



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os pressupostos hermenêuticos em Gadamer e em Maccormick

Maíra Villela Almeida

Rio de Janeiro

2015

MAÍRA VILLELA ALMEIDA

**OS PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS EM GADAMER E EM MACCORMICK**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

## OS PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS EM GADAMER E

### EM MACCORMICK

Maíra Almeida

Mestra e doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio da CAPES.

**RESUMO:** O presente trabalho investiga alguns aspectos pertinentes à teoria Hermenêutica de Gadamer, seus fundamentos e seus conceitos. Por meio desta investigação compreende-se com mais clareza os pressupostos teóricos de MacCormick no que diz respeito à questão da argumentação e da interpretação. Pretende-se focar o problema hermenêutico da aplicação e de sua eficácia sob a perspectiva da obra *Verdade e Método I*, de Hans-Georg Gadamer e os referenciais ou pressupostos teóricos contidos em *Retórica e o Estado de Direito*, de Neil MacCormick defendem, do ponto de vista metodológico, o entendimento de que a hermenêutica e a interpretação – num sentido *lato* – pretendem questionar *a priori* a totalidade do homem e sua inserção no mundo. O que suas teorias divergem em pressupostos e metodologia é o que se pretende estudar aqui. Tais considerações têm por objetivo interpretar e aplicar nas esferas da filosofia (Gadamer) e do direito (MacCormick). Portanto, tratar-se-á dos aspectos mais conceituais das teorias em pauta.

**PALAVRAS-CHAVE:** hermenêutica, pressupostos hermenêuticos, razão e método.

**SUMÁRIO:** Introdução: o significado da Hermenêutica em Gadamer – um fenômeno circular. 1. Alguns traços essenciais da Hermenêutica em Gadamer e o problema da Hermenêutica segundo Gadamer. 2. A razoabilidade, a Argumentação e a Interpretação em MacCormick pressuposto de compreensão. 3. O paradigma da hermenêutica jurídica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

O presente artigo científico analisa a problemática da Hermenêutica Jurídica, sob o viés de Hans-Gadamer e Neil MacCormick. Procura-se demonstrar que o estudo da teoria desses autores, apesar de advindos de âmbitos diversos, filosofia e direito, respectivamente. Complementam-se e mostram-se essenciais para a atividade de jurisdição na atualidade, uma vez que, devido a constante mudança das relações social, cada vez mais depara-se o magistrado com situações complexas, em que verifica-se a necessidade de valer-se de instrumentos hermenêuticos.

Para tanto, serão abordadas as Teorias da argumentação, da interpretação e seus limites, apresentada por MacCormick e a análise do círculo hermenêutico desenvolvido por Gadamer, no que tange a aplicação e eficácia da perspectiva hermenêutica.

O primeiro capítulo destina-se à conceituação, discussão e problematização da Hermenêutica propostos por Gadamer, tais como: a estrutura ontológica do círculo hermenêutico, a razão e a autoridade.

No segunda capítulo da pesquisa, analisa-se a teoria proposta por MacCormick quanto aos parâmetros propostos pelo autor de razoabilidade, argumentação, interpretação e sua importância na atividade prática do direito positivo.

O terceiro capítulo propõe uma compreensão do paradigma da hermenêutica jurídica, por meio dos argumentos e teses defendidas pelos referidos teóricos, visando proporcionar ao leitor uma perspectiva ampliada da hermenêutica jurídica, ao contemplar análise de autores com diferentes matrizes.

O presente artigo acadêmico é de natureza qualitativa e adota a metodologia bibliográfica, de forma em adota como fontes principais livros e artigos científicos.

