

## Perspectivas para a Interpretação Constitucionalista: a Contribuição da Hermenêutica Filosófica na Atualização Crítica do Direito

**CESAR AUGUSTO NARDELLI COSTA**

Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UNB), Pós-Graduação *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.

DOI: 10.11117/22361766.39.01.04

Submissão: 23.03.2011

Parecer 1: 06.05.2011

Parecer 2: 06.05.2011

Decisão Editorial: 08.05.2011

**RESUMO:** O presente estudo demonstra como a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer pode contribuir para um aprimoramento da interpretação no Direito e, igualmente, para a busca da solução correta (constitucionalmente adequada) em decisões judiciais. Nas duas primeiras seções, apresenta-se um breve estudo sobre a teoria do filósofo alemão e a sua pertinência para a hermenêutica jurídica, em especial para o rompimento da reprodução acrítica do Direito, consubstanciada no senso comum teórico dos juristas. No capítulo seguinte e final, é reunida uma crítica à tese de discricionariedade judicial na interpretação — como escolha do juízo entre indiferentes jurídicos — e é exposta a contribuição da teoria do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin, como baliza de uma aplicação correta, em um paradigma hermenêutico do Direito, consoante com o Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica filosófica; hermenêutica jurídica; pós-positivismo; discricionariedade judicial.

**ABSTRACT:** This paper demonstrates how the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer may contribute to an improvement in the interpretation of law and also to seek the correct solution (constitutionally adequate) in judgments. In the first two sections, presents a brief study of the theory of the German philosopher and its relevance for the constitutional hermeneutic, especially for the disruption of the uncritical reproduction of law, embodied in the common sense theory of jurists. In the next chapter and final meeting is a critique of the thesis of judicial discretion in the interpretation — as a choice between indifferent legal judgment — is exposed and the contribution of the theory of “Law as integrity” of Ronald Dworkin, as a beacon of correct application, in a hermeneutic paradigm of law, consonant with the democratic rule of law.

**KEYWORDS:** Philosophical hermeneutics; constitutional hermeneutics; post-positivism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A contribuição da hermenêutica filosófica de Gadamer para a compreensão no Direito; 1.1 O rompimento com a tradição metafísica da dogmática jurídica; 1.2 A relevância da pré-compreensão (encarando os pré-conceitos e pré-juízos); 2 O caráter produtivo da interpretação jurídica no círculo hermenêutico; 2.1 Compreensão, interpretação e aplicação do Direito; 2.2 O *sentido comum teórico* dos juristas e o insucesso dos métodos lógico-formais em obter a verdade interpretativa; 3 A interpretação judicial e a solução correta em face da experiência jurídico-social brasileira; 3.1 O repúdio à discricionariedade judicial e ao decisionismo subjetivista; 3.2 O direito fundamental à resposta adequada à Constituição; Conclusões; Referências.

O mundo verdadeiro – inatingível? De qualquer modo, não atingido. E, enquanto não atingido, também desconhecido. Consequentemente tampouco consolador, redentor, obrigatório: ao que é que algo de desconhecido poderia nos obrigar?...

(Manhã cinzenta. Primeiro bocejo da razão. O canto de galo do positivismo.)

O “mundo verdadeiro” – uma ideia que já não serve mais para nada, que não obriga mesmo a mais nada – uma ideia que se tornou inútil, supérflua; consequentemente, uma ideia refutada: suprimamo-la!

(Dia claro; café da manhã; retorno do bom senso e da serenidade; rubor de vergonha de Platão; algazarra dos diabos de todos os espíritos livres.)

Suprimimos o mundo verdadeiro: que mundo nos resta? O mundo aparente, talvez?... Mas não! Com o mundo verdadeiro suprimimos também o aparente!

(Meio-dia; instante da sombra mais curta; fim do erro mais longo; ponto culminante da humanidade; *Incipit Zarathustra*) (Friedrich Nietzsche, em *O crepúsculo dos ídolos*)

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República brasileira pôde experimentar o florescer de uma nova abordagem jurídica e a oportunidade de superação de antigas (e ainda arraigadas) teorias gerais do Direito. A principal corrente, cujo desafio de renovação permanece presente e, mais importante, premente, é formada pelo positivismo jurídico e suas derivações mais diversas, as quais amarram a experiência do Direito à tradição filosófica da metafísica.

A problemática não é adstrita ao mero apego acadêmico ou a uma determinada doutrina e o respectivo louvor aos pensadores que a iniciaram, mas envolve, sim, a ruptura com um paradigma filosófico que exigiu do Direito uma postura cientificista hermética a questões morais e, por via de consequência, à própria realidade. Essa “indiferença”, derivada da moral kantiana e, em especial, do positivismo jurídico, se demonstra inábil a atender às demandas de uma sociedade carente de cidadania, de educação, de serviços públicos e de igualdade, expressadas em uma extensa e esperançosa Carta Constitucional. Para Kelsen, um dos mais refinados representantes daquela

vertente, aliás: “A ciência jurídica deve limitar-se a explicar empiricamente o Direito como é, sem tentar justificá-lo ou criticá-lo”<sup>1</sup>.

De outra forma, Hesse bem define o caráter transformador do Direito na existência da força normativa da constituição jurídica, se “fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”<sup>2</sup>. Defendeu o autor alemão que:

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição.<sup>3</sup>

Assim, é especialmente evidente que os modelos de prática e de teoria jurídicas não podem ser obstáculos a retardar as transformações e garantias exigidas pela sociedade em sua Constituição, sob uma retórica que esvazie o conteúdo normativo daquela e a desacredite como elemento de implementação de mudanças e promoção de justiça.

Se, por um lado, em uma perspectiva dogmática-positivista, o Direito consistia em uma ciência que tem por objeto a norma estatal vigente, restrita quase que à totalidade às regras gerais instituídas pela autoridade pública, aplicada por técnica de *subsunção lógica* (correspondência entre a descrição fática e o comando normativo), visando eliminar a interferência subjetiva (e pretensamente danosa) do aplicador/julgador, por outro lado, permitia a discricionariedade do julgador nos “casos difíceis”<sup>4</sup>, preenchendo as controvertidas “lacunas”<sup>5</sup> pelos princípios gerais do Direito, pelos costumes e pela analogia. Perdida nesse contraste, a interpretação era (e, por vezes, ainda é) relegada a um plano inferior do estudo jurídico, sistematizada através de “métodos” que a encaram unicamente como instrumento de descrição e assunção da regra imposta.

---

1 LOPES, Ana Maria D’Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, Brasília, p. 104, jan./mar. 2000.

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

3 Idem, p. 24.

4 Vide tópico XXXX.

5 Para Lenio Streck, a menção da Lei de Introdução ao Código Civil à omissão da lei e o uso de princípios gerais do Direito deve ser entendida como um “critério positivista de fechamento do sistema”, visando “preservar, assim, a pureza e a integridade do mundo de regras”. Não se deve confundir, ainda, os citados princípios com o sistema relevante de princípios constitucionais (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109-110).

Castanheira Neves foi preciso ao elucidar que o formalismo metodológico então reinante definia o objetivo do jurista como “exclusivamente cognitivo”, de índole dogmática e reprodutiva de sentido (quando não defronte os temidos *hard cases*, cf. Hart). Assim:

Se o legislador cria o direito positivo, o jurista, com o seu pensamento exclusivamente jurídico, *conhece-o* na sua estrutura lógico-dogmática e aplica-o lógico-formalmente ou lógico dedutivamente (“aplicar o direito significa: *subsumir* sob as normas da lei” – W. Ott), constituindo nesses termos o que se virá a designar o estrito “método jurídico”.<sup>6</sup> (grifo nosso)

Ainda arraigada no imaginário compartilhado de muitos juristas (no senso comum teórico, como definido em capítulo próprio desta monografia), a dogmática jurídica<sup>7</sup> expressa a pesquisa pela *validade* das proposições do Direito, com base na realidade positiva dos fenômenos jurídicos, buscando a estabilidade do sistema de interpretação e aplicação jurídicas em critérios simplesmente formalistas, sem o traço essencial da faticidade, do mundo vivido. O alerta de Navarro, citado por Lenio Streck, é indicativo dessa característica: “O positivismo jamais se comprometeu a reconhecer relevância prática às normas jurídicas”<sup>8</sup>.

Não obstante superada a ausência legislativa do Estado Liberal acerca dos complexos anseios sociais, migrando-se para uma positivação de inúmeras garantias, vive-se, atualmente, uma carência de eficácia do Direito, ou, como precisamente aponta Alexandre Araújo Costa, “uma luta do direito contra os fatos, em uma tentativa de conferir aplicação prática aos direitos consagrados na Constituição”<sup>9</sup>. Essa dependência de medidas do Poder Público e da efetivação de políticas públicas constitui a base dos maiores desafios da hermenêutica jurídica.

Nessa toada, para se permitir que a experiência jurídica reflita o seu novo marco normativo constitucional, é necessário, mais do que nunca, integrar-se na ruptura paradigmática – refletida em diversos trabalhos acadêmicos atuais –, consistente no abandono da postura “indiferente” das Teorias Gerais do Direito e dos seus suportes filosóficos na metafísica moderna (ou “filosofia da cons-

---

6 NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 28.

7 Luis Alberto Warat descreve o conceito usual desta expressão: “Mas o que se entende por dogmática jurídica? Aproximando-nos de seu uso mais generalizado, diremos que é a atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo juízo de valor. É a tentativa de formular uma teoria sistemática do direito positivo baseada em sua aceitação acrítica, e que, mediante a elaboração conceitual do direito estabelecido, explicitaria sua coerência, denotando a pseudológica que o ordena. Parte, assim, a dogmática jurídica do pressuposto de descrever a ordem legal, como *recurso de um método adequado e sem qualquer interferência ideológica*, marginalizando suas aparentes incoerências e compromissos políticos. Afirma-se, portanto, como criadora de construções teóricas que conseguem separar nitidamente o plano das explicações do plano dos argumentos justificadores” (WARAT, Luiz Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977 – grifos nossos).

8 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 115.

9 COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de Doutorado pela Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: [www.fd.unb.br](http://www.fd.unb.br), p. 317.

ciência”, nos dizeres de Lenio Streck<sup>10</sup>). Para o propósito, populares são as teorias procedimentalistas-discursivas (em especial, a de Habermas) e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, entre outras.

Todavia, a completude da tarefa somente aparenta ser atingida partindo-se de uma filosofia diversa da tradição então reinante e que propicie novas respostas aos questionamentos jurídicos ansiosos da sociedade perante as promessas da Constituição. Frutífera, para tanto, é a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, a qual oferece uma profícua abordagem sobre como o processo de compreensão ocorre em uma circularidade dialética com o texto, enfatizando, em resultado, como o intérprete pode acrescentar mais do que o limitante horizonte de sentido possível pelo método oferece. Esta é a abordagem trabalhada no primeiro capítulo desta monografia.

Na próxima seção, apresentamos o caráter produtivo de qualquer interpretação jurídica, na perspectiva filosófica adotada, entendimento este necessário à expansão da dinâmica compreensiva e o rompimento definitivo com antigos e arraigados mitos da hermenêutica jurídica. O intento, nesse ponto, é justamente demonstrar como as técnicas metodológicas, ainda presentes na experiência diuturna do Direito, servem somente à reprodução acrítica de valores ideológicos e de uma manutenção de poder.

Em conclusão, no capítulo final, questionamos como a consciência hermenêutica possibilita a reconstrução do Direito no caso e a solução correta, assim entendida a solução adequada à Constituição. Nesse desiderato, rejeita-se a tese de discricionariedade judicial e demonstra-se como se devem confrontar os pressupostos da compreensão, em uma dialética intensa do hermeneuta com o texto. Proveitosa, no tópico, será a contribuição do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin.

