

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passa atualmente por uma crise ética em que o Poder Judiciário passa a fazer parte do cenário político de uma forma que não deveria ocorrer. A todo o momento a sociedade é tomada de surpresa diante do teor de uma dada decisão judicial que abala as práticas políticas até então inseridas na rotina da atividade parlamentar.

Curiosamente essas decisões judiciais passam a ser palco de julgamento por parte dos mais diversos segmentos da sociedade, quando são confirmadas ou rechaçadas segundo a visão de mundo de julgador. Sob esse prisma a decisão judicial é submetida ao crivo da legitimidade ou não emprestada pela sociedade.

Assim, diante de atual cenário este artigo revisita a hermenêutica filosófica de Gadamer trazendo à discussão alguns aspectos da chamada hermenêutica jurídica, sem deixar de lado os fundamentos da filosofia do direito e da teoria do direito. Entretanto, a discussão desenvolvida neste trabalho de pesquisa procurou proporcionar um diálogo entre alguns pressupostos da hermenêutica jurídica e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Considerando que a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, o objeto deste estudo se restringiu a uma das etapas da atividade hermenêutica, qual seja, a interpretação jurídica. Nesse escopo, a interpretação seria, classicamente, a aplicação das regras fornecidas pela hermenêutica que possibilita ao aplicador do direito determinar o sentido de direito contido na norma jurídica interpretada.

A questão proposta a partir dessa clássica lição tomou em consideração a discussão a respeito da racionalidade das decisões judiciais em face de um modelo de interpretação jurídica que não deve descuidar de elementos não racionais a serem considerados no momento da extração do direito contido nas normas jurídicas que compõe uma dada ordem jurídica.

Esses elementos tidos com não racionais em que pese seus aspectos éticos não podem ser desconsiderados quando da aplicação do direito a um dado caso concreto, vez que em regra são valores imanentes ao contexto social atual e sua observância se faz necessária a uma decisão judicial que cumpra cânones de justiça material.

Assim, o problema surge no momento em que o intérprete, não podendo desprezar elementos não racionais do seu trabalho de extração do direito da norma jurídica posta, deve aplicar o direito de forma a produzir uma decisão judicial racional.

Nesse contexto cabe perguntar: é possível, a partir da hermenêutica gadameriana, dotar de racionalidade as decisões judiciais provenientes de interpretações que se fundamentam em elementos irracionais?

1.1. Objetivo

Diante do exposto evidencia-se uma clara interferência de questões éticas em questões epistemológicas na práxis jurídica. Logo, a questão nuclear do problema que norteou a investigação foi o de, sob a ótica da filosofia gadameriana, compatibilizar questões éticas, ou elementos irracionais inafastáveis, com a práxis jurídica, sem perder a racionalidade necessária ao trabalho de extração do direito a partir dos enunciados legais.

1.2. Metodologia

Desse modo a pesquisa se pautou por buscar analisar em nível geral, a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer, os elementos teóricos que pudessem emprestar à práxis jurídica a necessária racionalidade às operações interpretativas. Por sua vez, em nível de especificidade a tarefa desenvolvida no trabalho preocupou-se em:

1. Demonstrar a pertinência da hermenêutica gadameriana em face da interpretação jurídica, em especial quanto à possibilidade desta de emprestar ao produto da atividade interpretativa a necessária racionalidade;
2. Descrever os aspectos relevantes da hermenêutica gadameriana que possam interessar à práxis jurídica.

1.3. Justificativa

Com efeito, a contribuição da hermenêutica gadameriana pode emprestar à práxis jurídica, o necessário elemento de racionalidade, desde que a partir do material trabalhado pelo aplicador do direito, que é o texto jurídico que contém direito, a interpretação desse texto possa ser realizada sob a perspectiva gadameriana da “fusão de horizontes” entre a mensagem contida historicamente na lei e os anseios sociais de justiça que o interprete carrega em si como integrante de uma sociedade.

Essa “fusão de horizontes”, possibilitaria uma interpretação atualizada sem que seja discrepante com os valores históricos contidos na lei interpretada. Para o alcance da demonstração de tal hipótese o procedimento metodológico que norteou a pesquisa observou cada objetivo específico, uma vez alcançado oportunizaria as condições

necessárias para que ao final se pudesse estabelecer um diálogo entre a práxis jurídica e a as concepções destacadas da hermenêutica gadameriana.

Nesse contexto, a metodologia empregada considerou materiais bibliográficos específicos à dogmática jurídica, à filosofia do direito e fundamentalmente a obra “Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica” de Hans Georg Gadamer, além de comentadores que pudessem permitir uma melhor compreensão da filosofia gadameriana.

