

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-046-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 30 de junho de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do I Encontro Virtual "Constituição, Cidades e Crise", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. O GT realizou-se, em virtude da pandemia que nos assola mundialmente, pela plataforma da conferência web, um serviço de comunicação e colaboração da RNP que permite encontros virtuais entre dois ou mais participantes, relacionada à Rede Ipê, que é a rede acadêmica brasileira da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), e o Governo Federal.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir em torno de questões hermenêuticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O GT, de coordenação dos trabalhos das Professoras Doutoras Grazielly Alessandra Baggenstoss e Renata Albuquerque Lima e a monitoria de Julia Caldatto Malichieski, envolveu sete trabalhos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da práxis, no sentido de Maria Lugones. Romper o véu metafísico que impede com que as justiças sejam realizadas, portanto, foi o tom dos trabalhos.

O primeiro trabalho, de autoria de Adriana Vieira De Castro, Wanessa Oliveira Alves e Danilo Di Paiva Malheiros Rocha, apresentado pelas primeiras, é "(IN) SEGURANÇA JURÍDICA E O PROBLEMA DO MÉTODO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA GADAMERIANA", que tem como proposta analisar a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, questionando que a dogmática interpretativa não é capaz de compreender uma sociedade complexa. Para tanto, expõem que, visando à segurança jurídica, muitas decisões não acompanham o dinamismo social e que o esforço interpretativo deve se voltar a promover a justiça a partir da compreensão daquela situação específica que requer uma interpretação para aquele fato.

"A HERMENÊUTICA DAS DECISÕES DO STF EM SINTONIA COM AS DEMANDAS SOCIAIS: O CASE DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS" é o trabalho de Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske, apresentado por este. Comprovam que, pelos dados da última pesquisa do IBGE quanto aos casamentos homoafetivos realizados em função de tais decisões judiciais, depois da ADI nº 4277 e da ADPF 132, do

STF, bem como da repercussão social da Resolução nº 175, do CNJ, a população homoafetiva casou-se mais do que a população heterossexual, revelando a medida judicial, assim, como uma política pública judiciária plenamente efetiva, em contrapondo às atividades legislativas.

Rodrigo Albuquerque Maranhão de Oliveira apresentou o trabalho "DIREITO AO FUTURO: A PROJEÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO TEMPO", de sua autoria juntamente com Diego Monteiro de Arruda Fortes e Marcelo C. F. de Oliveira. Trazendo inquietações sobre o Estado de Exceção, de Agamben, e Necropolítica, de Achille Mbembe, questionam em que medida o Estado cumpre sua função frente à sociedade, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, seja feita mediante a chave hermenêutica que determina ao Poder Público a atuar para alterar o status quo de desigualdades social e econômica.

Sílzia Alves Carvalho e Gabriela Machado Rennó são autoras do artigo "HERMENÊUTICA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: REDUÇÃO DOS EFEITOS DA COMPLEXIDADE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS", oriundo de pesquisa de campo da área tributária de Mestrado Profissional. Argumentam que a complexidade das normas tributárias aliada à ausência de clareza nos métodos interpretativos utilizados ocasiona multiplicidade de litígios e sobrecarga judicial, contrapondo o princípio da segurança jurídica.

"DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO DOS ASSENTOS À IDEIA DE PRECEDENTES: AVANÇOS E RETROCESSOS EM SUA EVOLUÇÃO" é o trabalho de Antônio Carlos Diniz Murta e Ana Paula Soares Da Silva Costa, apresentado por ambos, em que estudam a particularidade do sistema de formação de uniformização do direito, no questionamento sobre a inserção do nosso sistema processual na tradição common law.

Fabricio Carlos Zanin apresentou "HERMES NO LIMBO: A HERMENÊUTICA JURÍDICA ENTRE EXCEÇÃO E APLICAÇÃO", elaborado juntamente com Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa, em que há a articulação entre a crítica hermenêutica do direito de Streck e o estado de exceção de Agamben. A proposta é a aproximação de uma hermenêutica que se debruce à dimensão prática, em contraponto à tradição metafísica.