Mais do que nunca, portanto, é o momento de reforçar as condições pré-compreensivas dos juristas, a fim de abandonar (ao menos alguns) obstáculos à efetivação dos princípios constitucionais, evitando a reprodução prejudicial de um massificado conhecimento jurídico, que afasta o caso concreto da solução democrática de justiça e perpetua um sistema de continuidade ideológica, habitual e de continuação política.

## **1 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER PARA A COMPREENSÃO NO DIREITO**

### **1.1 O ROMPIMENTO COM A TRADIÇÃO METAFÍSICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

A fim de se livrar de um cientificismo cerceador de melhores possibilidades de criação na experiência jurídica, adaptado aos desafios da (complexa)

---

10 Idem, p. 61.

realidade social, é imprescindível romper com os próprios fundamentos filosóficos que permitem a justificação da dogmática jurídica, determinada sob uma concepção metafísico-ontológica que entende o jurista como o sujeito cognoscente que estuda o objeto (norma jurídica) como realidade definitiva e distinta da sua. A linguagem pela qual o texto normativo se apresenta seria simples intermediária, ou, como explana Streck: “Uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas”<sup>11</sup>.

Sem delongar-se pela gradual e densa evolução que propiciou as bases da “virada linguística” de Gadamer e centrando-se em seu aporte para o Direito (uma “ciência do Espírito”, como citado pelo próprio filósofo alemão<sup>12</sup>) – pois, a hermenêutica filosófica diz respeito ao “acesso” ao mundo em sua totalidade –, pertinente demonstrar como esta filosofia apresenta proveitosa contribuição à (nova) experiência jurídica. Como bem aponta Sergio da Silva, há certos aspectos da hermenêutica filosófica primorosos ao estudo jurídico, entre eles:

(a) a crítica quanto à crença na possibilidade de se alcançar a verdade nas ciências do espírito através da utilização de um método; (b) a revisão da ideia do distanciamento do intérprete em relação ao objeto interpretado, com o reconhecimento de que é no intérprete, com sua tradição e pré-conceitos, que se realiza o processo interpretativo; e (c) a inclusão da aplicação no âmbito do processo hermenêutico, a qual abala os alicerces do entendimento, difundido na seara jurídica, de que a aplicação seria um momento pós-interpretativo, em que o intérprete, estranho ao texto legal e aos fatos sob exame, aplica a estes o resultado da interpretação do texto, resolvendo uma controvérsia jurídica.<sup>13</sup>

Com robusta influência de Heidegger, a hermenêutica de Gadamer apresenta uma crítica à busca da verdade nas ciências do Espírito através de métodos objetivo-cientificistas, em que o sujeito apreende o conhecimento através da observação direta de um ser estranho, o texto, em sua forma crua e distinta do patrimônio de ideias pretérito do cientista. O fenômeno hermenêutico rejeita esse método. Aliás, a sua obra principal, *Verdade e método* (editada, pela primeira vez, em 1960), deve ser lida como *Verdade contra método*<sup>14</sup>, na crítica, a bem da verdade, de uma bagagem neopositivista lógica da comunidade filosófica à época.

---

11 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 164.

12 Em contraposição às ciências da natureza, cujo impacto pela hermenêutica filosófica não se ousa abordar neste pequeno estudo (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 39).

13 SILVA, Sergio André R. G. da. A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 277, 2005. p. 275-295.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Gadamer in conversation*. Trad. Richard Palmer. New Haven/London: Yale University Press, 2001. p. 41.

Saliente-se, por imperioso, que o professor alemão não rejeitava em absoluto os métodos (proveitosos à *justificação* do que foi compreendido), sim: “A crença na objetivação da verdade por intermédio de seu uso”<sup>15</sup>.

Gadamer defende a ideia de que “não é tarefa da hermenêutica descobrir métodos para uma correta interpretação, mas refletir sobre o acontecer da própria interpretação, que, no âmbito das ciências do espírito, corresponde mais especificamente à compreensão”<sup>16</sup>. E é nesse fenômeno, a compreensão, que o filósofo de Heidelberg centrou suas preocupações e a solução para a superação do método pela verdade.

Primeiramente, deve-se reconhecer que a linguagem não é simples intermediário entre o objeto (texto) e o sujeito (intérprete), mas sim a condição de possibilidade para a manifestação daquele objeto e percepção do mundo pelo homem. Passa, assim, a linguagem a exercer papel crucial na filosofia, sendo em Heidegger determinante para a construção de sua hermenêutica fenomenológica.

Parte, Gadamer, da ideia de Heidegger de que o homem percebe e compreende o mundo como *Dasein* ou *Ser-Aí*, que expressa o local de sua manifestação, a totalidade em que está inserido o ser humano e pela qual a compreensão das entidades que *estão* no mundo é possível. O homem é um ser--no-mundo e, portanto, deste indissociável, rejeitando-se, pois, as observações da realidade como objeto exterior ao sujeito, em busca da essência imutável das coisas. E o mundo é “o lugar em que o ser se traduz em significação, em compreensão e interpretação”<sup>17</sup>. Por resultado, a compreensão passa a ter um caráter ontológico peculiar<sup>18</sup>, pois, como esclarece Eros Grau:

A compreensão escapa ao âmbito da ciência. A compreensão respeita ao ser no mundo (*Dasein*). E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é, sendo –, estar em jogo seu próprio ser (Heidegger

15 SILVA, Sergio André R. G. da. Op. cit., p. 278.

16 CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica jurídica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 115.

17 PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Título original: *Hermeneutics – Interpretation theory* in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 138.

18 Richard Palmer esclarece a natureza ontológica da compreensão para Heidegger, advinda do singular conceito deste último de mundo: “O termo ‘mundo’ em Heidegger não significa o meio ambiente objectivamente considerado, o universo tal como aparece aos olhos de um cientista. Está mais próximo daquilo a que poderíamos chamar o nosso mundo pessoal. O mundo não é a totalidade de todos os seres, mas a totalidade em que o ser humano está mergulhado; o ser humano encontra-se rodeado pela manifestação dessa totalidade. Ela revela-se-lhe através de uma compreensão sempre englobante, anterior a qualquer captação. Conceber o mundo separado da pessoa é totalmente contrário à concepção de Heidegger, pois pressupõe a separação sujeito-objecto que aparece no interior do contexto relacional a que chamamos de mundo. O mundo é anterior a qualquer separação da pessoa e do mundo em um sentido objectivo. É anterior a qualquer ‘objectividade’, a qualquer conceptualização: é também anterior à subjectividade, dado que tanto objectividade como subjectividade são concebidas dentro do esquema sujeito-objecto” (Idem, p. 136-137). Em outro trecho: “A hermenêutica, como teoria da compreensão, é consequentemente uma teoria da revelação ontológica. Pois a existência humana é em si mesma um processo de revelação ontológica. Heidegger não permite que encaremos o problema ontológico separadamente da existência humana” (Idem, p. 141).

1988: 21-22). Logo, o compreender é algo existencial; a compreensão do ser é, ela mesma, uma determinação de ser do ser-no-mundo. Ela se dá como compreensão do ser (Schroth 1992:290). A compreensão é, então, experiência.<sup>19</sup>

O filósofo norte-americano Richard E. Palmer completa: “Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe”<sup>20</sup>.

A relação sujeito-objeto é substituída pela relação sujeito-sujeito, em que o texto não é “revelado pelo método, mas compreendido pelo ser”<sup>21</sup>.

Nesse contexto, a linguagem é o meio pelo qual nós representamos a realidade, em que conhecemos e compreendemos o mundo, pois este não seria composto de fatos, mas sim de interpretações de fatos. Gadamer explica a linguagem como “a interpretação prévia pluriabrangente do mundo, e, por isso, insubstituível. Antes de todo pensar crítico, filosófico-interventivo, o mundo já sempre nos apresenta uma interpretação feita pela linguagem”<sup>22</sup>.

Desenvolvendo a hermenêutica de Heidegger e aceitando a pré-estrutura da compreensão, Gadamer vai além e explana:

Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão. (destacamos)<sup>23</sup>

Compreender, para Gadamer, é um movimento circular, em que a historicidade do intérprete se funde à historicidade do texto, pois, sempre que nos defrontamos com um texto, uma produção cultural, projetamos um sentido. A projeção que ocorre desde já tem como condição necessária a pré-compreensão do intérprete e vai ser sempre modificada pela introspecção dos elementos captados no contato com texto. Como bem define Alexandre Araujo Costa, “toda atribuição de sentido tem como base as percepções valorativas dos indivíduos, e essas percepções são uma mistura de algumas crenças individuais com muitas crenças socialmente compartilhadas, que formam o pano de fundo de toda compreensão”<sup>24</sup>. O próprio Gadamer, aliás, afirma:

---

19 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 110-111.

20 PALMER, R. E. Op. cit., p. 135.

21 SILVA, Sergio André R. G. da. Op. cit., p. 282.

22 GADAMER apud COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de Doutorado pela Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: [www.fu.unb.br](http://www.fu.unb.br). Acesso em: 25 jun. 2010.

23 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 400.

24 Idem, p. 139.



Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente, somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste, precisamente, na elaboração desse projeto prévio que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado, com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido.<sup>25</sup>

O círculo hermenêutico é de central importância para a hermenêutica filosófica de Gadamer, sendo conceito desenvolvido a partir da descrição de Heidegger do fenômeno da compreensão, em que o projeto prévio antecipado do texto (ocorrência que independe de pretensão de neutralidade ou não) é revista na medida em que se constrói univocamente a unidade do sentido. O sentido prévio é substituído por outros mais adequados, em um processo constante de contato com o que fora apreendido e o universo de sentidos em que o intérprete é sempre inserido, os seus pré-conceitos (trabalhados detalhadamente no tópico seguinte).

Envolto em seu ambiente de significação, o *dasein* (ser-aí, sujeito de Heidegger) se defronta com o texto e, para compreendê-lo, não prescinde de sua historicidade e nem, tampouco, da facticidade em que acontece, pois é nesses que o homem tem a sua existência. Assim, “não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade”<sup>26</sup>.

Todo texto é um evento do passado e, quando o compreendemos, ocorre uma “fusão de horizontes” (*Horizontverschmelzung*) na dinâmica do círculo hermenêutico. Por tal razão, Gadamer considera o processo de interpretação sempre *produtivo*. Toda leitura representa uma *nova* leitura. Impossível simplesmente reproduzirmos um sentido intentado pelo autor originário, na medida em que o resultado/significado da compreensão é sempre uma nova acepção, uma nova fusão. Cai um dos principais mitos do Direito, na busca incessante da *vontade da lei* (*voluntas legis*) ou, em um tempo não muito distante, a *vontade do legislador*.

Nesse mesmo sentido, Ana Maria D’Ávila Lopes explica: “Aliás, o texto é irrepetível até mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes”<sup>27</sup>. Demonstra-se, principalmente por tal motivo, a falácia de uma pretensa supremacia do método autêntico de interpretação, conforme explorado mais adiante.

Adotando essa sistemática dialógica de compreensão, percebe-se que o *método* moderno e tecnológico *produz* uma verdade manipulativa, ou, como

---

25 Idem, p. 402.

26 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 212.