2. O significado da práxis jurídica e a exigência de racionalidade

O Direito como atividade consiste em um instrumento normativo-institucional que visa em primeira instância influenciar e regular a conduta do ser humano enquanto partícipe de um contexto histórico sócio-cultural.

Entretanto, também assume uma segunda função quando a norma ditada não é observada em razão da prática de conduta diversa daquela prevista na ordem positivada, implicando, via de regra, em afronta a interesse ou valor social ali resguardado. Nesse caso, o Direito apresenta-se como instrumento para fazer valer, em face do caso concreto, os interesses e valores contidos na norma infringida.

Independentemente da vertente em que se apresente o Direito, há de se esperar um sentido de garantia de previsibilidade e segurança, necessário ao tráfego dos vínculos sociais relacionais estabelecidos no contexto dos grupos e dos indivíduos onde esse Direito está inserido, já que são eles os destinatários naturais das normas que a si próprio se impõem e pelas quais fundamentam a convivência ética em sociedade.

Ao aplicador do Direito, quando tem que dizê-lo em concreto lhe é exigido buscar na ordem jurídica vigente uma norma que se aproxime no maior grau possível às expectativas sócio-culturais da comunidade a partir de um discurso justificado em um conceito atual de justiça.

Nesse sentido, o sentimento coletivo de garantia de previsibilidade das decisões judiciais provenientes do aplicador do Direito quando do manuseio do ordenamento jurídico em face de um caso concreto é que gera a expectativa de segurança jurídica das relações sociais. Esta se constitui em valor necessário à própria existência da sociedade enquanto ente politicamente organizado.

As qualidades de previsibilidade e segurança exigidas às relações jurídicas expressam a racionalidade do trabalho de aplicação do Direito, cujo fundamento epistemológico deve ser buscado na própria ordem jurídica em vigor.

Uma digressão do pensamento jurídico desde o século XIX certamente deixará patente a preocupação de seus teóricos com o caráter científico que procuraram elaborar suas concepções. Tal preocupação indubitavelmente foi, no primeiro momento, da elevação da razão humana, como o único instrumento capaz de conhecer toda a realidade, como bem sugeria o Iluminismo em seu apogeu. Contudo, também é verificável que cada escola, cada nova concepção, buscou privilegiar a seus termos, pressupostos axiomáticos, em que, em dado momento, a elevação da segurança jurídica e da ordem eram privilegiados, e em outro momento a justiça e a equidade.

O nascer do século XX traz consigo um movimento crítico que questiona sobre as reais contribuições da dogmática jurídica tradicional em face dos novos tempos, fato que traz à baila a Sociologia Jurídica. Acrescente-se ainda o revigoreamento da filosofia dos valores que vem tratar também do valor justiça sob uma ótica objetivista.

Contudo, é com Hans Kelsen que a metodologia jurídica sofre uma significativa ruptura, quando sua Teoria Pura do Direito propugna por uma idéia de Direito que resgate a objetividade e a segurança das relações jurídicas, livrando-se de qualquer influência metafísico-valorativa.

Entretanto, a partir da metade do século XX surge um movimento crítico à teoria lógico-dedutiva proposta por Kelsen, por seguidores de concepções que apregoavam a atividade criadora em face do Direito, vendo nessa possibilidade o alcance de valores propostos pelo próprio Direito rumo à justiça, inaugura-se, desse modo, o denominado pós-positivismo.

Esclareça-se que, inobstante a elevação do valor justiça pelo prefalado pós-positivismo, o valor segurança não é desprezado, haja vista ser princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Contudo, o objeto de discussão dessa nova forma de conceber o Direito, em que os valores são trazidos à tona, é a preocupação de dar-lhe racionalidade, conferindo-lhe objetividade e controlabilidade a serem aplicadas às relações jurídicas e às decisões judiciais.

Em última análise, conferir racionalidade às relações jurídicas e às decisões judiciais, tem sido uma preocupação que a hermenêutica jurídica, sob vários matizes vem tentando suprir a análise que a seguir se faz da hermenêutica gadameriana.

3. A hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer

No contexto da filosofia contemporânea a hermenêutica vem se destacando como disciplina de grande importância, tendo como expoente a figura do filósofo Hans Georg Gadamer com sua denominada Hermenêutica Filosófica. Em termos gerais para a hermenêutica filosófica de Gadamer o homem compreende-se essencialmente como ser de tradição, onde encontra sua identidade e substância.

A hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer teve como ponto de partida, além da tradição hermenêutica, a analítica temporal do ser humano em Heidegger, que recorre ao método fenomenológico para analisar a existência humana, onde a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira do ser no mundo. Nesse passo, Gadamer completa a teoria ontológico-existencial da compreensão heideggeriana, ao mesmo tempo em que constitui a base de sua superação através da linguisticidade da compreensão (OLIVEIRA, 1996, p. 225).