## **1. ALGUNS TRAÇOS ESSENCIAIS DA HERMENÊUTICA EM GADAMER: RAZÃO E AUTORIDADE**

A pergunta fundamental de Gadamer<sup>1</sup> é: como se inicia o trabalho hermenêutico? Que consequências têm para a compreensão a condição hermenêutica de pertencer a uma tradição? Faz-se necessário recordar-se aqui a regra hermenêutica segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica para a arte da compreensão. Assim, segundo Gadamer, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. E se pergunta novamente Gadamer se esse modo compreender o movimento circular da compreensão é adequado.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a compreensão humana de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que une o Homem à tradição. Mas em sua relação com a tradição essa comunhão é concedida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já se

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I* – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9 ed. Rio de Janeiro: Vozes, São Paulo: Universitária São Francisco, 2008, p.385.

encontra cada um individualmente, mas cada um vai instaurando-a na medida em que compreende, na medida em que participa do acontecer da tradição e continua determinando-o a partir dele próprio. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão. Entende, pois, que Gadamer explora a condição da tradição para fundamentar valores ao processo de compreensão.

A concepção prévia da perfeição ou da verdade que guia toda essa compreensão demonstra também ela ter em cada caso um conteúdo determinado. Não se pressupõe somente uma unidade de sentido capaz de guiar o leitor; pressupõe que a compreensão deste seja guiada constantemente também por expectativas de sentido transcendente, que surgem de sua relação com a verdade do que é visado. Da mesma forma que o destinatário de uma carta compreende as notícias que esta contém e vê as coisas, de imediato, com os olhos de quem escreveu, dando como certo o que este escreve, e não procura, por exemplo, compreender opiniões particulares do escritor, também nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto.

O traço distintivo da hermenêutica gadameriana é o “dar sentido” ao fenômeno racional e experimental<sup>2</sup>. A hermenêutica defendida por Gadamer aparece na medida de um problema humano. O Mundo acontece na medida do Homem com o seu patrimônio de ideias, ou seja, possui um aparato racional e conceitual que o predispõe a compreender o real<sup>3</sup>.

O grande desafio é que toda interpretação “verdadeira” tem que proteger-se da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis – “Essa é uma ideia valiosa. Para certos propósitos, aquilo que uma autoridade encarregada de determinar os fatos estabelece como sendo verdadeiro deve ser considerado verdadeiro ou ser aceito como a verdade”<sup>4</sup>. Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heróica”, tomada de vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”, como bem afirma Gadamer. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. “Quem quiser compreender um

---

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed, revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p.192.

<sup>3</sup> Ibid. p.196.

<sup>4</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.95.

texto, realiza sempre um projetar”<sup>5</sup>. Tão logo apareça um sentido no texto, o intérprete prelineia, estabelece, identifica um sentido do todo. Naturalmente que o sentido 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 do sentido. É o sentido que se firma e que dá sentido ao real.

Lênio Streck<sup>6</sup> afirma que estar no mundo antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal cronológico. Estamos no mundo e que há necessariamente uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Tem-se uma estrutura do modo de ser que é interpretação. Por isto, o Homem sempre interpreta. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. Portanto, fazer-se compreender é uma tarefa imprescindível ao juiz quando decide sobre um caso que lhe é levado ao conhecimento. É imperioso que as partes compreendam, não somente o resultado de sua decisão, mas, em primeiro lugar, os passos dados pelo magistrado na construção da sentença. Pode-se, pois, afirmar que uma compreensão (ou os procedimentos, como diz MacCormick) guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e atingir uma compreensão correta ou verdadeira.

Gadamer<sup>7</sup>, através de uma análise histórica mostra que é somente na *Aufklärung* que a ideia de “preconceito” recebeu a matriz negativa que agora possui e assevera que, em si mesmo, “preconceito” recebeu a matriz negativa que agora possui e assevera que, em si mesmo, “preconceito” quer dizer um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a interpretação. Segundo o filósofo, no procedimento da “jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva”<sup>8</sup>. Para aquele que participa de uma disputa judicial, um preconceito deste tipo representa evidentemente uma redação de suas chances. Esse preconceito de que trata Gadamer não pode e não deve ser adotado pelo julgador, posto que se assim o fizer, ainda no curso do processo, antes mesmo de proferir sua decisão, terá prejudicado um dos litigantes. A precipitação no juízo, para Gadamer é a verdadeira fonte de equívocos que induz aos erros do

---

<sup>5</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2008, p.356.

<sup>6</sup> STRECK, op. cit., p.199.

<sup>7</sup> GADAMER, op. cit., p.360 e 362.

