

O PAPEL DO JUIZ NA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE HANS-GEORG GADAMER

Ana Maria D'Ávila Lopes

Mestre em Direito Constitucional pela UFMG

Doutoranda em Direito Constitucional pela UFMG

SUMÁRIO

Introdução; 1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica; 2. A teoria hermenêutica de Gadamer; 3. A hermenêutica jurídica de Gadamer; 4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer.

INTRODUÇÃO

Vivemos, na atualidade, uma crise profunda e crescente do Direito manifestada de diversas formas. Assim, temos por um lado uma crise da legalidade ou do valor vinculante entre as normas e os titulares dos poderes públicos, situação que se reflete em vários países, onde a ilegalidade pública tem-se manifestado também como uma crise constitucional, ou seja, como uma progressiva degradação do valor das regras do jogo institucional, criando uma espécie de estado paralelo, composto de sedes extralegais e extrainstitucionais, gerenciadas pelas burocracias dos partidos e dos *lobbies*.

Por outro lado, temos a inadequação estrutural das formas do estado de direito aos atuais problemas sociais, os que demandam prestações positivas do estado, não sempre predeterminadas em forma geral e abstrata e,

por isso, eminentemente discricionárias, contingentes, subtraídas aos princípios de certeza e legalidade, e confiadas à mediação burocrática dos partidos políticos. Tal crise se manifesta na profusão legislativa provocada pela pressão dos interesses setoriais e corporativos, a perda da generalidade e da abstração da lei, a crescente produção de leis-ato (medidas provisórias), o processo de descodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária, geralmente por motivos de emergência e de exceção, constituindo um fator de ineficácia dos direitos e o lugar mais propício para a corrupção e o arbítrio.

Por último, temos a crise do estado nacional que se manifesta na mudança dos âmbitos da soberania, na alteração do sistema de fontes e, nesse sentido, no enfraquecimento do constitucionalismo. O processo de integração mundial, especificamente o europeio, tem deslocado os centros de decisão tradicionalmente reservados a sua soberania, em matéria de política militar, monetária e social, fora dos limites dos estados nacionais.

Resulta evidente que toda esta crise do direito tem o risco de se converter numa crise da democracia porque, em todos os aspectos indicados, equivale a uma crise do princípio de legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, onde se encontra fundada tanto a soberania popular como o paradigma do estado de direito.

Uma análise muito difundida da crise é a que a interpreta como uma crise da capacidade reguladora do direito, consequência da grande "complexidade" das sociedades contemporâneas, análise que poderia estar se convertendo em uma espécie de falácia naturista ou determinista: "nossos sistemas jurídicos são assim porque não poderiam ser de outro modo". O passo do "ser" ao "dever ser" é o perigo que parece estar presente em muitas das atuais teorizações. Não existe nenhuma dúvida de que uma aproximação realista ao direito e ao concreto funcionamento das instituições jurídicas é absolutamente indispensável e previa, se não se quer cair na oposta, e não menos difusa, falácia idealista e normativista de quem confunde o direito com a realidade, as normas com os fatos, os manuais do direito com a descrição do efetivo funcionamento do direito mesmo. Porém, devemos lembrar que o direito não é sempre uma realidade natural mas artificial, tendo sido construída pelos homens. Nada há de determinismo na ineficácia dos direitos e na violação sistémica das regras pelos titulares dos poderes públicos. Nada há de inevitável ou de irremediável no caos

normativo, na proliferação de fontes jurídicas ou na incerteza e incoerência dos ordenamentos, com os quais a sociologia jurídica representa habitualmente a atual crise do estado de direito.

A solução do problema pode estar na superação do rígido modelo positivista, para dar primazia à sujeição ao direito, que é o rasgo específico do estado constitucional, onde a mesma produção e aplicação jurídica encontra-se disciplinada por normas de direito positivo, tanto formais como substanciais. O “ser” ou a “existência” do direito, não pode decorrer da moral nem encontrar-se na natureza (“dado”) senão que é, precisamente, “posto” ou “fato” (*factum*) realizado pelos homens e, dessa maneira, é como os homens querem que seja, ainda mais, é como eles o pensam. Por outro lado, o “dever ser” ou a condição da “validade” do direito resulta positivada por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções desde que o direito tem sido pensado e planejado, mediante o estabelecimento de valores ético-políticos pelos que se concorda que aquelas devem ser informadas. Em resumo, são os mesmos modelos axiológicos do direito positivo, e já não apenas seus conteúdos contingentes - seu “dever ser” e não só seu “ser” - os que se encontram incorporados ao ordenamento do estado constitucional de direito, como *direito sobre o direito*, na forma de vínculos e limites jurídicos à produção e à aplicação jurídica. Daí decorrem as inovações da própria estrutura da legalidade, que talvez são a conquista mais importante do direito contemporâneo: por um lado, a regulação jurídica do direito positivo não apenas em quanto a formas de produção, mas também a conteúdos produzidos, e por outro lado, a aplicação do direito já não aparece como uma simples subsunção da norma ao caso concreto.

