



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA
breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas

Brasília
2011

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA
breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Cialini

Brasília
2011

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA
breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ciarlini

Brasília, outubro de 2011

Banca Examinadora

Orientador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTO

Ao professor Álvaro Ciarlini, pela exímia condução do trabalho e, sobretudo, pelo admirável empenho em disseminar a discussão filosófica no âmbito acadêmico, que, em mim, surtiu o insubstituível desejo de pensar além.

*“Queres saber uma coisa? O que eu penso não é tão importante.
A única frase que quero defender sem restrição é que os seres
humanos não podem viver sem esperanças.” (GADAMER, 2002)*

RESUMO

Mares Guia, Marcos. *Hermenêutica filosófica e jurisdição democrática: breve crítica ao substancialismo, à luz do debate Gadamer-Habermas*. 2011. 55 fls. Trabalho de conclusão de curso, graduação em Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

Monografia sobre o papel da hermenêutica na busca de uma jurisdição democrática efetiva. O pensamento jurídico, da antiguidade à modernidade, sempre se preocupou em esboçar modelos de interpretação e aplicação das normas. A hermenêutica filosófica gadameriana, embora não se destine especificamente ao Direito, reabilita a filosofia como instrumento de compreensão das ciências sociais. Hans-Georg Gadamer elaborou uma teoria filosófica que, em apertada síntese, tem como fio condutor a linguagem, a tradição e o caráter ôntico da vida. Em contrapartida, Jürgen Habermas apresenta crítica construtiva à hermenêutica gadameriana, apontando para uma jurisdição ponderada, em estrita observância aos procedimentos democráticos. O embate entre o substancialismo e o procedimentalismo envolve, essencialmente, a força legitimadora da gênese democrática do Direito.

Palavras chaves: Filosofia do Direito. Hermenêutica. Gadamer. Habermas. Procedimentalismo. Substancialismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 HERMENÊUTICA JURÍDICA: BREVE ABORDAGEM PROPEDÊUTICA	10
1.1 Da antiguidade à idade média.....	10
1.2 Positivismo: apogeu do método lógico-formal.....	12
1.3 Novas perspectivas para a hermenêutica: superação das metodologias empírico- racionais.....	16
2 PROLEGÔMENOS ACERCA DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA.....	22
2.1 De Friedrich Schleiermacher a Martin Heidegger: antecedentes do “giro hermenêutico” de Hans-Georg Gadamer	22
2.1.1 <i>Interpretar é compreender.....</i>	<i>22</i>
2.1.2 <i>A inserção do elemento da historicidade na hermenêutica.....</i>	<i>23</i>
2.1.3 <i>A hermenêutica como questão ontológica.....</i>	<i>26</i>
2.2 Percepções preambulares acerca da hermenêutica filosófica gadameriana	28
2.3 O aspecto universal da hermenêutica no fio condutor da linguagem	29
2.4 Tradição e circularidade	34
3 O DEBATE GADAMER-HABERMAS: TRADIÇÃO VERSUS EMANCIPAÇÃO ...	38
3.1 Alguns pontos relevantes da crítica de Habermas acerca da hermenêutica filosófica gadameriana.....	38
3.2 O confronto entre as teses substancialista e procedimentalista.....	42
3.3 Uma proposta de emancipação social: a cautela procedimentalista frente às pretensões substancialistas.....	48
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A hermenêutica se tornou um dos temas centrais da filosofia moderna. O problema da compreensão e a maneira de se interpretar o compreendido abrangem, para além de qualquer anseio metodológico, toda a experiência do homem no mundo.

Foi nessa perspectiva que Hans-Georg Gadamer reabilitou a hermenêutica como instrumento de compreensão do mundo social, elaborando uma teoria filosófica que tem como fio condutor a linguagem, a tradição e o caráter ôntico da vida.

Aderindo a algumas das concepções de seu mestre Heidegger, Gadamer parte da premissa de que a compreensão representa elemento de integração do ser no mundo, bem como que o ambiente lingüístico é o meio de transporte não só do conhecimento positivado, mas também de toda carga simbólica histórica e cultural construída socialmente. Sendo assim, Gadamer confere à sua hermenêutica uma pretensão universal, trazendo, ainda, através do círculo hermenêutico, a ideia de que toda razão se funda na tradição.

No âmbito deste estudo, a importância de se tratar da teoria gadameriana se perfaz, sobretudo, em razão da sua força propulsora, que, como é cediço, contribuiu imensamente para robustecer a filosofia contemporânea.

No campo do Direito, a hermenêutica tem enfoque especial, pois, além de atingir a aplicabilidade das normas, tem repercussão direta para as reflexões de construção de uma sociedade democrática.

Nesse sentido, o presente estudo aborda o contemporâneo debate entre duas posições relativamente antagônicas que buscam definir o papel hermenêutico a ser exercido pela jurisdição constitucional democrática.

De um lado, sob os pilares da hermenêutica filosófica gadameriana, o modelo substancialista defende uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, mormente a concretização de direitos fundamentais. Do outro, angariada pela crítica que Jürgen Habermas faz à Gadamer, a teoria procedimentalista acusa que essa pretensão concretista enfraquece a democracia, pelo que apontam para uma atuação mais ponderada do Poder Judiciário, em estrita observância aos procedimentos democráticos.

No presente trabalho, a metodologia utilizada para analisar o assunto desenvolveu-se, essencialmente, por intermédio de pesquisa bibliográfica, tendo em vista o tema ser eminentemente filosófico.

Frise-se que o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais são abordados conteúdos necessários para o delineamento do tema.

No primeiro capítulo, serão investigadas algumas entre as principais correntes teóricas que concorreram para construção do pensamento hermenêutico contemporâneo. Trata-se, contudo, de breve estudo preliminar que busca apenas testar algumas premissas, sobretudo das insuficiências pensamento moderno, evidenciando a importância do giro hermenêutico gadameriano. Não se pretende, portanto, traçar a evolução da hermenêutica ao longo do conhecimento humano ou, ainda, abordar exaustivamente as teorias citadas, mas apenas suscitar a importância do pensamento hermenêutico para construção do Direito.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se identificar e delinear alguns dos pressupostos da teoria hermenêutica de Gadamer. Serão abordados, também, alguns pontos relevantes das teorias de Friedrich Danill Ernst Schleiermacher, Wilhelm Dilthey e Martin Heidegger, que contribuíram de forma expressiva para construção do giro hermenêutico gadameriano.

Finalmente, no terceiro capítulo, realiza-se uma abordagem acerca da crítica de Habermas à hermenêutica filosófica gadameriana, notadamente, à sua pretensão de universalidade e acerca do problema da tradição.

Assim, delimitado o referencial teórico, as teses substancialista e procedimentalista serão cotejadas, inclusive diante de um caso prático, possibilitando a reafirmação da cautela procedimentalista frente às pretensões substancialistas.

Trata-se, evidentemente, de embate filosófico controvertido que certamente não será esgotado, mas apenas alumiado no presente estudo.

1 HERMENÊUTICA JURÍDICA: BREVE ABORDAGEM PROPEDÊUTICA

1.1 Da antiguidade à idade média

O vocábulo “hermenêutica”, do grego *hermēneuein*, originou-se, provavelmente, do nome de Hermes, filho de Zeus e Maia, conhecido na mitologia grega como o deus mensageiro.¹ Por interpretar as declarações dos deuses e difundi-las para os mortais, Hermes ilustra com exatidão a idéia de que é indispensável a existência de uma intermediação entre a edição das normas e a sua efetiva compreensão.²

Nesse sentido, este trabalho começa com uma breve abordagem propedêutica de algumas importantes variáveis que concorreram para concepção do “giro hermenêutico” gadameriano. Pretende-se, no entanto, apenas testar premissas de abertura do pensamento hermenêutico, sobretudo, das correntes intelectuais do Direito Moderno.

Na antiguidade grega, a hermenêutica servia, em grosso modo, como técnica de leitura e compreensão. Os gregos não chegaram a encarar o instituto como ciência autônoma — o que apenas se viu no despertar da modernidade —, mas sim como uma técnica de filologia, secundária às demais ciências, que tinha como principal objetivo a elucidação de textos obscuros ou, ainda, como meio de ligação entre mitos e teses filosóficas.³

Os romanos, por outro lado, desenvolveram o aspecto prático da hermenêutica, buscando desenvolver aplicações para a vida das pessoas. Com efeito, direcionaram os estudos da atividade interpretativa para a aplicação das leis e para a organização do Direito Civil. Tanto o é que o *Corpus Juris Civilis* — obra de Justiniano, que consolidou mil e quatrocentos anos de experiência jurídica dos romanos — já trazia consigo diversas diretrizes interpretativas.⁴

¹ GRUNWALD, Astried Brettas. Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4351/uma-visao-hermeneutica-comprometida-com-a-justica>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

² FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 17.

³ *Ibidem*, p. 22-23.

⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

Posteriormente, na idade média, apogeu do teocentrismo e da cultura teleológica, a atividade interpretativa teve como principal objeto o texto religioso. A lei canônica representava a principal fonte do direito e a vontade divina figurava como resposta a todos os questionamentos mundanos.

De um modo geral — e principalmente pelas contribuições de Santo Agostinho, e Santo Tomás de Aquino⁵ — surgiram métodos interpretativos para restituição do sentido oculto da Bíblia e da busca pela verdadeira vontade de Deus, dentre os quais destacamos, para ilustrar, o método literal, o moral, o alegórico e o anagógico.⁶ O primeiro, literal, consistia no entendimento de que não só a mensagem divina, como também cada uma das palavras que constituem a Bíblia eram de plena inspiração transcendental. Na interpretação moral, segundo método, buscava-se estabelecer os princípios exegéticos pelos quais se podem extrair as lições éticas da Bíblia. No terceiro, alegórico, pretendia-se, com a narração das passagens bíblicas, estabelecer diretrizes para a compreensão do conteúdo espiritual dos textos. Pelo último, anagógico, entendia-se que as palavras religiosas transmitiam um significado profundamente espiritual, uma vez que a palavra divina não poderia ser captada por uma leitura superficial.⁷

Santo Agostinho, por exemplo, dedicou-se a traçar diretrizes interpretativas da Bíblia, levando em conta, além dos métodos alegórico e literal, o elemento histórico e a coerência interna da Escritura⁸. Descreva-se, nesse sentido, trecho da obra *Acerca da Doutrina Cristã*:

Quando as palavras próprias tornam a Escritura ambígua, a primeira coisa que devemos verificar é se pontuamos ou se pronunciamos erradamente. Se uma vez atentos, o modo de pontuar ou de pronunciar permanece incerto, deve o estudioso consultar as regras da fé que adquiriu noutros lugares mais claros da Escritura ou através da autoridade da Igreja, de cujas regras tratamos bastante ao falar, no primeiro livro, das «coisas». Mas se ambos os sentidos, ou todos, no caso de existirem muitos, permanecerem possíveis no interior da fé, resta-nos a solução de consultar o contexto em que se encontra

⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 44-50.