É a partir da publicação de *“Wahreit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik”* (Verdade e Método: Elementos de uma Hermenêutica Filosófica), que Gadamer apresenta não só uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica, como também uma nova hermenêutica filosófica, baseada na ontologia da linguagem. Gadamer entrou profundamente na definição de compreensão dada por Heidegger, seguindo seus últimos escritos, os quais davam ênfase à Ontologia e à Lingüística.

Para Gadamer, a analítica temporal do ser humano em Heidegger demonstrou convincentemente que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do “eis-aí-ser”. Há hermenêutica porque o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico, e isso marca o todo de sua experiência de mundo. Portanto, para Gadamer, é fundamental a “análise da temporalidade”, e ele procura a partir daí repensar a hermenêutica psicologizante, como ela se articulou na modernidade a partir do pensamento de Schleiermacher e Dilthey para uma hermenêutica propriamente histórica (OLIVEIRA, 1996, p. 225).

Ainda na percepção do Prof. Manfredo Araújo Oliveira (1996, p.226), a pergunta fundamental a ser proposta por Gadamer será: “que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se “carregado” por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?”.

A resposta pode ser sintetizada quando se considera que a historicidade do homem implica que seu ser seja uma mediação entre o passado e o presente em direção

ao futuro. Logo, a possibilidade de compreensão ou as possibilidades do ser partem dos pré-conceitos que se gestaram na história e que passam a ser condições transcendentais da compreensão.

Esses pré-conceitos seriam verdades originadas nas expectativas de sentido que provêm da tradição. Nesse sentido, tradição quer dizer entrega, transmissão de algo que é passado pelo mito, costumes, textos, etc. Entretanto, adverte Gadamer (1998, p.223) que a hermenêutica se desvela quando a tradição se faz escrita.

Nesse contexto, a escrita traz algo novo para a situação hermenêutica, pois se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. A escrita, portanto, realiza a transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou.

O fundamento do fenômeno hermenêutico é para Gadamer (1998, p.240) a finitude de nossa experiência histórica. A linguagem, nesse sentido, é o início da finitude não simplesmente porque há uma multiplicidade de linguagens, mas porque ela se forma permanentemente enquanto traz à fala sua experiência de mundo.

Com efeito, a compreensão da hermenêutica filosófica de Gadamer exige a apreensão de alguns conceitos nucleares e estruturantes de sua concepção, a exemplo de: historicismo, preconceitos, distância temporal, história efetual, horizonte histórico e fusão de horizontes. Tentemos explicitá-los mesmo que brevemente.

3.1. Historicismo

Em Dilthey a idéia de historicismo é nuclear em sua teoria hermenêutica enquanto possibilidade de objetividade de um conhecimento pleno dos acontecimentos históricos. Seria, nesse sentido, uma proposição metodológica que fundamentaria as ciências humanas em contraponto aos rigores metodológicos provenientes das ciências naturais, marco que se caracterizou pela dicotomia entre explicar e compreender (RICOEUR, 1990, pp. 23-24).

Não obstante, o historicismo recebe uma abordagem diferente em Gadamer. Ao contrário de Dilthey a historicidade não pode ser uma determinação da razão e de sua pretensão de atingir uma verdade absoluta, mas, é a condição positiva para o conhecimento da verdade (OLIVEIRA, 1996, p. 232).

Para Gadamer essa verdade absoluta postulada pela hermenêutica moderna não pode ser alcançada em razão de que o homem é um ser finito e histórico. Segundo Oliveira: “A hermenêutica de Gadamer é conscientemente uma “hermenêutica da

finitude”, o que significa para ele a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história” (1996, p. 227).

De acordo com Palmer (1996, p. 182) o homem finito e histórico vê e compreende as coisas a partir de sua posição situacional determinada pelo tempo e espaço, não pode colocar-se acima da relatividade da história e buscar um conhecimento objetivamente válido.

Nessa perspectiva, para Palmer, Gadamer, fundamentando-se na análise da estrutura prévia da compreensão e da historicidade de Heidegger, traz à lume a concepção de consciência histórica segundo a qual:

[...] não há uma visão ou uma compreensão puras da história, sem referencia ao presente. Pelo contrário, a história é vista e compreendida apenas e sempre através de uma consciência que se situa no presente. (PALMER, 1996, p.180)

Ocorre, porém, que essa consciência que se situa no presente é formatada pela tradição, de forma que a compreensão e a busca da verdade se dão a partir das expectativas de sentido que provêm de tradição e a partir da qual, “compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora condições transcendentais de nossa compreensão” (OLIVEIRA, 1996, p. 228).

