, a nosso ver não pode ser feito por intermédio do recurso epistemológico aos princípios. Lembremos *phronesis* e *episteme* são conceitos distintos, para não dizer, antagônicos.

E assim sendo, pensamos que uma teoria que pretende entender a interpretação e aplicação do direito nos moldes da *phronesis* aristotélica, deve necessariamente passar por uma análise ontológica da questão. De forma mais objetiva, como tais conclusões nos ajudam a responder a questão do sentido do direito no caso concreto?

---

<sup>279</sup> MATOS, Saulo Monteiro de Matos. O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v.4, n.1, p.90-101, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015, p.99.

<sup>280</sup> On the possibility of a Philosophical Ethics In: **The Gadamer Reader: A Bouquet of Later Writings**, Northwestern University Press, 2007, p.279.

<sup>281</sup> MATOS, Saulo Monteiro de Matos, op. cit., passim.

## 11. O SENTIDO DO DIREITO NA APROXIMAÇÃO DE SER E DEVER-SER

Para nós, a aporia da justiça no caso concreto, vale dizer, de fazer surgir “o sentido do direito” aplicável a um determinado fato, suscita antecedentemente a necessidade de uma aproximação entre “ser” e “dever-ser” antagonizados pelo modelo político-legislativo modernista, na forma vista<sup>282</sup>.

A lei, em sentido estrito e moderno, como ato de vontade do soberano, por essência dotada de rigidez e generalidade não tem a possibilidade de abarcar a ideia de *ius* outrora vigente. Por mais que por vezes esqueçamos, o direito precede a lei do Estado centralizado e soberano.

A vitória da codificação, nascida do iluminismo (em sua combinação com o jusnaturalismo moderno), traz consigo o surgimento da concepção do direito como ciência, baseado nas ideias de sistematicidade e previsibilidade das ciências naturais, ganhando força quando se desmistifica o modelo kantiano, percebendo-se a inexistência de uma fórmula geral para as ações morais. Não por acaso, como vimos acima, todos esses temas perpassam a crítica de Gadamer.

Vem a calhar a síntese de Paolo Grossi<sup>283</sup> acerca da ordem jurídica na civilização medieval para ilustrar o que dizemos:

[...] a ordem jurídica na civilização medieval é, excetuadas algumas zonas delicadas conexas ao governo da polis, uma realidade ôntica, ou seja, presente na natureza das coisas realidade particularmente radical por ser exuberante às raízes de uma sociedade e por isso identificada com o costume, com os fatos caracterizantes que dão vulto peculiar a uma civilização histórica.

Não precisamos ir muito longe. O direito medieval, ou seja, aquele que pode ser imediatamente estudado antes da revolução modernista, não poderia ser somente forma e comando, sem um conteúdo substancial determinado porque era, antes de tudo, leitura da realidade<sup>284</sup>. Obviamente, não se trata aqui de pregar qualquer volta ao passado, mas apenas de deixar que a visão histórica retire o caráter absoluta das certezas de hoje<sup>285</sup>.

Para melhor explicar nossa proposta, já antevista, proponho utilizar a terminologia de Bobbio<sup>286</sup>. O jusfilósofo italiano estabelece três critérios de valoração da norma jurídica, independentes uma da outra: 1) se seria justa ou injusta, ou seja, se estaria em conformidade com os valores finais do ordenamento (problema deontológico); 2) se seria

<sup>282</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, passim.

<sup>283</sup> Ibid., p.34.

<sup>284</sup> Ibid., p.33.

<sup>285</sup> Ibid., p.25.

<sup>286</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Edipro, 3 ed. rev., 2005, p.45 et seq.

válida ou inválida, ou seja, se a norma existiria ou não independente de sua valoração (problema ontológico); 3) se seria eficaz ou ineficaz, ou seja, se seria seguida ou não pelas pessoas a quem é dirigida (problema fenomenológico).

Adotada tal terminologia, partindo sempre da valoração deontológica da norma, ou seja, aquela que verifica se uma norma é justa ou injusta, que é o que interessa, enfim, à jusfilosofia, pensamos que a eficácia deve preponderar enquanto critério valorativo. Mais: podemos dizer que, diferentemente de Bobbio, para nós a resposta ao problema ontológico do direito, vale dizer, à pergunta "o que se entende por direito?" está na sua eficácia e não na sua validade. Obviamente que tal resposta só pode ser dada de maneira vinculante pelos Tribunais.