Finalmente, Bruna Andrade Obaldia e Higor Lameira Gasparetto apresentam PROCESSO E MÉTODO: UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA AO ARRAIGAMENTO DO PARADIGMA RACIONALISTA NA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL, questionando o processo enquanto método pela necessidade de superação de ideais racionalistas - o que pode ser realizado por meio da linguagem.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss - UFSC

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS e UVA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**(IN) SEGURANÇA JURÍDICA E O PROBLEMA DO MÉTODO: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA GADAMERIANA**

**(IN) LEGAL SECURITY AND THE PROBLEM OF THE METHOD: AN ANALYSIS
FROM THE GADAMERIAN PERSPECTIVE.**

Adriana Vieira De Castro ¹
Danilo Di Paiva Malheiros Rocha ²
Wanessa Oliveira Alves ³

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, e sua contribuição para o intérprete do direito por meio da fusão de horizontes, possibilitando a aplicação do Direito após o encontro com o fundamento. Percebe-se que mesmo diante das mudanças de caráter social e jurídico, muitas decisões apresentam-se imutáveis, em nome da “segurança jurídica”. As decisões baseadas na hermenêutica jurídica gadameriana não procuram afastar a segurança jurídica, mas sim promover a justiça a partir da compreensão daquela situação específica que requer uma interpretação para aquele fato. Utilizou o método indutivo e pesquisa jurisprudencial e bibliográfica.

Palavras-chave: Hermenêutica, Círculo hermenêutico, Método, Interpretação, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This work analyze the hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and contribution to the interpreter of the law the fusion of horizons, enabling the application of the law after the encounter with the foundation. It is noticed that even in the face of changes in social and legal character, many decisions are immutable, in the name of “legal security”. Decisions based on Gadamerian legal hermeneutics do not seek to remove legal certainty, but rather to promote justice based on the understanding of that specific situation that requires an interpretation for that fact. He used the inductive method and jurisprudential and bibliographic research

¹ Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Direito Público da Universidade Estácio de Sá, Professora na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) e Oficial de Justiça Avaliadora do TJ-GO.

² Doutorando no Programa de Pós Graduação em Ciências da Saúde da Universidade Federal de Goiás, Professor na Universidade Estadual de Goiás (UEG-GO) e Advogado.

³ Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Direito Público da Universidade Estácio de Sá e Servidora do TJ-GO.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermeneutics, Hermeneutic circle, Method, Interpretation, Legal security

1. INTRODUÇÃO

O Direito, constantemente, tem passado por diversas alterações, o que possibilita a existência de novos horizontes e direções, viabilizando o avanço no campo da interpretação jurídica e revelando alterações no modo de julgar, antes inimaginável, o que não pode ser traduzido em sinônimo de insegurança jurídica, considerando que em determinadas situações já se aguarda a adoção de uma conduta diferenciada, por diversos fatores, sobretudo em decorrência dos fatos sociais que passam a existir sem que uma normatização o acompanhe, ou ainda, sem que seja possível a concretização dessa normatização.

Como se sabe, um dos principais problemas da ciência do direito nos remete à questão da interpretação, que não parte do pressuposto de que devemos nos ater fielmente à sua concepção inicial, sem qualquer alteridade à sua ideia, ao contrário, a verdadeira compreensão exige um confronto entre as verdades do intérprete e as verdades contidas no texto, possibilitando a reformulação dos conceitos.

No Direito, tradicionalmente, o método busca encontrar o sentido da norma, fundada na compreensão do sujeito-objeto. Este paradigma metodológico da interpretação jurídica, que prevalece desde o século XIX, não pode mais ser concebido como condição de acesso à verdade jurídica ou à correção normativa, pois, nesse aspecto, a aplicação do Direito estaria restrita à ideia de subsunção do fato à norma.

Nesse sentido, a hermenêutica, quando pensada somente através de métodos interpretativos, se mostra cada vez mais insuficiente para responder às demandas de uma sociedade tão diversificada e, sob esse ponto de vista, a hermenêutica filosófica de Hans Georg-Gadamer serve de auxílio para o estudo do Direito e sua aplicação, pois revela uma condição dialógica e reflexiva em face da tradição. Sua crítica ao positivismo jurídico valoriza a interpretação judicial, destacando a necessidade de uma pré-compreensão como parte integrante do fenômeno da compreensão.

A reflexão desenvolvida por Gadamer (2015) ressalta a insuficiência da perspectiva tradicional do juiz como mero aplicador mecânico dos enunciados legais e se abstém de emitir qualquer intervenção valorativa, se contrapondo às pretensões positivistas.

O círculo hermenêutico demonstra, como seu fundamento e, diante da circularidade da interpretação, a viabilidade de serem aplicadas as normas já existentes aos atuais fatos sociais que se revelam conflituosos, ou, ainda, mais, possibilita que esses fatos sociais sejam convertidos em direito, sobretudo ao se ter em mente que a sociedade passa, frequentemente, por transformações e, transformações essas que podem ser consideradas verdadeiras quebras

de paradigmas.

Nesse sentido, observa-se que emerge da base teórica dessa circularidade hermenêutica, a concretude de fatos sociais que são transformados em normas, em direitos, decorrentes dos novos modos de vida e de conduta, como a instituição de direitos provenientes das reivindicações dos grupos minoritários.