⁶ ZABATIERO, Júlio. *Teologia inovadora no século XXI*. 2010. Disponível em: <<http://www.novosdialogos.com/artigo.asp?id=141>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

⁷ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 24.

⁸ *Ibidem*, p. 24.

a ambiguidade a fim de vermos a qual dos vários sentidos a passagem apela e com qual se harmoniza mais perfeitamente.⁹

Enfim, pretende-se demonstrar que, durante a idade média, a atividade interpretativa foi, ainda que timidamente, sofisticada para além de uma simples técnica de leitura. Com efeito, o Direito medieval criou a figura de um novo intérprete, que se ocupou não somente em elucidar textos tidos como obscuros ou enigmáticos, mas que também se dedicou a instrumentalizar e institucionalizar a hermenêutica para que o conhecimento, sobretudo bíblico, fosse compreendido e difundido com maior efetividade e credibilidade. Assim, a hermenêutica passou a ganhar as primeiras feições de ciência autônoma.

1.2 Positivismo: apogeu do método lógico-formal

Duas correntes intelectuais destacaram-se, dentre outros motivos, por encararem o Direito nos estritos ditames da norma positiva. Foram elas a Escola da Exegese, que tinha como principal mote garantir, através da norma, a manutenção dos direitos individuais conquistados na Revolução Francesa, e a Escola de Viena, que se dedicou a demonstrar a autonomia científica do Direito.¹⁰

Relativamente à primeira, tem-se que o Código Napoleônico trouxe à tona o primeiro grande movimento científico de uma metodologia de interpretação das leis. A consagração dos direitos e garantias individuais conquistados com a tomada da Bastilha, perpetuados em normas que previam o máximo de hipóteses típicas e formas disciplináveis, fez criar um verdadeiro movimento de culto ao texto legal, resultando, então, na criação da Escola da Exegese.¹¹

Os exegetas tinham como principal lema a interpretação da lei pela própria lei. Isso se dava, dentre outras razões, pela falsa sensação de que o Código Napoleônico

⁹ AGOSTINHO, Santo. *Acerca da Doutrina Cristã*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Tradução: José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984, p. 85.

¹⁰ COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 23.

¹¹ *Ibidem*, p. 80.

previa todas as situações da vida, sendo a estrita vontade do legislador única fonte legítima de realização do Direito.¹²

Nazaré do Socorro Conte Ferreira, valendo-se das lições de Miguel Reale e de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, bem elucida o processo interpretativo lógico-formal preconizado pela Escola da Exegese:

[...] a interpretação jurídica encontrava-se adstrita ao exame literal, lógico e sistemático do texto legal: o intérprete, inicialmente, fazia a análise morfológica e sintática da lei; em seguida, perquiria, por meio de raciocínios dedutivos, o seu sentido lógico; e, por fim, procurava localizá-la no interior do ordenamento jurídico em face do princípio, tido como absoluto, de que o sistema jurídico consistia em um conjunto orgânico, pleno e concatenado de leis, dispostas de forma hierarquizada, no qual cada uma ocupava lugar específico, determinante de seu significado.¹³

É possível perceber que, sob a ótica exegética, a função do intérprete era absolutamente restrita à subsunção do fato à norma. Em outras palavras, o direito se realizaria pela simples aplicação mecânica da lei, já que o corpo normativo, além de garantir uma gama de direitos fundamentais irrenunciáveis — gravados no ordenamento jurídico —, estaria preparado para suportar qualquer situação fática.

Ocorre que as investidas de implementação de métodos lógico-formais — típicos das ciências naturais — para realização e compreensão do Direito já se mostravam falhas. Verifica-se, inclusive, que os exegetas distorceram a utilização do silogismo aristotélico, conforme bem assevera Miguel Reale:

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores [...].¹⁴

¹² FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 47.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 610.

A Escola da Exegese consagrou-se, ainda que momentaneamente, sob o discurso de que somente a lei, interpretada e aplicada nos seus exatos termos, proporcionaria a manutenção das conquistas políticas trazidas pela Revolução de 1798.

Embora tenha representado fulcral importância para a consolidação dos sistemas normativos, notadamente para o Direito Civil, o movimento positivista exegeta produziu efeitos contrários a sua proposta inicial, já que o engessamento da atividade hermenêutica, dado pelo apego à literalidade, tirava a sensibilidade da atividade jurisdicional, impedindo os julgadores de situarem o Direito diante das peculiaridades do caso, da realidade social, bem como dos aspectos éticos envolvidos.¹⁵

Ainda no contexto de formação de uma hermenêutica lógico-formalista, após a consagração da Escola Histórica do Direito — tratada mais adiante —, Georg Friedrich Puchta retomou a busca de uma metodologia para a interpretação e realização do Direito, concretizando o que se veio a se chamar de Jurisprudência dos Conceitos.¹⁶

Para Puchta, a interpretação da norma deveria respeitar um sistema próprio de conceitos jurídicos, adequáveis a qualquer proposição jurídica. Desse modo, a partir de uma hierarquia de princípios, seria estabelecido um sistema lógico-dedutivo, suficiente para solucionar insuficiências das normas a partir de simples abstrações. Sobre a genealogia dos conceitos de Puchta, Karl Larenz leciona o seguinte:

O que PUCHTA, aqui e em outros lugares (pág. 101), designa por «genealogia dos conceitos» não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal. [...] «A genealogia dos conceitos» ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo.¹⁷

Em contra ponto, Larenz explica a insuficiência da Jurisprudência dos Conceitos como metodologia de interpretação, dentre outros motivos, em razão da sua insensibilidade com a realidade social, política e moral do Direito:

¹⁵ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 48.

¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 24-25.

PUCHTA abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das «regras jurídicas» com o «instituto jurídico» que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstracta, e colocou, no lugar de todos outros os métodos – e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexos significativo dos institutos jurídicos –, o processo terreno ao «formalismo» jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por JHERING conseguisse por longo tempo sobrepor-lhe. Formalismo que (...) constitui a «definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito». Não foi assim por mero acaso que o movimento contraposto arrancou, de início, não do terreno da filosofia, mas da recentemente surgida ciência empírica da realidade social, isto é, da sociologia.¹⁸

Finalmente, no Século XX, o positivismo lógico inaugurado pelos exegetas encontrou em Hans Kelsen sua máxima “expressão do positivismo normativista ou lógico-normativo”¹⁹, dentre outras razões, pela influência da ciência dogmática de Puchta.²⁰

Com efeito, foi Kelsen quem melhor demonstrou que a ciência do Direito é autônoma — delineada e circunscrita pela própria norma — e, por isso, deve se libertar de todos os elementos que lhe são alheios. Kelsen traçou uma radical distinção entre os fenômenos naturais (ser) e a norma (dever ser), libertando o Direito da Sociologia, da Filosofia, bem como dos conteúdos variáveis das demais ciências.²¹

Além da tão consagrada autonomia do direito, a atividade hermenêutica, no âmbito da teoria kelseniana, estava vinculada à ideia de que a estrutura normativa deveria ser hierarquizada. Nesse sentido, Kelsen estabeleceu uma proposição básica de uma norma fundamental — que chamou de "norma hipotética fundamental" — com o intuito de responder a todos os seus questionamentos, sobretudo quanto à validade das demais normas que regulam a conduta dos homens.²²

Nessa perspectiva, a função do intérprete nada mais era do que determinar as possíveis aplicações do Direito dentro do ordenamento jurídico escalonado, sem nunca

¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 28-29.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 21.

²⁰ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 117.

²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 95.

²² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 124.

perder de vista a instrução de que a interpretação do Direito deveria se prender ao sistema normativo, sob pena de se desvirtuar a aplicação do Direito com questões secundárias.²³ Essa desvinculação da norma jurídica com a realidade e com as demais ciências criadas pelo conhecimento humano supostamente faria com que a norma (pura) fosse suficiente para realizar o Direito.²⁴

Enfim, Kelsen não só adotou o normativismo extremado da Escola da Exegese, mas também renovou os procedimentos hermenêuticos por ela construídos.

Conclui-se, diante dessas breves considerações, que, de um modo geral, os movimentos positivistas trouxeram, dentro de suas perspectivas, certa inflexibilidade para a atividade hermenêutica, engessando a norma no tempo e no espaço, além deixar o Direito insensível às mutações sociais e à realidade da vida.

1.3 Novas perspectivas para a hermenêutica: superação das metodologias empírico-rationais

Regressando ao Séc. XIX, as reações à Escola Pandectista alemã e à Escola da Exegese não demoraram a aparecer. Notadamente, ganhou força o discurso ideológico calcado na ideia de que o Direito deve se adaptar às constantes mudanças da vida social, dando margem para que outras ciências integrassem ao pensamento jurídico.

Maior destaque merece a Escola Histórica do Direito. Friedrich Carl Von Savigny, seu principal representante, preconizou a tese de que a codificação imobilizaria o Direito, significando um obstáculo para o seu progresso. Para ele, o Direito deveria refletir o caráter e a identidade de cada nação, extrapolando, necessariamente, os limites da codificação. Ou seja, mais relevante do que a norma abstrata, seria a historicidade dos institutos emanados das fontes reais do Direito.²⁵

²³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121-123.

²⁴ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 76 e 77.

²⁵ COSTA, Dilvanir. *Curso de Hemenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 28.

Com efeito, Savigny defendia a tese de que a norma jurídica só ganharia vida se fosse aplicada em conformidade com o instituto jurídico correspondente, observadas as circunstâncias em que aquele instituto se sustenta.²⁶ Assim sendo, o intérprete deveria transcender o conteúdo estático da norma, passando a intuir as circunstâncias históricas em que o legislador a instituiu, a fim de dar atualidade ao texto legal.²⁷

Apesar da significativa contribuição prestada à hermenêutica jurídica contemporânea, no que tange a consciência histórica do intérprete, os integrantes da Escola Histórica pouco se preocuparam com os limites a serem observados pelo aplicador da lei, o que se mostra extremamente temeroso, já que a não observância das balizas da lei pode implicar na distorção do seu sentido.²⁸

Além da Escola Histórica do Direito, duas outras escolas, a Teleológica e a Sociológica — cujas ideias centrais muitas vezes se confundem —, trouxeram sólidas razões para o desapego ao texto da lei.²⁹

Rudolph von Ihering, representante da primeira, pregava a ideia de que a finalidade e o motivo da lei criariam o Direito, que deveria emanar da organização social. Assim, de acordo com esse pensamento teleológico, o Direito deveria servir como técnica de convivência para atingir a utilidade e a felicidade social.³⁰

Naturalmente, a corrente histórica rechaçava a ideia de que a lógica poderia determinar o Direito, como pretendia a Escola da Exegese. Nessa esteira de raciocínio, Ihering faz um interessante cotejo entre as relações do Direito com a lei e do pensamento com a palavra, concluindo que a expressão do pensamento pelas palavras muitas vezes é imprecisa, assim como o Direito, que não pode ser expresso em sua totalidade pelas leis.³¹

²⁶ COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 54.

