

TEORIA E MÉTODO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

*Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e
Marco Antônio da Silva Lemos (*)*

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília como exigência parcial para a aprovação na disciplina Metodologia Científica do curso Mestrado, sob a orientação da Professora Dra. Dirce Mendes da Fonseca.

“Saio de meu poema
como quem lava as mãos.
Algumas conchas tornaram-se,
que o sol da atenção
cristalizou; alguma palavra
que desabrochei, como a um pássaro“

(João Cabral de Melo Neto, “Psicologia da Composição”)

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à abordagem da hermenêutica jurídica sob os aspectos de sua teoria e método, com base no diálogo de autores clássicos e contemporâneos. Para tanto, faz-se breve análise da hermenêutica como ciência, tomando por referenciais as obras de Wilhelm Dilthey (1944) e Hans-Georg Gadamer (1999), para, em seguida, traçar-se um panorama da interpretação jurídica em especial, com força nas lições de Manoel Messias Peixinho (2003), que conduzem a uma visão das escolas e métodos tradicionais, bem assim da interpretação constitucional, esta com ênfase no método tópico-problemático.

A investigação em torno da tópica propicia o encontro com autores como Boaventura de Sousa Santos (2003) e Raimundo Panikkar (1983), que propõem como

(*) *Juízes de Direito do TJDF*

método de pesquisa a hermenêutica diatópica, procedimento segundo o qual os valores de uma cultura, por mais fortes que se apresentem, são sempre incompletos.

Sugere-se, por fim, uma avaliação crítica do papel dos juizes, como articuladores da hermenêutica jurídica, tendo como ponto de sustentação as idéias desenvolvidas por François Rigaux (2000), que chega a reconhecer a existência de uma missão legislativa do julgador, ao suprir momentos de silêncio do legislador, em aproximação ao movimento intitulado ativismo judicial, de que é defensor Mauro Cappelletti (1993).

Este ensaio é fruto dos estudos voltados à consecução do seminário “Hermenêutica Jurídica”, apresentado em 02 de junho de 2005, aos alunos da disciplina Metodologia Científica, sob a responsabilidade da Professora Doutora Dirce Mendes da Fonseca, no curso de Mestrado do Centro Universitário de Brasília - Uniceub.

1 - ORIGENS DA HERMENÊUTICA

Hermenêutica, do grego *hermeneuein*, é hodiernamente tida como uma teoria ou filosofia da interpretação, capaz de tornar compreensível o objeto de estudo, mais do que sua simples aparência ou superficialidade. Não deve seu conceito ser confundido com o de simples e mera interpretação; muito ao contrário, a idéia contida nesse conceito busca a descoberta e a compreensão para além daquilo que o objeto do estudo oferta à primeira vista. Em Direito, em tal contexto, a hermenêutica não se esgota na descoberta e assimilação do comando da norma e das relações humanas que ela objetiva regular. Pretende muito mais, pois seu desiderato é a compreensão tão ampla quanto possível delas, muito especialmente em relação às suas dimensões não aparentes e às suas diversas nuances e possibilidades semióticas.

A palavra grega *hermeios* remete para o deus Hermes, que funciona como *mediador* e *portador de uma mensagem*, o qual, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Assim, Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir às outras pessoas. Ou mesmo enxergar (e decifrar, exibindo) aquele sentido que, em circunstâncias normais, não seria aparente. O deus Hermes sempre foi vinculado a uma função de *transmutação*, ou seja, agia por ajustamento, *transformando* aquilo que a compreensão humana *não alcançava* em algo que essa compreensão *conseguisse compreender*. Nesse sentido, segundo Manoel Messias Peixinho (2003, p. 2), o significado mais amplo do termo “hermenêutica” envolvia a noção de “*tornar compreensível*”, sobretudo quando o processo envolvesse o *uso da linguagem*. As três vertentes do significado do termo *hermeneia* eram, respectivamente, *exprimir em voz alta*, *explicar* e *traduzir*.