Um parêntese: não se olvida aqui o problema da norma eficaz, mas injusta, ou seja, a norma socialmente aceita, porém nociva ao todo social. Ocorre que esse problema não pertence à preponderantemente à filosofia do direito, mas à filosofia da educação<sup>287</sup>. O direito não deve ir contra o senso comum, sob pena de tornar-se injusto. Cabe apenas à educação escolar mudar as concepções e práticas sociais nocivas. Nem o legislador, nem o juiz, devem exercer esse papel. Ao menos não como regra.

Por mais que essa preponderância da eficácia em detrimento da validade, à primeira vista, pareça uma teratologia para os positivistas, lembremos que isso é mote de algumas correntes realistas do direito, especialmente a americana e a escandinava<sup>288</sup>.

Contudo, enquanto o realismo prega a inexistência do "dever-ser", do pensamento de Gadamer extrai-se que ele só faz sentido quando acompanhado do "ser". Ou seja, não se quer aqui adotar uma postura realista do direito, sob pena de não se permitir a separação do direito válido, tal como deve ser aplicado, das decisões efetivas dos órgãos de decisão, inviabilizando a crítica jurídica<sup>289</sup>. Ao contrário de realistas como Ross<sup>290</sup>, não recusamos uma tentativa ontológica. Não recusamos o dever-ser. Por outro lado, não se pretende aqui colocar a questão em termos metafísicos, buscando uma fundamentação última para o

---

<sup>287</sup> O problema da educação não escapou a Gadamer, novamente ressaltando a proeminência da ética Aristotélica frente à Kantiana: *Há outro aspecto, no entanto, que torna necessário levar em conta a questão do condicionamento humano e também, portanto, do nosso uso da razão. Acima de tudo, é a questão da educação que torna manifesto o condicionamento essencial da humanidade [...] recompensa e punição, elogio e crítica, exemplo e imitação, juntamente com a base da solidariedade, simpatia e amor, sobre a qual o efeito disso tudo depende, formam o ethos da humanidade antes dos apelos à razão, demonstrando sua preponderância: este é o coração da ética de Aristóteles ao qual Kant não faz justiça.* (On the possibility of a Philosophical Ethics. In: **The Gadamer Reader: A Bouquet of Later Writings**. Northwestern University Press 2007, p.288).

<sup>288</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Edipro, 3 ed. rev., 2005, p.62 et seq.

<sup>289</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.338.

<sup>290</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2007, p.11.

direito. Sustentamos apenas a necessidade de uma aproximação com o ser, o que para nós tem sido inviabilizado pelo modelo legislativo dissociado da realidade.

Isso guarda relação com a questão dos chamados "princípios implícitos", na doutrina de Eros Grau, dentre os quais os chamados "princípios gerais de direito" que seriam descobertos no interior do ordenamento no momento de aplicação da lei. Sobre a ideia daquilo que chama de "direito pressuposto", afirma Eros<sup>291</sup>:

Tenho sustentado que o direito, enquanto nível do todo social - dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele -, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como direito moderno, vale dizer, produzido pelo Estado.

Para Eros, o Estado não é livre para criar o direito posto, na medida em que deve respeitar o direito pressuposto. Tal conclusão, para nós, é inatacável. Porém, para o autor é natural que o direito posto transforme sua própria base ao positivar-se, *verbis*<sup>292</sup>: “Isso significa - afirmo-o em outros termos - que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto”.

É também nesse ponto que deve recair a crítica à doutrina de Grau. Se quisermos utilizar a linguagem de Eros, temos que sustentar que o legislador deve incondicionalmente tentar aproximar o "direito posto" do "direito pressuposto".