27 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Op. cit., p. 107.

explica Richard Palmer: “O método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método”, pois, “no método, o tema a investigar orienta, controla e manipula; na dialética, é o tema que levanta as questões a que irá responder”<sup>28</sup>. Em outras palavras, o método estrutura previamente a observação individual e a forma de desenvolvimento intelectual tido por válido, limitando o conhecimento humano aos poucos resultados produzidos na relação sujeito-objeto. Alexandre Araújo Costa é preciso ao indicar:

E, a partir de uma perspectiva hermenêutica, não há verdade a ser descoberta, mas verdade a ser produzida por meio de uma interpretação historicamente condicionada. Portanto, o que devemos buscar não é um método que nos leve ao real, mas um estilo de reflexão que contribua para a produção de uma realidade adequada (e adequado é um conceito ligado à capacidade de persuasão contingente, e não de uma demonstração necessária).<sup>29</sup>

E não se confunda a hermenêutica dialética ora apresentada com a proposta de Hegel, tendo em vista fundar-se aquela na ruptura filosófica de Heidegger sobre a estrutura do ser. A diferença mais significativa advém do fundamento último de Hegel na autoconsciência, no confronto de teses avançadas opostas, e a concepção de Gadamer no “carácter ontológico do acontecimento linguístico”<sup>30</sup>, em o que se confronta é “o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição – o que desce até nós”<sup>31</sup>.

Outro relevante conceito da teoria de Gadamer é o de *tradição*, como o legado histórico compulsório que o intérprete, enquanto ser-no-mundo, recebe do passado, com o qual é possível a compreensão e com o qual se trava a dialética também permanente, não sendo o homem escravo do que já passou e foi produzido. Esse legado se apresenta em caráter inexorável pela linguagem.

Acerca dessa historicidade intrínseca à existência humana e suas manifestações trata o tópico seguinte.

## 1.2 A RELEVÂNCIA DA PRÉ-COMPREENSÃO (ENCARANDO OS PRÉ-CONCEITOS E PRÉ-JUÍZOS)

Convém esclarecer, de antemão, que “preconceito”, para Gadamer, não é vinculado ao conteúdo negativo usualmente atribuído, pois expressa o pré-juízo (elemento que compõe a pré-compreensão) e não, obrigatoriamente, um “falso juízo”.

Heidegger explica que “a interpretação nunca é a captação sem pressupostos de algo previamente dado”<sup>32</sup>. Os pressupostos, a pré-compreensão, são

28 PALMER, R. E. Op. cit., p. 170.

29 COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit., p. 159.

30 Idem, ibidem.

31 Idem, Ibidem.

32 HEIDEGGER apud PALMER, R. E. Op. cit., p. 140.

condição-de-possibilidade para a compreensão e para a sua antecipação de sentido. Como explana Richard Palmer, o encontro de um intérprete “com a obra não se dá em um contexto exterior ao tempo e ao espaço, exterior ao seu próprio horizonte de experiências e de interesses; dá-se sim em um tempo e em um lugar determinados”<sup>33</sup>.

Dar-se conta da pré-compreensão inerente à própria existência humana implica reconhecer que o ser humano é sempre um ser-no-mundo, envolto de historicidade (indissociável da linguagem). Gadamer enfatiza a importância da tradição para a *fusão* do horizonte presente do intérprete com o horizonte histórico do texto, no processo de compreensão, sendo que esta fusão “se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”<sup>34</sup>.

Propõe, assim, Gadamer, que o hermeneuta aja consciente de sua condição histórica, ciente de que o seu horizonte atual não chega a representar uma realidade destacada do passado enfrentado, pelo fato da própria tradição, mas gera uma tensão entre o texto e o presente, que resultará na projeção de sentido distinta. Dessarte, “a história é vista e compreendida apenas e sempre através de uma consciência que se situa no presente”<sup>35</sup>. Em constante formação, o horizonte do presente se forma, também, pelo passado e a compreensão coloca em provação permanente todos os preconceitos do intérprete.

Há, para Gadamer, a necessidade da consciência da “história efetual”, como “consciência da situação hermenêutica”<sup>36</sup>, impossível de ser fixada em um saber objetivo, eis que o intérprete está inserido nesse contexto. O agir consciente perante a tradição permite a reflexão sobre a própria condição histórica e questionar os preconceitos legítimos e os ilegítimos.

Não se deve olvidar que a tradição em que o homem está inserido é pressuposto para qualquer ato de compreensão, ainda que, por vezes, seja, em grande parte, “um meio tão transparente que nos é invisível – tão invisível como a água o é para o peixe”<sup>37</sup>. Por tal razão, a consciência desta tradição e o seu questionamento irão exigir a superação de uma dificuldade já condicionada pelas pretensões tecnológicas de exame exterior dos objetos. O intérprete é tentado a vislumbrar o texto jurídico com pretensões de uma neutralidade inexistente, em busca da vontade da lei (ou a vontade coletiva), ocultando relevante

---

33 Idem, *Ibidem*.

34 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 457.

35 PALMER, R. E. Op. cit., p. 180.

36 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 451.

37 PALMER, R. E. Op. cit., p. 180.

abordagem sobre a condição-de-possibilidade para tanto. Como precisamente elucida Eros Grau: “A neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos discursos jurídicos. Nos discursos do direito, ela se dissolve, sempre”<sup>38</sup>.

Sérias críticas à hermenêutica filosófica de Gadamer advêm de sua categórica rejeição da possibilidade de se construir um conhecimento *objetivamente* válido, desconsiderando a relatividade da história, esquecendo que o ser humano é finito, histórico e compreende, sempre, de seu ponto de vista. Acusam-na de relativista pelo abandono do *método*, o que deve ser peremptoriamente rejeitado, na medida em que a hermenêutica não aceita a confirmação de qualquer preconceito, qualquer ponto de vista, mas reforça, sim, a compreensão diante de uma constante relação com o texto, questionando-se a própria pré-compreensão e o que é apresentado. Gadamer ensina:

Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele lhe diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa, nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.<sup>39</sup>

Desafia-se o hermeneuta, desse modo, a afastar os preconceitos *arbitrários*, examinando a legitimidade, a origem e a validade dos pressupostos com os quais inicia o processo de compreensão. Cada projeto de sentido deve ser substituído, progressivamente, por outros mais adequados. Todo intérprete está exposto a imprimir juízos prévios equivocados, que não se confirmam nas coisas mesmas, devendo estar atento à contínua construção do saber elaborado e sim, correto.

No caso do Direito, temos na vivência da Constituição importantes concepções que devem ser baliza para o julgamento de validade da pré-compreensão, moldando a aplicação do direito (contínua e inseparável à interpretação). Lênio Streck é preciso ao esclarecer que: “Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que, para o Direito, mais interessa), da Constituição”<sup>40</sup>.

Revisando a tradição – esse horizonte no interior do qual pensamos e partimos para aquilo que encontramos –, tem-se a oportunidade de distinguir entre “pressupostos que dão fruto e outros que nos aprisionam e nos impedem de pen-

38 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 211.

39 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 405.

40 STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 218.

sar e de ver”<sup>41</sup>. Indica Richard Palmer que a tradição já não mais precisa ser vista como um grave obstáculo à razão e à liberdade racional, tal como o era no Iluminismo e em épocas mais recentes. A bem da verdade, não se opõem as pretensões da razão e as da tradição, pois as primeiras somente se realizam no interior desta última. A interpretação não pode ser correta em si mesmo, mas, sim, em seu resultado dialético de compreensão. Recorde-se, outrossim, que o significado de qualquer objeto cultural, v.g., um texto jurídico, não tem uma propriedade imutável, mas se relaciona com o presente e surge da situação hermenêutica.

Maria Margarida Lacombe relata:

Para Gadamer, os preconceitos necessários e que orientam toda tarefa interpretativa não constituem, obrigatoriamente, fonte de erro, como queria Descartes. Os preconceitos, por exemplo, dados pela tradição, carregam um fundamento de validade. Daí Gadamer falar da autoridade própria da tradição. Por outro lado, “a tradição não é uma força cega, em face da qual o homem seria um ente meramente passivo, não só porque através dela o homem se autointerpreta, mas, também, porque, por ela, o homem é continuamente interpelado [...] a tradição é assim identificada com o conjunto de preconceitos trans-subjetivos que orientam a interpretação e, como eles, é igualmente afirmada como condição de interpretação”.<sup>42</sup>

Não só a tradição nos orienta, mas, também, a “experiência hermenêutica”, conceito este que, em Gadamer, é a herança que o indivíduo constrói e recebe da linguagem, que ampara o próprio processo de compreensão e nos interpela como algo situado à frente de nós. A valorização desta experiência tem proveitoso sentido para o Direito, ao reconhecermos o que a prática jurídica compartilhada tem a nos ensinar, estando abertos (e críticos, é claro) ao patrimônio de situações experimentadas pelo intérprete e por outros juristas.

Em resultado, já é possível notar que o preconceito ou o pré-juízo em si não representa o perigo por vezes comentado pelas teorias que tratam de interpretação jurídica. O pensamento jurídico moderno, dominante até a virada hermenêutica filosófica, foi o de centrar os estudos de hermenêutica na criação de métodos seguros que eliminassem a subjetividade do intérprete no processo de julgamento.

Grave equívoco.

Ao contrário do pretendido pelas teorias positivistas, a linguagem não pode ser aprisionada em um modelo objetivista e a realidade nunca pode ser afastada da compreensão. Em realidade, o discurso dos métodos ou técnicas de interpretação e aplicação do Direito apenas permite uma retórica argumentativa que oculta os reais pressupostos considerados e legitima uma compreensão oblíqua à prática constitucional, cerceando direitos, permitindo a confirmação de *arbitrariedades*.

41 PALMER, R. E. Op. cit., p. 187.

42 CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. Op. cit., p. 56-57.

É importante frisar que as opiniões prévias devem ser confirmadas nas próprias coisas a que se dirigem e este questionamento deve ser parte evidente da explicitação (momento em que se justifica o que foi compreendido), de modo que não se validem arbitrariedades ou meros caprichos do intérprete no processo de produção de sentido da norma. A subjetividade, como traço essencial da compreensão, é a influência direta do intérprete, de sua tradição, de sua vivência, da experiência compartilhada, mas nunca o salvo-conduto para adotar *quaisquer* pressupostos. Por tal razão, Gadamer prefere a seguinte definição: “A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra em um acontecimento da tradição”<sup>43</sup>.

De outra forma, não se está a reconhecer legitimidade à tradição ou à própria experiência sem que os pressupostos advindos desses elementos sejam igualmente interpelados quanto à sua origem, quanto à sua pertinência e, tão importante quanto, à sua compatibilidade com o projeto filosófico e jurídico de sentido que se está construindo. Assim, caso seja, é mais do que necessário romper com tradições *inautênticas*<sup>44</sup> que, *v.g.*, afastem a força normativa da Constituição.

Novamente, é relevante enfatizar que não se está à mercê de eventual pré-compreensão distorcida, desde que não se olvide do comando interpretativo, que recomenda “proteger-se contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’”<sup>45</sup>.

Com precisão, Franca D’Agostini reforça:

Gadamer elabora a noção de pré-compreensão em uma teoria do pré-juízo, que soa nestes termos: é verdade, há vontades (de domínio e de significado), intenções, expectativas, preconceitos, na minha interpretação do mundo; mas é, também, verdade que, sobretudo, a possibilidade de evitar essa circunstância é ilusória; além disso, os meus preconceitos são, também, o *a priori* de que me sirvo para ver a realidade e sem os quais a própria realidade me pareceria privada de sentido. A contaminação subjetiva do dado é, pois, a um tempo inevitável, mas é, também, positiva, oportuna: o já saber (de modo preliminar e vago) o que procuro saber é a condição para que me seja possível compreender a resposta. De outra parte, *o único modo de obter uma compreensão o mais possível objetiva é sermos sabedores dos próprios preconceitos e refletirmos sobre eles. A pretensão de neutralidade é o principal fator que “cega” na visão da realidade: o preconceito mais obcecante, diz Gadamer, é o preconceito da ausência de conceitos.* (grifo nosso)<sup>46</sup>

43 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 385.