O verbo “interpretar”, segundo o *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa* (1977, p. 314), significa “explicar, [...] esclarecer; ser intérprete; traduzir, [...] tomar

(entender, interpretar) em tal ou tal sentido; entender que, pretender que; julgar; [...] compreender; procurar resolver *ou* decidir”. Entretanto, é preciso esclarecer, reiterando a advertência inicial, que a Hermenêutica é mais do que isso, pois visa, para além disso, também revelar, indagar, testar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta, que por vezes está intencionalmente oculto ou velado. Pela Hermenêutica, assim, descobre-se o significado escondido, não manifesto, não só de um texto (*estricto senso*), mas também da linguagem. Pode-se dizer que, por intermédio da Hermenêutica, chega-se a conhecer realmente o próprio homem, a realidade em que vive, a sua história e sua própria existência. Desde a Teoria da Exegese Bíblica de Danhamer (1654), a Hermenêutica passou por vários momentos: a Hermenêutica Romântica de Schleiermacher; a Hermenêutica Histórica de Dilthey; a Ontologia Hermenêutica de Heidegger; a Teoria Hermenêutica de Betti; a Hermenêutica Filosófica de Gadamer; a Hermenêutica Crítica de Apel e Habermas; e a Hermenêutica Fenomenológica de Paul Ricoeur.

A idéia de que o trabalho hermenêutico envolve compreensão, mais até do que explicação, e que para isso é imprescindível que o exegeta busque mesmo “incorporar” o próprio autor, haurindo e extraíndo significados do objeto de estudo de que até mesmo o autor talvez não tivesse cogitado, não é antiga. É relativamente recente. Essa tentativa de “incorporação” do autor como fórmula de interpretação é enfatizada por Wilhelm Dilthey (1944), que inicia sua abordagem acerca da origem da hermenêutica pontuando que toda ação pressupõe a compreensão de outras pessoas, sendo que boa parte da felicidade humana se deve a este “poder sentir” estados de ânimo alheios (1944, p. 321). Menciona esse autor que as ciências do espírito, assim como a história, dependem, para sua validade, da possibilidade de elevar a compreensão individual a uma validade universalmente aceita, o que as diferencia das ciências naturais (1944, p. 321). Vê-se, assim, que as ciências do espírito estão à frente do conhecimento natural porque seu objeto não é um fenômeno perceptível aos sentidos, mas se trata de uma realidade interna, que se apresenta como uma conexão intimamente vivenciada.

Nesse passo, pode-se afirmar que compreensão é tida como o processo pelo qual, a partir de sinais exteriores que impressionam os sentidos, conhece-se a interioridade, algo psíquico, insiste Dilthey (1944, p. 322).

Uma das maiores lições de Dilthey (1944, p. 323) e um de seus principais contributos à Hermenêutica é que o compreender mostra graus diferentes. Este se encontra condicionado inicialmente pelo interesse. A seguir, anota que a compreensão técnica de manifestações de vida permanentemente fixada constitui a interpretação, para admitir a existência de uma arte interpretativa, que se desenvolve lentamente e se perpetra pelo trabalho dos filólogos, transmitindo-se historicamente pelos próprios intérpretes e mediante suas obras (1944, p. 324). Nesse contexto, Dilthey

(1944, 324) define a ciência hermenêutica como a “técnica da interpretação de testemunhos escritos”.

O autor traça o percurso histórico da hermenêutica (1944, pp. 325-336), iniciando pela interpretação técnica dos poetas, que se desenvolveu na Grécia graças às necessidades da doutrina (do ensino). Na época da ilustração grega se tinha muita predileção, em todo o âmbito da língua grega, pelo jogo engenhoso com a interpretação e crítica de Homero e outros poetas. Encontrou-se uma base mais firme quando, com os sofistas e nas escolas dos retóricos, essa interpretação se pôs em contato com a retórica, porque nesta se encerrava, aplicada à eloquência, a doutrina mais geral de composição. Aristóteles, o grande classificador e analisador do mundo orgânico, dos estados e das produções literárias, ensinou em sua Retórica a conveniência de se analisar o conjunto de um produto literário em suas partes, a distinguir formas de estilo, os efeitos do ritmo, dos períodos, da alegria.

A consciência metódica sobre o procedimento adequado de interpretação se reforçou todavia na escola alexandrina pelo antagonismo com a escola filológica de Pérgamo. Um antagonismo de direções hermenêuticas que encerrava na teologia cristã em uma nova situação e duas grandes visões históricas sobre poetas e escritores religiosos foram condicionadas por esse mesmo antagonismo.