<sup>8</sup> Ibid., p.360 e 362.

uso da razão<sup>9</sup>. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não se faça uso da própria razão, como afirma Gadamer: razão e autoridade não se confundem para o pensador alemão<sup>10</sup>. Mas, a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que um Homem está acima de outro em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao próprio juízo desse último. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria da razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada.<sup>11</sup>

Em sua exposição Gadamer apresenta o ponto de partida do problema hermenêutico<sup>12</sup>. Se o desejo for a concretização da justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar-se a cabo uma reabilitação radical da ideia de “preconceito” e reconhecer que existem preconceitos legítimos.

Em MacCormick, compreende-se a dificuldade metodológica e sistemática em estabelecer o procedimento racional/pragmático da atividade hermenêutica. Na verdade, MacCormick apresenta alguns conceitos (entendimentos) sobre os problemas da atividade jurídica interpretativa. Gadamer<sup>13</sup>, por sua vez, inicia suas considerações sobre o problema hermenêutico fundamental, apresentando seus dois componentes: a compreensão (*subtilitas intelligendi*) e interpretação (*subtilitas explicandi*), tendo sido incorporado um terceiro componente, qual seja, a aplicação (*subtilitas applicandi*). Esses três momentos deveriam, pois, perfazer o modo de realização da compreensão. Afirma Gadamer que o problema hermenêutico recebeu um significado sistemático, no momento em que o romantismo reconhece a unidade interna do inteligível e do explicativo. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também o fato de a linguagem e a conceptualidade da interpretação

---

<sup>9</sup> “Novamente, o que justifica o recurso à razoabilidade é a existência de uma pluralidade de fatores cuja relevância requer avaliação dentro de um foco de preocupação comum (como uma decisão a ser tomada por uma autoridade em vista do interesse público)”, assim expõe MacComick sobre o necessário uso da razão, entre outras passagens de seu livro.

<sup>10</sup> GADAMER op. cit., p.368.

<sup>11</sup> Ibid., p.371.

<sup>12</sup> Ibid, p.368.

<sup>13</sup> Ibid, p.406.

terem sido reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão; a linguagem passa a ocupar o centro da filosofia.

Acrescenta Gadamer<sup>14</sup> que a fusão interna da compreensão e da interpretação teve como consequência prática a complexa desconexão do terceiro momento da problemática da hermenêutica, qual seja, o da aplicação. Diz, pois, que a aplicação edificante que se fazia por exemplo da Sagrada Escritura no anúncio e na pregação cristã parecia ser algo completamente distinto da compreensão histórica e teológica da mesma. Ora, tais reflexões levaram a admitir-se que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido imperioso dá-se um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação. Isto não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitatae*. Ao contrário, entende-se que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.

Ultrapassada essa primeira análise do problema hermenêutico, compreende Gadamer que a história da hermenêutica ensina que junto à hermenêutica filológica, ou seja, aquela ciência que, por meio de textos escritos, estuda a língua, a literatura e todos os fenômenos de cultura de um povo, existiriam também uma teológica e outra jurídica e que somente as três juntas comportariam o conceito pleno de hermenêutica. A união dessas três formas de interpretação como um conceito pleno de hermenêutica é descrito por Gadamer<sup>15</sup> como sendo a estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica apoiava-se num reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo em cada situação concreta de maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre aplicar<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Ibid., p.407.

<sup>15</sup> Ibid., p.408.

<sup>16</sup> Ibid., p.408-409.

## 2. A RAZOABILIDADE EM MACCORMICK COMO PRESSUPOSTO DE COMPREENSÃO

Se de alguma forma identificados em Gadamer o significado de razão e a necessidade de seu exercício para a atividade de compreensão e produção do fenômeno da Hermenêutica, será em MacCormick que poderemos compreender a importância da consequência imediata desta atividade racional: a razoabilidade.

