

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescentarem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL - DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

THEORY OF JUDICIAL DECISION - THE TRADITIONAL METHODS OF INTERPRETATION TO THE PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS

Shary Kalinka Ramalho Sanches

Resumo

As discussões filosóficas ocorridas no século XX sobre a hermenêutica jurídica não chegaram ao Brasil senão após o advento da Constituição de 1988. Até então, rara exceção, o que se verificava era o debate sobre os métodos clássicos de interpretação em Savigny e Ihering. O ideal de garantismo dos novos direitos conquistados pela recente Carta fez com que, paulatinamente, novos debates fossem incorporados ao cenário nacional ampliando os horizontes paradigmáticos. Como pesquisa bibliográfica, terá como fonte referencial doutrinas nacional e alienígena sendo seu objetivo percorrer o caminho teórico desde os cânones clássicos de interpretação em Emilio Betti até a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Classifica-se como uma pesquisa qualitativa- exploratória na medida em que persegue o aprofundamento na hermenêutica ocidental desde o século XIX até o Brasil contemporâneo, organizando conceitos e períodos de forma a promover uma maior familiaridade com o recorte temático.

Palavras-chave: Teoria da decisão, Metodologia da ciência do direito, Interpretação jurídica, Hermenêutica filosófica.

Abstract/Resumen/Résumé

The philosophical discussions that took place in the twentieth century on the legal interpretation not arrived in Brazil until after the advent of the Constitution of 1988. Until then, rare exception, what was occurring was the debate on the classic interpretation methods in Savigny and Ihering. The ideal of garantismo of new rights conquered by the recent Charter made gradually, further discussions were incorporated into the national scene expanding the paradigmatic horizons. As literature, will have as a reference source national and alien doctrines and your goal go the theoretical path from traditional interpretation canons in Emilio Betti to the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer. Is classified as an exploratory research qualitatively as chasing deepening in Western hermeneutics since the nineteenth century to the contemporary Brazil, organizing concepts and periods in order to promote greater familiarity with the thematic focus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decision theory, Methodology of the science of law, Legal interpretation, Philosophical hermeneutics.

Introdução

No Brasil, as discussões sobre os métodos da Ciência do Direito e da decisão judicial não acompanharam os movimentos jusfilosóficos do século XX. A metódica da Ciência Jurídica em nosso país em regra confunde-se com a própria hermenêutica jurídica, valorizando o problema da interpretação e se distanciando da preocupação dogma- sistemática e científica (própria das escolas sobre os métodos jurídicos). O estudo sobre a hermenêutica do Direito fixou-se nos métodos clássicos novecentistas de interpretação sem incorporar o intenso debate filosófico empreendido na Europa e nos Estados Unidos. Esse cenário começa a mudar após a promulgação da Carta de 1988.

A palavra hermenêutica vem da figura do semi-deus Hermes; este tinha a função de traduzir para a linguagem dos homens as mensagens dos deuses. Assim, áreas como Direito e Teologia preocuparam-se em melhor reproduzir a vontade de quem legislou. Já no romantismo, Friedrich Schleiermacher não aceitou a divisão estanque das regras e métodos de interpretação para cada área específica (jurídica, a teológica, filosófica, etc) e empreendeu desenvolver uma compreensão em geral – com ele a hermenêutica toma um caráter de universalidade através do método que passa a ser circular, isto é, o intérprete desloca-se da compreensão do todo para a parte e vice-versa - é o chamado círculo hermenêutico. Almejava a compreensão exata daquilo que o autor do texto quis dizer, aos moldes da figura de Hermes.

Mas é Martin Heidegger quem abandona a dicotomia kantiana sujeito- objeto e escolhe o homem como ponto central: antes a interpretação, que era puramente de textos, passa a ser agora também de outro objeto – a faticidade, ou seja, do homem histórico.

No Direito, em virtude das inovações metodológicas oferecidas principalmente por Schleiermacher e Heidegger, a Jurisprudência dos Conceitos (XIX) de Georg Friedrich Puchta começa a perder espaço para a Jurisprudência dos Interesses de Philipp Heck e posteriormente para a Jurisprudência dos Valores de Harry Westermann.