Daí o caráter circular da compreensão empreendido por Heidegger, denominado de circulo hermenêutico, cuja compreensão se dá inicialmente a partir de uma pré-compreensão, que é procedente da tradição que o interprete carrega, enriquecendo-se posteriormente pela apreensão de novos conteúdos que se dá a partir do próprio objeto a ser compreendido. Mas para que isso aconteça, é necessário que o intérprete se deixe determinar pela própria coisa (GADAMER, 1998, p. 402). Nas palavras de Gadamer:

Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.

[...]

Uma compreensão guiada por uma consciência metódica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las consciente para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas.(GADAME, 1998, p.p. 405-406).

3.2. Preconceitos

Pré-conceitos, opiniões, prejuízo, antecipações, são entendimentos já vinculados ao intérprete que ocupam e dirigem sua consciência à uma determinada compreensão. Verifica-se, portanto, que preconceito para Gadamer não é algo que deva ser neutralizado ou ignorado, mas sim algo de que se deve ter consciente e que, por sua vez, torna-se a própria condição de possibilidade de qualquer pretensão de verdade em ciência.

Nesse contexto, é importante esclarecer que o significado negativo da expressão prejuízo provém inicialmente do respectivo vocábulo em francês *préjudice*, que significa desvantagem, dano (GADAMER, 1998, p.407). Logo, quando se diz que os preconceitos são tidos como condição necessária para a compreensão, tem-se nessa afirmação a sua vertente positiva, no sentido de que, por serem juízos prévios ao trabalho interpretativo poderão ser valorizados positivamente ou negativamente, não significando de antemão que sejam falsos juízos.

Ora, não pode haver qualquer interpretação sem pressupostos, um texto científico, literário ou bíblico não se interpreta sem preconceitos. A compreensão se dá a partir de uma estrutura básica historicamente acumulada e historicamente operativa, a qual tem os preconceitos subjacentes. Por sua vez, o significado da descrição de uma experiência não vêm da inter-atuação dos elementos na experiência, mas sim da tradição da qual o intérprete está inserido. Contudo, é importante frisar que a compreensão não se dá apenas da tradição, mas a partir de um processo dialético de inter-atuação entre auto-compreensão (visão de mundo) e a coisa ser compreendida (PALMER, 1996, p. 186).

A auto compreensão é uma compreensão que já se situa na história e na tradição, de modo que só se pode compreender o passado a partir das concepções presentes – preconceitos, ou seja, alargando seu horizonte de forma a englobar a coisa a ser compreendida. Nesse sentido Palmer afirma que:

A tradição fornece um fluxo de concepções no interior do qual nos situamos, e devemos estar preparados para distinguir entre pressupostos que dão fruto e outros que nos aprisionam e nos impedem de pensar e de ver. Em nenhum evento há oposição intrínseca entre as pretensões de razão e da tradição. A tradição fornece mesmo à razão os aspectos da realidade e da história com os quais irá trabalhar
(...)

Dado que uma obra importante abre uma verdade no ser, podemos sustentar que a sua verdade essencial corresponde àquela que

originalmente a trouxe ao ser. Sem defender a idéia de uma verdade em si mesma ou de uma interpretação eternamente correta. (PALMER, 1996, p.187).

Em Suma, esse processo da compreensão que consiste em compreender a partir de pré-conceitos oriundos da tradição onde o intérprete está inserido, alargando-se em razão da própria interpretação da coisa a ser compreendida, caracteriza o círculo hermenêutico concebido por Heidegger. Todavia, para Gadamer esse movimento circular representa na verdade uma tensão entre presente e passado que vai ser denominado de distância temporal, a qual possibilita alcançar uma verdadeira interpretação do fato, obra ou texto em causa.

3.3. Distância temporal

Para Gadamer (1998, p. 442) o fato de o intérprete estar engajado em uma tradição que lhe impõe uma carga de preconceitos fundamentais e sustentadores lhe dão o sentido de pertença a essa tradição, a qual se contrapõe a uma distância temporal caracterizada pela posição situacional atual do intérprete.

Ou seja, esse distanciamento do passado possibilita ao intérprete atual uma compreensão diferente da época da ocorrência do fato ou texto: “Cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma” (GADAMER, 1998, p. 443).

Ora, o que se busca compreender já é parte da totalidade da tradição que anima o intérprete. Logo, o distanciamento temporal oportunizará uma compreensão atual mais próxima a uma a verdade e mais adequada ao presente do intérprete. Nesse contexto:

O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo processo objetivo histórico. (GADAMER, 1998, p. 443)

Dessas assertivas infere-se que o objeto da compreensão não é o autor de um texto, mas, tão-somente o próprio texto. O verdadeiro ponto de referencia não é a subjetividade do autor nem a do leitor, mas sim a própria significação histórica, significação que tem para nós, situados no presente (PALMER, 1996, p. 189).

