

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Hermenêutica filosófica e  
atividade judicial pragmática:  
aproximações**

**Philosophical hermeneutics  
and pragmatic judicial activity:  
approaches**

Humberto Fernandes de Moura

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarrese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639



# Hermenêutica filosófica e atividade judicial pragmática: aproximações\*

## Philosophical hermeneutics and pragmatic judicial activity: approaches

Humberto Fernandes de Moura\*

### RESUMO

O campo de estudo do presente trabalho diz respeito à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a sua aproximação com a atividade judicial pragmática, estabelecida por Richard Posner. Tal ideia surgiu do contato inicial com o pragmatismo de Posner, especialmente em decorrência da leitura da obra “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica” e as interfaces construídas durante o período letivo fruto do contato com a obra “Verdade e Método”, de Gadamer. O objetivo é valer do método comparativo entre as obras, o que fez com que outros trabalhos não fossem indicados. A conclusão foi a grande compatibilidade e complementariedade entre os autores, pois a postura interdisciplinar sugerida por Posner auxilia a construção da melhor compreensão por parte do intérprete, conceito central na obra de Gadamer.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Hans-Georg Gadamer. Pragmatismo. Richard Posner. Comparação.

### ABSTRACT

The field of study concerns the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and his approach of pragmatic judicial activity established by Richard Posner. This idea came from the initial contact with Posner's pragmatism, especially as a result of reading the book *Moral and Legal Issues in Theory* and interfaces built during the semester result of contact with the *Truth and Method* Gadamer's work. The idea is to make a comparison between the works, which meant that other jobs were not indicated. The conclusion was the great sense of compatibility and complementarity between the authors, because the interdisciplinary approach suggested by Posner assists in constructing better understanding on the part of the interpreter, a central idea in Gadamer's work.

**Keywords:** Hermeneutics. Hans-Georg Gadamer. Pragmatism. Richard Posner. Comparison.

\* Recebido em 21/07/2014  
Aprovado em 21/09/2014

\*\* Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: humbertofernandesdemoura@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, serão abordados alguns conceitos centrais do pensamento de Hans-Georg Gadamer<sup>1</sup> com a intenção de se verificar a possibilidade de diálogo com a proposta de atividade judicial pragmática estabelecida por Richard Posner.

Posner tem como pressuposto uma atitude cética diante de valores morais que muitas vezes orientam a atividade hermenêutica. Por outro lado, deve-se a Gadamer o aprofundamento desta última. O desafio do presente artigo é verificar a possibilidade de conciliação de tais propostas, sendo que durante a leitura se deparou com a inquietante pergunta feita por Posner, qual seja se a aplicação do Direito (que envolve a atividade hermenêutica) deveria buscar inspirações na Filosofia Moral ou no Pragmatismo? Para construir uma proposta de resposta, foi essencial a contribuição das aulas de Hermenêutica Constitucional com o professor Inocêncio Mártires Coelho, pois este foi enfático ao concluir que atualmente a Hermenêutica é a nova teoria do conhecimento do Direito.

A hipótese do artigo é verificar se é possível uma aproximação das ideias dos dois autores, pois enquanto o primeiro estudou em profundidade a Hermenêutica, o segundo sugere uma atividade judicial pragmática, com algumas ideias a respeito atividade hermenêutica.

A proposta surgiu da intuição de que a atividade judicial pragmática, sugerida por Posner, encontra uma explicação aprofundada na obra de Gadamer e, a despeito dos autores pertencerem a tradições jurídicas diferentes, notou-se que certas conclusões de Posner podem ser entendidas como uma concretização de algumas das propostas de Gadamer<sup>2</sup>. Constatou-se ainda que ambos são críticos do Dogmatismo, das generalizações acrílicas e da existência de ideias morais universais. Além disso, a proposta de análise interdisciplinar do Direito feita por Posner parece aproximar-se do método compreensivo de Gadamer<sup>3</sup>. Deve-se agora aprofundar-se na verificação de fidedignidade de tal “intuição”.

O texto iniciará com uma breve contextualização dos conceitos utilizados por Gadamer, com o posterior objetivo de verificar sua compatibilidade com as sugestões de Posner. Serão recordados os conceitos de compreensão, pré-compreensão, preconceito, tradição, o problema da linguagem e da interpretação.

Ao final, serão expostas as colaborações na identificação de aproximações e interfaces entre atividade judicial pragmática sugerida por Richard Posner e a Hermenêutica de Gadamer.

## 2. O PENSAMENTO CENTRAL DE GADAMER

Em seu livro *Verdade e Método*, Gadamer discute a metodologia das ciências do espírito e a busca pela verdade, sob a inspiração da ciência hermenêutica. O conceito central da obra é a compreensão e o texto se desenvolve em três momentos: (a) o primeiro dedicado a experiência da arte, que serviria de paradigma para a hermenêutica; (b) o desenvolvimento de uma teoria da hermenêutica absoluta, com base nos estudos de Schleiermacher, o Historicismo Diltheyano e a Fenomenologia de Husserl e Heidegger<sup>4</sup> (c) por fim, o desenvolvimento do fenômeno da linguagem como a experiência humana de mundo, solo propício para a hermenêutica<sup>5</sup>.