Em seu trabalho, MacCormick analisa e extrai um entendimento geral da ideia de razoável. Tenta esclarecer a importância da razoabilidade em relação ao Direito Positivo, para avaliar o quanto as ideias por ele apresentadas encontram alguma ilustração nas matérias ou documentos jurídicos em três estágios. Aponta, em primeiro lugar, as razões que podem ser aventadas para justificar o uso de parâmetros de razoabilidade no direito. Em segundo lugar, os modos pelos quais diferentes áreas do Direito interpretam os fatores relevantes para a razoabilidade. E, por fim, examina decisões concretas sobre razoabilidade, nas quais o que é razoável é tido como uma “questão de fato”. Compreende-se, pois, que a disposição da atividade criadora e compreensiva da razão, em Gadamer, é superada pela exigência de uma situação indispensável para MacCormick da razoabilidade, ou seja, o resultado prático e objetivo da atividade racional<sup>17</sup>. Por esta razão, MacCormick pretende observar, em sua teoria, a importância das “consequências como implicações” ou “consequências jurídicas” e levanta a questão sobre o papel dos valores na argumentação jurídica. Indaga a que valores pode o autor de um argumento jurídico recorrer para mostrar que uma linha possível de julgamento é melhor do que outra. Ou seja, assim como Alexy ou mesmo Dworkin, MacCormick está interessado em saber como a prática argumentativa resulta de parâmetros objetivos e concretos<sup>18</sup>.

Porém, como bem assevera MacCormick, a razoabilidade não está em questão apenas em relação à responsabilidade civil; há várias situações jurídicas que provocam a pergunta sobre o que é razoável fazer, dizer, concluir ou questionar. Um valor como o razoável, segundo MacCormick pode ser muito sensível ao contexto, e o julgamento será sempre em um dado contexto concreto. Em qualquer situação dada, podem existir muitos

---

<sup>17</sup> MACCORMICK. op. cit., p.218. “(...) a “razoabilidade” que o Direito tem em vista precisar ser razoabilidade prática, não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas”, afirma MacCormick.

<sup>18</sup> De alguma maneira, Castanheira Neves observa a prática da interpretação jurídica como fenômeno concreto de problemática sobre a decisão: “E essa mudança de perspectiva vem a traduzir-se, desde logo, no postular o caso jurídico como o prius metodológico. E com isto pretende afirmar-se que o caso jurídico não é apenas o objecto decisório-justificativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Portugal: Universidade de Coimbra, 1993, p.142.

fatores que devem ser avaliados no julgamento da razoabilidade de uma ação ou omissão para a construção dos argumentos necessários e efetivos para o caso em questão. Adverte MacCormick, no entanto, que através dos exemplos por ele expostos que a argumentação sobre a razoabilidade tem grande importância dentro das operações do Direito, como afirmamos acima. Uma pessoa razoável possui a virtude da *prudentia* e a utiliza em suas ações, afirma MacCormick. Tal pessoa razoável é aquela objetiva: ela não é consumida pela paixão por seu próprio interesse ou projeto de tal modo que se torne incapaz de se distanciar momentaneamente e olhar a situação a partir do ponto de vista de outras pessoas. Desta forma, ela é capaz de julgar o seu próprio interesse em contraste com os dos outros, ao menos num grau adequado de imparcialidade. Sendo a “pessoa razoável”, para o autor, um deliberador ideal. Admite MacCormick, em contrapartida, que pessoas perfeitamente razoáveis seriam um modelo de virtude irrealista. A ideia de razoabilidade condiz com o princípio da imparcialidade.

Observa-se, assim, certo distanciamento do conceito de razão em Gadamer e o mesmo em MacCormick. Para o primeiro ele se traduz na esfera da realização do próprio ser racional, enquanto para MacCormick os efeitos razão, a razoabilidade, configuram o necessário instrumental para o objetivo final: a compreensão.

Segundo MacCormick, a irrazoabilidade consiste em ignorar fatores relevantes, em tratar como relevante o que deveria ser ignorado. Mesmo que pessoas diferentes possam chegar a avaliações diversas em tais questões de sopesamento, e que uma variedade de avaliações seja aceitável dentro do escopo de opiniões razoáveis sobre tal sopesamento, este escopo tem alguns limites. Para o autor, algumas opiniões são tão excêntricas que não podem ser aceitas como julgamentos válidos de maneira alguma. MacCormick compreende que o Direito recorrerá sempre a um parâmetro tão complexo quanto a razoabilidade na formulação de princípios ou regras para orientar autoridades públicas e cidadãos: é a existência de tópicos para os quais uma pluralidade de fatores valorativos é relevante de um modo dependente do contexto.