Posto isso, relevante consignar que o reconhecimento de novos direitos, ainda que não constem do ordenamento jurídico vigente, não caracteriza a violação ao princípio da segurança jurídica, e, assim sendo, a adoção de métodos diferentes na aplicação do direito não pode ser caracterizada como insegurança, ainda mais diante do fato de que muitas vezes o mundo passa a ser visto de forma diferente em virtude dessa possível revisão do direito, em busca da dignidade humana.

Diante dessas considerações iniciais, a primeira parte deste trabalho aborda considerações acerca da hermenêutica e a sua contribuição para o direito. O segundo tópico diz respeito ao círculo hermenêutico e, a terceira parte trata de temas relacionados à hermenêutica, método e (in)segurança jurídica e, para a consecução deste trabalho foi adotada a pesquisa exploratória.

2. A HERMENÊUTICA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO

O Direito traduzido por um conjunto de leis e normas, por si só, como bem abordam Ribeiro e Braga (2008, p. 265), apenas trazem normas de conduta na sociedade e “implica o encontro de um Direito mudo, aplicado como a desconsiderar o sujeito que interpreta sem saber a que serve, a quem obedece”.

Partindo desse pressuposto, evidencia-se que a aplicação do Direito carece da Hermenêutica, decorrendo de um processo de criação do intérprete que depende do que ele chamou de pré-compreensão e que leva em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico.

É possível empreender um processo de interpretação do real através do compartilhamento da intersubjetividade, no qual a interpretação não é uma descrição por um observador "neutro", mas um processo dialógico, de modo crítico e reflexivo com a tradição.

A hermenêutica filosófica de Gadamer (2015) coloca a interpretação como o modo peculiar de ser do ser humano, sendo apresentada como ontologia com reivindicações de

universalidade, uma vez que a interpretação, juntamente com a compreensão, a linguagem, a tradição, o diálogo, dentre outros, participariam de todo relacionamento homem-mundo.

Na filosofia de Gadamer (2015), as questões históricas se unem à interpretação e pressupõem um indissociável liame entre hermenêutica e linguagem, de forma a evidenciar que o significado da norma varia em razão da interpretação.

A ética gadameriana considera a compreensão como interpretação, ou seja, todo entendimento de algo já é interpretação, então essa interpretação eleva-se à categoria universal do conhecimento humano.

A linguagem e a tradição histórica articulam a experiência humana de entendimento apresentado sob a forma de diálogo entre intérprete e texto, entre tempo e história em uma fusão horizontal de significado, possibilitando real e efetiva transformação na vida do intérprete devido à interpretação feita, objetivando um interesse geral.

Heidegger (2003) reivindica a hermenêutica em seu sentido mais original. Desta forma, para Heidegger, a hermenêutica permite revelar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta. Seguindo os ensinamentos de Heidegger, Gadamer concebe a hermenêutica em seu aspecto filosófico.

Gadamer (2015), em sua obra *Verdade e Método*, afirma que todo ser está inserido em uma tradição, ocupando uma certa posição que lhe delimita horizonte que é uma dimensão em que o homem compreende e ajuda a compreender-se a si mesmo. A fusão dos horizontes presente e futuro possibilita a compreensão. Nessa obra, a verdade é exposta como um acontecer, o qual já contém a tradição.

Segundo Soares (2019, p. 32), “na tradição escrita, o fenômeno linguístico adquire seu pleno significado hermenêutico” e, ainda que “a consciência que compreende pode deslocar e ampliar seu horizonte, enriquecendo seu próprio mundo com toda uma nova dimensão de profundidade”.

Toda compreensão deve partir de suas pré-compreensões para torná-la clara e colocá-la a prova. A compreensão nunca parte do zero. Por esta razão a hermenêutica não é somente um conjunto de regras para compreender melhor, uma metodologia de interpretação, com um método preciso.

O fenômeno da compreensão está marcado pela impressão da história e da temporalidade que toda consciência humana deve reconhecer em seu caráter histórico constitutivo. Uma hermenêutica que quer se adequada a seu objeto tem como tarefa esclarecer a realidade da história.

Para Gadamer (2015), o método não é o canal único e universal do conhecimento, nem da verdade. A pretensão de universalidade da metodologia científica é contestada, o ideal de método inicialmente discutido em Descartes está desatualizado.

A definição de método é complexa e pode sugerir certa gama de diferentes significados. Segundo Heidegger, método é uma palavra de raiz grega e que significa “*o caminho pelo qual sigo uma coisa*”. Contestar o absolutismo do método não significa rechaçar a racionalidade metodológica.