Heck propôs uma Ciência Jurídica pragmática (aos moldes de Ihering da 2ª. fase) com vistas a satisfazer as necessidades da vida das pessoas. Westermann, ao aperfeiçoar o significado da palavra interesse, segue rumo à realização de valores legais e supralegais.

No Brasil, porém, a Jurisprudência dos Conceitos não perdeu espaço e se firmou nos cânones tradicionais de Savigny e Ihering pelas mãos de Emilio Betti que, como neokantista,

avançou rumo à lógica e se fixou na idéia de sistema jurídico escalonado e de interpretação por subsunção.

Em contrapartida, na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (descrita em Verdade e Método, de 1960) a interpretação não reproduz o sentido da lei mas produz este sentido; aqui o intérprete não pode livremente escolher o Direito que irá criar mas está preso à linguagem e à sua própria historicidade que condicionam a pré-compreensão. É uma hermenêutica de orientação ontológica na qual a compreensão aparece como modo peculiar de existência do ser; preocupa-se com o que compreendemos e não com uma perspectiva que possa orientar a interpretação.

Esta pesquisa é bibliográfica e tem como objetivo percorrer o caminho teórico desde os cânones clássicos de interpretação em Emilio Betti, passando pelo giro- ontológico de Martin Heidegger finalizando na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. É qualitativa- exploratória na medida em que persegue o aprofundamento na hermenêutica ocidental desde o século XIX até o Brasil contemporâneo, organizando conceitos e períodos de forma a promover uma maior familiaridade com o recorte temático.

Breves anotações sobre a Metodologia da Ciência do Direito – seus métodos em busca da melhor decisão

Após o renascimento, o método é, em regra, o centro das discussões filosóficas e científicas. Os pesquisadores das ciências naturais, exatas ou espirituais organizam e traçam linhas condutoras que os levem, com maior segurança possível, ao resultado final. Em geral, tem sido aceito que o conhecimento extraído por rigoroso pensamento metodológico, encadeado por técnicas, tem maior perfeição do que aquele evidenciado pelo senso comum.

Karl Larenz explica que a metodologia da ciência é a própria reflexão que ela faz de suas atividades a partir das perguntas que estabelece. Para alcançar as respostas corretas, os métodos vão sendo desenvolvidos, alterados ou aperfeiçoados (2009).

O que se entende por método também sofre variações: Heidegger explica que essa é uma palavra que em grego significa um caminho pelo qual se segue. Gadamer a define como um deslocar rumo ao conhecimento, concordando com René Descartes que, na modernidade

filosófica, mudou completamente o sentido do vocábulo agregando a ele a idéia de certeza do conhecimento - desde que fosse obtido através de um pensamento organizado e estratégico. Ainda sobre a contribuição cartesiana, Gadamer explica que “Em verdade, a palavra método soa muito bem em grego. Todavia, enquanto uma palavra estrangeira moderna, ela designa algo diverso, a saber, um instrumento para todo o conhecimento, tal como Descartes a denominou em seu *Discurso do método*”. E continua: “Enquanto um termo grego, a palavra tem multiplicidade, com a qual se penetra em uma região de objetos, por exemplo, enquanto mestre de obras ou enquanto alguém que filosofa sobre ética”.

Uma das teorias mais conhecidas sobre o método é a Filosofia da Ciência apresentada por Thomas Kuhn. Este propõe que a evolução da ciência ocorre por suplantação de paradigma como elemento metodológico no qual as realizações científicas são universalmente aceitas por um período de tempo fornecendo problemas e soluções para uma comunidade de cientistas, como um conjunto de expectativas prévias. Na teoria Kuhniana, deve haver a superação de um paradigma por outro, e não continuidade entre eles; a ciência tradicional postulava que o seu progresso se dava de modo cumulativo; Kuhn propõe um modelo de ruptura. Exemplo seria a teoria de Ptolomeu (a terra como centro do nosso mundo) substituída pela teoria de Copérnico (o sol como centro).