O que se quer na verdade sustentar é que uma boa lei deve observar as boas práticas vigentes, resultando na aproximação entre o direito vivido e o direito positivado. Para usar a linguagem de Eros Grau o direito positivo não deve alterar o direito pressuposto, mas acompanhá-lo. Citamos como exemplo de dissociação entre direito e realidade a recente tentativa de proibir o uso de máscaras em manifestações<sup>293</sup>. Utilizar o direito para tentar reprimir uma prática social surgida legitimamente é o primeiro passo para que ele se degenere. Ou o direito se distanciará da realidade social, deixando de ser direito e tornando-se letra morta da lei ou se imporá pela força, deixando de ser direito e tornando-se puro arbítrio.

---

<sup>291</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.142.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>293</sup> É o caso da Lei nº 6.528 de 11 de setembro de 2013, que regulamentou o art. 23 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro. Em que pese alguns excessos realmente cometidos, parece-nos que essa atitude, que não esconde certo oportunismo e um impregnado ranço ditatorial, pode descambar para um perigoso avanço do Estado sobre direitos fundamentais dos cidadãos, sob os mais diversos aspectos. Com efeito, o movimento legislativo em questão parece-nos desproporcionalmente repressor e atentatório à autonomia de manifestação política do cidadão e, a depender da sua conformação final, poderá resultar em flagrante inconstitucionalidade por representar lesão à liberdade de reunião, constitucionalmente garantida.



A arte do bem legislar é tema de Gadamer<sup>294</sup> quando sustenta justamente a superioridade da ética antiga sobre a filosofia moral da idade moderna:

A superioridade da ética antiga sobre a filosofia moral da idade moderna se caracteriza precisamente pelo fato de que, com base no caráter indispensável da tradição, ela fundamenta a passagem da ética à política, a arte da legislação correta.

Nesse ponto, ressalta-se também a importância da tradição, traduzida juridicamente pelos costumes, na abordagem de Gadamer<sup>295</sup>:

A realidade dos costumes, p.ex., é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação.

E conclui mais adiante<sup>296</sup>:

A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. É isso que deve ser aplicado à teoria hermenêutica, que está excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método.

Quem diria ser injusta uma decisão que usasse uma parábola, uma fábula ou dito popular para fundamentá-la? Como mostra-nos Gadamer, a arte como expressão da tradição tem valor inenarrável, não podendo ter sua expressividade substituída pela mais metódica argumentação formal. Haja vista, nesse sentido, ao memorável voto da Iminente Ministra Carmem Lúcia do STF, ao declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias.<sup>297</sup>: Cala a boca já morreu!

É essa compreensão que a hermenêutica jurídica precisa buscar na aplicação do direito. Especialmente no nosso país, enquanto a lei aparece em todo o seu esplendor dogmático, os costumes, em outras palavras, o direito vivido, são simplesmente relegados a fontes de direito de segunda categoria. Aqui reaparece, sem dúvida, o papel de mito conferido à lei na modernidade e todo desdobramento visto acima. A par das explicações históricas para tal fato<sup>298</sup>, basta fazermos uma pesquisa empírica para verificarmos que um número ínfimo de decisões judiciais são neles sustentadas.

<sup>294</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.372.

<sup>295</sup> Ibid., p.372.

<sup>296</sup> Ibid., p.385.

<sup>297</sup> Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815. Seu voto dá interpretação conforme à Constituição da República e aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293298&caixaBusca=N>>.

<sup>298</sup> José Reinaldo de Lima Lopes no artigo intitulado *Costumes - redemocratização, pluralismo e novos direitos*, não só explica como o advento do modelo liberal de estado e direito relegou o costume à fonte

Os historiadores tem nos mostrado que o direito é prática social e institucional. O direito é o que se vive no dia a dia<sup>299</sup>. Por isso, no aspecto político, cabe ao legislador, primeiramente, relegar-se a uma função meramente subsidiária. Mais importante do que legislar aleatoriamente é fazer valer as boas práticas vigentes.