Desde quando a palavra hermenêutica se tornou conhecida alguns intérpretes a consideraram como uma nova doutrina de método. Gadamer (2015) não se propõe a explorar os fundamentos teóricos do trabalho das ciências do espírito com o fim de converter os conhecimentos adquiridos em práticas metodológicas. Não se concebe a hermenêutica como uma tecnologia da compreensão, como a ideia antiga de hermenêutica.

A hermenêutica contemporânea articula um processo decisivo de radicalização e universalização da compreensão na área epistemológica e ontológica, bem como a interpretação em campos filosóficos e históricos, reposicionando a categoria de significado como eixo especulativo.

A linguagem será considerada pela hermenêutica contemporânea como a condição de todo significado e serve como uma coleção de semelhanças e manifestações - das coisas e do significado que elas podem ter para nós.

Todo entendimento deve partir de seus pré-entendimentos, de seus "preconceitos". A compreensão nunca parte de zero. Por esse motivo, a hermenêutica não é apenas um conjunto de regras concebida para entender melhor uma metodologia de interpretação. A hermenêutica é antes, a radicalização da compreensão, como é feita por todos que entendem.

Aqui se torna importante, também, a análise que Dworkin (2010) faz no Capítulo IV do livro “A Justiça de Toga”. Nele é analisado o sentido de pluralismo que destaca a existência de múltiplos valores e a impossibilidade de realizar conjuntamente alguns deles. Isso representa um problema a ser enfrentado por qualquer sistema de valores ou teoria moral. As teorias monistas resolvem os conflitos derivados do pluralismo estabelecendo uma ordem fechada de prevalência de valores, uma hierarquia ou um valor supremo com relação com a qual se ordenam os demais valores. As teorias pluralistas, no entanto, aceitam as conseqüências que se derivam de negar que existam entre os valores uma hierarquia ou uma ordem em relação a um bem superior. Tais conseqüências se referem principalmente à existência de conflitos morais.

Dworkin (2010) acredita que existem diferentes teorias morais que podem influenciar o direito e a sociologia moral, a antropologia moral, psicologia moral, a própria moralidade, dependendo do seu entendimento pode ser parte de uma decisão tribunal.

O papel da moralidade estará sempre imerso no direito, seja dentro do positivismo jurídico ou como regras, mas, independentemente de tudo isso, a moral que Dworkin está falando pode legitimar direito fora dos estatutos, ligada à prática judicial.

Para Dworkin (2010), há um conceito mais amplo da lei moral, pois há casos em que os juízes não podem ser resolver com base na norma ou quando está em jogo fortes dilemas morais.

Nenhuma teoria moral pode fornecer uma base sólida para o raciocínio moral. Claro, que essa tese é em si é um julgamento moral de natureza teórica e global, uma vez que a questão de saber se algum argumento moral fornece uma base sólida para outra é em si uma questão moral. (DWORKIN, 2010, p.97)

Isso significa apenas que, mesmo quando ele aparece sobre a aplicação judicial da Constituição, o argumento moral é inerentemente aberto e controverso.

O que fica evidente da análise da obra de Dworkin é que valores podem facilmente entrar em conflito no íntimo de um único indivíduo. E disso não se conclui que alguns devam ser verdadeiros, e outros falsos.

Desde seus primeiros escritos, Dworkin sustentou a tese que existem respostas certas para todas as questões jurídicas, inclusive para aquelas que exigem a aplicação de princípios morais. Posteriormente, passou a defender a tese mais robusta de que os valores morais são objetivamente verdadeiros e que, por consequência, sempre é possível encontrar uma resposta certa também para os grandes dilemas morais.

Em defesa de sua tese de unidade do valor, Dworkin afirma explicitamente que “acredita na existência de verdades objetivas sobre os valores e que não se pode defender uma teoria da justiça sem defender também uma teoria da objetividade moral” (2010, p.8)

Dworkin afirma que a lei exige outras estruturas de pensamento muito mais fortes para entender todo o significado que nos dá o direito como um campo semântico complexo. Ele argumenta que a Constituição de um país como a regra suprema requer legisladores, juízes e outros, as pessoas dentro de uma "democracia associativa" (2010, p. 174-183)

Para Dworkin (2010) há palavras que não precisam de interpretação, mas outras, como o direito, a democracia, a justiça, são necessárias. A forma metodológica para ver a lei como um conceito interpretativo levará juízes para decisões não só com base em regras, mas com base em decisões políticas, uma vez que haverá casos em que a lei não é suficiente.

Assim o juiz terá que pesar situações diferentes para encontrar a resposta mais razoável. O juiz terá que fazer uso das regras de interpretação do direito à jurisprudência.

Para Alexy (2010) são argumentos que promoveram o neoconstitucionalismo local, onde os juízes desempenham um papel importante na criação do direito.