No Direito, um grande marco no método de investigação e interpretação ocorreu em França do início de século XIX. Napoleão Bonaparte empreende uma contra-revolução política e como meio de fixar e fortalecer o seu governo limitou a atuação do juiz à atividade técnica de mera boca da lei, proibindo toda e qualquer atividade de interpretação criativa do Direito – o ofício do magistrado resumia-se a aplicar rigorosamente o que estava escrito na lei sem empreender a atualização dos sentidos dogmáticos ou uma interpretação voltada às questões históricas, sociais, teleológicas ou de outra natureza. A legislação napoleônica tem como maior representante o Código Civil de 1804, um monumento ao direito privado e à manutenção dos privilégios da classe dominante¹.

Esse período é denominado escola de exegese, período no qual a codificação vigente é legitimada somente pelo trabalho do Poder Legislativo; toda possível contribuição da doutrina estava descartada. O múnus dos juízes foi marcado pela absoluta obediência e deferência ao texto normativo chegando-se a haver equiparação entre texto codificado e

¹ Com excessivo zelo ao direito de propriedade, ao direito obrigacional e aos direitos individuais.

Direito. A decisão é obtida a partir de um raciocínio silogístico que apenas esclarece o conteúdo normativo.

Na Alemanha deste período outro movimento está-se firmando – é a produção dos doutrinadores que, ao contrário da França, encontram solo fértil para estruturação doutrinária - conceitual do Direito. É a chamada escola histórica, amplamente influenciada pelo romantismo e que definia o Direito como uma construção histórica do povo e não como uma solitária produção legislativa, opondo-se inclusive ao modelo iluminista (que declinava à razão e à essência das coisas a origem do Direito). Insere-se o aspecto temporal e de realidade na positividade do Direito, que nesta perspectiva torna-se algo dinâmico. Seu maior representante é Saviny, que estruturou os métodos de interpretação no campo jurídico levando em conta toda a sua carga histórica (com os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático).

Posteriormente, ainda na Alemanha e por forte influência da escola histórica, Puchta desenvolve a jurisprudência dos conceitos (pandectismo) que seria, resguardadas proporções, o equivalente alemão ao movimento exegeta francês. É uma volta à equiparação do Direito ao seu conteúdo textual e à função única do juiz de esclarecer o sentido da lei. A idéia de sistema jurídico é retomada; os conceitos são dispostos nas compilações legais de modo a que a anterior explica a posterior numa sucessão organizada; é utilizado um sistema de natureza piramidal, de estrutura lógica, no qual na ponta encontra-se o conceito mais amplo (um exemplo da acentuada influência desta escola no Brasil são nossos Códigos Civis).

Até aqui tais movimentos tinham suas raízes na filosofia (seja na filosofia racionalista do século XVII e XVIII ou no historicismo); mas a partir do início do século XX a inspiração será sociológica (influenciada pelo positivismo científico que predominou na segunda metade do século XIX) (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2014) .

Na década de 1930, Heck inaugura a jurisprudência dos interesses. Segundo ele mesmo afirma, se inspirou na teoria da jurisprudência pragmática de Ihering da 2ª. fase, que acreditava ser o Direito uma ciência prática voltada à auxiliar os juízes na árdua tarefa de decidir. A jurisprudência dos interesses tem como premissa a interpretação que persegue a finalidade do Direito, ou seja, a que tem em conta os interesses sociais e a satisfação das necessidades da vida; metodologicamente é a busca teleológica apresentada por Ihering.

É neste movimento que Heck sugere pela primeira vez o princípio da ponderação como tentativa da norma jurídica de harmonizar os interesses opostos insertos na sociedade.

Esse princípio firmou-se após a Segunda Grande Guerra no Tribunal Constitucional Federal Alemão, que se posicionou em muitos momentos no sentido de que a Carta Fundamental continha um rol de valores abastecidos pelos princípios fundamentais. Na prática, porém, esses valores podiam confrontar-se uns com os outros estabelecendo forças contrárias. Como os valores eram de estatura constitucional, dever-se-ia seguir um procedimento para definir no caso concreto qual deles teria maior força. Esse procedimento é a ponderação na qual o Tribunal inferia a solução utilizando dos critérios de proporcionalidade.