A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, seja qual for o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida. A validade já não é um dogma ligado à simples existência formal da lei, senão uma qualidade contingente ligada à coerência de seus significados, coerência mais ou menos discutível e sempre remetida à valorização do juiz. Dessa maneira, a aplicação da lei é um juízo sobre ela, tarefa que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de escolher o único significado válido para o caso. O juiz nunca deve ter uma opção acrítica e incondicionada.

Nesse sentido, a importância do estudo da teoria hermenêutica jurídica de **Gadamer** é fundamental para a análise da nova visão do direito contemporâneo, pois, como ele afirmou, a hermenêutica jurídica permitirá

uma aplicação mais justa do direito, “*afinando la sensibilidad jurídica que ha guiado la interpretación*”¹.

Hans-Georg Gadamer publicou originariamente sua grande obra “Verdade e Método” em 1960, livro que reflete, em certo modo, a influência recebida de seu mestre **Heidegger**, pois desenvolveu “*um interesse filosófico pelo diálogo com a tradição, com as línguas e as culturas distantes, e refletiu sobre as condições históricas e filosóficas da compreensão e da interpretação*”².

Em “Verdade e Método”, **Gadamer** expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vá além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. No prólogo à segunda edição do livro refere que: “*No era mi intención componer una ‘preceptiva’ del comprender como intentaba la vieja hermenéutica. No pretendía desarrollar un sistema de reglas para describir o incluso guiar el procedimiento metodológico de las ciencias del espíritu*”³. Sua verdadeira pretensão era filosófica: “*no está en cuestión lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer*”⁴. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o modo de “ser do homem”, o modo de “compreender”, de “conhecer”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista, derivada da rígida posição objetivista e absolutista da Ilustração, que eleva a razão a um *status* de inquestionabilidade e inatingibilidade. Para **Gadamer**, entender e compreender um texto é um modo de contribuir à cultura da humanidade e até mesmo à autocompreensão do próprio indivíduo.

A teoria da hermenêutica jurídica é estudada por **Gadamer** porque apresenta um modelo de aplicação ideal para qualquer ciência do espírito, “*cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma*”

¹ GADAMER. op. cit. p. 616.

² HABERMAS, Jürgen. *Diáletica e hermenêutica*. trad. de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 7.

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamca: Sígueme, 1977, p. 10.

⁴ GADAMER, op. cit. p. 10.

de comprensión”⁵. Ainda que sua real intenção não fosse desenvolver uma hermenêutica jurídica, no seu livro, encontramos várias referências a ela e ao fundamental papel do juiz na aplicação do direito, referências que analisaremos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CIÊNCIA JURÍDICA

Antonio de Osuna, no seu livro sobre a Hermenêutica Jurídica⁶, faz uma interessante análise da evolução do problema gnoseológico e epistemológico do direito. A transformação da ciência ocidental durante os séculos XVII e XVIII em uma ciência racionalista, metodológica e sistemática repercutiu no direito, transformando-o de uma ciência de estudo filológico e gramatical de textos antigos, em uma construção racional e abstrata, com pretensões de rigidez matemática; surgindo, no final do século XVIII e começos do XIX, o movimento codificador que elaborou uma estrutura universal e de permanente valor conceptual do vigente direito sistemático e racional.

Surgiram, dessa maneira, por um lado, a “Escola da Exegese”, na França, que tinha como objetivo introduzir uma ordem e um método no movimento codificador da época, e dar continuidade às condições surgidas na revolução, que indubitavelmente favoreciam à burguesia; e, por outro lado, a “Escola Histórica de Direito”, na Alemanha, onde não existia uma burguesia interessada em reter o poder e manter as condições sociais, senão que, pelo contrário, pretendia questionar e reformar os pressupostos de um direito despótico, baseado num excessivo formalismo e racionalismo.

Foi esta última visão do direito a que trouxe novas reflexões e indagações a respeito da sua cientificidade e sobre uma possível relação com a realidade cultural e filosófica na qual desenvolvia-se

Seguindo essa linha de pensamento, a Escola Histórica fundou sua nova concepção de ciência jurídica. Não existe nenhum fato isolado nem autônomo, mas é a história o vínculo orgânico no qual relacionam-se todas

⁵ GADAMER. op. cit. 414.