Outro ponto importante na referida obra de Dworkin trata-se da discussão sobre uma filosofia atual que não nega a realidade, mas a forma como a realidade é entendida pela linguagem. Ao colocar um exemplo, é mais fácil de entender a lei com regras claras de princípios abstratos e variáveis e, nesse sentido.

Os juristas muitas vezes quebram a cabeça e não concordam em relação ao que a lei exige em uma determinada situação, porque, embora eles compartilhem a idéia de que o direito tem algum alvo, tem-se diferentes explicações sobre o que é tal, de forma geral ou em relação a áreas específicas ou doutrinas ou regras legais (DWORKIN, 2010, p. 60).

Não se deve esquecer que para os “casos fáceis” teorias não são importantes, pois é a lei. Mas, para os casos difíceis, as teorias positivistas podem dar uma resposta, a constitucionalista outra, a jusnaturalista outra, as teorias da argumentação jurídica outra.

3. O CÍRCULO HERMENÊUTICO

É preciso atribuir a Heidegger (2003) o mérito de haver afirmado pela primeira vez de maneira explícita o sentido ontologicamente positivo do círculo que implica a compreensão. Gadamer (2015, p. 355) aponta que “a reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui prejaz um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo”.

Gadamer (2015) para determinar mais especificamente a estrutura do entendimento, insiste no caráter circular da compreensão, o famoso círculo hermenêutico. Esse caráter de entendimento foi evidenciado pelos teólogos reformadores e formulados explicitamente pela hermenêutica romântica. No entanto, sua origem remonta à retórica grega antiga. Neste relacionamento circular, o significado antecipado de um todo é entendido através de suas partes, mas é à luz do todo que as partes mostram sua função esclarecedora. (ORAÁ, 1997).

O círculo hermenêutico acontece no momento em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto a passo que o próprio objeto, no

desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete. (PEREIRA, 2001).

Segundo Ribeiro e Braga (2008, p. 274):

O horizonte do intérprete envolve necessariamente pré-conceitos e esses se defrontam constantemente com novos espaços de compreensão. Desse confronto, o pré-conceito retorna ao intérprete já modificado. Ressalte-se que o círculo hermenêutico é fecundo à criticidade, pois considera que o texto pode trazer elementos que ponham à prova os pré-juízos do intérprete.

Em geral, mesmo antes de entendermos algo de uma frase, passamos por uma certa estrutura anterior que guia e determina a compreensão. A dinâmica abrangente é dirigida por um sentido global que temos como foco e é motivada pelas relações oferecidas em um contexto anterior.

Para ser autêntica, a interpretação deve ser direcionada às próprias coisas. É a natureza circular do entendimento que permite a realização desse objetivo. De fato, entender o que surge lá, na minha frente, significa preparar um primeiro projeto que será corrigido ou revisado conforme avançar a interpretação. (STEIN, 2002)

Gadamer insiste no fato de que o círculo hermenêutico não deve ser concebido de maneira puramente formal, nem de um ponto de vista subjetivo, nem de um ponto de vista objetivo. Ao contrário, exerce uma dialética efetiva dentro desse espaço estabelecido entre o texto e aquele que o compreende. O intérprete se torna um mediador constituinte entre o texto e a totalidade que o texto implica.

Gadamer (2015) enfatiza que "capturar" algo que foi dito não significa "aprová-lo de fato". Na verdade, existem dois movimentos diferentes cuja distinção deve ser mantida: o movimento de aceitação, que é mais do que uma "compreensão" puro e simples, ele já determina o significado específico da captura em si.

Observa-se, desde o imperativo categórico de Immanuel Kant, em 1788, que as normas legisladoras devem ter como fim a preservação da dignidade humana, do respeito e, também, o fato de que o dever não está vinculado a um conteúdo imutável.

A ideia kantiana de Direito está relacionada com a Justiça e, logo, com aquilo que é considerado justo, estando devidamente estabelecida a distinção entre direito natural e positivo. O direito natural refere-se ao imperativo categórico do Direito e trata dos princípios *a priori*, e o segundo, o direito originário do legislador. E, nesse aspecto, Kant (2013, p. 105) ensina que:

O poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo. Visto, com efeito,

que dele deve proceder todo direito, ele não deve por meio de sua lei *poder* fazer injustiça a ninguém, Ora, se alguém decreta algo contra um *outro*, é sempre possível que, com isso, cometa injustiça contra ele, mas nunca aquilo que decide sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*). Somente a vontade concordante e unificada de todos, portanto, na medida em que cada um decida a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um, isto é a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora.

Nesse sentido, importante ponderar que o conceito de justo surge a partir do direito natural, daquilo que vem antes da norma positivada. Conforme comenta Weber (2013, p. 41), “não se pode partir do que é para o que deve ser”. E Kant (2013, p. 118) afirma que “se perece a justiça, então não tem mais qualquer valor que os homens vivam sobre a Terra”.