Cabe pensar urgentemente sobre isso especialmente no nosso caso. Um emaranhado de leis mal feitas não serve a outra coisa que não possibilitar o acobertamento de interpretações políticas sob o manto da dogmática. Gadamer nos mostra que a escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico como técnica que permite ao texto adquirir autonomia em relação ao seu autor produzindo uma esfera de sentido disponível a todos que sejam capazes de ler. Nesse sentido, também ressalta a importância da arte de escrever, na medida em que nenhuma ajuda pode vir ao auxílio do discurso escrito. Como visto, para Gadamer, o confuso ou mal escrito não representa um caso paradigmático, onde a hermenêutica alcança todo o seu esplendor, mas seriam casos limites nos quais "a condição indispensável do êxito hermenêutico a saber, a univocidade do sentido referido, começa a perder sua segurança"<sup>300</sup>. Onde a lei é confusa e, mais, onde ela se distancia da realidade do direito vivido, a tendência é que a hermenêutica perca sua segurança. Na patologia do Estado de direito, o temor de Stanley Rosen visto anteriormente adquire uma parcela de razão.

Além do problema da política escondida nos labirintos da dogmática, temos o problema da eficácia da lei enquanto técnica social. O direito, que no nosso país tem sua maior expressão na lei, vem fracassando. Como força (Austin), não coage. Como técnica (Ehrlich), não ordena<sup>301</sup>.

---

secundária, como analisa as perspectivas surgidas da dialética entre costume e lei, frente à globalização e ao reconhecimento dos direitos das minorias, vislumbrando a possibilidade da volta do costume como elemento de democracia e liberdade, sem deixar de expor as condicionantes para que isso se dê de forma positiva (**Revista de Informação Legislativa**, ano 33, n.130, 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176452>>. Acesso aos 11/11/2015).

<sup>299</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **História das ideias, das Instituições e Teoria do Direito**. Texto disponibilizado na disciplina "Metodologia da História do Direito". FDUSP, 2013. "*Se este fosse considerado uma prática social, a única maneira de compreendê-lo seria "por dentro". Esse dentro seria acessível na esfera dos sentidos compartilhados. Sentidos não equivalem a eventos da natureza, não dão em árvores: deve-se, pois, buscar em metodologia diversa da usada pelas ciências naturais modernas aquilo que ao longo do século XX os empiristas haviam buscado na sociologia e na biologia, ou os positivistas lógicos numa gramática geral das normas*" (pág. 2). "*Essa perspectiva teórica recupera tudo o que de semântica havia sido abandonado em outros modelos, e recoloca no centro de nossas preocupações de juristas a razão de ser, a finalidade e o sentido do direito mesmo. De certa forma, restabelece a interpretação e a aplicação do direito no centro das atenções*" (pág.5).

<sup>300</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.507-509.

<sup>301</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.336.

Sob o ponto de vista ético, é inegável que o cidadão tende a agir melhor quando sua conduta é guiada por leis positivamente justas e bem aplicadas. Parece-nos que é o que Gadamer<sup>302</sup> tem em mente quando afirma:

A Ética revela-se uma parte da política. A concretização de nós mesmos - cuja circunferência é esboçada nas formas de virtude e seu ser ordenado em direção a forma mais alta e mais desejável de vida - alcança o que é comum a todos, aquilo que os gregos nomearam de polis, pela qual todos são responsáveis o tempo todo.

No aspecto da interpretação da lei, podemos afirmar que é a pertença do intérprete à tradição, por intermédio da linguagem, que possibilita o seu encontro com o texto de forma coerente, verdadeira e justa. Como aduz Palmer “porque pertencemos à linguagem e porque o texto pertence à linguagem, torna-se possível um horizonte comum”<sup>303</sup>. É a imersão do intérprete na linguagem que torna possível a verdadeira experiência hermenêutica, fornecendo-nos o mundo que o ser das coisas revela. “O método adequado à situação hermenêutica que envolve o intérprete e o texto, é portanto aquele que o coloca numa atitude de abertura, de modo a ser interpelada pela tradição.”<sup>304</sup> Vale dizer, o direito só faz verdadeiramente sentido quando vivido socialmente.

À conclusão semelhante, embora em linha de argumentação diversa, Ari Marcelo Solon<sup>305</sup> vai chegar por intermédio de Robert Cover<sup>306</sup>: “[...] existe na cultura, mesmo na sociedade liberal contemporânea, uma dicotomia radical entre a organização social do direito como poder (lex) e sua vivência como significado (jus)”.