⁶ OSUNA HERNANDEZ-LARGO. Hermenêutica jurídica. En torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992, p. 30.

as coisas. **Savigny**, o principal representante desta corrente, afirmava que compreender o presente é igual que desenvolver as possibilidades do passado. A criação do direito segue uma linha contínua de progresso e evolução, sendo um erro definir o direito como absoluto e válido para sempre, como assim era entendido pelo antigo direito natural. O processo histórico do direito segue o caminho da construção da história do povo onde se desenvolve. Dessa maneira, a ciência jurídica é uma importante fonte de progresso, mas, antes é preciso captar o seu “sentido”, para o qual era necessário, em primeiro lugar, reproduzir em nós a “idéia original” da norma e, em segundo lugar, considerar os fatos históricos e o sistema onde a norma está inserida.

Porém, foi na escolha dessa metodologia para a análise da ciência jurídica, que esta Escola cometeu um grave erro, pois dedicou-se simplesmente a investigar historicamente o direito e não, como deveria ter sido correto, utilizar sua história para compreendê-lo na atualidade. O erro foi reduzir o seu objeto a uma investigação “arqueológica” do passado, tornando numa dogmática formalista e conceptualista, afastada do seu contexto atual. O espírito do povo desaparecia como interlocutor da criação do direito, para dar lugar a evocações retóricas e românticas da história. A finalidade da interpretação era reconstruir o pensamento contido na lei, deixando de lado qualquer fundamentação epistemológica da percepção histórica do passado em relação ao direito atual, ou a forma de aceder à sua essência, tema que seria o propriamente científico no direito.

A rejeição ao direito natural racionalista e abstrato obrigou a **Savigny**, influenciado seguramente pelo idealismo alemão, a propor um conhecimento intuitivo da história do direito, privando-o do rigor e da universalidade da razão, pois, embora a intuição fosse capaz de gerar uma convicção firme, não era o suficientemente válida para fundar uma legislação universal, e muito menos para impor uma visão em particular.

O tema central do problema, a justificação do direito vigente através da história, ficou sem ser esclarecido, assim também, a forma como deveria ser a interpretação dessa história para obter uma ciência correta do direito.

Por último, a definição do direito como uma ciência dogmática e histórica originou uma discussão que repercutiu em todo o âmbito científico. Se por um lado determinava-se que o direito era uma ciência dogmática, formalista e racionalista, pelo outro, e em sentido oposto, proclamava-se a

sua natureza orgânica e vital, relacionada com a evolução histórica, criando uma aparente contradição. Finalmente, que tipo de ciência era a ciência jurídica?

No fim do século XIX, **Dilthey** desenvolveu uma nova teoria sobre as ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente (como no caso da história, da ética, da linguística, da ciência jurídica, dentre outras), cujo objeto era a realidade histórico-social da vida humana. **Dilthey** chamou-as ciências de “ciências do espírito” em contraposição às físico-naturais. Assim, também, introduziu um novo termo para o conceito de entender, o “compreender”, para designar o conhecimento próprio de aquelas ciências do espírito; enquanto que, para as ciências dos fenômenos sensíveis da natureza, utilizou o termo “explicar”, “*explicamos a natureza, pero comprendemos (verstehen) la vida del espíritu*”⁷. Compreender seria a captação do profundo e, nesse sentido, a hermenêutica deixava de ser simplesmente explicativa para ser a compreensão da realidade.

Por outro lado, a distinção feita por Dilthey colocava a ciência jurídica sob o paradigma próprio das “ciências do espírito”, desde que, no direito, “*subsiste sin confusión lo histórico-vital y lo organizativo social*”⁸. Assim, o direito estaria referido a sistemas de cultura e à organização da sociedade, onde o axiológico não poderia ser descartado.

Desenvolvendo esta última idéia, e sob a influência de **Rickert e Lask, Radbruch**⁹ definiu a ciência jurídica como a formalização dos valores existentes no direito, e não apenas como o estudo formal dos valores jurídicos, provocando o fim do predomínio da concepção positivista que deixava de lado qualquer conteúdo ético ou social. A ciência jurídica era interpretada como um fenômeno cultural e como a ciência dos valores que dirigiam sua criação, em contraste com a anterior concepção dogmática do direito.

Já nos começos deste século, desenvolveram-se teorias neopositivistas da ciência jurídica as que, retomando o positivismo do século XIX questionaram o caráter axiológico, não positivista, da ciência ju-

⁷ Apud. OSUNA. op. cit. p. 48.

⁸ OSUNA, op. cit. p. 30.