Porém, nas décadas seguintes, muitos partidários da jurisprudência dos interesses observaram uma deficiência no conceito de interesse. Não havia uma delimitação exata deste conceito: ora era entendido como a causa que motivou a legislação da norma, ora como o objeto valorado pelo legislador e ora ainda como a própria razão motivadora. Um destes partidários foi Westermann que estabeleceu um conceito límpido para o vocábulo recortando-o como os corolários da idéia de justiça, como um conjunto de valores legais.

Na esteira destes movimentos, após a Segunda Grande Guerra, uma nova corrente nasce: a preocupação central não é mais o legislador nem a produção doutrinária. O foco passa para a própria decisão, ou seja, para a atividade jurisdicional. Há a perda das certezas jurídicas e surge a convicção de que o Direito tem finalidade diretamente relacionada com a realização dos valores constitucionais na sociedade.

Na Alemanha, essa corrente foi amplamente aceita. Com o término dos conflitos da Segunda Guerra, o país recebeu dos aliados uma nova Carta Constitucional; mas em virtude do princípio da aplicação da lei vigente à época do fato, o Tribunal Constitucional viu-se obrigado a continuar aplicando a lei nazista para fatos ocorridos àquela época. Para evitar a perpetuação desta lei assim como para inaugurar a existência de valores supremos num ordenamento que até então havia sido positivista ao extremo, o Tribunal Constitucional daquele país trabalhou em busca da concretização do ideal de justiça utilizando como instrumental o nascimento dos princípios constitucionais que em si eram a evidenciação da existência de valores humanos e sociais a serem concretizados. A textura aberta da novel Carta colaborou nesta tarefa.

O conhecimento e a hermenêutica no Direito

A proposta central da teoria da decisão é a garantia mínima de objetividade na interpretação dos textos jurídicos e a tentativa de afastar a subjetividade do intérprete; por isso, a reflexão de como se decide na seara jurídica envolve também a teoria do conhecimento e em busca da realização do Direito pode-se dizer que a metodologia jurídica é o próprio *logos*² (razão, pensamento, racionalidade) do método pelo qual esse fim será alcançado.

Castanheira Neves declara essencial a busca por esta realização:

Com efeito, na actual situação problemática da realização do direito, a prática judicativo-decisória não poderá ser mero *objectivo* de uma ideal construção metódica, nem simples *objeto* de uma ideal construção metódica, nem simples *objecto* de uma analítica descrição, impõe-se antes como *problema* para uma orientadora reflexão crítica. E, nestes termos, a metodologia jurídica não se proporá nem construir sem mais um método, nem simplesmente conhecer o método praticado, mas refletir o problema da realização do direito (no seu sentido, nos seus pressupostos, nas suas intenções) para criticamente (racional-fundadamente) a orientar no seu juízo decisório (1993, p.15).

Mas a prática do Direito em sua etapa decisional precisa de alguns aportes teóricos que estruturam o modo como esta decisão será proferida. Em relação ao conhecimento, inúmeros autores e teorias fizeram parte do pensamento filosófico-jurídico desde a filosofia clássica grega. Num período mais recente, pode-se iniciar essa linha do tempo com Kepler, Descartes e Galileu para os quais a base de todo o saber encontrava-se no objeto. Porém para Kant no objeto não está a resposta para o conhecimento: as tentativas em encontrar respostas seguras na metafísica³ devem ser postas de lado; ou seja, não é fidedigno o conhecimento apenas com base nos objetos mas sim envolvendo também os conceitos *a priori* deste mesmo objeto. Kant também avança nas teorias apresentadas desde os antigos gregos, para os quais existiam duas respostas contrárias entre si para a origem e a possibilidade do conhecimento: o racionalismo e o empirismo. O racionalismo tem suas fundações em Platão⁴ para quem o verdadeiro saber não está no mundo sensível⁵ (pois este se encontra em constante mutação) mas está no mundo das idéias (que existe objetivamente, independente do homem); já o empirismo revela-se em Aristóteles, para quem o que está no intelecto antes está nos órgãos dos sentidos (SILVEIRA, 2002).

² No sentido de condutor e de fundamento regulativo, determinante.