Assim para Gadamer, somos cativos de nossos prejuízos, dos efeitos de nossa história – tradição, bem como da linguagem. Esta não se limita à fala, mas envolve tudo o que pode transmitir idéias de forma interativa. A linguagem envolve outros e conseqüentemente o mundo. Ela eleva o horizonte universal da experiência hermenêutica.

3.4. História efetual

O interesse histórico não se restringe apenas aos fenômenos históricos ou pelas obras transmitidas, mas, e de forma secundária, tem como temática os efeitos dos mesmos na própria história. É o que se vai denominar de história efetual ou efetual. Nesse sentido a história efetual não representa nada de novo. O que efetivamente há de novidade é que a cada nova investigação do fenômeno histórico exige-se uma consciência metodicamente preparada para realizar novo questionamento da história efetual relativa àquele objeto investigado (GADAMER, 1998, p. 449).

Isso quer dizer que, todo aquele que quer compreender um texto ou um documento do passado, por exemplo, já parte do efeito que esse mesmo texto, documento ou tradição exercem sobre a situação histórico-concreta do intérprete, não se admitindo, nesse caso, a possibilidade de neutralidade ou desinteresse daquele que busca a compreensão. Assim, diz Gadamer:

Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. (GADAMER, 1998, p. 449).

É importante, nesse sentido, que o intérprete tenha a consciência do poder exercido pela história efetual em toda a compreensão, vez que não existe por parte daquele que compreende a possibilidade de uma compreensão pura, sem pressuposto; e que não é possível a reconstrução objetiva da situação histórica, mesmo porque o sujeito que compreende está nela inserida pela tradição.

A consciência histórica tem de se conscientizar de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está em jogo esse outro questionamento – o efeito da história, ainda que de uma maneira despercebida e, por conseqüência, incontrolada (GADAMER, 1998, p. 449).

Desse modo, à história efetual existe paralelamente a obra a ser interpretada no presente. Entretanto, quando a tradição se apresenta questionável às expectativas e

interesses do intérprete se produz um diálogo conflitivo que poderá fazer surgir novos conceitos ampliando o horizonte de compreensão.

3.5. Horizonte histórico

O conceito de horizonte histórico é definido por Gadamer da seguinte forma:

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. (1998, P. 452).

Nestes termos, aliado ao fato de que o ser humano é um ser histórico e que ao seu âmbito de visão de mundo precede um conjunto de experiências trazidas pela tradição, conclui-se que horizonte histórico é o campo de visão acrescido de todos os preconceitos já adquiridos e provenientes da tradição.

Para Gadamer ter horizonte significa não estar limitado ao que está mais próximo, mas é a possibilidade de alcançar o mais longínquo, numa ampliação de horizonte, a saber:

Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizonte significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. (GADAMER, 1998, p. 452).

Por fim, horizonte histórico é, basicamente, o modo como o intérprete se situa e apreende o mundo a partir de um ponto de vista, ou visão de mundo, próprios e formatados por um conjunto de crenças, de princípios assimilados e ideais apreendidos na tradição, responsáveis que são pela limitação imediata do ato de interpretar.

3.6. Fusão de horizontes

A questão concernente à fusão de horizontes diz respeito à inter-relação constante entre horizontes diferentes, ou seja, entre aquele que quer compreender e aquele do passado. Nesse contexto, Gadamer destaca no âmbito da compreensão a consciência histórica, em especial pelo fato de sua pretensão de ver o passado em seu próprio ser, ou seja, “não a partir de nossos padrões e preconceitos contemporâneos, mas a partir de seu próprio horizonte histórico” (GADAMER, 1998, p. 452).

A tarefa da consciência histórica é buscar o horizonte histórico de um passado em suas verdadeiras medidas, o que implica em um deslocar-se a esse horizonte

histórico do qual fala a tradição. É nesse sentido que a exigência hermenêutica vai consistir no fato de o intérprete ser consciente desse deslocamento para o horizonte histórico do outro, como que se mantém um diálogo onde não se busca um entendimento sobre um tema, já que o objetivo desse diálogo não é mais que um meio para conhecer o outro. A título de exemplo Gadamer lembra a situação de uma consulta médica, onde, o médico, precisa deslocar-se ao horizonte histórico do paciente a fim de compreendê-lo e diagnosticar suas reclamações (GADAMER, 1998, 453).