²⁷ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 51.

²⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁹ *Ibidem*, p. 49-58.

³⁰ *Ibidem*, p. 64-66.

³¹ COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 29.

Significa dizer, no contexto deste estudo: a atividade interpretativa é essencial para a concretização do Direito, de tal forma que sem ela a lei torna-se inexpressiva.

Noutro giro, a Escola Sociológica — representada por Bufnoir, Saleilles e Gény —, difundia a ideia de que o Direito é um todo orgânico, devendo se atentar para os fatos sociais e relacionar com as demais ciências para se completar.³²

Com efeito, na perspectiva sociológica, o Direito seria uma ciência oriunda da sociedade e destinada à sociedade. Não por outro motivo, as normas do direito seriam regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as suas relações e necessidades, as quais são ditadas pela própria sociedade.³³

Nesse sentido, François Gény estabeleceu a ideia de que, para suprir as lacunas da lei, o intérprete deveria levar em consideração o próprio plano organizatório da vida social, buscando os elementos originários que levaram a norma a ser instituída dessa ou daquela maneira. Note-se, portanto, que na perspectiva da Escola Sociológica a razão de ser do pensamento jurídico estaria calcada na organização social, motivo pelo qual a hermenêutica deveria ser guiada pelas concepções e percepções sociais.³⁴

A essa altura, não se pode deixar de mencionar, ainda que superficialmente, outro movimento que contribuiu para a quebra do formalismo metódico da atividade interpretativa: a Jurisprudência dos Interesses.

Sob influência das críticas trazidas pelas correntes teleológica e sociológica, parte da jurisprudência alemã passou a buscar um possível equilíbrio entre as inclinações formalistas tradicionais e as idéias sociológicas, e de cunho teleológicas, então renovadoras, dando origem à consagrada Jurisprudência dos Interesses.³⁵

³² COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 30.

³³ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 54-55.

³⁴ LIMA, Hermes. *Novos métodos de interpretação do direito: a revelação científica do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 162-166.

³⁵ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 67-70.

Dentro do escopo deste estudo, importa ressaltar que a Jurisprudência dos Interesses assentava a ideia de que o hermenauta deveria superar a concepção pragmática da norma, devendo se atentar para os interesses tutelados pela lei como forma de diretriz interpretativa.³⁶

Inclusive, conforme se verificará no último capítulo deste estudo, essa é uma das ideias centrais dos defensores do substancialismo para realização de uma jurisdição democrática.

Para Phillip Heck, representante e desenvolvedor da Jurisprudência dos Interesses, o Direito, assim como todo conhecimento científico, deveria ter como objetivo principal a atuação nas questões práticas da vida. Isso significa dizer que, para Heck, o juiz ideal deveria tomar decisões objetivas, nunca deixando de levar em conta, porém, os interesses e as necessidades da sociedade como um todo.³⁷

Nesse sentido, cumpre descrever a doutrina de Karl Larenz, que discorre com precisão sobre a Jurisprudência dos Interesses:

A ligação entre JHERING e a Jurisprudência dos interesses (...) torna-se nítida quando se lê em HECK (*B*, pág. 2) que «o cerne da disputa metodológica» reside na «acção do Direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais».

[...] Porém, o que a ciência procura é sempre «o caminho para um único objetivo final – para acção sobre a vida»; não serve, portanto, «nenhum segundo objectivo, autónomo, ou, quiçá, meramente teórico». A sua única missão é «facilitar a função do juiz, de sorte que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objectivamente adequada» (*B*, pág. 4). O objectivo final da actividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, «a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica». São estas «apetências e tendências apetitivas designamos – elucida HECK – por interesses, e a particularidade da Jurisprudência dos interesses consiste em «tentar não

³⁶ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 67.

³⁷ *Ibidem*.

perder de vista esse objectivo último em toda a operação em toda a formação de conceitos» (GA, 11).³⁸

Apesar dos graves defeitos apresentados pela doutrina da Jurisprudência dos Interesses — dentre os quais a relativa desvalorização das diretrizes intrínsecas a lei —, importa destacar, ainda que de passagem, a relevância da sua contribuição para que o intérprete investido na competência de julgar passasse a se sensibilizar para os eventos da vida, dando assim, uma nova face à atividade hermenêutica.³⁹

Finalmente, surgiu, na instância máxima das ideias que se opuseram ao formalismo jurídico, o Movimento do Direito Livre, ou Direito Alternativo, que representou para a hermenêutica uma importante viragem no sentido do subjetivismo.

“Livre” porque o Direito deveria se libertar da primazia da lei, devendo ser realizado, principalmente, pelos magistrados, pela jurisprudência e pela ciência jurídica.⁴⁰

Os representantes do Movimento do Direito Livre partiam da premissa de que o sistema judiciário seria lento, burocrático e imobilizado pelo texto da lei, motivo pelo qual se fazia necessário impor novas soluções a sua efetividade, como bem leciona — e critica — Raimundo Bezerra Falcão, Professor da Universidade do Ceará:

O remédio estaria, em consequência, não em se ensinar como se pode chegar a pensamentos que nada mais são do que derivações de outros pensamentos já postos, porém em subministrar meios capazes de produzir ideias novas, na proporção em que novas são as situações encontradas. De resto, a norma jurídica geral não pode produzir algo que não seja resultado do que está em seus próprios termos.⁴¹

Assim, sustentavam que ao juiz ou ao intérprete da lei cabia a missão de aperfeiçoar e atualizar a norma e, se necessário, criar o próprio Direito, tudo isso sob a

³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

³⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 71.

⁴¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 165.

concepção de que o Direito brotaria espontaneamente da sociedade e de que a norma jurídica poderia ser criada diante de uma situação concreta.⁴²

Embora o Movimento do Direito Livre tenha contado com muitos seguidores, sobressaíram as críticas. Isto se deve ao fato de que, na perspectiva da atividade hermenêutica, as concepções da livre interpretação confeririam ao intérprete — ou aplicador da norma — funções que ultrapassariam e muito o mote da interpretação da lei.

Ou seja, nessa perspectiva de extrema liberdade do hermeneuta, invariavelmente a função do legislador seria substituída pela livre interpretação, culminando em uma inevitável insegurança jurídica ou, sob uma concepção mais moderna, em uma atividade jurisdicional flagrantemente ilegítima.

Ao final, traçado um raso e breve panorama propedêutico e histórico da hermenêutica jurídica, destacando-se, sobretudo, a evolução dos métodos lógico-formais e do positivismo exacerbado para as correntes de socialização da norma, até alcançar o ponto extremo da livre interpretação, é possível concluir que o estudo da hermenêutica foi palco de constante diálogo teórico, do qual se extrai a inegável constatação de que a hermenêutica essencialmente positivista, metodológica e instrumentalista não é capaz de suportar as ciências do espírito, que se mostram subjetivistas e permeadas de certa carga simbólica.

Portanto, no âmbito deste estudo, essa breve abordagem, além de suscitar algumas das diversas concepções dadas à hermenêutica ao longo da evolução do pensamento jurídico, se presta para situar a profundidade da hermenêutica gadameriana, para além do campo do Direito, reabilitando a filosofia como instrumento de compreensão do mundo social.

⁴² FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 72.

2 PROLEGÔMENOS ACERCA DA HERMENÊUTICA GADAMERIANA

2.1 De Friedrich Schleiermacher a Martin Heidegger: antecedentes do “giro hermenêutico” de Hans-Georg Gadamer

Antes de se adentrar ao estudo da hermenêutica filosófica gadameriana, faz-se necessário um breve esboço acerca de alguns pontos relevantes das teorias de Friedrich Danill Ernst Schleiermacher, Wilhelm Dilthey e Martin Heidegger, que contribuíram de forma expressiva para construção do “giro hermenêutico” gadameriano.

2.1.1 Interpretar é compreender

Em estudo filosófico sobre a hermenêutica, Schleiermacher inaugurou a ideia de que a compreensão é figura central na atividade interpretativa. Descreva, a esse propósito, trecho de *Verdade e Método*:

[Em Schleiermacher] a interpretação e a compreensão se interpelam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão.⁴³

Em outras palavras, significa dizer que Schleiermacher se aventurou em reformar o instituto da hermenêutica, que até então — e desde a antiguidade — era uma simples técnica de clareamento textual. A sua investida, portanto, representou importante reflexo na concepção da hermenêutica jurídica contemporânea.⁴⁴

Para Schleiermacher, a compreensão deveria superar a simples tarefa de desvendar o significado obscuro dos textos. Ou seja, o intérprete não poderia se ater às especificidades, mas sim a compreender o conteúdo geral do texto, tentando extrair a essência das ideias trazidas pelo autor, se possível, “melhor do que ele próprio teria se compreendido”.

45

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 288-289.

⁴⁴ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 29.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

Ponto interessante dessa busca pela compreensão das ideias — em sobreposição à compreensão de meros trechos textuais — é o modo pelo qual a atividade interpretativa se dinamiza: ao tentar compreender ideias, o intérprete confronta os elementos expressados no texto com os questionamentos que lhe aparecem no decorrer da leitura, em um processo dialético, resultando, pois, em uma comunicação mais efetiva entre leitor e escritor.