Para nós, diante da vista abrangência intelectual de seu projeto, o pensamento de Gadamer tem essa possibilidade de fornecer bases teóricas que abarcam política, ética e interpretação e aplicação do direito. Por mais que sejam temas hoje normalmente tratados de forma separada pela ciência, legislar, agir e aplicar a norma ao caso concreto, são coisas intrinsicamente ligadas que passam pela ideia de “bem decidir” que só uma visão hermenêutica no melhor estilo gadameriano, com base nos pressupostos da *phronesis* aristotélica, podem fazer compreender. Para Gadamer, tanto teorizar sobre o conhecimento

---

<sup>302</sup> On the possibility of a Philosophical Ethics. In: **The Gadamer Reader: A Bouquet of Later Writings**. Northwestern University Press 2007, p.286-287.

<sup>303</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p.210.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p.211.

<sup>305</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese apresentada para concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Edital FD 13-2013, p.83.

<sup>306</sup> COVER, Robert M., "**The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative**" (1983). Faculty Scholarship Series. Paper 2705. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2705](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705)>. *The Supreme Court, 1982*. Acesso aos 10/07/2014.

ético, como por em prática a boa deliberação, sempre pressupõem a tarefa da aplicação "seja para o indivíduo, seja para o político que age no interesse comum".<sup>307</sup>

Como parece demonstrar-nos Gadamer, política, ética e interpretação/aplicação do direito são coisas indissociáveis oriundas do mesmo *ethos*. Não por outro motivo Gadamer faz a percuciente observação de que ética envolve política e que as ações que escolhemos "espalham-se em todo o nosso ser social externo." Para Gadamer, ética está sempre relacionada tanto com as ações individuais como com a gestão geral das ações.

Na sua aproximação entre hermenêutica e ética Saulo Monteiro de Matos também se apercebe dessa característica da filosofia moral gadameriana, destacando da obra *On the possibility of a Philosophical Ethics* a seguinte ilação<sup>308</sup>:

À filosofia moral cabe buscar reconciliar um fato particular ou uma escolha moral individual com os princípios universais de uma sociedade. Ética não deve ser compreendida como uma simples questão de aplicação de regras e princípios universais e necessários, isto é, válidos em qualquer situação, mas, sim, como uma espécie de visão conformadora acerca da vida boa ou justa, com intrínseca relação com a praxis.

Dada a clara insuficiência das teorias dogmáticas, pensamos que é importante trazer para o âmbito das teorias da interpretação e aplicação do direito questões que envolvam ética e política, como aproximação entre ser e dever-ser.

Parece-nos essa ser a principal mensagem extraída de Gadamer para o jurista. O filósofo alemão parece-nos mostrar que esse esgarçamento do fenômeno jurídico é uma cisma fruto do iluminismo e do positivismo que tem nos tornado cego para o verdadeiro problema por trás da justiça no caso concreto. Mais importante do que discutir ciência e método na aplicação do direito, é importante perceber o todo hermenêutico envolvido nesse conjunto. Para nós esses são os verdadeiros parâmetros para buscar a justiça no caso concreto. Esses são também os desafios de quem envereda pelo caminho da filosofia hermenêutica. A extensão do uso dos seus postulados é ainda uma incógnita.

<sup>307</sup> On the possibility of a Philosophical Ethics. In: **The Gadamer Reader: A Bouquet of Laters Writings**. Northwestern University Press 2007, p.287.

<sup>308</sup> O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v.4, n.1, p.90-101, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015, p.93.

## 12. CONCLUSÕES

A filosofia tem, na atualidade, o reconhecido papel de compreensão e interpretação crítica das ciências, discutindo a validade de seus princípios, procedimentos de pesquisa, resultados, de suas formas de exposição dos dados e de suas conclusões<sup>309</sup>.

Como bem coloca Gadamer<sup>310</sup> lembrando a filosofia da comunicação de Jaspers “[...]o teor coercitivo da ciência acaba onde se alcançam as verdadeiras perguntas da existência humana, a finitude, a historicidade, a culpa, a morte, numa palavra, as assim chamadas ‘situações limites’”. Dizemos nós: também a Justiça! E por serem pressupostos da Justiça, compreensão, interpretação e aplicação da lei são também problemas indissociáveis e últimos que escapam ao dogmatismo da ciência.