44 Expressão cunhada por Lenio Streck, o qual reforça, ainda, que: “Dito de outro modo, em termos jurídicos, nada poder ser se não for constitucionalmente legítimo. O ente só se manifestará se nele for levado a mostrar-se o ser da Constituição, isto porque o ser se dá sempre e somente enquanto ser de um ente, podendo nele ocultar-se” (STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 296).

45 Idem, p. 224.

46 D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais*: guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 143.

E tudo isso só é possível na consciência do círculo hermenêutico e no reconhecimento de que a interpretação é um momento criativo e produtivo do Direito, como delineado em seguida.

## 2 O CARÁTER PRODUTIVO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CÍRCULO HERMENÊUTICO

Da dinâmica do processo circular da compreensão (concêntrico, como afirmou Gadamer), é acertado concluir que a interpretação é uma tarefa criativa do hermeneuta, em que o sentido não é descoberto no texto, mas sim produzido a partir do contato da pré-compreensão do intérprete com a coisa, no contexto de sua realidade e tradição. O leitor atual nunca pode ser igualado ao leitor originário. Esta era justamente uma crítica de Gadamer a Savigny e sua Escola Histórica do Direito, como relata Lenio Streck<sup>47</sup>.

Consoante à hermenêutica filosófica de Gadamer, Eros Grau afirma:

É que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).<sup>48</sup>

E o texto não é o único objeto da compreensão, mas também “a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados”<sup>49</sup>.

E de onde vem essa característica criativa? Gadamer responde que toda interpretação é uma necessária atualização, uma inafastável aplicação à situação presente, o que é mais fácil de entender na hermenêutica jurídica, em que se visa sempre à solução de uma situação concreta diante do comando normativo. Em outras palavras: “Compreender o texto é sempre já aplicá-lo”<sup>50</sup>. E essa unidade é justamente o que é apresentado no tópico seguinte.

### 2.1 COMPREENSÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Da síntese elaborada anteriormente e em um corte essencialmente dirigido à experiência jurídica, já é possível vislumbrar que a *norma* aplicável ao caso concreto – como sentido da interpretação complexa implementada – ocorre em uma *unidade* com a compreensão, como elemento de realidade que permite aquele processo, não se podendo recair no equívoco teórico da tradição (*metafísica*) da dogmática jurídica de cindir a interpretação de sentido (pretérita,

---

47 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 219.

48 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 89.

49 Idem, ibidem.

50 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 277.

abstrata e objetivista) e a aplicação (subsunção ao caso concreto)<sup>51</sup>. A norma e o texto são inseparáveis, mas a sua diferença é ontológica, pois são ser e ente. A compreensão permite o acesso ao ser de um ente e, no contato com este (no caso, o texto), exsurge o primeiro (a norma). Esclarece Streck: “A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já exsurge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica”<sup>52</sup>.

Gadamer completa:

Agora se torna claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.<sup>53</sup>

E, em outro trecho, explica especificamente a hermenêutica jurídica: “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”<sup>54</sup>. Em acordo, Inocêncio Mártires Coelho explica:

A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o intérprete/aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente.

A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – naturalmente – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à margem da lei.<sup>55</sup>

Hans Kelsen já antecipava, inclusive, que a interpretação na decisão judicial possui um caráter produtivo, na medida em que, “por mais detalhada que tente ser a norma geral, a norma individual criada pela decisão judicial irá sempre acrescentar algo novo”<sup>56</sup>.

---

51 Lenio Streck completa: “A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o plus que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma, d’onde é necessário não confundir a equiparação de texto e norma, com a necessária diferença (que é ontológica) entre ambos” (STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 225).

52 Idem, p. 226.

53 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 504-505.

54 Idem, p. 489. Interessante reforçar, inclusive, que Gadamer toma o exemplo da hermenêutica jurídica para indicar a unidade de toda a hermenêutica (seja teológica, histórica, etc.), tendo em vista o processo de compreensão operar-se da mesma maneira e a aplicação (encontro do presente do intérprete com a historicidade do texto) é parte essencial deste momento.

55 MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

56 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 211.



Para a consolidação de um novo paradigma filosófico que sustente a visão crítica e atualizada do Direito, é imprescindível abandonar marcos teóricos incompatíveis com a proposta apresentada. Anteriormente, a questão hermenêutica se dividia em três poderes (cf. expressão de J. J. Rambach): a *subtilitas intelligendi*, como a compreensão; a *subtilitas explicandi*, como a interpretação; e, posteriormente, a *subtilitas aplicandi*, como a aplicação<sup>57</sup>. Esses três distintos poderes se perfazem em momentos separados, para a teoria clássica, e são reunidos pelo teórico alemão.

No conceito gadameriano, deve-se entender que *interpretação*, *compreensão* e *aplicação* expressam formas inseparáveis do momento hermenêutico: “Interpretação é a forma explícita da compreensão”<sup>58</sup>. Sergio André da Silva relata:

A inclusão da aplicação no processo hermenêutico é uma consequência lógica do abandono do objetivismo metodológico, já que a situação de fato que se põe ao intérprete será interpretada juntamente com o texto objeto da interpretação, implicando-se mutuamente e inserindo-se no âmbito da tradição (pré-compreensão).<sup>59</sup>

Reside aqui um dos mais relevantes traços da hermenêutica de Gadamer, e as suas implicações no campo jurídico representam uma ruptura com um norte filosófico que justificou, e ainda justifica, a aceitação de uma interpretação cindida dos fatos, da situação concreta a que se dirige o intérprete, e da aplicação posterior, mediante um método que corresponda à realidade o sentido *extraído* da lei.

Destarte, é perceptível que a proposta de hermenêutica jurídica ora apresentada é incompatível com um sistema em que não é pressuposta a vigência do princípio da igualdade e, em especial, uma ordem de conteúdo democrático, tendo em vista que não se realizaria em um regime despótico, em que a preponderância final na interpretação das leis é a *vontade* do tirano ou do grupo dominante. Como explica Gadamer: “A vontade do monarca, não sujeito à lei, pode sempre lhe impor o que parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação”<sup>60</sup>.

Pode-se defender, sem hesitação, que o traço democrático da comunidade e a garantia da força da Constituição são elementos que possibilitam a hermenêutica jurídica em sua potencialidade plena, aliada à busca de uma verdadeira resposta correta para o enlace jurídico. Gadamer já propunha: “Na ideia de uma ordem judicial, supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de

---

57 Richard Palmer cita a obra de J. J. Rambach, *Institutiones hermeneuticae sacrae*, de 1723, examinando mais detalhadamente a citação de Gadamer sobre os três poderes (PALMER, R. E. Op. cit., p. 190).

58 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459.

59 SILVA, Sergio André R. G. da. Op. cit., p. 292.

60 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”<sup>61</sup>. E, coadunando-se com a tese do capítulo seguinte, já defendia que: “A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa”<sup>62</sup>. Lenio Streck ensina:

Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a herme(nêu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito, recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado texto, e não a reconstrução do texto advindo de um significante-primordial-fundante.<sup>63</sup>

Libertando-se das armadilhas da dogmática jurídica e aprofundando-se na complexidade do processo hermenêutico, criam-se instrumentos que permitem ao jurista ativar-se na construção de um universo jurídico mais positivo, que garanta, de maneira mais efetiva, os princípios constitucionais e os direitos decorrentes, sendo condição *sine qua non*, para tanto, o abandono de tradições inautênticas e premissas tão arraigadas no imaginário comum que a interpretação usual não ousa questionar. O tópico seguinte visa desconstruir alguns desses mitos.

## 2.2 O SENTIDO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E O INSUCESSO DOS MÉTODOS LÓGICO-FORMAIS EM OBTER A VERDADE INTERPRETATIVA

Emprestando de Luis Alberto Warat a singular expressão “sentido comum teórico dos juristas”<sup>64-65</sup>, para identificar o imaginário comum e limitador da expansão hermenêutica na experiência jurídica, tem-se dimensão da comple-

61 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* (Warheit und methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

62 Idem.

63 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 236.

64 O Professor Luis Alberto Warat explica: “A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis. Propõe um saber que seja puro como teoria e, com isso, facilita que a dita proposta seja ideologicamente recuperada, servindo agora para que os juristas contaminem a práxis de pureza, criando a ilusão de uma atividade profissional pura. Assim, os critérios de purificação metodológica ganham um novo sentido: de uma crença vinculada a uma atividade profissional. Os juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissados politicamente, um técnico neutro das normas. As observações que terminamos de efetuar sobre a prática jurídica, apresentada como um lugar fora do poder, serve para fazer uma observação crítica sobre os postulados metódicos da teoria kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma ciência do direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica. É o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais, mas sim como um operador técnico dos textos legais” (WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Florianópolis [s.e.], n. 5, p. 48-57, jun. 1982. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq05Warat-SaberCSTJ.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2010).

65 Ainda que posteriormente o Professor Luis Alberto Warat tenha caminhado para a teoria que denomina “semio-  
logia do desejo” (em contraposição à semiologia política que dá azo à explanação *supra*), suas observações à

xidade do desafio que se coloca à frente do intérprete engajado com a virada linguística. Warat congrega naquele conceito:

Um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.<sup>66</sup>

Este conhecimento “massificado” jurídico, em busca eterna de métodos que objetivem, ao máximo, a decisão judicial, e impondo verdades no Direito que não advêm das coisas em si mesmas, mas do resultado já programado pela dogmática, é compartilhado comumente pela produção jurídica diária e preocupa muito. Questionar os pressupostos pelos quais desde já compreendemos, revisar os elementos de tradição no qual estamos inseridos e considerar toda a complexa realidade da situação concreta confrontada é uma extenuante atividade para o intérprete que deseja ir além. A lição de Lenio Streck descreve com exatidão:

[...] segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam, de modo confortável e acrítico, o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, em uma *riqueza reprodutiva* a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos.<sup>67</sup> (destacamos)

E a hermenêutica é o local apropriado para se romper com esse conformismo e com a consequente reprodução – sem a mínima explicação – de valores. Esse jurista dogmático não se dá conta, por vezes, da carga ideológica e política que mantém e perpetua, sob a força da retórica que têm os argumentos de autoridade, as premissas inquestionáveis e a cristalização de enunciados, todos em vestes de verdade essencial.

Esse universo de significações e os seus recursos de manutenção criam uma “violência significativa”, cerceadora do pensamento crítico e do caráter de transformação social que o Direito pode e deve ter, o que, em outras palavras, é explicitado por Luis Alberto Warat:

---

época são mais do que pertinentes e atuais. Ressalva-se, apenas, e por alto, o entendimento esposado em posfácio: “Durante muitos anos tentei efetuar a crítica dessa realidade imaginária do Direito. Na medida em que me fui aproximando da psicanálise, as objeções se debilitaram. Agora, me inclino a pensar que seria de interesse um tratamento diferenciado do Direito como instituição do social e como parte do imaginário radical. Em ambos os casos falaríamos do Direito para referir-nos a coisas bem diferentes. Assim, resultaria absurdo tentar dizer alguma coisa da interpretação da lei desde a perspectiva do imaginário radical. Nesse lugar, a questão é a da subjetividade. Nesse lugar, a hermenêutica deve ceder seu espaço para a semiologia do desejo. Convém também relevar que não tem sentido falar de desejos ou do amor na interpretação da lei” (WARAT, Luis Alberto. *Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995).