A partir de um caso exemplar – *Suspeitos de Terrorismo*<sup>19</sup> – MacCormick desenvolve a discussão sobre a justificação das decisões e se podem ser consideradas tornadas corretas a partir de suas consequências. Tal discussão sobre as decisões concebe duas posições extremas. A primeira, na qual a única justificação para uma decisão poderia ser em termos da totalidade de suas consequências, da sua capacidade de produzir o maior benefício,

---

<sup>19</sup> MACCORMICK. op. cit., p.135.

tendo como conjunto todas as consequências e julgando-as a partir de algum critério adequado. Enquanto que, na segunda, a natureza e a qualidade da decisão seriam os únicos elementos a serem considerados relevantes na justificação de suas decisões. Percebe-se que, longe da visão de Gadamer, MacCormick trabalha a questão da decisão a partir da instrumentalização dos procedimentos da argumentação e da interpretação. Segundo o autor, ambos os extremos devem ser rejeitados, uma vez que se deve dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões. A justificação está no “justo meio”, na razoabilidade dos procedimentos<sup>20</sup>.

MacCormick tem ainda como foco argumentar que um certo tipo de raciocínio consequencialista tem importância decisiva na justificação das decisões jurídicas. Além de raciocinar sobre os problemas da relevância e da interpretação, e sobre alguns aspectos da argumentação sobre os problemas de classificação e avaliação, que envolvem tipicamente questões relativas à linha adequada de desenvolvimento do Direito a partir do caso particular em apreço.

Para o autor, decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser universalizada (ao menos implicitamente) e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival. Deste modo, as razões devem ser dadas a favor da alternativa preferida, para a linha de decisão preferida neste caso e em todos os outros casos análogos. Na verdade, MacCormick desenvolve uma teoria da efetividade jurídica que, de algum modo, exige do intérprete a preocupação com as consequências de suas decisões ou, como se afirma na teoria institucionalista, a preocupação com os “efeitos sistêmicos” da atividade institucional e de seus autores.

O autor ainda apresenta o motivo dos casos difíceis produzirem um mau Direito e satisfazerem a exigência da justiça que os casos iguais sejam tratados de forma igual: que as decisões não justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas, mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes. Segundo o autor, o que oferece o caráter distintivo das decisões judiciais em casos concretos é que em qualquer medida em que exista em um dado sistema jurídico uma prática de seguir precedentes ou mesmo uma regra exigindo isso, a decisão universalizada torna-se um tipo de regra capaz de aplicar-se a todas as demais

---

<sup>20</sup> Ibid., p.136. “Nós devemos, portanto, rejeitar ambos os extremos. Devemos dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões”, assim esclarece o autor.

pessoas. Ela, ao menos, se torna uma regra que os outros juízes deveriam seguir ou modificar, salvo quando estivessem diante de um caso que pudesse ser considerado distinto do caso anteriormente julgado<sup>21</sup>.

MacCormick ainda estabelece que uma parte necessária da justificação das sentenças jurídicas consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia. Mas esses fundamentos de justificação, “ainda que sempre necessários, não são de forma alguma sempre suficientes ou conclusivos para favorecer ou afastar uma conclusão possível em um determinado caso, mas somente um teste de consistência e coerência”<sup>22</sup>. O termo “consequências jurídicas” traduz a prudência e cautela que o juiz deve observar, dentro de um conjunto de situações possíveis, qual terá que ser cumprida, do ponto de vista jurídico pela sentença proposta.

Quanto à “consequencia comportamental” o autor a relaciona à conduta do juiz que adere fielmente às decisões anteriores e procura agir de acordo com o seu espírito. Desta forma, em essência, o que o autor denomina de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada.