Crates de Mallos levou da escola estóica à filologia de Pérgamo o princípio da interpretação alegórica. O poder duradouro desse método interpretativo se apoiou, em princípio, no fato de buscar alinhar e retificar a contradição entre os testemunhos religiosos e uma visão apurada do mundo. Esse antagonismo ressurgiu posteriormente, só que em circunstâncias distintas, no embate entre a escola teológica alexandrina e a antiaquina. Sua base comum era, naturalmente, que o Antigo e o Novo Testamento se achavam hermeneuticamente travados por uma conexão interna entre predição e cumprimento.

A interpretação e suas regras entram, com o Renascimento, em uma nova etapa. A linguagem, as condições de vida e a nacionalidade haviam estabelecido a separação no tocante à antiguidade clássica e a era cristã. A interpretação foi, neste caso, de maneira distinta da que ocorrera em Roma, um colocar-se em uma vida espiritual estranha por meio de estudos gramaticais, reais e históricos. De todo modo, é inegável que a constituição definitiva da hermenêutica deve-se à arte da interpretação bíblica.

A primeira obra considerável, e por sinal a mais profunda, foi a de *Clavis* de Flácius (1567). Nela, pela primeira vez todo o conjunto das regras interpretativas encontradas até então se viu compilado em um sistema doutrinal, graças ao postulado de que, procedendo-se tecnicamente segundo essas regras, poder-se-ia alcançar sempre uma compreensão que teria validade universal. Flácius tomou consciência desse ponto de vista (ou seja, da existência de um princípio que rege de fato a hermenêutica, v.g., a amplitude e validade universais), em virtude das lutas do século XVI.

Se o intérprete tropeça em seu texto com dificuldades, dispõe para solvê-las de um recurso sublime: a conexão bíblica que se dá na religiosidade cristã viva. O valor hermenêutico da experiência religiosa não é mais do que um caso de princípio segundo o qual todo processo interpretativo implica, como um fato dele mesmo, uma interpretação baseada na conexão real. Mas, junto a esse princípio interpretativo religioso, há também os preceitos intelectuais. O primeiro de todos é a interpretação gramatical. Mas Flácius é o primeiro que capta, junto a esta, a significação do princípio psicológico ou técnico da interpretação segundo o qual se haverá de interpretar as diversas passagens segundo a intenção e a composição de toda a obra. E é o primeiro também a utilizar metodicamente para essa interpretação técnica os ensinamentos da retórica acerca da conexão interna de uma produção literária, de sua composição e de seus elementos verdadeiros pelo uso da linguagem e pelas circunstâncias históricas. Assim se levou a cabo a liberação da interpretação com respeito ao dogma e se fundou a escola histórico-gramatical. O espírito fino e cuidadoso de Ernesti criou no *Interpres* a obra clássica dessa nova hermenêutica. Com sua leitura, Schleiermacher pôde desenvolver sua própria hermenêutica. Também este progresso se levou a cabo dentro de limites rígidos.

Até então a hermenêutica havia sido, no melhor dos casos, um edifício de regras, cujas partes, cada uma das regras, eram contidas em um feixe pelo objetivo de uma interpretação de validade universal. Havia distinguido as funções que cooperam neste processo de interpretação como interpretação gramatical, histórica, retórico-estética e real. E, nutrindo-se do virtuosismo filológico de muitos séculos, havia cobrado consciência das regras a cujo tenor têm que operar estas funções. Schleiermacher passou, além destas regras, à análise do compreender, portanto, ao conhecimento desta ação com ajuste no final, e deste conhecimento deduz-se a possibilidade de uma interpretação de validade universal, seus recursos, limites e regras. Mas lhe era dado analisar o compreender, como um “reproduzir”, um “reconstruir”, somente em sua relação viva com o processo de reprodução literária. Reconhecer, na visão viva do processo criador em que surge uma obra literária cheia de vida, a condição para o conhecimento de outro processo, que consiste em compreender o conjunto de uma obra partindo dos sinais escritos, passando daí ao propósito e a índole espiritual de seu autor.