Ademais, o direito positivo normatiza determinado assunto num espaço de tempo de lugar, não trazendo os conceitos de justo e justiça, os quais surgem antes, derivam do direito natural, da razão, e não da experiência. Para Kant, apenas a razão (possui validade apriorística) pode subsidiar a legislação positiva, evidenciando a incapacidade da norma jurídica em conceber a justiça.

Uma ação está conforme o direito quando permite que a liberdade de cada um coexista com a liberdade de todos segundo uma lei universal, cabendo a todo homem em virtude de sua sociedade (KANT, 2013). E, dentro das lições de ética propostas por Kant, não existe nada mais sagrado do que o direito ao próximo, o que, nesse contexto, consagra uma ação como justa.

E, partindo desse dever no campo ético, a liberdade passa a atuar como um princípio regulador no âmbito do Direito, o qual se refere a uma lei permissiva a favor de cada um, não obrigando que as pessoas tenham condutas positivas em relação aos demais, em respeito à mesma liberdade que cada um possui.

De acordo com os preceitos de Kant, em toda legislação são identificados dois elementos; o primeiro deles, uma lei que representa, de modo objetivo, como necessária a uma ação que deve ocorrer, tornando a ação um dever e, o outro elemento refere-se a uma vontade (móbil) “que conecta subjetivamente o fundamento de determinação do arbítrio para esta ação à representação da lei (KANT, 2013, p. 25).

A lei moral se expressa em nós como um imperativo categórico, considerado como sendo, “basicamente, um procedimento de verificação da viabilidade moral de nossas ações” (STOBBE; TREVISAN, 2018, p. 358).

Do exposto, percebe-se que os ensinamentos de Kant são mais atuais do que nunca, daí porque muitos autores evidenciam a necessidade de resgatá-los, a exemplo de Barretto (2013, p. 41):

A importância da recuperação da tradição Kantiana torna-se tanto mais urgente quanto o esvaziamento da perspectiva positivista, no contexto da cultura tecnocientífica moderna, exige a construção de um novo paradigma teórico na teoria do direito, que responda de forma consequente às exigências de legitimidade da ordem jurídica do estado democrático de direito.

O círculo hermenêutico considera que o texto pode trazer elementos que contestem os pré-juízos do intérprete, culminando no encontro entre a tradição do intérprete e do texto, ocasião em que, em decorrência da fusão de horizontes, os pré-conceitos não são os mesmos, pois se modificam no processo de compreensão (GADAMER, 2015; RIBEIRO; BRAGA, 2018).

Ponciano e Lima (2018) registram que o grande papel da hermenêutica na atualidade é o de permitir a normatização dos fatos sociais, com a reformulação de conceitos, objetivando a convivência harmoniosa diante da diversidade existente na sociedade.

E, ao tratar de diversidade, importante deixar claro que ela sempre existiu, em menor ou maior intensidade, dependendo “apenas” da “predisposição social” e, por que não, judicial, em reconhecê-la e, não apenas tolerá-la, como muitos acreditam.

4. HERMENÊUTICA, MÉTODO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Os fatos sociais consagram novos direitos, os grupos minoritários não se conformam em viverem à margem da sociedade. Inclusive a luta pela diversidade tem tido muito adeptos, espaços passam a ser conquistados e não mais impostos, tampouco objeto incessante de lutas. No entanto, é certo que a convivência harmoniosa frente às diversidades, às situações de conflito ainda não é totalmente perceptível, principalmente por aqueles que simplesmente buscam “tolerar” as situações, sem se preocuparem com a essência, com os fatos a priori que propiciaram a existência de determinada discriminação.

Como referido no tópico anterior, o círculo hermenêutico possibilita a instituição de determinada segurança normativa àqueles fatos sociais que passaram a ser caracterizados como novos direitos. Nesse sentido, tem se pautado algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao citar, na decisão que reconheceu e qualificou a união homoafetiva como entidade familiar, que se apoiava em “valiosa hermenêutica construtiva”.

A busca pela incansável “segurança” nas decisões judiciais tem demonstrado, em

nome do “mínimo de dor possível” e por meio de ações imobilizadoras por parte dos intérpretes, a consecução das “mais imperdoáveis injustiças” (RIBEIRO; BRAGA, p. 271, 2008).

A hermenêutica, após Gadamer (2015), passou a demonstrar que não existia mais uma interpretação que fosse soberana e, diante disso, o intérprete não poderia impor ao texto a sua pré-compreensão, mas sim confrontá-las, por meio de um posicionamento crítico frente às possibilidades razoáveis dentro de um determinado contexto, até mesmo porque, antes da interpretação, busca-se a compreensão (pré-compreensão).