66 WARAT apud STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 65.

67 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 65-66.

É na produção manipulada da subjetividade que o poder encontra o “caldo de cultivo” mais fértil para a sua reprodução destrutiva. O “idioma social” termina constituindo uma “subjetividade ordenada”, alienada dos fins do poder. Uma subjetividade sem caráter, que permite ir prescindindo da violência física, transformada em “violência significativa”, em “violência imaginária”. Os “fantasmas da violência”, que conseguem anular a espontânea potência criativa da subjetividade em estado de liberdade. Os fantasmas que permitem a instituição alienada da sociedade, que garantem a continuidade do poder instituído.<sup>68</sup>

Preso nesse limitante horizonte de sentido, o jurista não revê os pressupostos de sua compreensão, por inquestionáveis para ele, não se dando conta “do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por trás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do Direito”<sup>69</sup>. Assim, alheio em uma consciência reprodutiva de conceitos acríticos, o jurista tradicional não detém os instrumentos necessários para aproximar-se da realidade e, de fato, vislumbrar o fenômeno social que lhe está defronte no conflito judicial.

Consciente do papel hermenêutico que a Constituição apresenta no processo de compreensão, o intérprete não pode perder, nas abstrações jurídicas, a noção do conflito social que é apresentado e que se visa pacificar. Um exemplo é a escusa *a priori* de que determinados dispositivos da Constituição têm caráter *programático*<sup>70</sup> e, por tal razão, não se poderia impor à Administração Pública o dever de proteção, pois inexistente direito público subjetivo a tanto. Seriam disposições meramente orientadoras das atividades políticas.

Nítido absurdo.

Uma disposição do Direito não pode ser, por si só e distante da situação concreta invocada, uma norma programática. O conceito passa a ser reproduzido de modo a afastar sua eficácia social e permitir o esvaziamento da força normativa da Constituição. Fenômeno de uma “baixa constitucionalidade”, nos dizeres de Lenio Streck, que, com bastante ênfase, destaca: “A ‘baixa constitucionalidade’ no Brasil decorre de uma ‘baixa pré-compreensão’, que acarreta uma ‘baixa compreensão’ que, por conseguinte, redundará em uma ‘baixa interpretação’ (portanto, uma baixa *applicatio*)”<sup>71</sup>, sendo que “esse ‘teto hermenêutico’ obstaculiza a necessária ‘immediatez constitucionalizadora’”<sup>72</sup>.

---

68 WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 110.

69 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 67.

70 A título de ilustração: “Maria Helena Diniz cita os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, § 2º, da Constituição Federal de 1988 como exemplos de normas programáticas, por não regularem diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas limitarem-se a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, como ‘programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado’” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 45).

71 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 324.

72 Idem, *ibidem*.

Nessa toada, e retomando a crítica gadameriana aos métodos como instrumentos de busca da verdade, necessário confrontar alguns dogmas construídos em torno da interpretação jurídica tradicional.

Primeiramente, há de se desconstruir a ideia primeva de que a hermenêutica jurídica deve-se valer de métodos que garantam a autonomia do objeto do Direito e permitam atingir o verdadeiro sentido da lei. Aqui, vale retomar a impossibilidade de se impor às “ciências do Espírito” a epistemologia objetificante da tradição metafísica moderna, limitando a própria hermenêutica jurídica à eleição de métodos que melhor satisfaçam esse desiderato.

E o pior é que a crítica ainda se faz atual, especialmente por não ser rara a manifestação de autores que discorrem sobre as vantagens de adotar o método *hermenêutico-clássico*, o *tópico-problemático*, o *hermenêutico-concretizador*, o *científico-espiritual* ou o *comparativo-constitucional*, por exemplo, olvidando-se de que, por vezes, a divisão dirigida representa não mais do que os diferentes aspectos do complexo processo de compreensão. O campo mais debatido é exatamente na hermenêutica constitucional, em que se depositam os anseios de uma sociedade carente de modernidade.

Obviamente, uma nota prévia necessária, sob pena de prejudicar a coerência de todos os tópicos anteriores: a hermenêutica constitucional não tem como base fundamento filosófico diverso da hermenêutica jurídica como um todo. Se, por um lado, a legislação *comum* tem de ser compreendida com o que se tem da Constituição, um dispositivo da carta constitucional não é dissociado de um todo da produção cultural do Direito e, igualmente, do restante daquele texto. Elucidativa é a advertência de Lênio Streck:

A Constituição [...] é o topos hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se autossustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele.<sup>73</sup>

Tendo como base, portanto, a referência aos métodos de hermenêutica constitucional mencionados a título ilustrativo acima e a compreensão como fenômeno circular e refratário à moldura objetivista do controle científico, já se evidencia o insucesso do próprio *método* como estrutura prévia de *ordenamento* da racionalidade interpretativa. Somente a dinâmica da compreensão consciente permite o acesso ao que o texto efetivamente diz e o confronto de pressupostos que possibilitam ao intérprete aquele conhecimento (podendo, inclusive, questioná-los quanto sua autenticidade!). Neste sentido, Inocêncio Mártires Coelho esclarece:

---

73 Idem, p. 266.

Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição – um panorama “desolador”, no dizer de Raúl Canosa Usera –, os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas, certamente, nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções. É que, resume Giuseppe Zaccaria, *o método não pode explicar a eleição do método*.<sup>74</sup> (grifamos)

De grande impacto na experiência jurídica contemporânea e, por conseguinte, no senso comum teórico refletido em inúmeras decisões judiciais, é uma concepção hermenêutica intermediária entre a teoria normativista pura e aspectos de teleologia social<sup>75</sup>, advindos do realismo sociológico. No Brasil, Carlos Maximiliano<sup>76</sup> é um expoente dessa abordagem, em que afirma a supremacia do direito positivo formal, mas não se retira a noção de que, conforme ilustra Caio Mário da Silva Pereira, “a lei é um produto da sociedade organizada, e tem uma finalidade social de realizar o bem comum”<sup>77</sup>. O discurso jurídico passou a adotar preocupações como a finalidade social da regra e a “busca do bem comum”, mas, ainda, preso a um arcabouço normativista que meramente reforça a continuidade de um sistema pouco crítico. Alexandre Araújo Costa aponta com precisão:

Nos dias de hoje, contudo, embora estejam presentes no senso comum, dificilmente se encontrará um autor que as defenda de maneira clara. Porém, basta observar o discurso jurídico efetivamente utilizado nas decisões judiciais para lá encontrar, subjacente às argumentações, a noção de que o juiz está dando ao caso a solução racionalmente extraída do sistema, a partir de um argumento silogístico que concatena, de forma técnica e não política, os conceitos desenvolvidos pela ciência do direito.<sup>78</sup>

Adotando a explicitada posição intermediária, influente foi a jurisprudência dos interesses, de origem alemã e desenvolvida especialmente por Philip Heck, para o qual “a finalidade das normas é garantir os interesses que ela julgou mais valiosos, e, portanto, a interpretação não pode se limitar à reconstrução histórica dos interesses causais, mas deve promover a realização prática do equilíbrio de interesses que a norma visa a garantir, o que exige um pensamento teleológico”<sup>79</sup>. Progressivamente, na experiência alemã e nos países em que a sua influencia se estendeu (o Brasil, por exemplo, em sua Lei de Introdução do Código Civil), a interpretação teleológica foi substituindo os critérios puramente gramaticais e a busca da vontade do legislador.

---

74 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 98.

75 O confronto entre o discurso normativista e as teorias realistas do início do século 20 (de influência direta da Sociologia) é muito bem ilustrado por Alexandre Araújo Costa, de onde se remete a leitura. COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit., p. 319.

76 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

77 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2006. p. 134.

78 COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit., p. 321.

79 Idem, p. 321.

Por influência, ainda, de juristas como Francesco Ferrara<sup>80</sup> e Carlos Maximiliano (os quais, apesar de muito avançarem nesse sentido, defendem a pesquisa por um sentido *objetivo* da norma jurídica, de nítida inspiração metafísica), o método teleológico de interpretação é muito adotado pelo discurso jurídico atual. Inocêncio Mártires Coelho descreve: “A tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação”<sup>81</sup>.

Não muito distinto é o problema dos demais métodos, sejam o *gramatical*, o *histórico*, o *lógico-sistemático* (assentado objetivamente “sobre relações ou interconexões de normas”<sup>82</sup>), o *tópico-problemático* (a interpretação dos objetos culturais, em especial, a Constituição, deve se dar pelo diálogo entre os argumentos apresentados pela comunidade), ou mesmo o *científico-espiritual* (em que o direito é visto como fenômeno cultural e a “integração como fim supremo”<sup>83</sup>), pois a própria adoção do método é, por si só, limitante da plena compreensão.

Inclusive, esta é uma das críticas à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Conforme abordado mais detalhadamente no próximo capítulo, Alexy falha ao propor o princípio da proporcionalidade como estrutura racional *prévia* ao processo de compreensão (aplicável à ponderação de princípios), o que recai em uma espécie de retórica a ocultar o fenômeno hermenêutico e a legitimidade de sua dialética. Neste sentido, é a opinião de Lenio Streck: “A teoria da argumentação jurídica tenta ‘racionalizar’ o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, o que acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontabilidade do resultado da decisão judicial”<sup>84</sup>.

Tanto a aclamada proporcionalidade quanto o princípio da razoabilidade são, outrossim, critérios de interpretação que se manifestam na própria compreensão e não são, por si só, a solução para a busca da verdade interpretativa. Dessarte, apresenta Inocêncio Mártires Coelho:

Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, essa espécie de vara de condão de que se valem as Cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica se não existe acordo, nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi*, e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês?<sup>85</sup>

---

80 FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

81 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 101.

82 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 445.

83 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 106.

84 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 344.

85 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.

Observar o insucesso dos métodos da hermenêutica jurídica clássica é reconhecer a própria impossibilidade do *método* como acesso à verdade nas ciências do Espírito, pois nulifica o papel do intérprete como sujeito de uma relação compreensiva e cuja participação – em seus pressupostos, em sua historicidade, na realidade da compreensão – é inafastável. Adverte Gadamer: “Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente o seu valor posicional”<sup>86</sup>.

De fato, a pretensão de objetividade serve mais ao propósito de legitimar pressupostos unilaterais e reconfortar a questão da decisão judicial do que à obtenção da verdade e, igualmente, à riqueza da interpretação acorde aos novos paradigmas filosófico e constitucionalista-concretizador.

O que se deve visar não é, como dito, a neutralidade do intérprete (impossível e indesejável), mas sim o estudo de como se pode dar uma solução correta, consoante os anseios sociais insculpidos no texto constitucional e potencializador da eficácia social deste. Sobre esse desiderato, é a proposta que segue no capítulo seguinte.

### 3 A INTERPRETAÇÃO E A SOLUÇÃO CORRETA EM FACE DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRA

Ao contrário da adoção do senso comum teórico em sua cotidianidade, a hermenêutica jurídica, sob a influência da hermenêutica filosófica, é refratária à eleição de métodos e soluções objetificantes para o processo de compreensão. Isso se dá não por uma rejeição pura e simples do impacto cientificista no estudo jurídico ou mesmo a preferência por uma teoria de livre criação do Direito (como outrora praticado pela Escola de Direito Livre), mas sim pelo categórico repúdio ao *subjetivismo* do intérprete/juiz, como manifestação de sua arbitrariedade. Aqui, se consagra a plenitude do princípio republicano ao se recusar que o juiz se valha do poder que lhe é outorgado para imprimir o entendimento que lhe convier.