⁹ RADBRUCH, Gustav. Derecho y naturaleza de las cosas. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1970, p. 34.

rídica ou de qualquer outra ciência. A única base correta de todo conhecimento seria a experiência dos dados sensíveis, e não proposições tautológicas ou metafísicas, dessa maneira, o único no qual, por exemplo, a filosofia poderia “ajudar” seria na análise lógica-linguística das proposições, através da lógica formal, isto é, a análise da linguagem “formalmente correta”. **Kelsen**¹⁰ foi o mais importante representante desta corrente, colocando o direito num lugar privilegiado diante das outras ciências morais. Assim, também, diferenciou as ciências naturais, regidas pelo princípio de causalidade, das normativas, regidas por uma imputação do “dever ser”, mas, deixou em claro que a condição de ciência decorria da sua “positividade”, ou seja, de não admitir outro conteúdo material que não fosse o empiricamente comprovável. A ciência jurídica deve limitar-se a explicar empiricamente o direito como é, sem tentar de justificá-lo ou criticá-lo.

O positivismo construiu um novo conceito de ciência com a intenção de ser o verdadeiro e definitivo, substituindo a filosofia em todos os seus aspectos. Esta “nova” ciência, chamada Dogmática Jurídica, caracterizou-se por definir os seus princípios desde uma realidade “positiva” do direito e dos fenômenos jurídicos, enunciando leis válidas para a interpretação, aplicação e complementação do direito, entendendo este como um sistema. Os seus princípios seriam dogmas ou verdades axiológicas com a estabilidade e rigidez das leis naturais, sem ter que fundar-se em outro saber superior, rejeitando qualquer outra consideração teórica ou filosófica do direito. Tratava-se de um positivismo formalista e conceptualista em oposição ao anterior positivismo filosófico.

A insuficiência desta ciência, a Dogmática Jurídica, era clara. Construir uma ciência sem fundamentos teórico-filosóficos é o mesmo que criar uma *praxis* sem teoria que a sustente. Precisa-se justificar o conteúdo e a aplicação das leis. A interpretação do direito não pode limitar-se a critérios formalistas ou prescindir dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos onde desenvolve-se¹¹.

A interpretação da lei, ou a busca do seu “sentido” como diria **Savigny**, não pode ser um problema metodológico ou de simples técnica

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.p. 87-100.

¹¹ Cfr. OSUNA, op. cit. p. 35

jurídica. É um problema filosófico, pois a interpretação tem muito a ver com a historicidade e a faticidade de qualquer conhecimento, teoria que amplamente demonstrará **Gadamer**.

2 A TEORIA HERMENÊUTICA DE GADAMER

Em “Verdade e Método”, **Gadamer**, acompanhando os ensinamentos de seu mestre **Heidegger** que definia a compreensão como forma de definição do “ser” (o chamado “giro hermenêutico”), vai expor uma teoria a respeito da natureza ontológica da experiência humana identificando-a com a compreensão, “*comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana del mundo*”¹². Ainda mais, **Gadamer** irá além desses ensinamentos e afirmará a pertença do intérprete à compreensão histórica. No compreender histórico há uma autorevelação do próprio existir no mundo e um “como” revelar-se à própria identidade temporal e finita. O existir é um compreender e um interpretar¹³.

Com **Gadamer**, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo **Dilthey**) a uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria do **Gadamer** adquiriram caráter indivisível¹⁴.

Outra diferença importante entre a antiga hermenêutica e a nova, é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à “distância temporal” que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa “historicidade” a que nos permite compreendê-lo melhor¹⁵. Mas, não devemos confundir estas idéias com as da Escola Histórica, pois **Gadamer** teve especial cuidado no momento de acolher alguns dos pontos mais importantes dessa cor-

¹² GADAMER. op. cit. p. 23.

¹³ OSUNA. op. cit. p. 46.

¹⁴ GADAMER. op. cit. p. 379

¹⁵ GADAMER. op. cit. p. 367-368-369.

rente e descartar outros; lembre-se que a Escola Histórica não conseguiu liberar-se dos ideais da Ilustração, segundo os quais, a razão era a explicação de toda realidade e que não estava sujeita a nenhum pressuposto real. Assim, se num primeiro momento esse historicismo pareceu contrariar os ideais da razão absoluta, acabou sendo “prisioneiro” de seus dogmas, transformando a crítica histórica em critério supremo de verdade e assumindo o princípio do absoluto objetivismo histórico que afasta qualquer preconceito decorrente da tradição ou do costume. A teoria hermenêutica de **Gadamer** critica essa posição e argumenta que a razão não é absoluta (aliás, não existe nada absoluto), senão que só existe como real e histórica, pois está referida ao contexto no qual se exerce.

O novo conceito do compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como pólos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia do “estar ali”, concentrando-se numa só referência histórica. Nesse sentido, **Gadamer** rejeita a pretensão de “se colocar no lugar de outro” para compreender algo, pois o existir está sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Eu só posso compreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão em quanto acontecer histórico distinto¹⁶.