³ A metafísica tem a tradição do dualismo.

⁴ O racionalismo moderno inicia com René Descartes.

⁵ Mundo percebido pelos cinco sentidos.

Para Kant, nem o empirismo inglês nem o racionalismo continental explicavam satisfatoriamente a ciência; ele aceita que de fato o conhecimento se funda na experiência, na observação empírica, mas adverte que esta nunca ocorre com neutralidade porque a ela são impostas formas *a priori* da cognição humana (sensibilidade e entendimento) (SILVEIRA, 2002)

Em Crítica da Razão Pura Kant explica que:

Não se pode duvidar de que todos os nossos conhecimentos começam com a experiência, porque, com efeito, como haveria de exercitar-se a faculdade de se conhecer, se não fosse pelos objetos que, excitando os nossos sentidos, de uma parte, produzem por si mesmos representações, e de outra parte, impulsionam a nossa inteligência a compará-los entre si, a reuni-los ou separá-los, e deste modo à elaboração da matéria informe das impressões sensíveis para esse conhecimento das coisas que se denomina experiência? No tempo, pois, nenhum conhecimento precede a experiência, todos começam por ela (s/d, p.3).

Os autores chamados neokantianos mudam esta rota transcendental original e seguem rumo à lógica e à dialética. O idealismo crítico passa a ser um idealismo absoluto. Dentre eles está Emilio Betti que molda uma hermenêutica de essência objetivista. Pode-se afirmar que a sua obra afetou direta e profundamente os estudos e a compreensão da hermenêutica no Brasil (STRECK, 2011).

Sua abordagem é objetivo- idealista e o processo de interpretação é triplo no qual são encontrados a mente que criou, o objeto criado e a mente que interpreta; o projeto hermenêutico bettiano separa a atribuição do sentido e a interpretação: o primeiro é o ato pelo qual o autor incorpora o significado (questão original de sentido) e a segunda é um reconhecimento e uma reconstrução do significado que o autor incorporou; a atividade de interpretação tem início quando o sujeito encontra-se com formas perceptíveis (nas quais outras mentes se objetivaram) sendo que esta atividade significativa é uma condição para a compreensão do sentido do objeto; por ser axiológica, retrata um valor absoluto do objeto, que contém validade em si mesmo, ou seja, uma existência ideal (STRECK, 2011). O intérprete tem uma postura de humildade que despoja de si para ter a compreensão da expressão do criador, externada por forma representativa. É a busca por conhecer a vontade do legislador.

Essa hermenêutica clássica opera a interpretação por camadas da seguinte forma: o sujeito que interpreta o faz analisando e compreendendo primeiro o objeto (letra da lei) utilizando-se dos cânones hermenêuticos clássicos para somente depois aplicá-lo ao caso concreto.

O pensamento do idealista Betti⁶ impregnou a própria dogmática jurídica brasileira que almeja no processo de interpretação não somente a revelação como a realização do sentido atribuído pelo autor; e como Betti é normativista, ele defende os valores do criador da norma (legislador) respeitando absolutamente a sua vontade (STRECK, 2011).

No Brasil, pensa-se e se opera, em geral, o processo de interpretação como um instrumental que possibilita alcançar a vontade do legislador, a vontade da norma jurídica ou o sentido da lei. As técnicas de interpretação de Savigny e Ihering são aceitas como eficientes e suficientes para o conhecimento científico do Direito.

Streck (2011), utilizando-se de autores como Luis Alberto Warat, Nilo Bairros de Brum e Eros Roberto Grau compila as seguintes conclusões refutando esses modelos tradicionais: que estes métodos sempre ocultaram um compromisso com a prática judicial e que funcionam como um “álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”⁷; que “apresentados como caminhos neutros que levam à verdade, nada mais são os métodos e teorias de interpretação jurídica que sendas que apontam aos valores. Constituem procedimentos partilhados por um setor social especializado na resolução de problemas concretos, mas implicam, também, a tomada de posições políticas [...]”⁸; que a inexistência de regras que ordenem e hierarquizem o uso dos métodos faz com que haja arbitrariedade em sua utilização e funcionam como justificativa para legitimar o resultado que o intérprete pretende alcançar⁹.