Não obstante o forte apelo da dogmática jurídica, os métodos interpretativos hodiernamente defendidos não trazem real segurança ao processo de aplicação do Direito ao caso concreto e permitem, com frequência, a escusa posterior (com ares de legitimidade) por uma verdadeira escolha pessoal. Inocência Mártires Coelho é preciso ao definir:

Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz de sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta – e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente intuitivas, em um procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios.<sup>87</sup>

86 GADAMER, Hans-Georg. (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: vozes, 1997. p. 486.

87 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 111.



Não é apressado afirmar, portanto, que a discricionariedade judicial, entendida como âmbito de escolha livre do juiz na solução do caso concreto, é um mito construído pelo neopositivismo de Hart e Kelsen (além de outros defensores mais atuais) e que não se confirma na compreensão em si. A interpretação como ato de vontade não possui qualquer respaldo em um sistema jurídico de garantias constitucionais, em que “todo o poder emana do povo” e o Poder Público tem caráter essencialmente instrumental de suas finalidades coletivas, como se nota a seguir.

### 3.1 O REPÚDIO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E AO DECISIONISMO SUBJETIVISTA

Muito embora as teorias neopositivistas lógicas esforçassem-se para o fechamento hermético do Direito e a autonomia plena de seu objeto científico, eliminando os seus traços axiológicos mais nítidos, não recaíram no mesmo equívoco de conceber a atividade judicante como a simples aplicação da regra geral e abstrata ao caso concreto, como outrora pretendeu a Escola da Exegese. Pelo contrário.

Reconhecendo a possibilidade de múltiplos conteúdos semânticos que um dispositivo (v.g., um artigo de lei) razoavelmente admite, Kelsen vislumbra que a interpretação é realmente um ato de vontade (um “*Sinngebung*”), e não um ato de inteligência (um “*Sinnverständnis*”), pois toda escolha valorativa seria essencialmente irracional. Alexandre Araújo Costa relata: “O que Kelsen fez foi justamente radicalizar as exigências modernas de racionalidade, e a aplicação dos padrões científicos de racionalidade ao discurso jurídico conduziu à percepção de que a atividade dos juízes é política e não científica”<sup>88</sup>. Esse reconhecimento de Kelsen constitui, no fim das contas, uma concessão da dogmática jurídica à realidade prática e à impossibilidade da decisão judicial advir de uma operação racional nos moldes lógico-científicos adotados como parâmetro.

Para esse renomado autor, a ordem jurídica se organiza em uma estrutura escalonada, na qual cada nível normativo tem seu fundamento de validade na norma de nível superior e esta traça a moldura ou o quadro que a norma inferior ou o ato de execução devem preencher com as especificidades necessárias. Nunca uma lei pode prever exatamente todas as condutas passíveis de regulação, bem como é natural da Constituição estabelecer regras gerais e princípios definidores de todo o ordenamento. Toda ordem, por mais pormenorizada que seja, se demonstrará insuficiente diante da riqueza fática de sua execução. Sempre haverá uma margem de *livre-apreciação*<sup>89</sup>. Tal indeterminação pode ser intencionalmente pretendida pela norma superior (facultando ao órgão certa regulação ou a escolha do modo de operação) ou involuntária, quando a margem advém da plurissignificância verbal dos conceitos da norma.

88 COSTA, Alexandre Araujo. Op. cit., p. 355.

89 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

Nos casos difíceis (os *hard cases*, como denominou Herbert Hart), a escolha valorativa livre se tornaria mais evidente, pois se admitiria a existência de várias possibilidades de aplicação. Kelsen asseverou que, em tais casos, entre os vários significados potenciais da(s) norma(s) em jogo, a busca da solução correta não é um problema a ser estudado pela Teoria Pura do Direito, mas sim uma questão de política judiciária. Paulo Bonavides assim sintetiza:

A necessidade de uma “interpretação”, segundo Kelsen, deriva justamente do fato de que a norma ou o conjunto de normas a se aplicarem deixam abertas várias possibilidades de aplicação, o que equivale a reconhecer, segundo ele, que a norma não contém nenhuma decisão referente a maior importância valorativa dos interesses em jogo, cabendo antes ao ato estabelecedor da produção normativa – a decisão judiciária, por exemplo – decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente.<sup>90</sup>

Diferentemente de correntes realistas norte-americanas que pretendiam estudar o Direito como ele era, “Kelsen deu origem a um modelo lógico-formal, constituindo uma teoria geral do direito que serviu como base para a construção tanto de uma epistemologia, quanto de uma lógica jurídicas, mas que era desligada da prática jurídica efetiva”<sup>91</sup>. Desse modo, a decisão valorativa do juízo não se coadunaria com a Teoria Pura e não seria objeto do estudo jurídico científico, desde que atenta ao entendimento comportado pela norma geral (âmbito em que lhe seria facultada a eleição da “melhor escolha”).

Na defesa de um formalismo teórico que viabilizasse suas pretensões científicas, Kelsen propôs uma relevante ruptura com a hermenêutica clássica, que descrevia a atividade de interpretação como simples silogística das normas gerais ao caso concreto (o juiz como “boca da lei”). Para o referido autor, uma ciência do Direito atende a critérios formais e, portanto, não poderia aderir a teses como da *única solução correta*<sup>92</sup>. A sentença judicial que respeite a moldura que lhe é conferida pelas normas gerais elege uma das possíveis normas individuais igualmente comportadas. Com isso, Kelsen afirma que, “assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”<sup>93</sup>. A diferença entre o legislador e o intérprete judicial não seria qualitativa, mas somente quantitativa, no que diz respeito à margem de livre apreciação na escolha valorativa, no preenchimento da moldura da norma.

Por outro lado, a interpretação da ciência jurídica (e não dos órgãos jurídicos, v.g., os Tribunais) é uma atividade essencialmente cognitiva, que consiste em estabelecer os possíveis significados contidos em uma norma ju-

---

90 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 451.

91 COSTA, Alexandre Araujo. Op. cit., p. 313.

92 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

93 Idem, p. 249.

rídica. Kelsen arremata: “Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”<sup>94</sup>. A tese da única solução correta seria um artifício em prol de uma suposta segurança jurídica.

Não é por outra razão que Kelsen rejeita a antiga ideia de “lacunas” no Direito (hipóteses em que o legislador, constitucionalmente autorizado a criar normas gerais e abstratas, concede ao juiz o poder de criação excepcional de uma norma para o caso, com força retroativa, quando haja a insuficiência da lei ou seja esta especialmente iníqua). Como afirma o autor: “A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial”<sup>95</sup>. Sob semelhante inspiração, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942) consagra em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Em outras palavras, o reconhecimento de que o ordenamento jurídico é completo por si só e que a impossibilidade de se determinar a *única solução correta subsumível* não advém de uma falha ou “lacuna” do Direito.

Destacamos a relevância da teoria hermenêutica de Kelsen por seu afastamento das teorias tradicionais da interpretação e por conferir um papel inerentemente criativo e político aos juízes. Conforme ressalta Alexandre Araújo Costa: “Com o tempo, a busca de uma metodologia interpretativa perfeita passou a ser vista por muitos pensadores não apenas como uma utopia vã, mas como uma espécie de manipulação ideológica que visava a justificar certas opções políticas a partir de sua vinculação com padrões pseudocientíficos”<sup>96</sup>. Assim, inspirado pelo propósito de fixar um discurso verdadeiramente científico do Direito, reconheceu Kelsen a carga ideológica da atividade judicial e centrou suas atenções em como a razão atua apenas na delimitação da moldura normativa na qual o julgador é livre para promover a solução que melhor lhe pareça.

Reside em tais situações, dessarte, uma ampla discricionariedade judicial, legitimamente reconhecida perante uma teoria abalizada em que, embora rejeitada a *arbitrariedade* do julgador, conferir-se-ia validade a uma escolha valorativa. Muito embora não seja esse o fundamento teórico mais recorrente no senso comum dos juristas (mais popular é uma perpetuação do mito do juiz em uma atividade estritamente técnica, intelectual e subsuntiva), sua permissividade é perigosamente danosa a uma aplicação substancial da Constituição.

---

94 Idem, p. 251.

95 KELSSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

96 COSTA, Alexandre Araujo. Op. cit., p. 299.

O resultado é inequivocamente um decisionismo subjetivista, no qual inexistem margem de controle interno em um exame jurídico. Ocultam-se os pressupostos considerados na antecipação de sentido que ocorre sempre e desde já, permitindo-se a confirmação de verdadeiras distorções às garantias individuais e coletivas.

No entanto, ocorre que a amplitude das possibilidades judiciais legitimadas pelo positivismo jurídico representa, para este sistema, um risco que ele próprio visa minimizar. Reforçam-se os argumentos de autoridade, as decisões vinculantes, as súmulas, etc. Tentativas de criar padrões gerais e abstratos (essências metafísicas) advindos de decisões concretas a respeito de interpretações controversas. Lenio Streck relata como esses instrumentos não podem ser utilizados para limitar importantes conquistas, como os princípios constitucionais para a hermenêutica, “com o sacrifício da singularidade do caso concreto”<sup>97</sup>. Descreve ainda:

Ou seja, o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de “discursos de fundamentação prévia”. Isso é feito através de uma estandarização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmula, etc.).<sup>98</sup>

Por evidente, o reconhecimento do juízo como ato de vontade e o comprometimento com a refinada teoria do Direito como ciência pura incorrem nos mesmos equívocos por vezes apontados, entre os quais a negação da própria realidade. Tanto o senso comum teórico preso à visão do juiz como um ser técnico, que extrai as *verdades* significativas do sistema, em atividade silogística, quanto o julgador discricionário positivista dos casos complexos (*hard cases*) são figuras inaptas a firmar um conhecimento que propicie ao intérprete entender o seu processo de compreensão e permita interferir, de maneira crítica, na dinâmica hermenêutica. Se, por um lado, é perigoso ao princípio republicano e à democracia excluir da preocupação jurídica a formação da decisão judicial (como ato político livre), não é possível acreditar nas promessas de um juiz cujo papel se restrinja à aplicação técnica, à subsunção acrítica.

Para se superar, de fato, as limitações da hermenêutica clássica, necessário se afastar da busca de uma verdade absoluta *essencial* ao texto, de onde o intérprete utiliza um *método* racionalmente pré-determinado para obter respostas *validamente reconhecidas*. Sendo a compreensão possível pela antecipação de sentido que ocorre desde já no círculo hermenêutico, qualquer *metodologia*

97 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170.

98 Idem, p. 169.

que pretenda conferir estrutura de validade para a interpretação só surte efeitos na justificação, como tentativa de explicitar o compreendido<sup>99</sup>. A *compreensão* não ocorre de acordo com o método *sistemático*, ou o *gramatical*, ou na ponderação proporcional de princípios. Esses são aspectos de um fenômeno cuja completude só pode ser atingida quando o entendemos refratário à pré-ordenação por um método, por uma estrutura que ordene o resultado final válido (e somente este).

Aqui se faz relevante uma pontual crítica à teoria da argumentação de Robert Alexy e à proporcionalidade como juízo de ponderação. Primeiro, pela sua ampla difusão no imaginário compartilhado dos juristas, refletido em um sem-número de decisões jurisprudenciais<sup>100</sup>, e, segundo, por caracterizar uma teoria de vanguarda que ainda se apegava a certos marcos metafísicos de verdade (em especial, a crença no método), auxiliando na ilustração do acréscimo que a hermenêutica jurídica, sob os influxos da hermenêutica filosófica, pode representar.