Mas, para resolver o problema assim exposto, ter-se-ia a necessidade de uma nova visão histórico-psicológica. Entende-se a relação de que aqui se trata desde aquela união existente entre a interpretação grega e a retórica como teoria de um gênero determinado de produção literária. Mas o entendimento dos dois processos continuou sendo sempre lógico-retórico. As categorias com que se levava a cabo eram sempre o feito, a conexão lógica, a ordem lógica e logo um revestimento desse produto lógico com o estilo e as figuras da linguagem. Mas agora passam a ser empregados conceitos novos para compreender uma produção literária. Tem-se uma faculdade unitária e que atua

criativamente, que, sem consciência de sua ação configuradora, acode e desenvolve as primeiras impressões para uma obra. Receber e formar autonomamente são algo inseparável nela. A individualidade opera até a ponta dos dedos e em cada uma das palavras. Sua manifestação suprema constitui a forma externa e interna da obra literária. E essa obra sai ao encontro da necessidade insaciável de completar a individualidade própria mediante a visão de outras individualidades. O compreender e o interpretar atuam constantemente na vida e logram sua culminância na interpretação técnica de obras poderosas, cheias do alento da vida e da conexão das mesmas dentro do espírito de seus autores. Essa era a nova intuição.

Toda interpretação de obras escritas não é mais que o desenvolvimento técnico do processo do compreender que se estende por toda a vida e que se refere a todo gênero de discurso e escrito. A análise do compreender constitui, portanto, a base para a fixação de regras de interpretação. Mas essa análise não pode ser levada a cabo senão a par da análise da produção das obras literárias. Com a relação entre compreensão e produção pode-se fundamentar o nexo das regras que há de determinar os meios e os limites da interpretação.

A possibilidade de uma interpretação de validade universal pode derivar-se da natureza do compreender. Nesta, a individualidade do intérprete e a do seu autor não se enfrentam como dois fatos incomparáveis, já que ambos foram formados sobre a base da natureza humana geral, e com isto se faz possível a comunidade dos homens no discurso e a compreensão. As diferenças individuais não se acham condicionadas, em último caso, por diferenças qualitativas das pessoas, senão por diferenças de grau em seus processos psíquicos. Ao colocar o intérprete em comparação sua própria vida em um meio histórico, pode com isso acentuar certos processos psíquicos e pospor outros, provocando assim, dentro de si, uma reprodução da vida alheia.

Uma vez que se considere o aspecto lógico deste processo veremos que nele se chegará a conhecer uma conexão, além da cooperação constante de um saber gramatical, lógico e histórico, partindo de diversos sinais só relativamente determinados. Expressando-o em nossa terminologia lógica, esse aspecto lógico do compreender consiste em uma cooperação da indução, da aplicação de verdades gerais ao caso particular e do método comparado. A tarefa imediata consistiria em estabelecer as formas particulares que adotaram nesse caso as operações lógicas indicadas em suas combinações.

Nesse ponto se faz ver a dificuldade central de toda arte interpretativa. A totalidade de uma obra tem de ser compreendida partindo-se das palavras e de suas combinações e, sem embargo, da compreensão do conjunto. Esse círculo vicioso se repete na relação de cada obra singular com a índole e o desenvolvimento de seu autor, e se volta a apresentar também na relação da obra singular com o gênero literário a que pertence. Essas dificuldades foram resolvidas por Schleiermacher praticamente,

da maneira mais elegante, na introdução à *República* de Platão e nos apontamentos de suas lições exegéticas encontro outros exemplos do mesmo método. A finalidade última do método hermenêutico consiste em compreender o autor melhor do que ele mesmo se compreendeu. Uma proposição que é consequência necessária da teoria da criação inconsciente.

2 - A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A Hermenêutica Jurídica, um ramo particular da Hermenêutica, é preciso de imediato salientar, deve ser estudada à luz da Hermenêutica Filosófica, iniciando-se com os trabalhos de Friedrich Schleiermacher (*apud* PEIXINHO, 2003, pp. 5-7), no início do Século XIX. Para este, hermenêutica é a arte de compreender, e a distinção entre “falar” e “interpretar” passa a ser a pedra de toque de sua hermenêutica. Para Schleiermacher, compreender ou interpretar passa necessariamente por uma reconstrução daquilo que o autor realmente disse ou escreveu. Todo o processo de compreensão pode ser simbolizado por um círculo, onde se dão voltas até atingir-se o objetivo, o chamado círculo hermenêutico. Assim, para ele a hermenêutica deixa de ser encarada como uma disciplina específica de determinado ramo do conhecimento, e passa a ser entendida como “a arte de compreender uma expressão lingüística” (*apud* PEIXINHO, 2003, p. 7)¹.