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de “fusão de horizontes”, sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos pessoais preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois, evolui sem fim. Dessa maneira, a compreensão que se realiza através do diálogo hermenêutico implica fundir o meu horizonte histórico com o do outro, ganhando um novo; isto é, não só conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão interrelacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.

¹⁶ OSUNA. op. cit. p 55.

Esse diálogo hermenêutico, por outro lado, se realiza dentro da própria consciência da “história efetual”, ou seja, dentro da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. A consciência da historicidade do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, porque toda compreensão é histórica e todo entender se incorpora ao processo histórico, independentemente da vontade do intérprete. A história efetual opera, conscientemente ou não, em toda compreensão, condicionando e controlando a fusão de horizontes¹⁷.

A efetualidade do texto é uma mediação necessária entre o intérprete e o histórico como histórico. Talvez o principal erro da Escola Histórica tenha sido precisamente não perceber a própria historicidade da compreensão. Aquela pretensão de resgatar o sentido original do texto ou a intenção do autor além de impossível era totalmente imprática.

O Historicismo pensou que a distância no tempo era uma barreira que impossibilitava a compreensão, e que só poderia ser superada com a ajuda de metodologias adequadas que permitissem a transferência do intérprete ao passado. Mas, **Gadamer** demonstrou que, pelo contrário, essa distância no tempo era precisamente fator que permitia a compreensão. O tempo não é um obstáculo para compreender o passado senão o autêntico âmbito onde se realiza. Só quando as coisas se captam com perspectiva e distância é que podem adquirir o seu verdadeiro sentido, entanto que o juízo imediato dos fatos muitas vezes é deformado pela proximidade¹⁸. Cada nova leitura de um texto é uma leitura diferente, pois cada época o entenderá segundo o seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. Dessa maneira, a interpretação de um texto superará sempre a seu autor, “*por eso la comprensión no es nunca um comportamiento reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo*”¹⁹.

Para a compreensão de um texto, então, será necessário estar “abertos” à opinião do autor, pois o texto expressará sua opinião, a que embora não coincida com a minha, deverá ser “escutada” se se quer acrescentar algo à própria compreensão.

¹⁷ GADAMER. op. cit. p. 370-377.

¹⁸ GADAMER. op. cit. p. 367, 368.

¹⁹ GADAMER. op. cit. p. 366.

É um processo que se caracteriza por sua circularidade, pois, tem o seu começo na pre-compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto que depois aquela retorna já modificada. Isto é o “círculo hermenêutico”.

Essa idéia da circularidade da compreensão foi desenvolvida originariamente por **Schleiermacher** para expressar a relação recíproca entre o singular e o todo, entre o particular e o geral. Um texto é entendido na sua totalidade a partir da compreensão de cada uma das suas partes, as que, por sua vez, geram uma nova visão do todo, porém, são só dois momentos de um único acontecer.

Heidegger acompanha essa idéia do processo circular outorgando-lhe uma maior importância na sua teoria sobre a natureza ôntica da compreensão. Nesse sentido, salientou a relevância da interpretação como o desenvolvimento das possibilidades abertas do “estar ali”. O compreender é um “ver em redor” e sua fundamentação reside no “ter prévio”, isto é, na pre-compreensão do intérprete. Toda interpretação está prefixada no “*previamente poseído, previamente visto y lo previamente ideado*”²⁰. Não existe interpretação sem pressupostos ou sem preconceitos, pois são condicionamentos prévios do “estar ali”.

Gadamer retoma esses pensamentos e reconstrói o conceito de preconceito, outorgando-lhe um caráter essencial dentro da sua teoria hermenêutica, eliminando, assim, a carga negativa de juízo antecipado que tinha adquirido durante a Ilustração. A idéia de um conhecimento do passado através da razão pura, sem mediação da própria tradição do intérprete será rejeitada claramente, “*¿estar inmerso en tradiciones significa real y primariamente estar sometido a prejuicios y limitado en la propia libertad? ¿no es cierto más bien que toda existencia humana, aún la más libre, está limitada y condicionada de muchas maneras? (...). Para nosotros la razón no es dueña de sí misma sino que está referida a lo dado en lo cual se ejerce*”²¹. Aliás, irá mais longe ao afirmar que: “*los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser*”²². Por outro lado, o reconhecimento da historicidade de toda compreensão

²⁰ Apud. OSUNA. op. cit. p. 61.

²¹ GADAMER. op. cit. p. 343.

²² GADAMER. op. cit. p. 344.

permitirá distinguir os “verdadeiros” dos “falsos” preconceitos, de modo que estes últimos sejam descartados para permitir um acesso objetivo ao texto, isto é, a confrontação da história efetual do texto com a própria tradição do intérprete significará tirar toda força ao falso preconceito, eliminando-o.