Não se pretende aprofundar aqui os diversos desdobramentos da teoria de Alexy sobre o Direito como um todo ou refutar a consistência global desse importante marco teórico<sup>101</sup>, mas sim exemplificar como a ponderação de princípios demonstra um critério de racionalidade que sofre as mesmas críticas que o método, conforme examinado no capítulo anterior.

Recorde-se, para tanto, que os princípios seriam

mandados de otimização caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida de seu cumprimento dependente, não somente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas (relacionadas com os princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados).<sup>102</sup>

---

99 Lenio Streck descreve com a usual precisão: “Por isso é que – e de há muito venho insistindo nisso – não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação, como bem diz Gadamer, é a explicitação do compreendido” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 429).

100 Vide, por exemplo, os seguintes acórdãos: “Colisão entre direitos fundamentais resolve-se mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual envolve juízos de adequação e necessidade e, sobretudo, de ponderação sobre os bens protegidos” (TJDFT, AC 2001011074603-5, (0074603-41.2001.807.0001), Rel. Des. Waldir Leônicio C. Lopes Júnior, DJU 21.09.2004); “A alegação de ofensa aos princípios de que tratam os incisos XXXIV e XXXV do art. 5º da Constituição Federal não se sustenta, tendo em vista o fato de o Regional ter interpretado norma de cunho infraconstitucional (Lei nº 9.307/1996), ao invocar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, procedendo ao que Robert Alexy denomina – ponderação de valores –, elegendo aquele que, no caso concreto, seria melhor aplicado para a solução racional do litígio” (TST, RR 127100-71.2001.5.15.0094, 5ª T, Relª Min. Kátia Magalhães Arruda, DJ 05.05.2010, DEJT 14.05.2010).

101 Para um aprofundamento da proposta de Alexy, sugerem-se dois livros de sua autoria e de enorme impacto no estudo do Direito: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica* – Theorie der juristischen argumentation. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Lady, 2001; e ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

102 CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. Org. e rev. Isabela Borba. São Paulo: Atlas, 2009. p. 126-127.

Alexy considera todos os princípios iguais, *prima facie*, mas, diante de uma situação concreta que assim o exija (ainda que em casos episódicos), são sopesados de maneira axiológica, a prevalecer o direito que implique o maior proveito, com o mínimo de sacrifício do direito em conflito.

Enquanto as regras são espécies do gênero normas, que são aplicadas integralmente e sob subsunção (quando em conflito, são resolvidos mediante critérios de vigência e validade tal como da especialidade, “*Lex posterior derogati prior*”, etc.), os *princípios* são aplicados em ponderação valorativa, são hierarquizados diante do caso concreto pelo critério de interpretação denominado de proporcionalidade. A “máxima da proporcionalidade”<sup>103</sup> é composta por três subpostulados<sup>104</sup>, que atuam, a bem da verdade, como passos orientados da argumentação jurídica, ordenando o pensamento no Direito e a decisão judicial.

Se os princípios exigem essa ponderação axiológica (a qual legitima esse método, aliás), avalizam-se escolhas e considerações do intérprete que possam extrapolar a estrutura da proporcionalidade (mas, aparentemente, assim justificadas), dando-se margem à abertura para o subjetivismo. Desta forma, leciona Lenio Streck:

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar o espaço da discricionariedade do intérprete.<sup>105</sup>

Completa, ainda, o autor: “Entendo que a ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)”<sup>106</sup> e “parece não restar dúvida de que, afinal, a ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto; só que a única possibilidade de ‘controle’

103 Idem, p. 127.

104 Exponente do nosso Direito Constitucional, o Professor Paulo Bonavides foi quem melhor descreveu, em vernáculo, tais componentes: “Desses elementos, o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. [...] O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. [...] Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 397-398).

105 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 181.

106 Idem, p. 180.

se dá no âmbito do próprio procedimento e não no conteúdo vinculado por ele”<sup>107</sup>. Igualmente, afirma Eros Grau: “A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas – em especial os juízes – quando operam a ponderação entre princípios, fazem-no, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade, em regra não se dando conta de que o fazem”<sup>108</sup>.

Como a teoria da argumentação se prende a fórmulas de hierarquização dos princípios e ainda insiste em um modelo lógico-subsuntivo de aplicação das regras nos casos fáceis, não consegue separar-se da ideia de uma relação sujeito-objeto típica da metafísica. Ausentes, portanto, as importantes noções de historicidade do intérprete e da influência (inafastável) do *Dasein* para a compreensão. Há uma tentativa de generalização através da *norma fundamental atribuída*<sup>109</sup> (regra resultante da ponderação e aplicada por subsunção ao caso). E não se olvide que a interpretação não ocorre em etapas separadas (distinção mais importante das teorias discursivas para a hermenêutica filosófica). Streck, novamente, socorre com sua precisa explanação:

A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que “reabre” para o juiz a perspectiva de argumentação sobre “o caráter fundamental ou não do direito”, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba trabalhando esses direitos como se fossem “valores negociáveis”, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo “discurso adjudicador” da teoria da argumentação jurídica.<sup>110</sup>

Por consequência, tem-se uma amplitude à discricionariedade do julgador que distancia o processo de compreensão da maior eficácia das normas constitucionais, da capacidade do Direito de implementar mudanças substanciais com fundamento nos princípios ali insculpidos. A proporcionalidade e a razoabilidade passam a ser lugar comum, como argumentos a justificar todo tipo de decisão, cerceando, no mínimo, o direito à completa fundamentação e à percuência da solução jurisdicional. Em contraposição, a hermenêutica, nos moldes em que ora preconizada, contém elementos bastantes para entender o complexo fenômeno da interpretação jurídica e permitir ao intérprete a reflexão em prol de uma decisão adequada à Constituição, em constante revisão dos pressupostos e em atenção à integridade do Direito. A pluralidade de princípios resguardados pela nossa Constituição constitui traço a ser considerado para a coerência do ordenamento (partes de um todo hermenêu-

---

107 Idem, p. 344-345.

108 GRAU, Eros. Op. cit., p. 289.

109 O próprio Alexy descreve: “Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra à qual o caso pode ser subsumida” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros. p. 102).

110 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 185-186.

tico), indicando a decisão correta e adequada, sem que se elejam discricionariamente quais os “princípios em conflito”. Como alerta Lenio Streck: “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham a interpretação’”<sup>111</sup>. Sob análoga inspiração, preleciona Eros Grau:

A atribuição de peso maior a um – e não a outro – não é, porém, discricionária. Retorno ao já afirmado: o intérprete está vinculado pelos princípios; além disso, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito inteiro, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do problema considerado – e de ordem jurídica – linguísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica.<sup>112</sup>

E é justamente pelos princípios que se avulta possível pensar em respostas corretas, adequadas à Constituição, acrescentando ao Direito elementos imprescindíveis para a plenitude de uma interpretação consciente do mundo fático, com atenção às diversas necessidades e ao desafio que o caso concreto apresenta ao julgador. Crer em uma multiplicidade de respostas, indiferentes juridicamente, é ignorar quão denso é o Direito em sua totalidade e preterir a dimensão de um direito em jogo.

Não seria democrático defender que o julgador possuisse liberdade de escolha de acordo com seus critérios meramente subjetivos, nem que se apresente em uma situação de *aparente* (ressalte-se) amplitude de possibilidades razoavelmente idênticas. O controle da decisão não pode ocorrer tão somente dentro do procedimento, diante dos princípios eleitos pelo intérprete para sua ponderação e na medida em que os justificou. Não é o procedimento discursivo adotado que legitima a interpretação, mas sim o seu conteúdo adequado à Constituição.

A respeito da possibilidade de obter uma solução correta neste enfoque trata o próximo tópico.

### 3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Defender uma perspectiva hermenêutica do Direito, inspirada no giro linguístico e na superação do paradigma metafísico de interpretação, não bastaria sem materializar-se na viabilidade real de sua reflexão e na contribuição

111 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 166.

112 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 201.



efetiva para uma maior eficácia da Constituição. Caído o mito da verdade absoluta *a priori* (como quer a metafísica) e em face da impossibilidade de uma metodologia que possa sustentar a verdade universal dos discursos, tem-se de negar expressamente a ideia da hermenêutica jurídica como *decisionismo irracional*.

Conforme já repisado, não se admite a confirmação de quaisquer pressupostos, mas somente aqueles que passem pela dinâmica intensa e dialética do círculo hermenêutico, o qual, não obstante rejeite o método, não perde a sua racionalidade. A compreensão do texto exige uma postura crítica, consciente de sua condição de ser-no-mundo e questionadora dos elementos pessoais, históricos e tradicionais pelos quais ocorre o fenômeno. Não é por outra razão que Lenio Streck nos esclarece: “Admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores, etc. – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que esse sujeito tomar”<sup>113</sup>.

Exatamente pela pretensão de correção é que se adota o norte hermenêutico, em busca de uma filosofia que liberte o intérprete dos falsos caminhos de validade que uma argumentação metodológica indica, a qual permite que relevantes aspectos do processo de entendimento sejam ocultados, dilatando uma indesejável discricionariedade judicial. Isso tudo é possível (e necessário) perante o Estado Democrático de Direito, em que a Constituição e seus princípios passam a ser integrantes de toda compreensão jurídica e o texto deve ser “filtrado a partir da ideia que tenho da Constituição”<sup>114</sup>.

Reconhecer que a interpretação de um texto jurídico e a solução para o caso concreto *não* advêm de um simples ato volitivo – ainda que eleitos entre supostos indiferentes jurídicos e diante de um maleável conceito de razoabilidade – prioriza o caráter público da função exercida pelo Magistrado e, portanto, o seu *dever* de adotar a melhor resposta, de não limitar esforços a se desprender de pré-juízos ilegítimos, de buscar a reconstrução principiológica do caso.

Com efeito, a busca da melhor solução, da resposta correta, é uma lição proveitosa da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Para esse importante jusfilósofo norte-americano, a integridade se manifesta tanto na legislação – restringindo “aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas”<sup>115</sup> –, quanto na *deliberação judicial* – impondo que “até onde

---

113 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 362.

114 Idem, p. 323.

115 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 261.

seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”<sup>116</sup>. A integridade seria uma virtude tão relevante quanto a equidade, a justiça e o devido processo legal, a serem considerados pelo intérprete.

Ressalta Dworkin que a integridade não é uma simples exigência de coerência na hermenêutica, mas a exigência de que “as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”<sup>117</sup>. O que se busca é a *melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade* e, em decorrência, as proposições jurídicas verdadeiras (as quais derivam da imposição da justiça, da igualdade e do devido processo legal). Nisto reside o seu ideal tão mencionado da solução correta. Explica Lenio Streck que

Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se quiser, pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do Direito: a pretensão de legitimidade.<sup>118</sup>

É de se notar, primeiramente, que Dworkin não tenta construir uma metodologia de verdade universal e tampouco recair na antiga ideia do juiz como *técnico* do Direito, o qual extrai o único sentido da norma, em uma atividade simplesmente subsuntiva. Pelo contrário. Apesar de não mencionar expressamente, o Direito como integridade possui muitas aproximações com a hermenêutica filosófica de Gadamer, como indica o seguinte trecho da obra do autor americano *O império do Direito (Law's Empire)*:

Portanto, não tenho nenhum interesse em tentar compor uma defesa geral da objetividade de minhas opiniões interpretativas, jurídicas ou morais. Na verdade, penso que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser. Deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar as que não sobreviverem à inspeção reflexiva.<sup>119</sup>

---

116 Idem, ibidem.

117 Idem, p. 264.

118 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 320.