De Betti a Ontologia Fundamental de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer

⁶ Idealista porque de bases kantianas.

⁷ Estas conclusões estão na obra de Luis Alberto Warat- Introdução Geral do Direito I. Porto Alegre: Fabris, 1994, p.88.

⁸ Estas conclusões estão na obra de Bairros de Brum – Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: RT, 1980, pp. 39-40.

⁹ Estas conclusões estão na obra de Eros Grau – *La doble desestructuración y La interpretación del derecho*. Barcelona: Editorial M.J.Bosh, SL, 1998.

Em Betti tem-se a hermenêutica tradicional, a chamada normativo/metodológica, construída a partir de metafísicos esquemas dedutivo- subsuntivos nos quais o objeto é construído pelo cogito.

Em Gadamer temos uma hermenêutica filosófica, estruturada na antecipação do sentido; ele altera o caráter da interpretação que se revela criativo-produtiva (na medida em que o trabalho do intérprete é parte integrante do sentido da compreensão); aqui a hermenêutica deixa de ser método(logia) e passa a ser filosofia na qual tem como problema principal a antecipação de sentido (ou pré-compreensão própria do círculo hermenêutico) (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, obra citada, p. 422).

Quem primeiro rompeu os entraves metodológicos neokantianos foi Edmund Husserl com a fenomenologia, que retomou a esfera das vivências de um modo absolutamente universal não restringindo a uma problemática exclusiva das ciências humanas; as ciências humanas e as ciências da natureza deveriam ser compreendidas de modo universal; a oposição entre natureza e espírito é revista e a questão do ser é retomada por Heidegger; ele concorda com Husserl que não é necessário apartar o ser histórico do ser da natureza para legitimar, no plano da teoria do conhecimento, a metodologia das ciências históricas. Entretanto, acreditava ser absurdo aplicar os métodos das ciências naturais às ciências humanas; Heidegger avança neste ponto para, centralizando a discussão na estrutura da compreensão histórica da existência do ser, orientá-la para o futuro¹⁰ (GADAMER, 1999, pp. 41-42).

Ele escolhe o homem como ponto central de sua teoria e por isso teve papel principal na completa transformação do que se entendia por hermenêutica a ponto de se poder dizer que o sentido hermenêutico clássico foi totalmente destruído a partir dele; a interpretação, que era puramente de textos, passa a ser agora também de outro objeto – a faticidade¹¹. Filosoficamente, o homem é chamado de Ser-aí e o tem-que-ser caracteriza o modo- de- ser do ser que somos (Ser-aí) – caracteriza nossa própria existência; “a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (*faticidade*) do *Ser-aí* e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (*existência*). Aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica visando a compreensão do ser do *Ser-aí*.¹² (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 413).

¹⁰ Conferência n.3 proferida na Universidade de Louvain intitulada: Martin Heidegger e o significado da sua hermenêutica da faticidade' para as ciências humanas.

¹¹ Na obra *Hermenêutica da faticidade*. Por faticidade entende-se o passado impresso em nosso ser.

¹² Todo este parágrafo foi baseado nestes autores.

Heidegger fez um giro ontológico na reflexão filosófica da época retirando o foco da relação sujeito-objeto e redirecionando-a para o plano prático e precário da existência humana; afirma Georg Steiner que a fórmula de Heidegger é ‘somos o que entendemos ser’ e isso implica dizer que o nosso ser é modificado por cada acontecimento e que qualquer linguagem, qualquer sistema tradicional cultural de um grupo, ao entrar em contato com elementos externos, corre o risco de transformar-se¹³; para o autor, “o ser histórico e o ser da natureza andam juntos e necessitam um do outro para a compreensão da própria existência do ser” (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 413).

A hermenêutica em Heidegger, como já dito, torna o homem (Ser-aí) o centro da reflexão e este traz consigo o mundo inteiro sem dicotomia, ou seja, ele não se concentra num ente havendo exclusão de outro; “Isso é assim porque o *Ser-aí* é desde sempre ser-no-mundo; porque sua condição é, em si compreendendo, compreender o ser (círculo hermenêutico); e compreende o ser através da pergunta pelo ente (diferença ontológica)” e ainda “o que organiza o pensamento e comanda a compreensão não é uma estrutura metodológica rígida (...) mas a *diferença ontológica*” (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 416).