1 Um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica, sendo que sua obra de maior impacto foi *Verdade e Método* (Wahrheit und Methode), de 1960.

2 Fala-se especificamente de dois livros: *Verdade e Método* de Gadamer e *Problemática da Teoria Moral e Jurídica* de Posner.

3 Ambos também foram acusados de não desenvolverem um método confiável.

4 Heidegger desenvolveu a estrutura prévia da compreensão, mas Gadamer liberou a ciência da objetividade com foco na historicidade. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 355.

5 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

## 2.1. Tarefa da hermenêutica

Segundo Gadamer, a tarefa da Hermenêutica não é desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais esta surge. Com isso, a ideia basilar para compreensão de sua obra é a de que a Hermenêutica e a Metodologia constituem âmbitos de problemas diferentes. Aliás, esse foi o constante ponto de discussão existente entre Gadamer e Emílio Betti a respeito da (im)prescindibilidade de métodos interpretativos. Enquanto Betti buscava oferecer uma teoria geral a respeito do modo pelo qual as objetivações da experiência humana poderiam ser interpretadas, estabelecendo regras que permitiriam e garantiriam tal esforço, Gadamer enfatizou que esta não era a sua preocupação, pois esteve sempre focado na pessoa do intérprete e de que como ele chega à compreensão necessária à hermenêutica<sup>6</sup>.

Gadamer registra que a história da hermenêutica ensina que junto à hermenêutica filológica existiriam também uma teológica e outra jurídica, e que somente as três juntas comportariam o conceito pleno de hermenêutica, pois compreender e interpretar textos não seriam expedientes reservados apenas à ciência, mas sim ao todo da experiência do homem no mundo.

O processo hermenêutico é formado em três momentos: a compreensão, a interpretação e a aplicação<sup>7</sup>. Assim, toda leitura de textos tem por objetivo sua aplicação, seja a um caso concreto seja a um exemplo abstrato e a interpretação nada mais seria do que a forma explícita da compreensão. Aquele que lê um texto se encontra, também, dentro do sentido que percebe<sup>8</sup>. Reconhece, contudo, que nem o jurista nem o teólogo veem na tarefa da aplicação uma liberdade face ao texto, ficando claro em todo o seu texto de que a tarefa da hermenêutica é propiciar a compreensão dos textos.

## 2.2. A respeito da compreensão

Na atividade hermenêutica, deve-se reconhecer que existem determinantes prévios de toda vivência, sendo que a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão. Segundo Gadamer, muito antes do que nós compreendamos a nós mesmos, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na Família, na Sociedade e no Estado em que vivemos. Um ponto chave para entender a atividade hermenêutica é reconhecer a existência de determinantes prévios e também que a lente da subjetividade é um espelho deformante<sup>9</sup>, uma vez que a paisagem se mostra de acordo com nossa retina e nosso coração.

Quem quer compreender um texto tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si, devendo-se mostrar receptivo, desde o princípio, para a alteridade do texto. Isso, todavia, não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento<sup>10</sup>.

Segundo Gadamer, compreender é um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular<sup>11</sup>. Afirmar que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma, mas o conteúdo normativo da

6 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 18. Gadamer pretende demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado, mas pertence a história efetual, e isto significa que pertence ao ser daquilo que é compreendido

7 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 460.

8 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 503

9 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 440.

10 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 405.

11 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 447.



lei deve ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la<sup>12</sup>, ou seja, compreender a ordem que emana da lei significa aplicá-la à situação concreta a que se refere<sup>13</sup>.

Assim, a compreensão é um processo infinito em que (a) vão se eliminando sempre novas fontes de erro, (b) filtrando-se todas as distorções do verdadeiro sentido, bem como (c) identificando novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas.

A compreensão é algo que deve ser entendido dentro de um contexto, de uma tradição. Trata-se de um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos<sup>14</sup> Compreender o contexto em que tomada determinada decisão não significa, contudo, estar-se preso àquela realidade, pois o sentido do texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre.

A compreensão não pode ser entendida como um comportamento exclusivamente reprodutivo, tão ao gosto do que professam a mera subsunção, pois ela é sempre produtiva<sup>15</sup>. Quando se logra compreender, compreende-se de modo diferente. Daí é inevitável falar-se em criação judicial do Direito.

### 2.3 A respeito do papel do intérprete

O estudo de Gadamer tratou de mostrar a inevitável presença do sujeito em todo o processo intelectual de linguagem e nos processos de aplicação do Direito e sua elaboração dogmática<sup>16</sup>. Nesse caso, uma dúvida surge: a adoção do elemento subjetivo leva ao subjetivismo/relativismo da hermenêutica tendo em vista que a realidade se oferece em perspectivas individuais?