Para Hart (1985), a aplicação da teoria literal torna o juiz um autômato, culminando na prática do estrito formalismo. Com essa conduta, revela-se praticamente impossível a inclusão de direitos vigentes e futuros que ainda não foram normatizados. Por outro lado, para alguns, essa conduta possui “virtudes”, como a previsibilidade e a segurança jurídica.

Como bem pontuam Ribeiro e Braga (2008, p. 270) “a via do automatismo exegético ou silogismo dedutivo implica a desvalorização da atividade judicante, de que o conceptualismo apartado da vida é contraparte”.

Ainda, para muitos, a adoção de técnicas interpretativas promove a tão “aclamada segurança jurídica”, pois acreditam que orientam o intérprete, evitando, assim, as convicções teóricas individuais (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 270). No entanto, como registra Camargo (2003), os critérios de interpretação não aferem objetividade à interpretação legislativa. E, até mesmo nas demandas repetitivas, deve o Poder Judiciário atentar-se para as mudanças sociais, a fim de perceber o momento que não mais será possível reproduzir automaticamente as sentenças.

O princípio do estrito formalismo deve possuir limitações, pois as versões mais clássicas do positivismo jurídico não admitiriam, conforme Bueno (2010, p. 281):

A concepção de normas jurídicas com textura aberta (*open texture*), cujo preenchimento dependa da intervenção de um poder discricionário parcialmente informado pelo âmbito da moralidade compreendida no ordenamento jurídico e pela sociedade que compartilha uma determinada perspectiva da moralidade.

As “virtudes” acima citadas e o mencionado formalismo têm cedido lugar, mesmo que ainda timidamente, a um intérprete não apenas da “norma”, mas também dos “fatos sociais”, dos “novos direitos”. No entanto isso não significa o abandono ao conceito de tradição proposto por Gadamer (2015), até mesmo porque, para ele, a hermenêutica não se trata apenas

de um procedimento voltado à compreensão, mas busca esclarecer a partir de quais condições surge a compreensão.

O direito positivo, aparentemente, perdeu a base, a referência que deveria ter do direito natural, que foi o móbil para a sua concretização. A legitimação de direitos, que deveriam ser inerentes, está cada vez mais distante do ser humano.

A liberdade de agir (interna e externamente), a autonomia da vontade, não têm caminhado lado a lado com a efetiva manifestação da moralidade, seja pela ineficácia dos regimes jurídicos legítimos, seja pela forma arbitrária com que se exige o cumprimento de um dever.

É certo que as leis existem para ser cumpridas, o fato é muitas delas caem em um formalismo vazio, inócuo, o que impossibilita, diante das divergentes manifestações de autonomia, que o legislador universal, efetivamente siga a lei moral.

Na concepção Kantiana, o princípio da autonomia (explica como todos aceitam o imperativo categórico) tem a finalidade de propor normas válidas, que possam ser necessárias de modo universal. Nesse aspecto, a ordem moral e jurídica deve coexistir sob fundamentos éticos, observando-se a necessidade de pensar no outro como sendo uma “pessoa ideal”.

A hermenêutica, sob a ótica gadameriana, não é uma questão de método, sendo o método usado como questão. Porém, em momento algum é descartada a importância do desenvolvimento científico, o que se demonstra é que por meio do método não será revelada uma “nova verdade”.

Para Streck (2003), a dogmática interpretativa não é capaz de atender as peculiaridades das demandas provenientes de uma sociedade complexa e repleta de conflitos, que protesta por novos posicionamentos dos operadores do Direito diante, sobretudo, do crescimento dos direitos transindividuais.

Se os novos direitos dependessem sempre de norma regulamentadora para a sua vigência e materialidade, de fato ocorreria uma “inflação legislativa”. Não se trata aqui da desnecessidade de previsão legal dos fatos, das condutas, mas sim da possibilidade de se garantir direitos, de semear respeito, integridade e, acima de tudo, dignidade.

A despeito de um “novo juiz”, Miranda e Carneiro Júnior (2014, p. 94) consignam que:

é aquele que realiza o direito no momento em que soluciona as controvérsias, haja vista que legislador não é quem primeiro ditou quaisquer normas jurídicas e sim, aquele quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las, prerrogativa que potencializa a norma jurídica que não veicula comandos precisos, se apresentando como fórmulas abertas, que servem de ponto de partida para que o julgador construa

a decisão que repute justa em cada ocasião hermenêutica.

Conforme Ribeiro e Braga (2008, p. 267-268), a hermenêutica jurídica crítica compreende que “a hermenêutica é um processo de interpretação somado à criação, no qual o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo”.