Gadamer, filósofo de formação, avançou neste pensamento. Ele não construiu um método novo para a interpretação de textos: sua preocupação era somente indagar como a compreensão se faz possível. Procura desenvolver a partir de Heidegger uma hermenêutica de orientação ontológica na qual a compreensão aparece como modo peculiar de existência do ser; preocupa-se com o que compreendemos e não com uma perspectiva que possa orientar a interpretação, como se preocupava a hermenêutica anterior; o autor parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não está fora do ser e que não há a dicotomia entre sujeito e objeto; a linguagem é na própria estrutura do homem (em alemão diz-se *Dasein*) (SPAREMBERGER, p.187).

Para ele, em hermenêutica a aplicação não pode ser subsidiária ou que acrescente depois da compreensão; a nossa atenção dirigida para um objeto é desde o início o conteúdo concreto da compreensão hermenêutica (GADAMER, 1999, Conferência n.5, p.57); “ ‘Aplicar’ não é ajustar uma generalidade já dada anteriormente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo

¹³ A citação de Georg Steiner no original está em espanhol e foi neste trabalho traduzida.

significado fundamentalmente original do escrito que se ocupa” (GADAMER, 1999, Conferência n.5, p.57).

Ainda, o conhecimento histórico não pode ser descrito segundo um modelo de conhecimento objetivista (por ser uma ilusão); e este conhecimento está presente no processo pois internalizado no intérprete (antecipação de sentido); a compreensão deve ser entendida como um ato da existência e não é dividida em partes mas sim se auto- verifica e completa ciclicamente (na tradição, na cultura); a estrutura da compreensão se encontra na base da hermenêutica e tem uma estrutura circular entre o texto e aquele que o compreende (GADAMER, 1999. Conferência n.5).

As tradições determinam as nossas antecipações e orientam a nossa compreensão; como exemplo pode-se utilizar a compreensão de um texto em língua estrangeira: antes de se compreender as frases verifica-se no geral a estrutura do todo para depois passar-se a compreensão das partes; o entendimento do geral auxilia o entendimento das partes e vice-versa de modo a que ao final a unidade seja coerente (GADAMER, 1999. Conferência n.5).

Quem quiser compreender precisa ouvir esta alternância do texto (alteridade hermenêutica) pois é ela que proporciona a interpretação, sem ser arbitrário em permitir que suas próprias opiniões prevaleçam; e esse projetar na interpretação se dá “a partir da antecipação do sentido presente na pré-compreensão do intérprete, e é guiada por sua carga de pré-juízos emergentes da tradição (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 421).

Assim, a hermenêutica em Heidegger e em Gadamer deixa de ser normativo/metodológica (em que o objeto é construído pela consciência do homem) e passa a ser filosófica porque estruturada na antecipação de sentido (círculo hermenêutico); a interpretação é criada e produzida na medida em que nasce um sentido – a atividade criativa do hermeneuta é parte integrante do sentido da compreensão (ABBOUD,CARNIO e OLIVEIRA, 2014)

Pode-se afirmar que a hermenêutica é uma teoria que se coloca entre o objetivismo e o idealismo (subjetivo), ou seja, entre o objetivismo do texto e o subjetivismo do intérprete (superação do esquema sujeito- objeto) (STRECK, 2011b)

A hermenêutica filosófica é um método que intenta levar ao entendimento de que a interpretação não reproduz o sentido da lei mas o origina; isto não quer dizer que o intérprete pode livre ou discricionariamente escolher o direito que irá criar – antes, estará ele preso à

linguagem e à sua própria historicidade que condicionam a pré-compreensão. No Direito com Heidegger e Gadamer, a interpretação não é mais um descobrir o sentido original da lei mas sim é uma atividade criacionista e de atribuição de sentido.