Vale dizer, nas ciências naturais, as leis, gerais, universais, causais, consequenciais, são apenas descobertas. No caso da teologia e do direito, a dogmática vai fazer a vez da causa irrefutável, da inegabilidade dos pontos de partida, da “necessidade” das ciências naturais. Na teologia a fé sustenta isso. Mas e no direito? A verdade é que no direito não há nada cientificamente consistente para sustentar uma posição puramente dogmática. Nesse sentido, pensamos que há uma questão a ser respondida pela jusfilosofia, de forma que não fiquemos presos a uma fé inabalável nos dogmas jurídicos e seus métodos.

Não desconhecemos as críticas, advindas principalmente da filosofia analítica<sup>311</sup>, que veem na compreensão, e em outros recursos da hermenêutica filosófica, uma insuficiência de recursos para examinar a validade dos textos interpretados. É que, certamente, sua preocupação vai além da exegese clássica. E, de qualquer forma, se a hermenêutica sem a filosofia analítica carece de objetividade, certamente a filosofia analítica sem a hermenêutica carece de conteúdo.

---

<sup>309</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1999, p.62.

<sup>310</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.68-69.

<sup>311</sup> Aqui referimos especialmente ao embate com a filosofia analítica que busca seu paradigma no modelo da ciência, considerando o exame da linguagem como um modo de obter a verdade e sugerindo a possibilidade de uma réplica exata de um mundo sobre o qual pretendemos falar, por intermédio dos signos linguísticos, cujo maior expoente é o primeiro Wittgenstein no seu *Tractatus logico-philosophicus*. A consequência dessa visão é o repúdio às técnicas literárias, metafóricas e retóricas vistas como obstáculos e distorções que somente a pureza linguística pode erradicar, o que vai de encontro aos princípios da filosofia hermenêutica gadameriana. A respeito ver LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2011, p.19.

Também não desconhecemos as críticas no sentido de que a filosofia hermenêutica mal aplicada, ao abolir a busca pela objetividade e relativizar a verdade, pode dar ensejo a formas inaceitáveis de arbítrio. Ocorre que isso também se dá na racionalidade discursiva. Apenas entendemos que a honestidade da hermenêutica filosófica em admitir o imponderável, refutando a objetividade e a autoridade do método no âmbito das ciências humanas, inclusive a ciência jurídica, torna o saldo positivo.

Por isso, para nós é possível ir adiante com base no pensamento de Gadamer. Ao “fundar” a hermenêutica filosófica e demonstrar a insuficiência do método em razão da necessidade do chamado “distanciamento metodológico sujeito x objeto”, Gadamer forneceu uma pista dos paradigmas que poderiam substituí-lo: uma abordagem ontológica das ciências humanas.

No âmbito do direito, o que queremos embrionariamente sustentar é que o problema do controle da justiça no caso concreto, advindo especialmente do modelo político modernista baseado na imposição de uma norma geral e abstrata, que resulta na impossibilidade de uma teoria dogmática da interpretação segura, só pode ser amenizado mediante a aproximação da ideia de “ser” e “dever-ser”, segundo uma abordagem ontológica.

Sem olvidar da necessidade do controle epistemológico (como, por exemplo, dos princípios) é necessário partir para a discussão ontológica, no âmbito ético e político, já que, como demonstra Gadamer, o fenômeno da pertença mostra-se mais produtivo para efeito de conhecimento e verdade do que o distanciamento “sujeito x objeto”, tão comemorado pela filosofia cartesiana. É o fenômeno ontológico da pertença e não o fenômeno epistemológico do distanciamento sujeito-objeto que, para nós, pode vir a possibilitar o verdadeiro controle hermenêutico da justiça no caso concreto.

Para tanto a leitura gadameriana da *phronesis* aristotélica parece-nos ter algo a dizer. A visão hermenêutica de Gadamer descortina-nos a ideia de que legislar, agir e aplicar a norma ao caso concreto, de acordo com as funções política, ética e de interpretação e aplicação do direito, passam necessariamente pela noção de “bem decidir”, sendo coisas indissociáveis e oriundas do mesmo *ethos*.