A obra de Schleiermacher vem a ter continuidade com Wilhelm Dilthey (1944, pp. 321-325), que acreditava que, diferentemente das ciências naturais, onde a busca é pela verdade e na qual o que os intérpretes devem buscar é a explicação, as ciências sociais, por sua categoria humanística, buscam a compreensão dos fenômenos, consoante registrado na primeira parte deste trabalho. Nelas, a procura é pelo sentido, pela razão, pelo valor, pela lógica, pela beleza, pela transcendência. Nesse passo, a hermenêutica é sobretudo uma teoria da compreensão, e não somente da interpretação do texto ou do discurso. Pela compreensão, de modo não cognitivo, mas sobretudo aprensivo, pode o intérprete captar a mente ou o espírito do autor quando produziu o texto ou o discurso. Por esse processo interpretativo, capta-se então a experiência humana vivida, que vai além da teorização racional.

Em seguida, comparece Martin Heidegger (*apud* PEIXINHO, 2003, pp. 8-9), que expande os conceitos de Dilthey quando passa a exigir pressupostos para a compreensão. Assinala ele que somente se pode alcançar uma compreensão quando se parte de pressupostos já dados, os quais, admitidos ou repelidos, fornecem então condições para uma análise, apreensão e compreensão do fenômeno. Toda vez que se dialoga com um texto ou com um discurso, alcança-se uma compreensão, mas esse próprio ato de diálogo transformará o objeto, ensejando uma desocultação que não estava visível no início. Por fim, chega-se a Hans-Georg Gadamer, herdeiro de Heidegger, que assevera

que a hermenêutica não é um método para se chegar à verdade, e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método. Segundo ele, a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender as ciências humanas. Em *Verdade e Método*, Gadamer afirma que a compreensão das coisas e a correta interpretação não se restringe à ciência, mas à experiência humana, principalmente no que respeita ao fenômeno da linguagem como experiência humana de mundo (1999, pp. 39-45).

Já no que se refere à hermenêutica jurídica, Gadamer (1999, p. 483) procurou, inicialmente, descobrir a diferença entre o comportamento do historiador jurídico e do jurista diante de um texto ou de um discurso jurídico. Seu interesse estava em saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico se constituía numa diferença unívoca. Conclui que há uma diferença:

“O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei “ (1999, p. 483).

Para o jurista, ainda segundo Gadamer (1999, pp. 486-487), a compreensão histórica é apenas um meio para se chegar a um fim. Se o historiador do Direito tem de enfrentar culturas jurídicas passadas no seu trabalho de interpretação da lei (sem ter diante de si nenhuma tarefa jurídica, pretendendo apenas averiguar o significado histórico da lei), o juiz ou o advogado, por sua vez, têm de adequar a lei transmitida às necessidades do presente, pois trata-se a aplicação da lei a um caso concreto, a uma tarefa prática. Isso não significa que o juiz ou o advogado em nenhum momento não tenham que assumir a posição de historiadores. Pelo contrário, ao interpretar a lei, para melhor concretizá-la, os dois, em especial o juiz, têm de fazer uma tradução necessária da lei, mesmo que essa tradução seja nos moldes de uma mediação com o presente.

Para Gadamer (1999, p. 485), a interpretação da norma ou lei, ou ainda das relações humanas sujeitas a um enfoque jurídico, é simplesmente uma tarefa criativa. A compreensão, todavia, continua a ser a mola mestra da interpretação. Como afirma Lenio Luiz Streck (2004, p. 44), a compreensão apresenta-se como condição de possibilidade da interpretação, arrematando:

“Isto porque a linguagem - morada do ser - está tomada pelo sentido comum teórico [...] que, e aqui parafraseio Bachelard, antes

de ser juiz ou testemunha do processo interpretativo, deve ser visto como réu” (2004, p. 44).