Nestes termos Gadamer (1998, p.453) afirma que “para quem pensa historicamente, a tradição se torna compreensível em seu sentido, sem que nos entendamos com ela e nela.”. Alerta Gadamer que esse pensar historicamente é apenas um meio para se alcançar um fim, que seria a compreensão da tradição, e que essa possibilidade só se torna viável quando se entende, também, que o horizonte do passado e o horizonte do intérprete não são fechados, haja vista que constantemente se inter-relacionam durante o processo de compreensão da tradição, nessa linha Gadamer afirma que:

O Horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda a vida humana e que está aí sob a forma da tradição, põe em movimento o horizonte abrangente. Na consciência histórica este movimento tão-somente se torna consciente de si mesmo.

[...]

Nesse sentido, compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas o que não é verdade é que se ganhe esse horizonte deslocando-se a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer. (GADAMER, 1998, p.455).

Com efeito, deslocar-se a uma situação histórica a fim de compreendê-la só é possível quando o intérprete inicia seu caminho a partir de uma situação hermenêutica já determinada pelos preconceitos que já carrega, haja vista que deslocar-se não pode ser considerada uma “empatia de uma individualidade na outra, nem submissão do outro sob os próprios padrões, mas significa sempre uma ascensão a uma universalidade superior, que rebaixa tanto a particularidade própria como a do outro.” (GADAMER, 1998, p. 456).

Nessa linha de argumentação é que se dá a denominada fusão de horizontes, momento da compreensão onde se verifica uma interação entre o intérprete e a tradição. O horizonte do presente se sujeita a um constante processo de formação na medida em

que os preconceitos também são colocados constantemente à prova, em parte, da própria tradição da qual procedemos.

A fusão se dá, portanto, na vigência da tradição, pois é nela que o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital (Gadamer, 1998, p. 457). É nesse sentido, portanto, que se dá a pretensão de verdade da hermenêutica filosófica, qual seja, a pretensão de verdade que a tradição produz no intérprete.

4. O problema hermenêutico da compreensão - Aplicação

Gadamer adverte que a hermenêutica romântica se descuidou do momento hermenêutico da aplicação quando do seu trabalho de sistematização dos elementos, ou etapas, da compreensão, os quais se dividiriam em: compreensão, interpretação e aplicação. A partir da prefalada sistematização dos elementos que comporiam a metodologia do processo de compreensão, entendeu-se que o interpretar não era um ato posterior, nem complementar da compreensão, mas, que interpretar e compreender formariam uma mesma unidade, de forma que a interpretação representava a explicitação da compreensão. Nesse contexto a aplicação ficou alijada desse processo de compreensão (1998, p. 459).

Com efeito, não só a interpretação e a compreensão devem formar uma unidade em face da problemática hermenêutica, mas também deve estar ali inserida a aplicação, haja vista que a tarefa da hermenêutica deve ser a de adaptar o sentido captado em um evento, texto ou documento do passado à uma situação atual e concreta. Isto explica a argumentação de Gadamer quando destaca as hermenêuticas jurídica e teológica como exemplo de aplicação. Uma lei ou uma mensagem histórica não esperam ter seu sentido decifrado sem consequência alguma, ao contrário, esperam trazer à atualidade da interpretação, respectivamente, a solução a um caso litigioso, ou uma mensagem redentora à um público atual.

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teologia, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, um texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada

situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 1998, p. 461).

Logo, a discussão sobre o problema hermenêutico da aplicação revela o momento prático da hermenêutica gadameriana, vez que a compreensão passa a estar diretamente vinculada à problematizações advindas de uma situação hermenêutica concreta do intérprete e, por conseguinte a compreensão passa também a exigir a aplicação dos sentidos compreendidos.

Nesse contexto, a vertente prática da hermenêutica filosófica de Gadamer é por ele referenciada ao aproximá-la da hermenêutica e filosofia prática de Aristóteles, a saber:

Se o próprio núcleo do problema hermenêutico é que a tradição como tal tem de ser entendida cada vez de uma maneira diferente, então – visto sob o ponto de vista lógico – trata-se da relação entre o geral e particular. Compreender é então um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular. Com isso ganha especial relevância para nós a *ética aristotélica*, de que já mencionamos nas nossas considerações introdutórias à teoria das ciências do espírito. É verdade que Aristóteles não aborda o problema hermenêutico nem sua dimensão histórica, mas trata somente da apreciação correta do papel que a razão deve desempenhar na atuação ética. Mas é precisamente isto que nos interessa aqui, que ali trata-se de razão e de saber, que não estão separados do ser que deveio, mas que são determinados por este e que são determinantes para este ser. (GADAMER, 1998, p. 465).