Esse vaivém do movimento circular entre o todo e as partes tem uma razão: o problema da individualidade.⁴⁶

Ora, não se pode evitar que a expressão escrita seja contaminada por peculiaridades. Um texto qualquer é escrito por alguém que tem concepções próprias, carga cultural própria e pretensões próprias, por isso, para Schleiermacher — nas palavras de Gadamer —, “o que deve ser compreendido não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas também a individualidade de quem fala e, conseqüentemente do autor”.⁴⁷

Ou seja, um texto, para ser bem compreendido, deve ser encarado como “manifestação vital própria de seu autor”.⁴⁸

A contribuição de Schleiermacher para a hermenêutica — notadamente para a hermenêutica gadameriana —, dentre outros fatores menos importantes, revela-se na instituição do compreender, bem como na teorização dessa circularidade entre o todo e as partes do texto; também entre o texto, as individualidades do autor e as circunstâncias históricas, o que posteriormente se chamou de círculo hermenêutico.⁴⁹

2.1.2 A inserção do elemento da historicidade na hermenêutica

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 298.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 290.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ INWOOD, Michael. *Hermenêutica*. *Crítica Revista de Filosofia*. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

Whilhelm Dilthey foi filósofo, historiador e biógrafo de Schleiermacher. Não por outro motivo, adotou e difundiu a ideia do círculo hermenêutico, inaugurada por Schleiermacher, aplicando-a na construção de uma teoria geral do conhecimento humano.⁵⁰

Acerca do tema, descreva-se trecho da obra *Origens da Hermenêutica*, do próprio Dilthey:

Vou destacar, da *Hermenêutica* de Schleiermacher, as proposições que me parecem directamente ligadas ao posterior desenvolvimento. Qualquer explicação de obras escritas é apenas o desenvolvimento do processo de compreensão que se estende à totalidade da vida e se aplica a qualquer espécie de discurso e de escrito. A análise da compreensão é, por conseguinte, a base em que se fundamentam as regras de interpretação. Más só se pode efectuar em conexão com a análise da produção das obras literárias. O conjunto de regras que fixa meios e os limites da exegese deve apoiar-se na relação entre a compreensão e a produção.⁵¹

Acerca círculo hermenêutico, Dilthey complementa:

[...] E eis que aparece a dificuldade central de qualquer hermenêutica. Trata-se de compreender o conjunto de uma obra com a ajuda de palavras e de combinação de palavras; ora a plena compreensão do pormenor pressupõe já a do todo! Este círculo vicioso repete-se no que diz respeito à relação entre uma obra particular e a personalidade e evolução do autor; encontramos novamente este círculo vicioso quando entramos em consideração com a relação entre a obra e o género literário a que pertence. Foi na *Introdução à República de Platão* que Schleiermacher, na prática, melhor resolveu esta dificuldade, e nos apontamentos da suas conferências sobre exegese encontro outros exemplos do mesmo método. Começava com uma sinopse do plano, que se podia comparar a uma leitura ligeira, abarcava a conexão inteira às apalpadelas, esclarecia as dificuldades e parava em todas as passagens que permitissem entrever a composição. Só então começava a interpretação propriamente dita. Encontramos aqui os limites teóricos de toda a explicação; damo-nos conta de que a exegese só pode desempenhar a sua tarefa até certo ponto. Toda interpretação é, pois, relativa e sempre imperfeita. *Individuum est ineffabile*.⁵²

Essa perspectiva nos leva a concluir que Dilthey não só aderiu às concepções trazidas por Schleiermacher, como também direccionou o problema da compreensão para investigação epistemológica das ciências humanas.

⁵⁰ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32.

⁵¹ DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Trad. Alberto Reis e José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984, p. 163.

⁵² *Ibidem*.

Inicialmente, o filósofo traçou uma distinção básica entre as ciências naturais e as ciências do espírito (humanas), demonstrando que as ciências naturais têm como objeto a explicação dos fatos externos ao homem, enquanto as ciências do espírito têm como objeto a compreensão da vida humana.⁵³

Diante dessa distinção, Dilthey passa "a procurar uma resposta à sua questão, qual seja: como a experiência histórica pode se converter em ciência?".⁵⁴ Em outras palavras, propõe que a função da hermenêutica evolua de uma mera técnica de interpretação para um método que possibilite a validade universal da interpretação histórica,⁵⁵ assim como foram reconhecidas as explicações puramente racionais das ciências naturais. Nessa mesma linha de raciocínio, pondera Gadamer, em sua obra intitulada *Hermenêutica em Retrospectiva*:

As ciências humanas tiveram de sobreviver à confrontação com a esquemática construtiva da dialética hegeliana. Foi o despontar da consciência na era do romantismo que entregou o peso filosófico aos aspectos filosóficos das ciências histórico-filológicas.⁵⁶

Constata-se, pois, que o fator histórico é questão central na filosofia diltheyana. Isto porque a palavra proferida ou escrita, que é a expressão de uma ideia ou de um fato, inevitavelmente se distancia da ideia originária. Ou seja, no momento da aceção do texto, parte do sentido inicial da ideia se perde.⁵⁷

Daí se chega à completude do significado do círculo hermenêutico em Dilthey. A ações humanas — ou objetivações do espírito —, devem ser compreendidas em partes, mas sempre ligadas à consciência histórica do intérprete, para que seja possível atingir a fiel intenção que guiou o autor e, por consequência, a compreensão do todo.

⁵³ INWOOD, Michael. *Hermenêutica*. Crítica Revista de Filosofia. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 339.

⁵⁵ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Perspectiva*. Trad.: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, Vol. II, p. 162.

⁵⁷ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32-34.

Conclui-se, portanto, que a concepção do círculo hermenêutico, em Schleiermacher e em Dilthey, representa uma tentativa dos filósofos em estabelecer uma metodologia para compreensão universal do conhecimento humano no campo das ciências do espírito. Nesse sentido, descreva-se as considerações feitas por Nazaré do Socorro Conte Ferreira:

As teorias hermenêuticas desenvolvidas por Schleiermacher e Dilthey possuem natureza metodológica, no sentido de proporem a observância de procedimentos normativos para apreensão do sentido de uma obra cultural. Com esta conotação a hermenêutica é objeto de análise epistemológica.⁵⁸

2.1.3 A hermenêutica como questão ontológica

No campo da hermenêutica filosófica, as teorias de Dilthey e Heidegger têm uma premissa em comum: a atividade interpretativa deve ligar-se aos aspectos do espírito e da vida, com o fim de transcender a literalidade do meio comunicativo.

Ocorre que, embora Heidegger, para construir sua tese, tenha partido das ideias estabelecidas por Dilthey e Schleiermacher, sua teoria ganhou maior profundidade: o intérprete — com os seus pré-juízos e pré-compreensões do mundo — passa a integrar-se ao círculo hermenêutico.

Assim, Heidegger supera os questionamentos meramente epistemológicos das ciências do espírito — a que Dilthey se ocupava —, dando lugar a uma investigação fenomenológica. Neste ponto, Gadamer pondera:

Foi somente *Heidegger* que tomou consciente, de uma maneira geral, a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e o conhecimento histórico.

[...] o significado das palavras não pode continuar sendo confundido com o conteúdo psíquico real da consciência, p. ex., com as representações associativas que uma palavra desperta. Intenção de significado e cumprimento de significado fazem parte essencialmente da unidade do significado, e, tal qual os significados das palavras que usamos, todo ente que possua validade para mim possui, correlativamente, e com necessidade essencial, uma generalidade ideal dos modos reais e possíveis das coisas

⁵⁸ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.

dadas serem experimentadas. Com isso é que se ganhou a ideia de "fenomenologia", ou seja, a desvinculação de toda suposição do ser e a investigação dos modos subjetivos de estarem dadas as coisas, fazendo-se disso um programa universal de trabalho, o que teria que tornar compreensível toda a objetividade, todo o sentido do ser.⁵⁹

Constata-se, portanto, que a hermenêutica em Heidegger perde seu conteúdo científico e metodológico, uma vez que a compreensão — elemento central da atividade interpretativa —, para ele, deve ser vista como uma questão existencial — anterior a qualquer ato do ser —⁶⁰, ao invés de simples ato cognitivo externo ao mundo.⁶¹

Em outras palavras, a filosofia heideggeriana encara o problema da historicidade — de Dilthey e Schleiermacher — como uma forma de compreensão do ser, e não como um modo de compreensão do mundo externo a ele. A hermenêutica passa a ser, portanto, uma questão ontológica.

Segundo Gadamer, a tese de Heidegger parte na premissa fundamental de que "o próprio ser é tempo".⁶² Esse ser tido como elemento central da compreensão é chamado de *Dasein* (ser-aí) — concepção do que é o homem. Com efeito, Heidegger considera que o intérprete deve ter como pressuposto da atividade interpretativa a consciência de quem ele é no mundo — inclusive, interpretando a si mesmo —, de tal sorte que a interpretação das palavras só se validaria se confrontadas com as concepções do próprio intérprete.

Sobre o *Dasein*, descreva-se a lição de Eduardo Bittar, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

O *ser-no-mundo* carrega esta experiência do *estar-aí* (*Dasein*) da qual não pode se desvincular; não posso desvincular minha *concepção-de-mundo*, pois ela já é determinada pela minha *história-de-mundo*, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (*ek-sistere*, estar aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e *con-vivo* com o

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 371-372.

⁶⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, pg. 176.

⁶¹ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 389.

mundo. A existência ou não dos "pré-conceitos" na determinação de todo o sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os "pré-conceitos" existem, no sentido deste *estar-aí* contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos "pré-conceitos", mas esta é já uma postura claramente carregada de "pré-conceitos" e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar.⁶³

Ora, se a interpretação se funda na compreensão e as coisas do mundo estão presentes para que o homem lhes dê significado, é imprescindível, portanto, que a compreensão parta do próprio ser para que, só então, seja atribuído um significado ao objeto por ele interpretado.⁶⁴

Enfim, o que pretendemos destacar na teoria de Heidegger, é que, no processo de compreensão, o intérprete, as suas concepções sobre o mundo e as suas experiências de vida são revisadas, questionadas e confrontadas com as do autor no decorrer da atividade interpretativa, tornando-se, portanto, parte integrante do círculo hermenêutico.

2.2 Percepções preambulares acerca da hermenêutica filosófica gadameriana

Hans-Georg Gadamer nasceu em Marburgo, Alemanha, no ano de 1900. Entre 1923 e 1928, foi aluno e assistente de Heidegger, de quem herdou as concepções ontológicas e existencialistas que serviram de sustentáculo para o desenvolvimento de sua teoria hermenêutica. Em 1960, publicou *Verdade e Método*, obra que consagrou como principal seguidor da linha da hermenêutica filosófica. Gadamer representa verdadeiro divisor de águas no estudo da hermenêutica, não só por ter demonstrado a superação definitiva do positivismo nas ciências humanas, mas, principalmente, por elevar a hermenêutica como fator de determinação do mundo social.

Do esboço propedêutico feito no primeiro capítulo deste estudo, é possível concluir que, de um modo geral, o estudo da hermenêutica jurídica foi gradativamente se afastando de uma metodologia rígida e lógico-formalista — após incansáveis tentativas de se instituir um método universal de interpretação. Gadamer parte, então, da sólida premissa de

⁶³ BITTAR, Eduardo. *Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*. In: *Hermenêutica Plural*. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 184-185.

⁶⁴ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 36.

que as ciências sociais não são reduzíveis a métodos lógicos, rígidos, capazes de definir os fenômenos sociais a partir de operações de causa e consequência.