Tomando-se em conta que a Hermenêutica já foi definida como a arte da interpretação, deduz-se disso, obviamente, que hermenêutica acaba por ser fundamentalmente compreensão. A Hermenêutica Jurídica seria então a compreensão que dá sentido à norma. Isso quer dizer que, na norma ou no texto jurídico, há sempre um sentido que não está explicitamente demonstrado para que possa ser alcançado de forma essencialista. Pode-se arriscar a dizer que isso se aproxima um pouco da idéia kantiana de fenômeno e coisa-em-si. Nesse sentido, pode-se dizer que a hermenêutica jurídica, como arte da interpretação jurídica, é um processo de construção e re-construção. A relação sujeito-objeto na interpretação jurídica, portanto, não é uma relação meramente contemplativa, onde a dogmática jurídica se apresenta como verdade absoluta (e mais que isso, como verdade pétrea e rígida), quase como verdade revelada, mas uma atividade subjetiva, onde o sujeito tem papel ativo, mesmo se considerando que grande parte da interpretação só pode ser realizada a partir de conceitos previamente estabelecidos pela tradição na qual o sujeito está inserido.

Desse modo, ao interpretar uma norma jurídica o jurista (sujeito) deve buscar a compreensão desse objeto, desse fenômeno jurídico, mediante um instrumento que irá proporcionar essa compreensão. Tal instrumento é a linguagem. Note-se, entretanto, que a linguagem, como instrumento para a compreensão e interpretação, não é um terceiro elemento, um ente à parte nessa relação sujeito-objeto, mas a própria condição de possibilidade de interpretação da norma jurídica. Entretanto, Gadamer (1999, p. 485) adverte o jurista:

“[...] não pode sujeitar-se ao que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem de determinar de novo a função normativa da lei.”

Por seu turno, Emilio Betti (*apud* PEIXINHO, 2003, p. 12) desconsidera a idéia de uma avaliação mais adequada da verdade de uma obra de arte (como Gadamer) ou de uma compreensão mais profunda do ser (como Heidegger); de índole mais prática, procura distinguir os diferentes modos de interpretação das disciplinas humanas e assim formular um corpo básico de princípios com os quais se pudesse interpretar as ações dos homens e seus respectivos objetos. Para Betti (*apud* PEIXINHO, p. 12), pouco importa a subjetividade da interpretação, pois o objeto manter-se-á sempre

objeto, e assim se poderá fazer dele ou realizar com ele, sempre, uma interpretação objetivamente válida.

3 - A ESPECIFICIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Estritamente no âmbito do Direito, todas as definições de hermenêutica jurídica giram em torno de interpretação racional das leis e das normas. Diferentemente, entretanto, de uma interpretação artística ou literária, há no campo jurídico uma construção interpretativa que se volta para um desiderato objetivo e finalístico, a decidibilidade. Em suma, em Direito o hermenêuta não ataca o texto ou o discurso de forma meramente especulativa, diletantemente e sem um compromisso aparente; ao contrário, ele realiza essa arte com o objetivo de argumentar e obter uma decisão.

De acordo com Carlos Maximiliano (1999, p. 9):

“Interpretar é explicar, esclarecer dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que nela se contém.”

Vale reparar também que, no campo jurídico, há uma diferença entre hermenêutica e interpretação. Enquanto esta última, como as artes em geral, dispõe de uma técnica específica, orientada por regras e princípios, a hermenêutica se vale dos resultados da filosofia jurídica, fixando os novos processos de interpretação. Complementa ainda Maximiliano (1999, p. 1) que a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Em síntese, pode-se resumir dizendo que hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

4 - A TÓPICA COMO EXPEDIENTE HERMENÊUTICO

O método tópico, que constitui um dos modernos recursos hermenêuticos, foi desenvolvido na Alemanha em por Theodor Viehweg (1954), em trabalho intitulado *Topik und Jurisprudenz*. A tópica é, assim, uma técnica aberta de pensar por problemas, podendo servir de recurso interpretativo das normas jurídicas, estabelecendo uma forma de raciocínio, que procede por questionamentos sucessivos, em torno da relação pergunta-resposta. Assim, quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas da vida forem insuficientes, como nos casos das lacunas, o aplicador do Direito, diante da situação *sub judice*, poderá valer-se dos **topoi**, isto é, de pontos de vista que facilitam e orientam a sua argumentação, à luz daquilo que está

inserido nos autos do processo. Os tópicos ou *topoi* são pontos de vista empregáveis em diversas instâncias, com validade geral, lançados na ponderação de pós e contras das opiniões e podem inferir o que é verdadeiro. Não é a interpretação tópica limitada aos empregos dos *a priori* vinculados a uma interpretação por analogia, que em muito, se assemelha ao método sistemático.