119 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 258.

Note-se a postura evidentemente hermenêutica da “inspeção reflexiva” e da rejeição da verdade objetiva típica da metafísica<sup>120-121</sup>.

Destaque-se, ainda, que a Integridade da qual fala Dworkin pode ser vista no que Gadamer denomina de tradição autêntica, sendo possível distinguir os pressupostos legítimos (e, portanto, verdadeiros) dos pré-prejuízos falsos. Na integridade, está, também, uma característica hermenêutica marcante, de como o *todo* do Direito condiciona a *parte*, no círculo hermenêutico. Empresta-se de Robert Alexy a explanação, em seus estudos de Filosofia do Direito:

O segundo tipo do círculo hermenêutico concerne “a relação entre a parte e o todo. Por um lado, o entender de uma norma pressupõe o entender do sistema de normas, ao qual ela pertence. Por outro, o entender de um sistema de normas não é possível sem que as normas particulares, que pertencem a ele, sejam entendidas. Outra vez, é só formulado um problema sem que sejam oferecidos critérios para a sua solução. O problema consiste na produção de unidade ou coerência. Ela é tarefa da interpretação sistemática. Pode denominar-se o postulado, que se situa atrás do segundo círculo, “o postulado da coerência”.<sup>122</sup>

Até em razão de tal aproximação, não se pode assumir a tese da única resposta correta de Dworkin como sendo uma referência a um sujeito solipsista que define o Direito, mas como uma metáfora que representa a ruptura com a discricionariedade do intérprete juspositivista, cujo modelo de ciência do Direito ignora elementos políticos e morais<sup>123</sup>. Uma necessária baliza para uma maior efetivação dos princípios constitucionais (os quais, na experiência brasileira, inclusive, já estão contemplados em nossa Constituição comprou-

---

120 Lenio Streck alerta para as cautelas que se deve ter ao aproximar a teoria norte-americana de Dworkin e a experiência brasileira, ainda mais em uma postura hermenêutica: “Não devemos esquecer, já de início, a diferença entre o sistema jurídico da *common law* e do *civil law*, além do fato de que a tese aqui sustentada está baseada na hermenêutica filosófica, que – embora, a toda evidência, seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin – não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo norte-americano. De todo modo, há que se compreender que ‘o Juiz Hércules’ é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da única resposta correta” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311).

121 O próprio Dworkin cita Gadamer em determinados trechos de sua teoria da interpretação como fenômeno da compreensão, como ilustra o seguinte excerto: “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 75).

122 ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64-65.

123 Nesse sentido, Luiz Henrique Urquhart Cadernatori explica: “O que parece ser atacado aqui é o espaço vazio ou desprovido de alguma forma de decisão justa que uma concepção positivista restritiva contém e que é abandonado, no momento da decisão, à mercê dos resultados de operações deontológicas baseadas apenas em regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, seja por inclusão ou exclusão. Com isto, deixam-se de lado tanto os *standards* ou padrões (tratados por Dworkin como princípios) advindos do campo da moral coletiva de uma comunidade, quanto as diretrizes de ordem política que fundam essa mesma comunidade, pois estes elementos (da moral e da política) são totalmente estranhos a uma concepção de positivismo jurídico clássica ou ortodoxa. Ao contrário disso, para Dworkin, o direito congrega (ou estabelece inter-relações), além das regras, diretrizes políticas e princípios morais” (CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. Op. cit., p. 118-119).

missória-analítica e social). Aliás, assim como são metáforas a sua ideia do *romance em cadeia* (em que o Direito é construído pelos julgadores, em sua interpretação criativa, tal como um romance, em que um continua o que o outro iniciou, sendo que cada um deles “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”<sup>124-125</sup>), também é o imaginário Juiz Hércules, dotado de “capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade”<sup>126</sup>, possibilitando a única solução correta. Nesse sentido, esclarece Luiz Henrique Cadermatori:

Desse modo, a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito; combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto.<sup>127</sup>

Não se adota, portanto, um ideal fixo e intangível de resposta inconteste. Isso, a bem da verdade, seria uma negação do próprio paradigma hermenêutico e o retorno à verdade metafísica. A busca da solução correta é, como bem define Lenio Streck, em uma leitura nacional e ciente de nossas particularidades, “o direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição”<sup>128</sup>. Os princípios definidos na Constituição, a tradição legítima que confirmamos na leitura atenta do Direito, nos precedentes, na criação doutrinária,

---

124 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277. O “romance em cadeia” tem, inclusive, uma consciência hermenêutica muito grande da historicidade de cada contribuição. Assim explica o autor: “Ainda que cada um dos romancistas anteriores assumisse suas responsabilidades de maneira bastante séria, o texto deveria mostrar as marcas de sua história, e você teria de adaptar seu estilo de interpretação a essa circunstância” (Idem, p. 284).

125 Dworkin reforça a importância de sua metáfora e como a adoção de tais noções contribui para a efetivação do Direito como integridade mesmo em face da possibilidade concreta de se visualizar mais de uma interpretação, como é possível extrair do seguinte trecho: “A fantasia do romance em cadeia será útil de diversas maneiras nesse último argumento, mas essa é a lição mais importante que tem a ensinar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo” (Idem, p. 285).

126 Dworkin prossegue: “Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral de direito. São as respostas que, no momento, me parecem melhores. Mas o direito como integridade consiste em uma abordagem, em perguntas mais do que respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele as perguntas por essa concepção de direito” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 287).

127 CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. Op. cit., p. 122.

128 Transcreve-se integralmente o elucidativo trecho: “[...] entendo que é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica-filosófica” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 571).

tudo isto torna mais denso o processo de compreensão e questionamento dos pressupostos, permitindo que o jurisdicionado tenha acesso ao seu inegável direito de obter uma solução acorde ao Estado Democrático de Direito do qual participa.

Por óbvio, a falibilidade humana, a mudança das condições históricas e as idiossincrasias de todo julgador contribuem para as distintas leituras do caso concreto, o que, de modo algum, afasta a contribuição da solução adequada/correta e a integridade como virtude. Assim descreve, novamente, Streck:

Parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.<sup>129</sup>

Salutar recordar que os elementos da subjetividade consciente do processo hermenêutico não são obrigatoriamente prejudiciais ao Direito, pois, como nos conta Dworkin: “Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais”<sup>130</sup>. Registre-se, inclusive, que a legitimidade da decisão judicial não advém de sua suposta neutralidade ou simplesmente da autoridade que profere, mas sim de sua adequação e de sua minuciosa fundamentação do que foi e como foi compreendido, como registra Lenio Streck:

A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação (*accountability* hermenêutica), contendo a reconstrução do direito (coerência e integração), doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão.<sup>131</sup>

Na consciência de sua historicidade, questionando os pressupostos de sua compreensão e na certeza de que o seu julgamento crítico irá apresentar uma resposta ao dilema de vida que lhe é posto (afinal, o Direito resguarda os bens preciosos que a sociedade elegeu “normatizar”) – adequada à Constituição como *topos* hermenêutico, frise-se –, o julgador encontra-se apto a fugir das armadilhas que o método nos prega, da tentação do senso comum

---

129 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 339.

130 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 111.

131 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 365-366.

teórico acrítico, das limitações inerentes ao processo reprodutivo de sentido que limita o caráter transformador do Direito, tão necessário em uma sociedade tão carente de efetivação.

## CONCLUSÕES

Diante do exposto na presente monografia, nos é possível defender a enorme contribuição da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer para um entendimento radicalmente inovador do fenômeno da compreensão nas “ciências do Espírito”, entre elas o Direito, desconstruindo antigos mitos da relação sujeito-objeto. A estrutura dinâmica e dialética do círculo hermenêutico possibilitou entendermos como ocorre a fusão de horizontes da historicidade do intérprete com a historicidade do texto compreendido, a qual acontece, desde já, em uma antecipação de sentido que não atende à ordenação prévia do método. Mais importante, permitiu visualizarmos a relevância de se questionarem os pré-juízos formadores da pré-compreensão, quanto à sua legitimidade e pertinência ao novo contexto constitucional.

Para tanto, necessário foi, também, apresentar o rompimento com o paradigma metafísico das teorias clássicas de interpretação, demonstrando como a aplicação do Direito é um momento indissociável da sua compreensão, refratário a metodologias objetificantes e pretensões de neutralidade. Tal evolução exige do jurista um verdadeiro esforço contra o senso comum teórico, o qual, no mais das vezes, permeia a reprodução indiferente do ensino e da prática jurídica. Sair da “zona de conforto” da aplicação do Direito de acordo com os cânones inconteste da experiência jurídica não é tarefa fácil e tampouco indene de sacrifícios teóricos, mas possibilita, sem sombra de dúvida, potencializar o caráter social-transformador da atividade jurídica e introduzir a riqueza da faticidade na decisão judicial.

Por fim, pôde-se registrar que a hermenêutica jurídica, sob os influxos da hermenêutica filosófica, reforça a interpretação do Direito como racionalidade e permite minimizar os riscos de uma permissão discricionária de escolha, peremptoriamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Não mais se tenta criar um artifício para ocultar a subjetividade do intérprete (supostamente, em atividade subsuntiva) ou lhe permitir, antecipadamente, a opção valorativa entre indiferentes possibilidades. Reconhecendo a inafastável influência individual e tradicional na compreensão, não se amplia a margem decisionista, mas sim a sindicância de tais decisões e o alcance de sua fundamentação. Para refutar a pecha de “relativista” é que se demonstrou como tais condições pré-compreensivas auxiliam na busca de uma solução correta/adequada à Constituição, apresentando, nesse intuito, a crítica *interna* do Direito como integridade de Dworkin. Nesse contexto, a dialética da compreensão deve ser entendida com o norte da melhor resposta possível, coerente com todo o Direito e na plenitude que o caso permite. Tal adequação não advirá de sua simples *validade* e sua obediência a um método de ordenação prévia da racionalidade, mas sim da atenção à integridade do Direito.

Espera-se que o exame e a proposta realizados no presente estudo – ainda que necessariamente introdutórios a um longo aprofundamento posterior – possam ilustrar como é complexo o papel do intérprete no processo de compreensão, como este deve questionar sempre a tradição e a historicidade que são condição-de-possibilidade de seu conhecimento e ter em mente o indissociável caráter produtivo da interpretação. Não basta ao julgador estar imbuído de um ideal de justiça, se este não é compartilhado. Não atende à Constituição um julgamento que não atente às especificidades da realidade do caso concreto, ainda que célere. E, definitivamente, viola os direitos fundamentais das partes a decisão limitada pela pretensão de subsunção da lei e pela aplicação acrítica do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica – Theorie der juristischen argumentation*. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Lady, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. Org. e rev. Isabela Borba. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica jurídica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de Doutorado pela Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: [www.fd.unb.br](http://www.fd.unb.br).

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. (Warheit und Methode): traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Gadamer in conversation*. Trad. Richard Palmer. New Haven/London: Yale University Press, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, Brasília, p. 101-112, jan./mar. 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

PALMER, Richard. *Hermeneutics*. Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2006.

SILVA, Sergio André R. G. da. A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 275-295, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

\_\_\_\_\_. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Florianópolis [s.e.], n. 5, p. 48-57, jun. 1982. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq05Warat-SaberCSCTJ.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2010.