Uma vez que a argumentação judicial caminhe nos limites da universalizabilidade, a matéria também dirá respeito ao estabelecimento de normas de correção, trazendo ao centro do argumento, portanto, razões de correção. Neste contexto, pode-se dizer que correção e orientação a objetivos são dois lados da mesma moeda. Para ele, os direitos são consequências em relação às decisões de princípios que são feitas no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas.

A ideia central em MacCormick, que de alguma forma transcende o essencialismo gadameriano é que a interpretação do direito está sempre relacionado a sua aplicação. Sua visão é prática. Apresenta dois sentidos para a palavra “interpretação”, um mais amplo e outro mais estrito<sup>23</sup>. Pelo sentido mais amplo, toda a aplicação do Direito exige algum ato de interpretação, uma vez que o aplicador precisa formular uma compreensão daquilo que o

---

<sup>21</sup> “O argumento conclusivo ou definitivo de um caso, quando ele ainda permanece em aberto após esse teste de consistência e coerência, é um argumento sobre as consequências, mas em um sentido de alguma forma diferente daquele que consideramos aqui”. Ibid., p.140.

<sup>22</sup> Ibid., p.140.

<sup>23</sup> Ibid., p.165.

texto diz para que possa aplicá-lo e, por conseguinte, qualquer ato de apreensão de sentido pode ser considerado como algo que envolve a interpretação. Por uma concepção mais estreita da argumentação compreende-se o sentido de acordo com o qual “interpretamos” apenas quando nos deparamos com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida. Em sua obra, MacCormick trata da interpretação em sentido estrito, ou seja, se diante de dúvida ao se formar um julgamento deve-se resolver esta dúvida por meio de uma decisão que se mostra mais razoável no contexto. E, sem dúvida, se busca a sua efetividade na resolução do caso.

Segundo MacCormick, a disputa sobre o sentido de uma disposição legal é um bom exemplo de “problemas de interpretação”. A dúvida coloca-se em termos de dois ou mais sentidos rivais que apresentam argumentos para o tribunal acerca de quais razões são mais fortes para proferir uma leitura ao invés de outra. A conclusão do tribunal acerca de quais razões são mais fortes para proferir uma ou outra interpretação conduz a uma decisão sobre a matéria concreta em disputa. As categorias de argumentos interpretativos são, para MacCormick: aqueles que recorrem ao próprio contexto linguístico como fonte de razões para proferir uma interpretação a outra; aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade (sentido este bem diverso de Gadamer); aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades.

Deve haver, na verdade, um estágio da argumentação que resuma o grau relativo de persuasão de todos esses argumentos em um dado contexto, e que explique porque a conclusão alcançada é apropriada. Tal estágio de argumentação deve ser aplicado situações em que o sentido ordinário esteja em desacordo com o sentido técnico, um precedente conflito com a lógica conceitual, e de fato um argumento de um tipo pode ser encontrado em conflito com outro de outro tipo, sem consideração em relação às categorias identificadas. Nas disputas jurídicas, de acordo com o autor, argumentos de todos os tipos são matérias disponíveis para aqueles que queiram contestar o sentido de um texto. Sendo, ao fim, tarefa do juiz ou do tribunal encontrar uma conclusão, decidindo em relação a todo o contexto qual interpretação deveria prevalecer com base em quais razões.

Por trás da interpretação linguística há ainda o objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. Segundo MacCormick, a tarefa específica de uma gama de tipos de argumentos não pode ela mesma ser derivada dedutivamente. Tal

conceito poderia ser um modo de concluir ou resumir onde está a unidade maior de todos os elementos argumentativos-interpretativos mais específicos identificáveis por meio de detida reflexão sobre a prática da argumentação jurídica, revelados por meio de um processo de “reconstrução racional” deles<sup>24</sup>.

### 3. O PARADIGMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito, como bem esclarece Gadamer. Na hermenêutica tem-se o correto modelo de relação entre passado e presente que se procurava. Quando o juiz, ao julgar, adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum significa que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente, visando resolver o caso concreto que lhe fora levado ao conhecimento. Claro que ali se trata de uma mediação jurídica. O que o juiz tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, nesse caso, o magistrado não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. A cada momento, ele pode assumir a posição do historiador, e dirigir-se às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz.