4.1 - O DIÁLOGO COM A HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Boaventura de Sousa Santos (2003), ao propor uma concepção multicultural dos direitos humanos, vale-se também dos *topoi* para explicar que o diálogo intercultural pressupõe intercâmbio de diferentes universos de sentido, sendo que estes consistem em “constelações de *topoi* fortes” (SANTOS: 2003, p. 443). O autor sugere que os tópicos ou pontos de vista são os “lugares comuns retóricos abrangentes de determinada cultura” (SANTOS, 2003, p. 443), mostrando que no âmbito de um determinado contexto servem como premissas de argumentação, sem ensejar qualquer tipo de discussão, eis que se apresentam como evidências inquestionáveis.

Entretanto, vale anotar que esses chamados *topoi* fortes, se tomados em cultura diversa, passam a apresentar-se com uma textura vulnerável e problemática; tanto assim é que em experiências de trocas interculturais, sistematicamente os participantes do processo dialógico vêem-se na contingência de explicar ou justificar posturas, condutas e idéias que na sua cultura esbarram no senso comum. Não é por outra razão que se tem a concepção de que a tarefa de compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura é por demais difícil e até impossível para determinados estudiosos.

Boaventura de Sousa Santos (2003) e Raimundo Pannikar (1983) não se filiam àqueles que têm essa como uma tarefa impossível, razão pela qual propõem a construção teórica em torno de uma hermenêutica diatópica, que se cinge a um procedimento baseado no pressuposto de que os *topoi* de uma cultura, por mais fortes que se apresentem, não são dotados de completude, mostrando-se tão incompletos quanto a cultura a que pertencem. Para esses autores, a proposta da hermenêutica diatópica e de um diálogo intercultural é condição imprescindível à eficácia da luta pelos direitos humanos e pela dignidade humana.

Nada obstante o que vem de ser dito, é importante assinalar que o objetivo da diatópica não é atingir a completude - isso sim seria impossível -, mas ampliar a consciência de incompletude mútua, por meio de um diálogo multicultural, o que significa dizer que o intérprete deve manter um ir e vir entre as culturas - daí o caráter diatópico dessa espécie de hermenêutica proposta, que se traduz por um trabalho de colaboração intercultural e não se realiza a partir de uma única cultura ou por uma só pessoa. Sob esse aspecto é que se aproximam as lições de Boaventura de Sousa Santos (2003) e Rai-

mundo Panikkar (1983) com o método tópico-problemático, utilizável na interpretação da Constituição, como revela Gomes Canotilho (1993, pp. 213-214):

“A interpretação da Constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente do problema.” (Grifos no original.)

5 - O PAPEL DO JUIZ NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Sob a égide da Revolução Francesa de 1789, o juiz comparecia como alguém que exercia um papel limitado, de aplicar a letra da lei ao caso concreto, sem qualquer possibilidade de interferência criativa nesse processo. Contudo, com o advento do *Welfare State*, um novo movimento ganhou força, o chamado ativismo judicial, assim entendido como o fenômeno pelo qual o magistrado cria o direito do caso concreto, ao transportar a abstração da norma jurídica para a hipótese que lhe viesse a ser posta sob apreciação.

Operou-se verdadeira “revolta contra o formalismo”, como já alertara o filósofo Morton G. White (*apud* Cappelletti, 1993, p. 31), oriunda de grande transformação do papel do Direito e do Estado na moderna sociedade do bem-estar, tendo como efeitos imediatos a legislação social, os direitos sociais e a função modificadora da magistratura, que passaram a exigir dos juízes postura mais atuante e reflexiva.

Assim é que Mauro Cappelletti (1993), reconhecendo o fenômeno e assentado na premissa de que “a criatividade constitui fator inevitável da função jurisdicional” (p. 73), estabeleceu as bases e os limites dessa atividade criativa pelos magistrados, traçando a diferença fundamental, moral e estrutural da função jurisdicional em relação à função legislativa, dada a forma de legitimação dos agentes políticos que exercem essas funções.

Do quanto se observa da obra de Cappelletti (1993, p. 74), verifica-se que o pensador italiano reconhece na atividade jurisdicional o papel hermenêutico concebido por Dilthey, vislumbrando a necessidade de verdadeira compreensão, como se extrai destas palavras:

“Efetivamente, eles (os juizes) são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito.”