Vê-se que as opiniões dos intérpretes não são mais formadas como antes, o que possibilita a “inovação”, ou melhor, a esperança de uma condição humana melhor, pois, por vezes, essa inovação que nada mais é que a garantias de direitos.

5. CONCLUSÃO

O Direito não se restringe aos conteúdos das leis e dos códigos e, além disso, ultimamente, o amparo dos fatos sociais no ordenamento jurídico tem passado por constantes evoluções, o que demonstra a necessidade de (re)pensar o modo como é aplicado o Direito, haja vista que a busca do direito apenas nas normas ignora o sujeito, a quem se é aplicada determinada norma.

A hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito e, posto isso, depreende-se que o Direito depende da mediação hermenêutica, envolvendo a linguagem, a interpretação, sempre levando em consideração que o intérprete não dispõe de verdades e, justamente por isso, carece do processo hermenêutico.

Partindo-se do critério objetivo da moralidade, do imperativo categórico da Kant, o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo e a compreensão da essência humana não se limita à vontade da lei (que não é uníssona) ou do legislador e, tampouco a ela se vincula.

Sabe-se que em muitas situações as normas surgem em decorrência da necessidade de resguardar valores. No entanto, a origem do valor-norma não promove a aplicação do Direito de modo justo e, além do mais, o Direito exige um constante interpretar, até mesmo diante da existência de culturas e saberes locais.

Por meio do círculo hermenêutico, os novos direitos podem ser concretizados pelo posicionamento do intérprete vinculado aos fatos que são transmitidos, não mais em relação às interpretações subjetivas, apesar de ainda hoje coexistirem em grande parte das relações

sociais.

A hermenêutica permeia toda a nossa existência e relações e a resistência às novas ideias não podem ser um obstáculo para a aplicação do Direito a novas situações e, como já referido, os textos legislativos não são os únicos que “carregam” o conteúdo do Direito para regular a vida em sociedade.

A hermenêutica não é uma questão de método, pois, por meio dele, não se revela uma nova possibilidade de verdade por meio da interpretação. Ainda, importante considerar o fato de que o método, diversas vezes, pode ir de encontro àquilo que é justo e esperado como resultado.

A caracterização ontológica nas decisões não fere o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando o magistrado, ao compreender e, em seguida, interpretar, consegue trazer as suas pré-compreensões, transformando em fundamento para aquele caso em questão. Ademais, resultados distintos não implicam em ausência de segurança jurídica.

Mas é evidente que ainda muitos preferem a “certeza” em adotar meios que proporcionarão a “segurança jurídica”, desconsiderando que o intérprete é um produto da linguagem social e que o novo apenas está se distanciando daquilo que já se tornou insustentável.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. 2ª ed. rev. e ampl., Livraria do Advogado Editora, 2013.

BUENO, Roberto. *Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito*. Revista de Informação Legislativa, p. 275-290, a. 47, n. 186, abr./jun., 2010. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/186/ril_v47_n186_p275.pdf>. Acesso em 28/10/2019.

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

- DWORKIN, Ronald. *Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HART, Herbert L. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford, 1985.
- HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins (primeira parte) e de Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof (segunda parte). Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2013.
- MIRANDA, André Paoin; CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. *O Ativismo Judicial como mecanismo efetivo da hermenêutica jurídica constitucional no moderno Estado Democrático de Direito*. Revista Jurídica UNIGRAN, v. 16, n. 31, p. 87-100, jan./jun., Dourados, 2014.
- ORAÁ, José María Aguirre. Hans-Georg Gadamer: La Alternativa “Ontológica” Hermenêutica. In: Cuadernos de Investigación Histórica. Espanha: Universidad de La Rioja, 1997.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 1ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001.
- PONCIANO, José Eleomá de Vasconcelos Ponciano; LIMA, Renata Albuquerque. *Novos Direitos: Evolução dos Fatos Sociais e Aplicação do Círculo Hermenêutico*. XXVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/34q12098/75q1r7sq/S65uU0EnB5DU1uq1.pdf>>, Porto Alegre, 2018. Acesso em: 31/10/2019.
- RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. *A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Revista de Informação Legislativa, a. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar., Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_di_reito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf>, 2008. Acesso em: 15/11/2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019.

STEIN, Ernildo. *A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica*. Folha de São Paulo, São Paulo, 2002.

STOBBE, Emanuel Lanzini; TREVISAN, Leonardo Simchen. O conceito de Direito em Immanuel Kant: Positivismo Radical ou Não Positivismo Superinclusivo? *Revista de Filosofia*, v. 17, n. 1, p. 354-376, junho, Amargosa, Bahia, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 5, n. 1, p. 38-47, janeiro-junho, 2013.