Defende, ainda, seguindo a linha de pensamento preconizada por Heidegger, ser inócua a pretensão de se interpretar o mundo de fora, separando o intérprete do objeto a ser interpretado, como é comum nos métodos de investigação das ciências naturais. Isso porque interpretação e compreensão se confundem, ou melhor, a interpretação se realiza através de um processo circular de compreensão, sendo que a compreensão — ao menos a inicial — vem contaminada pelas experiências de vida do intérprete, pela cultura e pela tradição, formando uma carga de subjetividade que torna o sujeito inseparável do objeto.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica gadameriana não se presta a investigar a funcionalidade da interpretação em sistemas relativamente fechados — dentro do âmbito de aplicação das leis, por exemplo —, assim como fizeram as escolas dogmáticas citadas no primeiro capítulo. Gadamer, ao contrário disso, ultrapassa essa visão metodológica tradicional, estabelecendo um problema universal, onde a hermenêutica figura como elemento inerente à totalidade da experiência humana, de tal forma que todo homem passa a ser um hermeneuta.⁶⁵

2.3 O aspecto universal da hermenêutica gadameriana no fio condutor da linguagem

Para Gadamer, a compreensão representa elemento de integração do ser no mundo. Essa compreensão não é, contudo, voltada à epistemologia, afigurando simples ferramenta de acesso às ideias — como se o intérprete pudesse se dissociar do objeto interpretado. É, na realidade, elemento ontológico que permite ao ser posicionar-se no mundo, já que compreensão inicia-se pelo próprio autoconhecimento do intérprete.

Desse modo, absorvendo as reflexões de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger, Gadamer elabora uma teoria filosófica da compreensão que tem como fio condutor a tradição e o caráter ôntico da vida,⁶⁶ com o intuito de averiguar a verdadeira

⁶⁵ ENCARNÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 170.

⁶⁶ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

experiência da interpretação.⁶⁷ A hermenêutica filosófica parte, então, de uma estrutura prévia de compreensão,⁶⁸ representada pela carga histórica que o sujeito carrega consigo e que o permite interpretar o mundo. Heidegger afirma, inclusive, que “o mundo já compreendido se interpreta”.⁶⁹

Nessa esteira de raciocínio, Gadamer entende que o processo de compreensão se dá pelo diálogo entre o velho e novo, pela tradição e pelo inédito, de tal forma que os pré-juízos do intérprete são imprescindíveis para o processo hermenêutico.

Sucedem que os processos de construção do conhecimento humano, notadamente a hermenêutica, só se viabilizam e se concretizam por meio da linguagem. O ambiente lingüístico possibilita o transporte não só do conhecimento concreto positivado, mas também de toda carga simbólica histórica e cultural construída socialmente.⁷⁰

Acerca da importância da linguagem para a concepção dos fenômenos mundanos e para a própria compreensão ontológica, transcreva-se trecho de *Verdade e Método*:

A linguagem não é somente um dentre os muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham o mundo, nela se representa o mundo. Para o homem o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar aí no mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo.⁷¹

⁶⁷ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica Filosófica e História*. Passo Fundo: Editora UFP, 2004, p.49.

⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 354.

⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 5.ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995, Parte I, p. 205.

⁷⁰ SIMON, Henrique Smidt. *Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito*. Revista Direito Estado e Sociedade n. 36. (PUC-RJ), p. 75.

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 571-572.

Noutro giro, é também a capacidade de comunicação, materializada pela linguagem, que possibilita o debate em busca da verdade. Assim, segundo Gadamer, "a linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa".⁷² Nessa perspectiva, Gadamer considera que a linguagem se desvincula do interlocutor ao desvendar novos conceitos ou novas perspectivas. A linguagem não é, portanto, elemento meramente comunicativo, de caráter instrumental, mas sim o próprio conhecimento materializado. Leia-se, nesse sentido interessante reflexão que Gadamer faz acerca da autonomia da linguagem:

Costumamos dizer que “levamos” uma conversa, mas na verdade quanto mais autêntica uma conversação, tanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um outro dos interlocutores. Assim a conversação autêntica jamais é aquela que queríamos levar. Ao contrário, em geral é mais correto dizer que desembocamos e até que nos enredamos numa conversação. Como uma palavra puxa a outra, como a conversação toma seus rumos, encontra seu curso e deu desenlace, tudo isso pode ter algo como uma direção, mas nela não são os interlocutores que dirigem; eles são os dirigidos. O que “surgirá” de uma conversação ninguém pode saber de antemão. O acordo ou o seu fracasso é como um acontecimento que se realizou em nós. Assim, podemos dizer que foi uma boa conversação, ou que os astros não foram favoráveis. Tudo isso demonstra que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que empregamos ali carrega em si sua própria verdade, ou seja, “desvela” e deixa surgir algo que é a partir de então.⁷³

Em uma perspectiva mais ampla, a capacidade de comunicação reproduz a experiência mundana, levando-se em conta que a produção da linguagem é que permite o desempenho da compreensão.

Com relação à hermenêutica gadameriana, especificamente, a linguagem representa também a força propulsora do círculo hermenêutico. Isso, porque os pré-juízos do intérprete (que correspondem ao elemento da tradição) só passam a interagir com o texto ou com o parceiro de diálogo, por exemplo, quando existir o meio material da linguagem. Sem ela, o intérprete se prende às suas percepções momentâneas, estagnando-se no conformismo.

De outro lado, a capacidade de comunicação permite ao intérprete hermeneuta dialogar com a referência fixa estabelecida pela linguagem e, por meio desse

⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, 497.

⁷³ *Ibidem*.

movimento circular de reinterpretação, permite a criação de novos horizontes de compreensão.

No âmbito jurídico, diga-se de passagem, a importância da linguagem torna-se ainda mais sensível. A norma positivada em formato textual — que, segundo Gadamer, é o formato em que “a consciência compreensiva alcança sua plena soberania”⁷⁴ — passa do campo da compreensão para o campo do dever ser. Desse modo, a atividade de interpretação e aplicação da norma (hermenêutica jurídica) afigura como autêntico modo de construção do Direito e, conseqüentemente, de adaptação às constantes modificações sociais, às quais a norma engessada, na sua pura literalidade, não sensibilizaria.

Inclusive, essa reflexão é suma importância no contexto deste estudo, pois evidencia o elo entre a hermenêutica e o Direito (e a questionável ligação entre hermenêutica filosófica e Direito) e, sobretudo, evidencia o papel da hermenêutica na abertura da jurisdição constitucional, conforme será tratado mais adiante. A esse respeito, transcreva-se lição de Castanheira Neves:

“[...] o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem e atinge-nos através dessa linguagem, que é.”⁷⁵

Feito esse adendo, voltemos à abordagem das concepções de Gadamer acerca do papel da linguagem para o estudo da hermenêutica.

Embora Gadamer defenda que a linguagem seja a fonte direta da compreensão e da experiência humana, ele não ignora o seu aspecto especulativo. Pelo contrário, Gadamer reconhece que a linguagem representa apenas o “*rastro de finitude*”⁷⁶ de nossa experiência histórica, justamente por estar em constante formação e desenvolvimento. Assim, avança afirmando que é justamente essa instabilidade das estruturas humanas de

⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 506.

⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 90.

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 590.

linguagem que contrariam o dogmatismo do cotidiano e que permitem a experiência hermenêutica.

Em outras palavras, Gadamer entende que é a especulação que permite o jogo de perguntas e respostas entre o sujeito e objeto, no qual o intérprete realiza o confronto dos seus pré-juízos com o objeto a ser compreendido. Sobre o caráter especulativo da linguagem, cumpre destacar a seguinte reflexão feita por Gadamer, em *Verdade e Método*:

É claro que a interpretação deve começar por algum ponto. No entanto, seu ponto de partida não é arbitrário. Na realidade não se trata de um começo real. Já vimos como a experiência hermenêutica implica sempre o fato de que o texto que se deve compreender fala a uma situação determinada por opiniões prévias. Isso não é uma desfocagem lamentável que impeça a pureza da compreensão, mas a condição de sua possibilidade, que caracterizamos como situação hermenêutica. É só porque entre aquele que compreende e seu texto não existe uma concordância evidente e natural que se pode participar, no texto, de uma experiência hermenêutica. É só porque é preciso tirá-lo de sua estranheza, através da apropriação, que um texto como tal tem algo a dizer para aquele que busca entender. Somente porque o exige é que o texto chega à interpretação a apenas como ele o exige. O começo aparentemente *thético* da interpretação é, na verdade, resposta, e, como toda resposta, também o sentido da interpretação se determina a partir da pergunta que se colocou. *Assim, a dialética de pergunta e resposta sempre precedeu a dialética da interpretação. É aquela que determina a compreensão como um acontecer.*

Diante dessa rápida abordagem, denota-se que Gadamer exalta a importância da comunicação como fio condutor da sua teoria hermenêutica, a caminho de uma filosofia metafísica. Como já se comentou, o filósofo parte da premissa elementar de que o meio para compreensão do mundo social (por meio da tradição) é a linguagem, que permite as mais diversas formas de interação do conhecimento humano, onde tudo pode fazer sentido.

Assim, ao entender que a compreensão se dá em função do poder de disposição (exteriorização) do conhecimento, Gadamer confere a sua teoria hermenêutica uma pretensão universal. Nesse sentido, assevera:

Também a consciência histórica incluía, na verdade, a mediação entre passado e presente. Ao reconhecer o caráter de linguagem como o médium universal dessa mediação, nosso questionamento ultrapassou seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que deveria ocupar seu lugar, adquirindo a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana com o mundo tem o caráter de linguagem de modo absoluto, sendo portanto compreensível igualmente de modo absoluto. **Nesse sentido, como vimos, a hermenêutica**

é um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.⁷⁷ [grifo nosso]

Portanto, para Gadamer, a construção do mundo continua se dando “sempre que queremos dizer-nos algo uns aos outros”,⁷⁸ uma vez que a linguagem produz a concretização universal do pensamento.

Com efeito, nada pode ser admitido como existente sem a utilização de um sinal comunicativo para expressar seu sentido. Pode-se dizer, portanto, que toda a racionalidade se funda no discurso e todo discurso, necessariamente, esconde uma carga de historicidade que envolve seu interlocutor — daí a pretensão de universalidade da hermenêutica gadameriana.

2.4 Tradição e circularidade

Contraopondo-se aos iluministas — que elegeram a razão como único meio de acesso à verdade —⁷⁹, Gadamer funda toda sua teoria na concepção de que o intérprete carrega consigo uma inegável carga de historicidade. Desse modo, a visão que temos do mundo é diretamente circunscrita às nossas experiências de vida.

Esse entendimento decorre da perspectiva de que a razão, dissociada da ontologia (ou o sujeito intérprete separado do objeto a ser interpretado), é insuficiente para mensurar as subjetividades e as cargas simbólicas que acompanham o conhecimento humano.

Um discurso, por exemplo, possui muito mais que a sua mensagem literal. Possui também ideologia, cultura, tradição e intersubjetividade, dentre outros elementos que compõem a experiência metafísica.⁸⁰

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 613.