Em linhas gerais, Gadamer, no tópico “a atualidade da hermenêutica de Aristóteles” (1998, 465 et seq.), traça considerações sobre a ética aristotélica a partir do sexto livro da obra “*Ética a Nicômaco*”, destacando como objeto de análise a virtude dianoética da *phronesis*. Dessa análise Gadamer toma a *phronesis* como um modelo ideal para a questão da compreensão/interpretação em sua condição eminentemente aplicativa.

Assim como na compreensão a atuação ética do homem não se dá num distanciamento diante das situações e dos outros, mas numa situação eminentemente de pertencimento a um âmbito prático e comunitário onde todos estão necessariamente vinculados. É nessa perspectiva que Gadamer aproxima a sua hermenêutica à práxis de Aristóteles.

5. A pertinência da hermenêutica gadameriana na práxis jurídica. A hermenêutica jurídica de Gadamer

A hermenêutica jurídica é referenciada na obra de Gadamer quando busca demonstrar a importância da aplicação no processo de compreensão. Em termos de práxis jurídica a interpretação de uma lei elaborada no passado é necessária à sua aplicação em momento posterior e diante de um caso concreto e individual que se apresenta ao intérprete e exige solução.

Esse processo de aplicação de um texto legal elaborado no passado a uma situação atual e concreta revela de forma esclarecedora o significado e importância da hermenêutica filosófica para a compreensão ontológica. Nesse sentido, Gadamer vai dedicar em “Verdade e Método” um tópico sobre a hermenêutica jurídica denominado de: “O significado paradigmático da hermenêutica jurídica” (1998, p. 482). O título é sugestivo, pois Gadamer entende que a hermenêutica jurídica seria um modelo de aplicação de sua hermenêutica filosófica.

Nesse contexto, a partir da especificidade da hermenêutica jurídica Gadamer inicia uma discussão entre a hermenêutica histórica e a práxis jurídica de aplicação do direito através da análise do comportamento do historiador jurídico e do jurista, ambos diante de um texto jurídico dado e vigente. Diz Gadamer:

Que existe uma diferença é evidente. O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual. (1998, p. 483).

Na perspectiva da hermenêutica filosófica a tarefa tanto do historiador jurídico como do jurista é determinar a compreensão do texto legal tendo em vista o sentido originário da lei, entretanto, o sentido apreendido pela compreensão histórica seria tão-somente um meio para alcançar um fim, qual seja, reduzir a compreensão obtida pelo intérprete ao seu horizonte histórico, ou nas palavras de Gadamer, “ao presente jurídico” (1998, p. 484). Afirma ainda Gadamer:

Só existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista em sua tarefa prático-normativa, quando procura “realizar a sobrevivência do direito como um continuum a salvaguardar a tradição da idéia jurídica”. (1998, p. 486).

Nessa linha de argumentação Gadamer demonstra a diferença entre as tarefas do historiador jurídico e o jurista, este identificado como o Juiz, aquele que aplica o sentido vigente da lei ao caso concreto e atual que se lhe apresenta para solução. É no momento, portanto, da aplicação que o Juiz busca interpretar o significado jurídico da lei e não o significado histórico de sua promulgação. Nesse sentido, ainda sobre o jurista diz Gadamer:

Assim, não se ocupa como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por conseqüência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. (1998, p. 487).

Já o historiador jurídico não tem diante de si algum caso concreto que lhe exige aplicação da lei, sua tarefa é a de averiguar o significado histórico da lei, entretanto não pode ignorar que seu objeto de investigação é uma criação do direito e que tem que ser entendida juridicamente, ou seja, ele tem de pensar juridicamente e não apenas historicamente, mesmo porque na perspectiva da argumentação lançada por Gadamer a lei sujeita à averiguação pelo historiador ainda é vigente, quer dizer, passível de aplicação no presente do historiador jurídico.

Nesse contexto da compreensão do sentido de uma lei ainda em vigor, fica patente a importância da hermenêutica histórica, tarefa equivalente a do historiador jurídico, que seria a de fixar o significado original da lei a partir da mediação entre o passado e o presente jurídico do intérprete.

Entretanto, quanto à tarefa do Juiz, no momento da aplicação do direito ao caso concreto, destaca-se o fato de que as situações que acontecem na vida social e que demandam a intervenção do Juiz são inúmeras e variadas. Observe-se, porém, que, a variedade de situações que em dado momento podem ser submetidas à uma mesma lei não implica afirmar que uma única interpretação dessa lei seja a adequada para todas as situações que ela abarca. Essa especificidade da hermenêutica jurídica apontada por Gadamer é paradigmática para sua hermenêutica filosófica no sentido de demonstrar a aplicabilidade em qualquer situação que exija compreensão de um evento, documento ou texto.