Diante de tais considerações, Gadamer conclui que para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica (como também o faz MacCormick e muitos outros), posto que se isso não ocorrer, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto esteja acima da lei não há falar em hermenêutica alguma.

A tarefa da interpretação, pois, consiste, nas palavras do filósofo, em “concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação”<sup>25</sup>. Cabe, assim, ao juiz, o papel de complementar produtivamente o direito, sendo sua sentença, não um conjunto de arbitrariedades imprevisíveis, mas uma ponderação justa do conjunto, estando, assim, garantida a tão desejada segurança jurídica, fundamental no estado democrático de direito. Para isso, até que chegue o juiz à decisão proferida, deverá percorrer um longo caminho

---

<sup>24</sup> “E é isso que justifica, a seu turno, dar considerável peso à argumentação linguística e sistêmica no Direito. Esses são valores jurídicos genuínos e geralmente operativos, conectados com o ideal do Estado de Direito”. Ibid., p.185.

<sup>25</sup> GADAMER. op. cit., p.432.

através das peças processuais e das provas produzidas, o que poderá ocorrer dando oportunidades iguais a cada um dos litigantes ou negando-lhes a participação efetiva e equânime ao processo. Gadamer faz ainda uma referência entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, informando existir entre elas uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição preponderante, afirmando, pois, não ser sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

Não há que se falar em interpretação sem que se mencione a Dogmática Jurídica. Neste particular, mister reportar-se à obra de Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>26</sup> em que leciona que o postulado quase universal da Dogmática Jurídica, de que não há norma sem interpretação, define de imediato a função social das interpretações dogmáticas. E conclui dizendo que a Dogmática cria condições para uma libertação do espírito onde a sociedade espera vinculação. Ao afirmar seu postulado, a Dogmática interpreta sua própria vinculação a dogmática, conferindo ao intérprete uma disponibilidade que o autoriza a ampliar as incertezas sociais de um modo suportável e controlado. Seria a adequação ao caso concreto, sem que isso importe em decisionismos e discricionariedade do julgador.

Do ponto de vista da teoria da ciência moderna, pode-se compreender, conforme o próprio Gadamer, que se poderia apelar para o valor paradigmático dos casos onde não é possível uma substituição imediata do destinatário original pelo intérprete. Segundo Gadamer, para que se possa entender plenamente o sentido de um texto poderia o intérprete colocar-se no lugar desse destinatário e, na medida em que esse deslocamento lograsse dar ao texto sua perfeita correção, poderia reconhecê-lo como um verdadeiro engano da interpretação. Porém, esse deslocar-se ao lugar do leitor original é coisa muito diferente da aplicação. Significa saltar por cima da tarefa de mediar o ontem e o hoje, o tu e o eu, que, na verdade é o que quer o autor dizer com a palavra “aplicação” e que também a hermenêutica jurídica reconhece como sua tarefa. É, na verdade, o consequencialismo de que nos fala MacCormick.

Para Gadamer a compreensão não está na literalidade da ordem, nem tampouco na verdadeira intenção de quem a dá, mas unicamente na compreensão da situação e na responsabilização de quem a obedece, concluindo que o modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se, pois relativamente fecundo<sup>27</sup>. Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto

---

<sup>26</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

<sup>27</sup> GADAMER. *op. cit.*, p.446.

legal, o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. A velha unidade das disciplinas hermenêuticas recupera seu direito e se reconhece a consciência da história das consequências em toda prática hermenêutica, tanto no do filólogo como o do historiador.

Tornou-se, pois, evidente que o sentido da aplicação já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não significa aplicação ulterior de algo comum, 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<sup>28</sup>.

Defende Streck, no plano da Nova Crítica do Direito, que o intérprete não interpreta por partes, como se estivesse repetindo as fases da hermenêutica clássica, ou seja, primeiro compreende, depois interpreta, para finalmente aplicar. Ao contrário, em sua visão esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica. Assim, segundo Streck, ao interpretar um texto o intérprete estará no estremeio do círculo hermenêutico, havendo um movimento antecipatório da compreensão.