⁷⁸ _____, Hans-Georg. *Verdade e Método. Complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 269.

⁷⁹ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 455.

Nesse sentido, o sujeito intérprete, para Gadamer, deve, antes de tudo, inserir-se no mesmo plano de seu objeto de interpretação, fazendo com que seus pré-juízos interajam, experimentem e dialoguem com os elementos apresentados pela linguagem, em um movimento circular.

Assim, o círculo hermenêutico tem como ponto nevrálgico a ideia de que a tradição é forma autêntica de preservação do saber e, por isso, deve ser revitalizada constantemente.⁸¹

E não só isso. No contexto da hermenêutica gadameriana, a tradição é, sobretudo, o elemento de fluência da comunicação, já que permite a constante confrontação do passado com o futuro, do velho com o novo, pondo à prova, a todo o momento, os pré-juízos do intérprete. Nesse sentido, Gadamer considera o seguinte:

Essas considerações nos levam a indagar se na hermenêutica das ciências do espírito não devemos restabelecer de modo fundamental o direito do elemento da tradição. A investigação das ciências do espírito não pode ver-se a si própria em oposição pura e simples ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de seres históricos. Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.⁸²

Dessa forma, os prejuízos (ou preconceitos) do intérprete afiguram como verdadeira condição para interpretação, na medida em que somente o ser inserido na tradição é capaz de assimilar a carga simbólica acompanhada do objeto da linguagem.

Segundo Gadamer, “não podemos falar de um `objeto em si’”,⁸³ uma vez que o objeto a que se orienta a investigação não se sustenta como elemento isolado, nem pode

⁸¹ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 40.

⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 376.

⁸³ *Ibidem*, p. 378.

ser compreendido na sua completude, já que, na realidade, ele sempre estará vinculado a uma investigação histórica, com a qual nunca se chegará a uma compreensão final e completa.

Inclusive, essa ideia de revitalização da tradição é bem ilustrada por Gadamer por meio da metáfora da fusão de horizontes. Segundo ele, o horizonte do intérprete é o campo de visão que este possui no momento de certa investigação e que marcará o alcance da compreensão — sempre em função dos preconceitos acerca do que ele pretende compreender.

Essa representação se torna mais perceptível quando, por exemplo, nos propomos a ler um texto, e deste texto pretendemos buscar uma compreensão até então inédita sobre certo tema. Inicialmente, temos uma ideia preconcebida ou um "projeto preliminar"⁸⁴ daquilo que será investigado. Assim, ao longo da leitura, nossos preconceitos são automaticamente confrontados com os elementos trazidos pelo texto e, a partir de sucessivos exercícios de ligação entre o que já sabemos e o que não sabemos, começamos a confirmar os sentidos da linguagem. Ou seja, durante essa leitura hipotética, passamos a dialogar com as partes do texto a fim de compreender um possível sentido do todo.

Sendo assim, a partir do marco de consciência que o intérprete tem de si mesmo e do mundo, ele coloca a prova seus preconceitos, dialogando com objeto de compreensão e, a partir de então, passa a ter um novo horizonte (uma nova situação histórica) e uma nova compreensão sobre aquilo que buscava interpretar. De acordo com Gadamer:

Partíamos então do fato de que uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco. Estes formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que já não conseguimos ver. No entanto, importa manter-nos afastados do erro de pensar que o que determina e limita o horizonte do presente é uma acervo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado se destaca desse presente como de um fundamento sólido.

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes

⁸⁴ FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 42.

históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* Conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e da ingenuidade de sua relação com sua época e com suas origens. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente.⁸⁵ (grifos nossos)

Diante da fusão de horizontes, a hermenêutica se opera de forma a abrir o horizonte do intérprete ao horizonte do objeto interpretado. Essa abertura, na perspectiva do círculo-hermenêutico, é a autêntica compreensão.

Conclui-se, portanto, que a estrutura da compreensão em Gadamer se dá por meio da dinamicidade da história, de tal forma que a razão sempre estará vinculada à tradição.

⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 404-405.

3 O DEBATE GADAMER-HABERMAS: TRADIÇÃO VERSUS EMANCIPAÇÃO

3.1 Alguns pontos relevantes da crítica de Habermas acerca da hermenêutica filosófica gadameriana

Ao contrário de Gadamer, Habermas “não deixa de estudar o Direito de forma explícita”,⁸⁶ embora o faça dentro da perspectiva da Filosofia. Pode-se dizer que o filósofo aderiu a algumas das concepções inseridas na teoria hermenêutica filosófica gadameriana, notadamente, ao giro hermenêutico-linguístico.

Em linhas gerais, os principais temas que ocuparam os estudos de Habermas foram a modernidade, a exemplo de seu mestre Theodor Adorno; a razão, precipuamente a partir da Teoria do Agir Comunicativo; e a democracia, principal aspecto deste estudo.⁸⁷

Partindo das bases teóricas de Marx, Lukács, Freud, Weber e Adorno,⁸⁸ Habermas rompe com as concepções de que a modernidade e a razão estariam envolvidas em um constante processo de alienação em massa, a partir de mecanismos de manutenção do poder. Assim, desenvolve sucessivas investigações a fim de formular uma nova concepção de razão, sobretudo, desmascarando a ideia de que a racionalidade moderna estaria falida, diante da sua finalidade exclusivamente instrumental.

A partir de suas inquietações acerca dos referenciais teóricos trazidos pela Escola de Frankfurt, Habermas dedica-se, então, a ultrapassar os limites da dita razão instrumental — que teoricamente desestimulavam o avanço da ciência —, por um novo conceito, chamado de razão comunicativa.⁸⁹ É neste ponto, cumpre frisar, que o diálogo estabelecido entre Gadamer e Habermas encontra seu primeiro e maior elo: a linguagem, imagem do mundo “articulada linguisticamente”.⁹⁰ Assim como Gadamer, Habermas enaltece a comunicação como forma de processamento da razão, embora acabe fazendo uma série críticas à obra *Verdade e Método*.

⁸⁶ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 14.

⁸⁷ ARAGÃO, Lucia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 64.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 90.

Com efeito, o filósofo alemão substitui o paradigma da consciência — que trata o sujeito de forma isolada — pelo paradigma da intercompreensão.⁹¹ Significa dizer que, diferentemente de Gadamer, Habermas tenta revitalizar a razão a partir do diálogo intersubjetivo, no qual pares buscam a verdade de forma direcionada. Na sua concepção, a racionalidade é concebida pelo diálogo, pois ultrapassa a posição individualista impositiva da tradição, para, através de processos de depuração crítica, atingir um consenso e permitir o entendimento.

Nessa esteira de raciocínio, Habermas desenvolve a Teoria do Agir Comunicativo, por meio da qual estabelece que apenas o rastro da comunicação permite a coordenação das ações existentes em um grupo social e que somente pelo fio condutor da linguagem — “espécie de meta-instituição, da qual dependem todas as instituições sociais”⁹² — é possível estabelecer ações estratégicas e proposições criticáveis. Desse modo, considera o seguinte:

Na notável ambivalência entre convencer e persuadir, da qual o consenso produzido retoricamente não se livra, mostra-se não apenas o momento da força (*Gewalt*), que até nos dias de hoje não foi apagado dos processos de formação da vontade, mesmo quando se apresentam em forma de discussão. Antes, aquela ambigüidade é um indício de que questões práticas só podem ser decididas dialogicamente e por isso permanecem presas ao contexto da linguagem corrente. **Decisões motivadas racionalmente só se formam sobre a base de um consenso que é produzido pelo discurso convincente, e isto quer dizer: na dependência dos meios adequados, ao mesmo tempo cognitivos e expressivos da exposição em linguagem corrente.**⁹³

Significa dizer, na perspectiva do Direito, que as normas (como elemento da linguagem) mediam e regulam o agir social e que esse agir deve ser, necessariamente, concebido pela intersubjetividade. Nesse sentido, expõe o Professor João Bosco da Encarnação:

(...) um agir regulado por normas, leva em conta que as normas exprimem um entendimento existente em um grupo social. Poderíamos dizer que a lei é um meio de comunicação, o que supõe sujeitos isolados. Na circunstância do

⁹¹ STIELTJES, Claudio. *Jürgen Habermas. A Desconstituição de uma teoria*. Germinal Editora, 2001, p. 51.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 21.

⁹³ *Ibidem*, 1987, p. 30-31.

agir comunicativo, portanto, interpretar é concordar com definições de situações suscetíveis de consenso.

O agir regulado por normas é precedido pelo agir estratégico ou teleológico e seguido pelo agir dramático. A validade da norma assim se dá: é reconhecida válida ou justificada pelos destinatários. Por outro lado, o modelo de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um ‘médium’ de compreensão e entendimento, sendo que no agir comunicativo interpretar constitui o mecanismo de coordenação das ações. Portanto, o que é aceito como verdadeiro não passa de convenção.⁹⁴

Foi nesse contexto, a partir do marco teórico do agir comunicativo, que Habermas passou a construir sua crítica à hermenêutica filosófica gadameriana, que recai em dois pontos centrais: a universalidade e a tradição.

Tem-se, de um extremo ao outro, da mitologia à filosofia contemporânea, que a hermenêutica passou de uma simples técnica de leitura, — conforme se ilustrou no primeiro capítulo —, para, em Gadamer, representar a intermediação de todo o conhecimento, “como um elemento em si ilimitado portador de tudo, e não apenas da cultura transmitida através da linguagem. Gadamer evoca as palavras de Platão, de que quem observar as coisas no espelho dos discursos as descobrirá em sua verdade plena e integral — ‘no espelho da linguagem se reflete tudo o que é’”.⁹⁵

Ocorre que, para Habermas, essa pretensão de universalidade que Gadamer confere à sua teoria faz com que a hermenêutica se renda às incertezas da metafísica. Todavia, essa crítica não representa uma posição radical, a depor contra a importância da hermenêutica para as ciências do espírito, sobretudo para o Direito. Parece-nos mais uma ponderação no sentido de que essa pretensão de universalização faz com que a hermenêutica se torne uma “ciência” meramente compreensiva⁹⁶, portanto, esvaível, quando, na realidade, deveria cumprir seu papel de construção de consensos, por meio da razão. Segundo Habermas, em

⁹⁴ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 90-91.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 36.

⁹⁶ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 170

Dialética e Hermenêutica, “ela não pode tornar sem efeito (*ungeschehen*) o evento (*Geschehen*) que ela é”.⁹⁷

Com efeito, Habermas não admite que todo o conhecimento seja concebido somente a partir de uma compreensão ontológica e histórica, onde o intérprete apenas contemple o mundo. Isso implicaria, talvez, na consagração do “ser”, em detrimento do “dever ser”⁹⁸. Nesse sentido:

A experiência de Hegel da reflexão encolhe-se, reduzindo-se à consciência de que estamos entregues a um evento (acontecer) no qual, irracionalmente, as condições da racionalidade se alteram segundo tempo e lugar, época e cultura.