Resumindo, a pre-compreensão, constituída por preconceitos, será a condição prévia para a compreensão de um texto, ou seja, o “pano de fundo” (*background*) que permitirá compreender. Nesse sentido, cada vez que um texto seja compreendido, a pre-compreensão se modificará. Cada nova leitura de um texto será diferente, não necessariamente melhor, senão simplesmente diferente, devido não só a que a pre-compreensão se modifica a cada leitura, senão que a própria história efetual do texto é, por sua vez, modificada²³.

Mas, essa nova teoria hermenêutica não propõe como suficiente o saber prévio do sentido original do texto para a sua aplicação posterior. Isto seria igual que esquecer a tensão existente entre o sentido original e o atual. Não existe uma compreensão originária e logo uma aplicação. O intérprete incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o “sentido originário”. Um texto não existe autonomamente, independente de uma interpretação, senão que precisa do intérprete para ter “vida”. O círculo hermenêutico implica um processo circular entre a tradição do intérprete e a do texto, não é possível falar de uma reconstrução do passado como passado, porque significaria entender a compreensão como era entendida no século XIX, significaria não reconhecer a sua natureza ôntica refletida na participação essencial do intérprete. Por outro lado, pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto), nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo, “*uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete*”²⁴. Aliás, o texto é irrepitível até mesmo para o próprio autor-produtor

²³ GADAMER. op. cit. p. 367.

²⁴ HABERMAS. op. cit. p. 15.

desse texto, porque do próprio pensamento e das idéias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes²⁵.

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete senão na fusão dos horizontes de ambos os dois, partindo do ponto atual da história do intérprete que se dirige ao passado onde o autor expressou-se. O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se da sua labor “produtiva”²⁶. A importância da teoria hermenêutica do **Gadamer** é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado.

O problema que surge é determinar se é possível falar de uma verdadeira compreensão. Isto é, se a compreensão tem uma natureza ontológica e depende essencialmente da participação do intérprete, cuja própria tradição faz parte da interpretação do texto, questiona-se como é possível um dever ser da verdade da hermenêutica

Gadamer retoma o pensamento aristotêlico sobre o saber moral, definido como o saber que se refere ao próprio sujeito conhecedor e o relaciona à sua atividade humana, para aplicá-lo às ciências do espírito cujo objeto não é saber algo alheio, senão saber sobre “si mesmo”, sobre algo próximo e comprometedor, “...*las ciencias del espíritu forman parte más bien del saber moral. Son ‘ciencias morales’. Su objeto es el hombre y lo que éste sabe de sí mismo*”²⁷.

O saber moral, segundo **Aristóteles**, é uma autoconstrução da pessoa. “*El hombre se convierte en tal sólo a través de lo que hace y como se comporta*”²⁸. O “melhor” do homem somente se manifesta na concretização da situação prática na que se encontra, dessa maneira, o saber moral do intérprete deve compreender o que essa situação exige dele²⁹. A sabedoria moral implica um “bom senso” (*phrónesis*) que permite distinguir

²⁵ BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H. G. Gadamer; reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de “Verdade e Método”*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983, p. 35.

²⁶ GADAMER. op. cit. p. 366.

²⁷ GADAMER. op. cit. p. 386.

²⁸ GADAMER. op. cit. p. 384.

²⁹ *ibidem*.

o eqüitativo, ou seja, o que está de acordo com a verdade. **Gadamer** usará essas idéias mas, para aplicá-las a sua teoria hermenêutica, assim, o “bom senso” será o equivalente ao juízo compreensivo, onde compreender é “sentir” o “alheio” como se fosse “nosso”, num caso singular. O dever ser da verdade numa ciência do espírito será, assim, igual ao “bom senso” do saber moral.

Por outra parte, se a hermenêutica é uma experiência dialética, onde a experiência é simplesmente a manifestação da finitude do “estar ali”, e o diálogo, entre a tradição do intérprete e história efetual do texto, é consequência de seu caráter de fenômeno moral, a verdade “acontecerá”, então, no encontro entre “sujeito” e “objeto”, na mediação entre o presente e o passado, cuja distância não é um vazio, mas a presença dos efeitos, isto é, da tradição.

O diálogo com o passado é uma atitude de “abertura” ao outro, é a disponibilidade de aceitar sua “verdade”, porém, não é uma relação de domínio, senão um “*mutuo escuchar*”³⁰. A estrutura dessa abertura é de uma lógica de perguntas, onde o intérprete interroga ao texto, o qual, por sua vez, oferece diversas respostas. Dessa maneira, pode-se afirmar que: “*lo que autor pretendia decir en el texto (la mens auctoris) es um sector muy pequeño y de inferior valor a lo que aporta sobre este texto la experiencia actual del mismo*”³¹.