Conclusão

Decidir é necessário quando há oposição de interesses e a teoria da decisão surge para entender, organizar e sistematizar técnicas e conceitos que forneçam substrato para o julgamento. Nas várias áreas do conhecimento e cada uma com suas características e discussões setoriais, a teoria da decisão objetiva conduzir quem decide a realizar uma escolha razoável, afastando ao máximo o solipsismo e a discricionariedade.

Um breve excuro sobre as escolas metodológicas, desde a escola de exegese até a jurisprudência dos valores, aponta para as mudanças metodológicas na interpretação jurídica dos séculos XIX e XX.

No Brasil, o que se conheceu por interpretação do Direito até final do século XX é a importada de Betti que adicionou aos cânones tradicionais de Savigny e Ihering o neokantismo de perfil lógico- dialético.

O raciocínio da hermenêutica filosófica de Gadamer foi desenvolvido com apoio no círculo hermenêutico de Schleiermacher, para o qual a compreensão transforma-se em geral e é alcançada através do método circular.

Avançando nesta perspectiva, Heidegger promove o giro ontológico no qual o centro do entendimento deixa de estar no objeto- sujeito e passa para o sujeito, libertando-o das classificações imputadas pela metafísica e firmando-o como um ser em transformação, em construção e em movimento constante. É nesse momento em que há uma ruptura com os esquemas tradicionais e a interpretação, que antes era somente de textos, agora é também do ser histórico impresso em cada uma das pessoas - a faticidade de Heidegger. A partir daí, Gadamer propõe uma linguagem que compõem a própria estrutura do homem e assim a hermenêutica, que já era circular, passa a ser filosófica.

Referência Final

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual**. Revista de Processo. Vol.166. São Paulo: RT, 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. Uma crítica da verdade na ética e na ciência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. **A lei na história das idéias**. Pequenos apontamentos. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almeida, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucionl e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005.

BOBBIO, Norbert; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Coordenação da tradução João Ferreira. 11ªed. Brasília: Editora UNB. Disponível em http://www.capitalsocialsul.com.br/capitalsocialsul/analisedeconjuntura/DICION%C3%81RI_O_DE_POL%C3%8DTICA%5B1%5D.pdf. Acesso 13.09.2014.

BRITO, Rosa Mendonça. **O neokantismo no Brasil**. Tese de doutorado. Manaus: Editora Universidade do Amazonas, 1997, disponível em <http://www.cdpb.org.br/html/rosa.pdf>. Acesso em 09.09.2014

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2ª.ed. , Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica – problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Fontes do Direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. 2º. vol. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

DAVIS, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Coleção Saraiva de bolso. São Paulo: Saraiva, 2009

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**- traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2ª.ed. volume II, Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. Colaborador Henrique Garbellini Carnio. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo – finitude – solidão. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. Hermeneutica de La faticidad. Disponível em www.Heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm. Acesso em 08.10.2014

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução: J. Rodrigues de Meringe. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv000016.pdf>. s/d Acesso em 01.10.2014

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Coleção Debates, nº 115, 9ª. edição, São Paulo: Saraiva, 2005

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5ª. Edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTOURO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVEIRA, Fernando Lang da. **A teoria do conhecimento de Kant**- o idealismo transcendental. Instituto de Física UFRGS. 2002. Disponível em <http://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf>

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Betti x Gadamer**: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RaquelS.pdf. Acesso 09.09.2014

STRECK, Lenio Luiz. (a) **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ªed. rev, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. (b) **Entrevista.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. outubro | novembro | dezembro 2011 | v. 81 — n. 4 — ano XXIX. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>. Acesso 18.09.2014

_____. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista de Estudos Jurídicos Univali. Vol.15- n.1, jan./abril 2010. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>. Acesso 18.09.2014

_____. **O problema da decisão jurídica em tempos pós- positivistas.** Revista de Estudos Jurídicos Univali. Vol. 14- n.2/ 2º quadrimestre de 2009. Disponível em <file:///C:/Users/Chari/Downloads/1766-3499-1-PB.pdf>. Acesso 06.10.2014

_____. **Hermenêutica. Decisão Judicial e contemporaneidade.** Palestra apresentada em 06.08.2014 na EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=fhjuNDOr1WM>