A auto-reflexão hermenêutica só se descaminha para este irracionalismo, contudo, quando ela absolutiza a experiência hermenêutica e não reconhece a força de transcender da reflexão, que também trabalha nela. A reflexão não pode mais, certamente, ultrapassar-se rumo a uma consciência absoluta que ela mesma pretenderia então ser.⁹⁹

Na concepção habermasiana, a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer — pela qual as concepções do intérprete vão se sobrepondo repetidamente, a caminho da compreensão, em um movimento circular —, é incompatível com a sua proposta de um agir comunicativo, uma vez que a tradição sempre exercerá influência autoritária no processo comunicativo. A esse respeito, Habermas considera o seguinte, em *Dialética e Hermenêutica*:

Mas mesmo a modificação das inevitáveis antecipações não quebra a objetividade da linguagem frente ao sujeito falante: ao ser assim ensinado ou corrigido, este apenas desenvolve uma nova pré-compreensão, que novamente o orientará no próximo passo hermenêutico. É isto que quer dizer a frase de Gadamer: “a consciência histórico-real é de maneira insuperável, mais ser do que consciência”.¹⁰⁰

Para o filósofo, conceber a racionalidade exclusivamente pelo critério da tradição é impedir a introdução do elemento de ponderação axiológica, fundamental para

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 20.

⁹⁸ ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 170.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 20.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 29-30.

hermenêutica, pois permite a crítica e a reflexão, como condição de ultrapassar da posição individualista impositiva para alcançar um critério de verdade.

Habermas defende que a reflexão é o ponto central de guinada pragmático-linguística. Ele quer revitalizar a função da razão a partir do diálogo intersubjetivo, partindo da premissa de que a racionalidade se dá por meio da formação de consensos, após a fixação de dissensos.

Dessa forma, Habermas defende que somente um afastamento do sujeito-intérprete do objeto interpretado, de forma analítica, permitiria a inserção da razão crítica no processo hermenêutico. Assim sendo, o filósofo herdeiro da Escola de Frankfurt denuncia que a hermenêutica filosófica, tal como proposta por Gadamer, não suporta os elementos objetivos que estruturam a realidade social, uma vez que não apresenta critérios de depuração da tradição e dos preconceitos.¹⁰¹

3.2 O confronto entre as teses substancialista e procedimentalista

Após a Segunda Guerra, foi inserido no ordenamento das mais diversas nações — incluindo-se o Brasil — o conceito de “constitucionalismo-dirigente”, que representou um movimento de positivação dos direitos “sociais-fundamentais”, em razão da crise mundial.¹⁰²

Nesse contexto, tendo em vista a nova ordem constitucional “garantista”, o Poder Judiciário passou a exercer um novo papel político dentro das relações dos poderes do Estado, para além da mera função de pacificação social através de resoluções de conflitos. Isto posto, o atual debate estabelecido entre as correntes substancialista e procedimentalista, envolve, em traços gerais, “a análise das condições da gênese e da legitimação do direito”¹⁰³ em defesa da democracia. Nesse sentido, leciona Lênio Streck:

¹⁰¹ SIMON, Henrique Smidt. *Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito*. Revista Direito Estado e Sociedade n. 36. (PUC-RJ), p. 81.

¹⁰² STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 43.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 9.

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas, e, do outro, as teorias materiais-substancialistas. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional.

¹⁰⁴

No ponto de vista da hermenêutica, a corrente substancialista encontra em Gadamer seu maior respaldo teórico, uma vez que a atividade interpretativa e construtiva de sentidos prescinde da inserção do intérprete no ambiente social em que ele vive. Desse modo, na perspectiva substancialista, o juiz deve interpretar e realizar o Direito levando em conta as necessidades da sociedade e cumprindo a ordem dada pela razão fundada na tradição. Gadamer, inclusive, faz a seguinte consideração em *Verdade e Método*:

Nosso saber a cerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei *in concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do direito (direito judicial).¹⁰⁵

Nesse sentido, sustenta a corrente substancialista que o Poder Judiciário tem a missão e o (super) poder de concretizar e garantir direitos subjetivos, assumindo, segundo Streck, o papel “de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como o de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”.¹⁰⁶

Parte-se da ideia de que o Direito, através do Poder Judiciário, precisa cumprir seu papel transformador de promoção de direitos fundamentais, não podendo, portanto, ficar refém dos limites processuais-procedimentais do seu próprio ordenamento e, ainda, consentir com as omissões do Executivo e do Legislativo no cumprimento de suas

¹⁰⁴ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-81.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 79.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

respectivas missões constitucionais.¹⁰⁷ Tem-se, portanto, que os substancialistas enaltecem o conteúdo material e o espírito da Constituição, dando menor importância às suas estruturas procedimentais.

Feitas essas considerações, convém refletir que, em um caso hipotético, diante de uma demanda que envolva o reconhecimento de um direito fundamental, o juiz materialista provavelmente assumirá uma postura intervencionista, levando em conta a função teleológica do Direito e o espírito da constituição, embora, eventualmente, a legislação aplicável ao caso aponte para o sentido contrário.

Bem vistas as coisas — e aqui se inicia a crítica procedimentalista —, essa visão materialista, romântica, acaba gerando efeito diametralmente oposto ao pretendido, pois contribui para a “autonomização de um poder ilegítimo”¹⁰⁸, portanto, antidemocrático, e, ainda, para uma gradual heteronomia do Direito.

Exponente da corrente procedimentalista, Habermas tem a legitimidade democrática como núcleo do paradigma procedimentalista do Direito. Para o filósofo alemão, é inaceitável que o Poder Judiciário atribua para si a responsabilidade de exercer a vontade do povo ilimitadamente, sob o pretexto de promoção de direitos sociais-fundamentais.

Com efeito, Habermas entende que a hermenêutica é uma ferramenta de tomada de decisões que não pode ser utilizada para estabelecer uma posição hegemônica sem uma estrutura teórica que a justifique. Ou seja, o discurso jurídico deve se submeter à ordem democrática, seguindo critérios de validade, não podendo fazer às vezes de um discurso político, ao sabor de circunstâncias e dramaticidades momentâneas. Nas palavras de Lênio Streck:

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, *nem em conteúdos substantivos*, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade

¹⁰⁷ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81-82.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, p. 173

política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”.¹⁰⁹

Para melhor ilustrar esse cotejo entre as teses substancialista e procedimentalista, passamos a analisar um caso emblemático¹¹⁰, citado em *Verdade e Consenso*, diante do qual Streck reafirma sua posição substancialista.

O caso foi narrado, pelo autor, da seguinte forma:

Outra decisão objeto de cerradas críticas é oriunda da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz, atendendo a ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia preferido colocar determinada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro).¹¹¹

Condizente com a postura adotada pelo juiz catarinense, Streck afirma o seguinte:

No caso em questão, não é (nenhum pouco) irrelevante o fato de a verba esta destinada, originalmente, para o clube de futebol. Ao contrário: *é essa situação-hermenêutica concreta que baliza a solução*, que, acima de tudo, tem como fundamento o art. 205 da Constituição do Brasil, o qual estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo o art. 54, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, §2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso tudo aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). Em síntese, como a norma é sempre o resultado da interpretação do texto e não sendo este apenas um enunciado lingüístico, mas, sim, um evento, o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade.

[...] Claro que está em jogo, em decisões desse jaez, o problema dos limites entre a política e o direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

¹¹⁰ Processo n. 038.03.008229-0, da comarca de Joinville/SC.

¹¹¹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

[...] Ora, em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, *sempre se estará em face desse dilema*. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; *o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos*, circunstância que assume foros de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões. Talvez em *terrae brasilis* o problema esteja no “excesso de faticidade”!¹¹²

Em boa verdade, o ativismo judicial prejudica o efeito impositivo da lei parlamentar e usurpa a competência administrativa do Executivo. Por via de consequência, provoca uma gradativa mitigação do princípio da separação dos poderes. Todavia, o ponto nevrálgico do embate de teses substancialistas envolve, essencialmente, a força legitimadora da gênese democrática do Direito.

Relativamente ao caso citado por Streck, o juiz da causa ordenou à Prefeitura de Joinville que criasse quase três mil vagas destinadas à rede pública de ensino, fazendo valer a máxima de que a educação é direito de todos e dever do Estado, cumprindo, assim, a ordem imposta pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. À primeira vista e em uma perspectiva exclusivamente axiológica, o magistrado adotou postura escoreita, pois, em tese, garantiu a quase três mil crianças o indispensável direito de acesso à educação.

Todavia, com seria possível, nessa perspectiva, garantir que a verba destinada à educação das quase três mil crianças de Joinville não teria sido mais bem empregada na saúde, enquanto centenas de enfermos estavam reféns do precário sistema público de saúde, em seu leito de morte?¹¹³ Certamente, não compete ao juiz catarinense a função decidir quais direitos devem ser priorizados. Esse tipo de intervenção do Judiciário em políticas públicas tem repercussão negativa para a sociedade, devendo ser rechaçada, ainda que sob o pretexto concretização de direitos sociais-fundamentais.

Ora, se, de um lado, a Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado, do outro, ela institui o orçamento público como instrumento de planejamento do Poder Executivo, no qual são definidas as prioridades

¹¹² STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

¹¹³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 140.

políticas de um governo. Isto posto, o Direito deve ser concebido como um todo. Ou seja, na concepção habermasiana, o princípio democrático pressupõe que só podem ser válidas ações que passaram por um processo discursivo dialético de produção de normas jurídicas, o que absolutamente não foi observado pelo juiz catarinense. Nesse sentido, Habermas considera o seguinte:

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumento e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.¹¹⁴

Como se vê, a concepção materialista-substancialista retira da hermenêutica a sua função crítica e seu equilíbrio epistemológico. Desse forma, estar-se-ia produzindo discursos de fundamentação inválida, deixando de prestar contas para os indivíduos, verdadeiros interessados no processo de transformação social.

Segundo Habermas, “a partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente”.¹¹⁵ Significa dizer, em outras palavras, que a democracia não pode ser operada de forma heterônoma, caso a caso, ao sabor do juiz. É esse, inclusive, o significado da Ética do Discurso¹¹⁶ defendido por Habermas: garantir que o estado opere a favor da vontade do corpo social, através de um controle racional, impedindo a mencionada “autonomização” de um poder ilegítimo.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190-191.

¹¹⁵ _____, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 171.