Por isso vislumbramos a necessidade trazer para o âmbito das teorias da interpretação e aplicação do direito questões que envolvam ética e política, como a aproximação de ser e dever-ser, ao invés de ficarmos presos ao mito do dogmatismo legalista e constitucionalista, numa leitura segmentada e insuficiente do fenômeno jurídico.

Como afirma Gadamer<sup>312</sup>, “O que perfaz a essência do investigador é a capacidade de ruptura que possibilita ver, assim, novas perguntas e encontrar novas respostas. Todo enunciado tem seu horizonte de sentido no fato de ter surgido de uma situação de pergunta”. Como evoluir na ontologia jurídica proposta?

---

<sup>312</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.67.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

AQUINO, Tomás. **Comentários à Ética a Nicômaco**. 1-8 (trad. de José Reinaldo de Lima Lopes). (Livro I)

\_\_\_\_\_. Suma teológica, Iae, Iae, Q. 94, art.2o. In: LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de história do direito**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Edipro, 2013.

\_\_\_\_\_. **Metafísica**. São Paulo: Edipro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência segundo Aristóteles**. São Paulo: Discurso Editorial / Paulus: 2008.

AZEVÊDO, Edmilson Alves de. A linguagem na hermenêutica e na filosofia. **Perspectiva Filosófica**, v.1, n.27, p.35-43, 2007. Disponível em <[http://www.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/linguagemnah\\_edmilson.pdf](http://www.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/linguagemnah_edmilson.pdf)>. Acesso aos 31/08/2014.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale della interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1955.

\_\_\_\_\_. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2011.



BOITEUX, Elza Antonio Pereira Cunha. A política jurídica em Kelsen. **Revista Sequência**, Florianópolis, SC, v.III, 1981.

\_\_\_\_\_. **O significado perdido da função de julgar**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

BEVIR, Mark. **A lógica da História das Ideias**. Bauru: EDUSC, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. rev. Bauru: Edipro, 2005.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. São Paulo: Ícone, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1999.

COVER, Robert M. **The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative (1983)**. Faculty Scholarship Series. Paper 2705. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3690&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3690&context=fss_papers)>. Acesso aos 10/07/2014.

\_\_\_\_\_. **Violence and the Word (1986)**. Yale Faculty Scholarship Series. Paper 2708. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3687&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3687&context=fss_papers)>. Acesso aos 10/07/2014.

DESCARTES, Rene. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Edipro, 2 ed. 2006.

\_\_\_\_\_. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

DOSSE, François. **História e Ciências Sociais**. Bauru: Edusc, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ERLICH, Eugene. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ESSER, Joseph. **Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto**: Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università de Camerino, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Filosofia do Direito**: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução do estudo do direito**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. **Revista Seqüência**, n. 58, p. 23-34, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p23/13605>>.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II: complementos e índices.** 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. On the possibility of a Philosophical Ethics. In: GADAMER, Hans-Georg; PALMER, Richard. **The Gadamer Reader: A Bouquet of Later Writings.** Northwestern University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **Emilio Betti e a Herança Idealista.** Cadernos de Filosofia Alemã 1, p. 83-90, 1996. Disponível em <<http://ficem.fflch.usp.br/sites/ficem.fflch.usp.br/files/texto4.pdf>>.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em Retrospectiva.** Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. **Revista Direito GV** 6, v. 3, n.2, p. 179-214. 2007.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica.** São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

\_\_\_\_\_. **Gadamer: uma biografia.** Milão: Bompiani, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Edição Bilíngue – Português e Alemão. Campinas: Editora da Unicamp. Petrópolis: Editora Vozes, 2012

- \_\_\_\_\_. **Platão: O Sofista**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HIRSCH JR, Eric Donald. **Validity in interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967.
- HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.
- HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas: Investigações para a fenomenologia e Teoria do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- JAEGER, Werner. **Paidéia: A formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinariedade e Patologia do Saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação de Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discurso editorial e Barcarolla, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O problema da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. 3 ed, Petrópolis: Vozes, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes et al. **O Direito na História**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, ano 40, n 160, 2003. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>>. Acesso aos 02/06/2013.