Por último, **Gadamer** ressalta o papel essencial da linguagem no âmbito da sua teoria hermenêutica, pois, constitui a mediação total da experiência do ser, “*é assim que a linguagem passa a ser - historicamente - a estrutura ontológica desse ser histórico que é o homem, ser dialógico por natureza*”³². A linguagem é primariamente o mundo interpretado pelo homem, é o acontecimento interpretativo da realidade, A lingüística oferece o meio de universalizar nossa razão histórica, estética ou jurídica, isto é, o meio de aceder a uma teoria geral da interpretação. Dessa maneira, **Gadamer** propõe uma hermenêutica universal que abrange toda relação do homem com o mundo, “*el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el*

³⁰ OSUNA. op. cit. p. 81.

³¹ OSUNA. op. cit. p. 82.

³² BIAGIONI. op. cit. p. 16.

mundo, o mejor, en el que ambos aparecen en su unidad originaria"³³. A linguagem não é apenas um instrumento pelo qual compreendemos, senão, a estrutura ontológica desse ser histórico, "*un ser que se comprende es lenguaje*"³⁴. A teoria da ontologia hermenêutica converte-se também numa ontologia lingüística.

3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DE GADAMER

No seu livro "Verdade e Método" **Gadamer** desenvolve, também, uma hermenêutica jurídica, pois, nela encontra o modelo de relação entre o passado e o presente que procurava para as ciências do espírito³⁵.

A função normativa do direito é regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições da vida social, sendo indispensável a compreensão interpretativa da norma, "*interpretar normas es regular comportamientos*"³⁶. Mas, a compreensão do direito só será possível através da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta, "*comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada*"³⁷. Isso devido a que as situações que acontecem na vida social e que requerem da sua regulamentação, pelo direito, são muitas e diferentes, assim, cada nova situação irá requerer uma nova aplicação da norma, pois, a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata. No direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que só nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali onde se fundamenta sua validade³⁸. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada da sua historicidade.

³³ GADAMER. op. cit. p. 567.

³⁴ GADAMER, H. op. cit. p. 18.

³⁵ GADAMER. op. cit. p. 400.

³⁶ OSUNA. op. cit. p. 86.

³⁷ GADAMER. op. cit. p. 383.

³⁸ GADAMER. op. cit. p. 380.

Gadamer resgata a importância da compreensão histórica mas adverte que é apenas um meio³⁹.

A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador, atitude que seria igual que tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas. A historicidade da norma, igual que em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, é a condição que permite sua compreensão. No direito, essa condição se manifesta através do vínculo que existe entre a pessoa obrigada e a norma, vínculo que afeta a todos por igual, e não faz da lei uma propriedade pessoal do legislador⁴⁰.

A real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o direito” (seu sentido) na aplicação “produtiva” da norma, pois, a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão também, produtivo⁴¹. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para “escutar” a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma pergunta de aquele. Esse movimento circular faz com que a norma “fale” mais, enquanto mais clara seja a pergunta e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pre-compreensão à interpretação, entanto maior seja o significado que a norma “revele”. Isto implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador, sem assumir que sua própria pre-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido, *“nunca se resaltaré suficientemente que la interpretación es una nueva lectura de las normas jurídicas y que cada caso será una nueva aplicación, algo como si el derecho reverdeciera cada vez que es aplicado o cumplido”*⁴²; por outra parte, também não poderá esquecer-se da história efetual da norma, isto é, da sua tradição. Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pre-existente à compreensão, mas trata-se de uma “verdade” construída dialógica, consensual e

³⁹ GADAMER. op. cit. 398.

⁴⁰ OSUNA. op. cit. p. 92.

⁴¹ GADAMER. op. cit. p. 366.

⁴² OSUNA. op. cit. p. 93.

procedimentalmente. Segundo Gadamer, a verdade, "*se desplaza insensiblemente al ámbito de la situación del sujeto investigador y de las finalidades de la misma ciencia*"⁴³. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo.

4 O PAPEL DO JUIZ SEGUNDO A HERMENÊUTICA DE GADAMER

A aplicação do direito é sem dúvida um dos temas mais discutíveis no mundo jurídico, pois, surge diante de nós o constante conflito entre a justiça e a segurança jurídica. Por um lado, a justiça que obriga o juiz a encontrar a solução correta do caso concreto, e, por outro lado, a segurança do ordenamento que o sujeita à lei positiva.

O paradigma positivista de inícios deste século caracterizou-se por seu rígido formalismo e pela ausência de qualquer fundamento teórico-filosófico, exigindo, assim, a sujeição do juiz a critérios estritamente formalistas na aplicação da lei, prescindindo dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio. A segurança jurídica tinha evidentemente a primazia.