Igualmente François Rigaux (2000) visualiza uma chamada “missão legislativa do juiz” (p. 322), reconhecendo a atuação criativa do magistrado ao julgar os casos que lhe são submetidos, sem deixar de reconhecer tensão na dinâmica da relação estabelecida entre o juiz e o legislador (p. 323).

O que se verifica atualmente é que o trabalho desenvolvido pelo julgador aproxima-se em tudo e por tudo da concepção conceitual levada a efeito por Dilthey em torno da hermenêutica, vale dizer, a aplicação da norma traduz-se por uma operação complexa, voltada à compreensão plena, sob pena de fraudar-se as origens e a evolução da própria ciência hermenêutica.

CONCLUSÕES

O presente estudo leva a algumas conclusões específicas, deixando entrever que a visão atual da hermenêutica encontra raízes conceituais na sua própria origem, ao verificar-se que a idéia de interpretação se elastece, para atingir o que hoje se tem por compreensão.

Trata-se de visão adquirida a partir da grande contribuição ofertada por Dilthey em torno da importância de incorporar-se o autor como fórmula de interpretação, descortinando suas intenções, expectativas, visão de mundo e chegar a captar seu próprio sentir. Questão essa que se soma à lição de que a compreensão, necessariamente, mostrará graus diferentes.

É nesse contexto que se desenvolve o estudo da hermenêutica jurídica, obrigatoriamente realizado à luz da hermenêutica filosófica, que permite um diálogo permanente entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. E é nesse processo dialético que se abre oportunidade de desocultação do que, a princípio, não era visível, com conseqüente transformação do objeto.

Tal transformação nada mais é do que produto de uma tarefa criativa a que se refere Gadamer, ao propor diferenças entre o labor do jurista e do historiador jurídico. Percebeu-se, ao longo deste trabalho, que o jurista tem por desafio permanente a adequação da norma às necessidades do presente, enquanto o historiador do Direito tem a missão de investigar o significado histórico da norma. Vê-se, assim, que aquele terá por lastro o presente e o futuro, enquanto este toma por base o passado. Não se deve, contudo, inferir que ao jurista não importa o contexto histórico-cultural e social em que foi elaborada a norma.

Esse é o âmbito em que se dá a investigação em torno da especificidade da hermenêutica jurídica, para observar-se que o diferencial reside na idéia de decidibilidade; para tanto, a tópica comparece como expediente hermenêutico que possibilita ao jurista compreender a norma tendo como referenciais problemas pontuais, ditos *topoi*. Esse mecanismo abre espaço ao que aqui se chamou de diálogo com a hermenêutica diatópica, construção teórica sistematizada por Baoventura de Sousa Santos e Raimundo Panikkar, pela qual se permite o ir e vir do intérprete em visita a culturas diversas, sempre tendo por pressuposto a idéia de que não há completude de qualquer cultura.

Essa incompletude alcança o universo de elaboração hermenêutica do juiz, daí a razão de, no âmbito deste estudo, dedicar-se parte especial ao papel do magistrado, haja vista, sobretudo, a distância que hoje se verifica entre a missão original do julgador, ao apenas repetir, no caso concreto, a letra distante da norma, e a tarefa que atualmente se lhe atribui, vale dizer, construir o direito. Trata-se do fenômeno pesquisado por Mauro Cappelletti em torno do ativismo judicial que, como visto, deita raízes nas lições de Dilthey, ao preconizar a idéia de compreensão como inerente ao dever hermenêutico.

Referências:

- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- DILTHEY, Wilhelm. *El Mundo Historico*. México: Fondo de Cultura Economica, 1944.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 3º volume. 3ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1977.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- PANIKKAR, Raimundo. “É a Noção dos Direitos do Homem um Conceito Ocidental?”, *Revista Diógenes*, n. 5. Brasília: Editora Universidade de Brasília, julho-dezembro-1983.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais - Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOTAS

- 1 *Manoel Messias Peixinho sugere a leitura da obra de Richard Palmer, Hermenêutica, Lisboa: ed. 70, 1986, definindo-a como um “excelente livro” de hermenêutica filosófica; para um estudo de hermenêutica filosófica aplicada ao direito, o autor recomenda a leitura de José Lamago, Hermenêutica e Jurisprudência, Lisboa: Fragmentos, 1990 (PEIXINHO, 2003, nota 2, p. 5).*