¹¹⁶ Para Luciana Aragão, a “ética do discurso [habermasiana] parte do estabelecimento de um princípio moral, o *princípio de universalização ou U*, cuja formulação é a seguinte: Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para satisfação dos interesses de *todo* indivíduo, possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos”. (*Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 193)

Tem-se, portanto, que, na perspectiva habermasiana, os discursos de aplicação do Direito devem ser suficiente fundamentados, em consonância com a ordem democrática constitucional e no sentido contrário da hermenêutica metafísica defendida pela corrente substancialista. Nesse cenário, ao hermeneuta habermasiano cumpre a missão precípua de compreensão da constituição, observando sempre um processo de criação democrática do Direito.¹¹⁷

3.3 Uma proposta de emancipação social: a cautela procedimentalista frente às pretensões substancialistas

Ainda acerca da discussão sobre o “papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo”¹¹⁸, notadamente da legitimidade dos discursos materialistas-substancialistas, surge uma questão ainda mais relevante — ao menos na perspectiva deste estudo — que transcende o plano da operacionalidade da hermenêutica.

Ferrenho defensor das teses substancialistas, Lênio Streck afirma que o discurso procedimentalista, tal como proposto por Habermas, não é aplicável a países de modernidade tardia. Transcreva-se, pois, a seguinte passagem de *Verdade e Consenso*:

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substancialistas da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democráticos da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito.

[...] Assim entendo como difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania*, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental.¹¹⁹

¹¹⁷ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁹ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81-83.

Com efeito, os substancialistas partem do pressuposto de que em um país como o Brasil — em que nem mesmo os direitos de primeira geração são cumpridos, ou seja, um país em que a ordem constitucional anda a passos largos da facticidade —, as teorias processuais-procedimentais servem, antes, para limitar o poder existente e a implementação dos direitos fundamentais¹²⁰, do que, propriamente, para garantir uma ordem democrática. Nesse sentido, Streck ataca:

Tais fatores – entre tantos outros que serão assinalados na sequência desta obra – denotam certo distanciamento das teses procedimentalistas da realidade de países periféricos como o Brasil. **Por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social** (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e *o resgate das promessas da modernidade*, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.¹²¹ (grifo nosso)

No entanto, deve ser rechaçada a ideia de que o procedimentalismo habermasiano é antagônico à concretização de direitos subjetivos. Parece-nos que o filósofo alemão pretende, sobretudo, fazer uma ponderação — espécie de juízo de cautela — frente às pretensões impulsivas e irrefletidas de concretização de direitos sociais-fundamentais.

Nas palavras de Álvaro Ricardo Souza Cruz, “o procedimentalismo no Brasil não se furta aos problemas da necessária inclusão social. Contudo enxerga um caminho mais democrático, apesar de menos sedutor”¹²². Daí a incongruência da tese de Streck sobre a inaplicabilidade do procedimentalismo no Brasil: os países de modernidade tardia também precisam buscar a sua autonomia.

Não se pode perder de vista, ademais, que o “garantismo” implica na hegemonização do Poder Judiciário e isso gera um custo alto para sociedade, pois retira a sua necessária autonomia deliberativa. Sendo assim, cada provimento judicial concedido

¹²⁰ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

¹²¹ *Ibidem*, p. 86.

¹²² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 266

ilegitimamente, sem uma fundamentação válida, passa para as pessoas uma sensação ilusória de controle, o que, gradativamente, faz atrofiar o espírito de solidariedade social.

Assim também, o critério deliberativo democrático pós giro hermenêutico lingüístico não pode ser concebido de forma heterônoma, através de provimentos aleatórios do Poder Judiciário e, ainda, sem o necessário controle de validade. Ora, uma sociedade com pretensões de desenvolvimento e civilidade deve, antes de tudo, medir seus passos.

Portanto, os estímulos para construção de uma concepção substancial de democracia devem partir da própria sociedade e, principalmente, devem ser exigidos do poder público como um todo, e não só do Judiciário. Nesse sentido, Souza Cruz complementa:

[A corrente procedimentalista] critica o comunitarismo que pretende ver o Judiciário como tutor ou superego de forma a guiá-la no caminho da inclusão social dos menos favorecidos. Mesmo um desvalido conhece e deve opinar qual o melhor meio para ampará-lo. **A autonomia do indivíduo não pode jamais ser esquecida, pois sem ela a soberania política estará sempre viciada.**

[...] As dificuldades são grandes. Necessário é que se peça à esfera pública jurídica nacional uma ação. **Cabe o pedido, em especial, diante ao Judiciário, mas uma ação limitada pelo discurso normativo de aplicação.** É, pois, um convite menos romântico/charmoso do que aquele da "Jurisprudência de Valores". Mas, apesar do gosto ruim, não é um veneno para a democracia, tal como a proposta comunitarista.¹²³

Finalmente — e aqui o ponto nodal da crítica procedimentalista —, nas palavras de Habermas, **para evitar que esse poder ilegítimo se torne um poder independente e coloque em risco a liberdade do povo “não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e inconformada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo”.**¹²⁴ (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, Marcelo Cattoni considera que o direito democraticamente produzido “é um dos meios de integração social, que pode controlar os

¹²³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 265-266.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003, p. 195.

riscos de dissenso [...], a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas sejam os seus co-autores”.¹²⁵

O projeto hermenêutico de realização de direitos sociais-fundamentais, no que tange ao funcionamento da sociedade, não pode ser exclusivo do Estado, entregue aos caprichos e limitações do poder público. Na realidade, o Estado deve ser visto como um ente que proporciona às pessoas condições organização e desenvolvimento, contudo, obediente às convenções democráticas.

É esse, portanto, o mote procedimentalista: preservar a dimensão de emancipação da sociedade, aceitando um sentido comunitário de construção de consensos e estimulando as pessoas a atuarem de forma participativa e responsável na construção de uma democracia efetiva.

¹²⁵ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006,p. 183.

CONCLUSÃO

Partindo-se de um estudo preliminar sobre algumas correntes teóricas que, ao longo da história, trataram da interpretação como referencial para a concretização do Direito, é possível verificar que o debate travado entre Gadamer e Habermas se operou em maior grau de profundidade, pois envolveu temas filosóficos essenciais, tais como a razão, a linguagem e a compreensão.

Fruto desses paradigmas filosóficos trazidos, sobretudo, pelos dois filósofos alemães, o embate entre a tese substancialistas e procedimentalista é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição democrática nos dias atuais. Quanto a isso não há dúvidas.

Na perspectiva substancialista, a atividade interpretativa e construtiva de sentidos, construída a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, prescinde da inserção do intérprete no ambiente social em que ele vive. Sendo assim, o juiz deve interpretar e realizar o Direito levando em conta as necessidades da sociedade e cumprindo a ordem dada pela tradição.

À primeira vista, esse discurso é sedutor e, de fato, promove questionamentos sobre qual deve ser o papel exercido pela jurisdição constitucional brasileira. A ideia é, pois, instituir uma jurisdição ativa, preocupada em concretizar os direitos sociais-fundamentais, de modo a suprir as insuficiências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Parece-nos, no entanto, que as pretensões substancialistas não atendem ao seu objetivo final de construir uma democracia efetiva. Primeiro, porque admitem um poder ilegítimo e heterônomo, portanto, desvinculado de um direito democraticamente produzido. Segundo, porque colocam em risco a liberdade do povo e a sua soberania política, transmitindo à sociedade uma sensação ilusória de controle.

Assim também, não se pode dizer que o modelo substancialista é a solução para os problemas de países de modernidade tardia, como o Brasil, onde a facticidade não acompanha a ordem constitucional e os direitos sociais-fundamentais simplesmente não são concretizados.

Ora, os países em desenvolvimento, muito mais do que os desenvolvidos, precisam buscar critérios deliberativo efetivos, sempre através da via democrática, para que a nação se desenvolva de uma forma consistente, elevando o sentimento de solidariedade social — que, parece-nos, é um dos principais propulsores de uma sociedade autônoma —, onde as pessoas participam de uma vida ativa e responsável, em um sentido comunitário de construção de consensos.

É nesse sentido que a corrente procedimentalista apresenta uma proposta de construção de uma sociedade emancipada.

Não nos parece razoável que o povo brasileiro entregue todo seu poder deliberativo ao Estado e fique refém de políticas públicas. Do mesmo modo, não se pode aceitar que o Poder Judiciário intervenha indistintamente na sociedade, de forma autônoma e ilegítima, retirando o sentimento de autonomia das pessoas.

Sob uma ótica simplista, porém válida para ilustrar o raciocínio, o Estado é apenas um ente abstrato, constituído e operado por indivíduos, que apresenta um modelo organizacional e confere condições imprescindíveis para a sociedade se desenvolver. Sendo assim, os direitos subjetivos devem, antes, emanar de um sentimento coletivo — **que atinja os agentes públicos, inclusive** —, ao invés de sempre dependerem de uma interferência estatal, como se sujeitassem a um reconhecimento prévio.

Não se trata, portanto, de uma proposta metafísica, que prevê uma solução impossível para problemas indissolúveis. De fato, o procedimentalismo é um instrumento de controle democrático, indispensável para o progresso social.

Importa advertir, finalmente, que a crítica procedimentalista ao modelo substancialista é, antes, uma ponderação do que, propriamente, uma aversão. Do mesmo modo que Habermas reconhece a importância da hermenêutica filosófica gadameriana e adere a muitas de suas premissas, o procedimentalismo não abandona a missão de concretização de direitos fundamentais, mas apenas busca uma jurisdição democrática efetiva, através de procedimentos democráticos efetivos.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. *Acerca da Doutrina Cristã*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Tradução: José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984.
- ARAGÃO, Lucia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- BITTAR, Eduardo. *Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*. In: *Hermenêutica Plural*. Orgs. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.
- CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- COSTA, Dilvanir. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1977.
- DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica*. In: *Textos de Hermenêutica*. Org. Rui Magalhães. Trad. Alberto Reis e José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERREIRA, Nazaré. *Da interpretação à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.
- _____, Hans-Georg. *Verdade e Método. Complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- _____, Hans-Georg. *Hermenêutica em Perspectiva*. Trad.: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- GRUNWALD, Astried Brettas. *Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça*. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4351/uma-visao-hermeneutica-comprometida-com-a-justica>>.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 5.ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995, Parte I.

INWOOD, Michael. *Hermenêutica*. *Crítica Revista de Filosofia*. 2007. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Hermes. *Novos métodos de interpretação do direito: a revelação científica do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIMON, Henrique Smidt. *Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito*. *Revista Direito Estado e Sociedade* n. 36. (PUC-RJ).

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey.

STIELTJES, Claudio. *Jügen Habermas. A Desconstituição de uma teoria*. Germinal Editora, 2001.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica Filosófica e História*. Passo Fundo: Editora UFP, 2004.

ZABATIERO, Júlio. *Teologia inovadora no século XXI*. 2010. Disponível em: <<http://www.novosdialogos.com/artigo.asp?id=141>>.