\_\_\_\_\_. Costumes - redemocratização, pluralismo e novos direitos. **Revista de Informação Legislativa**, ano 33, n. 130, 1996. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176452>>. Acesso aos 11/11/2015.

\_\_\_\_\_. **Histórias das ideias, das instituições e teoria do direito** (no prelo).

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e Completude do Ordenamento. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n.104, 1989. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181976>>. Acesso aos 02/06/2013.

MACCORMICK, Neil. Contemporary legal philosophy: the rediscovery of practical reason. **Journal of Law and Society**, n.10, p.1-18. 1983.

MACDOWELL, João Augusto A. Amazonas. **A Gênese da Ontologia Fundamental de Martin Heidegger**. Ensaio de caracterização do modo de pensar de

SEIN UND ZEIT. MACDOWELL, Herder / Universidade de São Paulo: São Paulo, 1979.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia Existencial do Direito**: Crítica de Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000.

MATOS, Saulo Monteiro de. O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v.4, n.1, p.90-101. 2012. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.09>>. Acesso aos 16/10/2015.

MONTAIGNE, Michel. **Ensaio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MOOTZ, Francis J., III. **Gadamer and Law (philosophers and Law)**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007.

MORIN, Edgard. **O método 5**: A humanidade de humanidade – A identidade humana. 5 ed., Porto Alegre: Sulina, 2012.

\_\_\_\_\_. **A cabeça bem feita**: Repensar a reforma reformar o pensamento. 20 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. **Síntese nova fase**, v.20, n.62, p.365-385, 1993.

NUNES, Benedito. **A Filosofia Contemporânea**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 1991.

\_\_\_\_\_. **Passagem para o poético**: Filosofia e Poesia em Heidegger. São Paulo: Ática, 1986.

PADOVANI, Humberto Antonio e CASTAGNOLA, Luís. **História da Filosofia**. 5 ed., São Paulo: Melhoramentos, 1962.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996.

PATTERSON, Dennis. “**Wittgenstein on understanding and interpretation**” (**Coments on the work of Thomas Morawetz**). Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=877284](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284)>. Acesso aos 05/06/2013.

PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista de Direito da GV**, v.3, n.1, p. 121-136, 2007. Disponível em: <[direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_05\\_pp121-136.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp121-136.pdf)>. Acesso aos 22/11/2015.

RICOEUR, Paul. **Do texto à ação**. Porto: Rés, 2007.

\_\_\_\_\_. **História e Verdade**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

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

RORTY, Richar. **Philosophy and the Mirror of Nature**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

ROSEN, Stanley. **Hermenêutica com a política**. Barcelona: Barcelonesa d'Edicionis, 1992.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Cartas morais. In: MARQUES, José Oscar de Almeida Marques (org.) **Carta a Christophe de Beaumont e outros escritos sobre religião e a moral.**, São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p.139-174.

SCHELEIRMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999. 102p.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2014.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Rui Sampaio. **O problema do relativismo em Heidegger e Gadamer**. Disponível em: <[http://www.uned.es/dpto\\_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14\\_SAMPAIO.pdf](http://www.uned.es/dpto_fim/InvFen/InvFen06/pdf/14_SAMPAIO.pdf)>. Acesso aos 18/08/2015.

SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica Jurídica Radical**. Tese (titularidade) - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. **Os caminhos da filosofia e da ciência jurídica**: conexão alemã no devir da Justiça. Tese apresentada no Concurso para Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito e Tradição** – O legado grego, romano e bíblico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

STEIN, Ernildo. **Seis Estudos sobre Ser e Tempo**, Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Aplicar a Letra de Lei é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, v.15, n.1, p.158-173, 2010.



TAYLOR, Charles. **Human Agency and Language: Philosophical Papers 1**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TULLY, James. “Wittgenstein and political philosophy: understanding practices of critical reflection”, **Political theory**, v.17, n.2, p. 172-204. Disponível em :<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/191248?uid=2&uid=4&sid=21102367378377>>. Acesso aos 05/06/2013.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Edição Brasileira. 2d. São Paulo: Edusp, 1994.

\_\_\_\_\_. **Philosophical investigations**. 3. ed. rev. Oxford: Blackwell, 2001.