A questão que surge da diversidade de interpretações em razão da tarefa do Juiz em face do caso concreto é tratada por Gadamer ao afirmar que o momento de concretização da lei se dá no momento da aplicação e nos limites do sentido originário

da lei obtido pela mediação entre o passado e o presente jurídico do intérprete. Diz Gadamer:

Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa.

[...]

Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto à lei. Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. (1998, p. 489).

Com efeito, o reconhecimento de validade da decisão judicial diz respeito à questão da sua racionalidade, a qual está pautada, nesse caso, na pertença do Juiz à tradição do texto legal que se debruça para interpretar. Isso significa dizer que o Juiz deve estar inserido em uma situação histórica previamente dada a partir de seu horizonte histórico, de forma que a mediação entre seu presente jurídico e a situação histórica do texto lhe propicia um alargamento de seu horizonte. Entretanto, esse diálogo hermenêutico se realiza dentro da própria consciência da história efetual, ou seja, dentro da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto legal.

Assim, adverte Gadamer que:

A pertença do intérprete ao seu texto é como a do ponto de vista na perspectiva que se dá num quadro. Tampouco se trata de que esse ponto de vista tenha de ser procurado como um determinado lugar para nele se colocar, mas que seu lugar lhe é dado com anterioridade. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. (1998, p. 488).

6. A hermenêutica filosófica aplicada à práxis jurídica

A temática sobre a hermenêutica jurídica é desenvolvida por Gadamer em “Verdade e Método” em razão de que o filósofo encontrou nela o modelo de relação entre o presente e o passado que propugnava para as ciências do espírito: “A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito” (1998, p. 487). Ocorre que o desenvolvimento sobre tal temática não era o objetivo de sua obra, a qual se destaca como:

Portanto, estes estudos sobre hermenêutica procuram demonstrar a partir da experiência estética e da tradição histórica, o fenômeno da hermenêutica em toda a envergadura. Importa reconhecer nele uma experiência da verdade, que não terá que ser apenas justificada filosoficamente, mas que é, ela mesma, uma forma de filosofar. A hermenêutica que se vai desenvolver aqui não é, por isso, uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de acordo sobre o que são na verdade as ciências do espírito, para além de sua auto-consciência metódica, e o que as vincula ao conjunto da nossa experiência de mundo. (GADAMER, 1998, p. 34).

De qualquer modo a contribuição da hermenêutica filosófica de Gadamer é significativa para a práxis jurídica, entretanto, a aplicação dessa hermenêutica à tarefa do jurista na forma desenvolvida pelo próprio Gadamer tornou a discussão mais precisa e aprofundada no meio acadêmico-jurídico. A consequência dessa discussão no meio acadêmico possibilitou a utilização da hermenêutica filosófica na práxis jurídica nacional, a qual já pode ser encontrada em decisões judiciais recentes em face de casos concretos que exige posturas de vanguarda de quem vai interpretar a lei.

7. Conclusão

Desse modo, a fusão de horizontes históricos permite a possibilidade de uma reinterpretção e de uma reavaliação constantes do sentido do texto interpretado, à medida que diferentes significados forem sendo projetados à obra, formando assim o que Gadamer denominou de consciência da histórica efetual.

Diante desse quadro, efetivamente a hermenêutica gadameriana pode ser aplicada à práxis jurídica em razão de que o material dado à interpretação jurídica são textos legais produzidos em épocas diferentes pelo legislador que é incapaz de prevê todas as relações intersubjetivas conflituosas produzidas no meio social, e que na maioria dos casos tais normas não atendem mais às demandas sociais colocadas ao Estado-Juiz.

Desse modo, sob a perspectiva da hermenêutica gadameriana a hermenêutica jurídica deve desempenhar o papel que lhe é próprio, qual seja, extrair da norma jurídica o direito a ser aplicado em consonância com os ditames de justiça atuais, garantindo-se, dessa forma, a segurança jurídica necessária a um Estado Democrático de Direito através da racionalidade da decisão judicial.

Por tudo isso, concluímos que a hermenêutica gadameriana pode ser um instrumento para garantir a racionalidade das decisões judiciais, de forma que pode

contribuir para uma melhor definição dos limites da tarefa do aplicador do direito ensejando uma aplicação coerente com o sistema jurídico, oportunizando, conseqüentemente, decisões judiciais justas e previsíveis, ostentando, dessa forma, a necessária segurança do discurso jurídico e, principalmente, mantendo-se no seu campo de atuação sem invadir outras esferas de poder, a exemplo do poder legislativo.

Referências

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988**.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limanad, 1999. _____. **Roteiro de lógica jurídica**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Trad. de Maria Luiza Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. Trad. de Wenceslao Roces. 6. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. de Hilton Japiassu. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.