Já no período da pós-guerra essa posição foi duramente questionada, surgindo uma clara reação contra os dogmas da sujeição absoluta do juiz à lei positiva, assim como da concepção mecânica da aplicação do direito. Desde um aspecto político, foi questionado o "culto" dos sistemas totalitários a uma legalidade positiva, que exigiram a submissão do juiz a conteúdos de qualquer tipo de legislação positiva. No aspecto teórico, questionou-se a tese que propugnava a simples subsunção do direito ao caso em particular, o que só poderia ser aceito se se entendesse que a norma tem um único significado, autêntico e definitivo⁴⁴.

Essa última posição tem adquirido cada vez mais força, surgindo diversas teses que resgatam o verdadeiro papel do juiz na aplicação do direi-

⁴³ Apud. OSUNA. op. cit. p. 102.

⁴⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991. p. 99 e sgtes.

to. Dentre elas, temos a teoria hermenêutica de **Gadamer** que propõe o seguinte:

O juiz é, antes de mais nada, um intérprete, pois, para aplicar o direito deve em primeiro lugar compreender a norma, "*la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión*"⁴⁵. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos independentes, senão que formam parte de um processo unitário; a aplicação é tão essencial e integral como as outras duas⁴⁶. Assim, uma norma adquire todo o seu sentido apenas quando é aplicada, pois, só nesse momento é que sua validade pode ser avaliada, "*lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia*"⁴⁷.

Porém, como **Gadamer** refere, o justo também está determinado, com certo sentido absoluto, nas leis ou nas regras de comportamento gerais da moral (embora não codificadas, estão determinadas e têm caráter vinculante). Nesse sentido, o juiz tem que usar o seu "bom senso" (*phrónesis*) para a correta aplicação da norma, o que implica abandonar o velho paradigma positivista da subsunção, para assumir o que é mais importante: a procura de um direito melhor. Assim, quem aplica a norma em uma situação concreta poderá estar obrigado, seguramente, a fazer concessões a respeito da lei, não porque não seja possível fazer algo melhor, senão porque de outro modo não seria justo⁴⁸. **Aristóteles** chamou isso "equidade", que significa correção da lei; por outra parte, mostrou que toda norma se encontra em uma tensão necessária a respeito da concretização do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concretude, "*La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas*"⁴⁹.

⁴⁵ GADAMER. op. cit. p. 378.

⁴⁶ GADAMER. op. cit. p. 379.

⁴⁷ GADAMER. op. cit. p. 389.

⁴⁸ GADAMER. op. cit. p. 389.

⁴⁹ Apud. GADAMER. op. cit. p. 390

As situações da vida social que precisam de uma regulamentação normativa são inúmeras e, sobretudo, diferentes. Isso é uma realidade que todo aquele que pretenda aplicar o direito tem que reconhecer e ter presente. As circunstâncias mudam e, em consequência disso, a função normativa da lei tem que determinar-se e adequar-se a elas. Para uma correta adequação do sentido da lei será preciso, em primeiro lugar, conhecer o seu sentido originário, mas apenas como um meio de reflexão das mudanças históricas, que permite distinguir o sentido original da aplicação atual⁵⁰. O juiz deverá responder à "idéia jurídica" (sentido originário) da lei confrontado-a com o presente, procurando o seu significado jurídico e não o histórico, pois, o seu objeto é a criação do direito, a que tem que ser entendida juridicamente e não historicamente⁵¹.

No ordenamento jurídico está presente a idéia de que a sentença do juiz não pode obedecer a arbitrariedades, mas tem que ter em consideração a justiça do conjunto; aliás, qualquer pessoa está capacitada para ponderar o justo no caso concreto. Nisso consiste a segurança jurídica de um estado de direito. Todos podem prever corretamente qual será a decisão do juiz sobre a base das leis vigentes, porém, também será necessário conhecer o judiciário e todos o que o determina⁵².

No atual estado de direito, pode-se concluir, então, que o juiz não está mais submetido à literalidade da lei, mas, também não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque na medida em que cria direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação em um caso concreto, lhe impõe.

⁵⁰ GADAMER. op. cit. p. 398.

⁵¹ GADAMER. op. cit. p. 400.

⁵² GADAMER. op. cit. p. 402.

BIBLIOGRAFIA

BIAGIONI, João. A ontologia hermenêutica de H. G. Gadamer; reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de "Verdade e Método. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método; fundamentos de una hermenéutica filosófica. tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4ta. ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Dialética e hermenêutica. tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OSUNA FERNANDEZ LARGO, Antonio. Hermenéutica jurídica; en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991.