Em sendo assim, o juiz, a partir da Nova Crítica do Direito, não decide para depois buscar a fundamentação no contrário, ele decide, porque já encontrou o fundamento para sua decisão, sendo esse fundamento a condição de possibilidade para a decisão tomada, buscando, em um segundo momento o aprimoramento de seu fundamento. Com tal afirmação, Lênio Streck afirma que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Defende a ideia de que um faz parte do outro e assim, as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão (seus preconceitos) a cerca da totalidade do sistema jurídico-político-social. E qual a função do juiz nesse processo de interpretação?

A resposta está em Ronald Dworkin que em sua obra *O Império do Direito*<sup>29</sup>, no Capítulo VII – Integridade do Direito, no tópico destinado à cadeia do direito, afirma que a interpretação crítica vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, não (pelo menos não necessariamente) porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou de algum grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

---

<sup>28</sup> Lênio Luiz Streck rompe com o paradigma metafísico aristotélico-tomista, pois defende a ideia de que, ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser produtivo e passa a ser produtivo, alegando que nesse ponto repousa a teoria de Gadamer quando afirma que o caráter da interpretação é sempre produtivo e que esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. STRECK. op. cit., p.211.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p.275.

Tudo depende, com efeito, do tempo em que o juiz vai decidir e da tradição que envolve esse mesmo tempo em circunstâncias com as quais o juiz se depara no seu processo interpretativo e aplicativo.

## **CONCLUSÃO**

Em conclusão, pode-se afirmar que ambas as teorias de Gadamer e da MacCormick possuem, evidentemente, diferenças fundamentais no enfoque teórico sobre os conceitos e “instrumentos” analíticos para a elaboração de suas concepções na ordem da Hermenêutica. Se de um lado, Gadamer, sob a perspectiva mais filosófica, preocupa-se sobre a reflexão “racional essencial” do fenômeno hermenêutico, MacCormick, por outro, atenta para os elementos práticos resultantes da atividade própria da Hermenêutica.

Mesmos que o presente trabalho tenha sido muito abreviado, mesmo diante da dificuldade em tentar correlacionar dois autores de extensa envergadura teórica, procurou-se apontar os elementos essenciais e práticos que surgem no estudo de tais autores, tais como a razão e a racionalidade; a autoridade; a consequência; a compreensão; a aplicação; enfim, uma enormidade de categorias e enunciados de ordem filosófico-jurídico que exigem muito mais análise do que se pode desenvolver neste ensaio.

Há, sem dúvida, necessidade de se apontar que, independentemente de suas concepções, às vezes divergentes, ambos os pensadores convergem para uma perspectiva sólida sobre aqueles problemas metodológicos mais atinentes à questão da argumentação e da interpretação: na determinação do objeto, na fundamentação racional, na compreensão propriamente dita, na aplicação e nas consequências assumidas na decisão.

Em Gadamer, pode-se compreender que, apesar da grande dificuldade de conceituar os elementos chave para a Hermenêutica, no que tange, por exemplo, a razão como o instrumento central da compreensão, o seu enfoque está na totalidade do exercício hermenêutico, ou seja, Gadamer concebe a atividade hermenêutica como um fenômeno único e indivisível, quase como autônomo, em particular quando trata da atividade jurídica propriamente dita e na sua especificidade linguística. Já MacCormick parece compreender a Hermenêutica como um acontecimento segmentado, particular da atividade jurídica e a investigação e a interpretação obedecem a planos específicos de problematização e de procedimentos. Basta se observar o quanto de dúvida e de generalidade e coloca sobre o conceito de razoabilidade e não de razão.

Acredita-se, pois que esse breve estudo foi possível visualizar e compreender a densidade e a dificuldade da atividade hermenêutica para ambos os pensadores. Não existe, ao que parece, um esgotamento sobre o fenômeno circular da Hermenêutica em razão sobretudo da atividade *ratio letterei* que a todo instante cria e se recria para a dar compreensão e sentido a todas as razões humanas, em particular, a do Direito.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo:Max Limonad, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9 ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Portugal: Universidade de Coimbra, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica construtiva do Direito*. 7 ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso – Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. revista ampliada, 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.