Diferentemente do que se pode crer, a hermenêutica não confere superpoderes ao intérprete. Busca, ao seu turno, conservar e ampliar a intersubjetividade, na busca do consenso, plausibilidade e idoneidade<sup>17</sup>. Dessa forma, a postura hermenêutica mais correta é a total abertura para o outro e o reconhecimento de que se deve estar disposto a deixar valer na pessoa algo contra a própria pessoa<sup>18</sup>.

O intérprete, segundo Gadamer, não vai aos textos normativos em busca de uma solução ao modo de um matemático. Ao invés disso, busca uma base autorizada para justificar a decisão já adotada para que ela seja considerada uma derivação racional do ordenamento vigente. Ou seja, o intérprete não busca a solução da lei e sim sua justificativa, com total liberdade para eleição do método hermenêutico. Por essa razão o perfil e o contexto em que vive o autor são essenciais. Por isso, Gadamer desenvolve os conceitos de tradição experiência e preconceito.

### 2.4. A respeito da tradição

À margem dos fundamentos da razão, a tradição contribui amplamente para as instituições e comportamentos. A tradição condiciona a compreensão, pois sua influência decorre de uma adoção livre (não foi criada por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta). Tal condicionamento, contudo, não significa um dogma absoluto, pois o sujeito pode modificá-la, recriando ou enriquecendo-a, lembrando ainda que a conservação constitua uma conduta tão livre como a destruição e a inovação<sup>19</sup>.

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 485.

13 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 549.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 457.

15 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 444.

16 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 213.

17 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 213.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 532.

19 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005. p. 235

A Hermenêutica está no entremeio entre a estranheza e familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, ou seja, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Por outro lado, a tradição é algo vivo que se desenvolve, cresce e se enriquece e às vezes também acaba morrendo<sup>20</sup>, ou seja, a tradição deve ligar o indivíduo, mas não rigidamente, sendo digno de registro que os preconceitos não percebidos podem tornar surdos para a coisa de que nos fala a tradição.

## 2.5. A respeito do preconceito

Outro pressuposto do método compreensivo de Gadamer é entender que o intérprete está imerso em tradições que, por sua vez, estão submetidas a preconceitos que podem limitar a própria liberdade, pois toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras. Por isso, a ideia de uma razão absoluta não é uma possibilidade histórica. Esta somente existe como real e histórica, ou seja, a razão é dona de si mesma e está sempre referida ao dado no qual se exerce<sup>21</sup>.

A tradição e a experiência limitam e enriquecem a compreensão e esta, todavia, pode revelar certos preconceitos. Somente com o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão que se leva o problema hermenêutico a sua real agudeza<sup>22</sup>.

Segundo Popper, podemos descobrir o fato de que tínhamos um preconceito apenas depois que nos livramos dele<sup>23</sup>, sendo que a principal dificuldade a respeito dos preconceitos é que não há um meio tão direto de nos livramos dele.

Assim, deve-se ainda levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso, apresentam-se os seguintes questionamentos: em que pode basear-se a legitimidade dos preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda a razão crítica?<sup>24</sup>

Existem alguns preconceitos notórios citados por Gadamer como os preconceitos de autoridade e por precipitação. Assevera que se deve combater a falsa e prévia aceitação do antigo, das autoridades, ou seja, nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda imposição.

Quanto à autoridade, esta é um atributo de pessoas, mas a autoridade das pessoas não deve ter por fundamento último nem no ato de submissão e nem de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento. Ao se fazer valer a autoridade reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e perspectiva e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo, atribuindo-se aos outros uma perspectiva mais acertada. Autoridade não tem relação com obediência, mas sim com conhecimento, sendo que a autoridade não precisa comportar-se autoritariamente<sup>25</sup>.

20 BERMUDEZ, Pedro Serna. De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 235.

21 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 415.

22 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 406.

23 POPPER, Karl apud COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica a Hermenêutica Jurídica. São Paulo. Saraiva. 2010. p. 160.

24 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 416.

25 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 421. Exemplifica Gadamer que os belos discursos não levam esse nome somente porque o que se diz neles está belamente dito, mas também porque é belo o que neles se diz.

## 2.6. A respeito da dialética

Estabelecida a compreensão como objeto final da hermenêutica, bem como a tradição e o preconceito como limitadores e enriquecedores daquela, resta ainda a definição do melhor método para proceder a compreensão. O pressuposto básico é que o método deve conduzir a uma verdadeira conversação.

Gadamer, então, propõe que a dialética de pergunta e resposta se apresenta como o melhor método, pois permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. Com isso, o leitor compreende, a partir de si mesmo e de suas experiências; ou seja, o texto fala a partir do leitor sem que isso implique uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, pois está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto<sup>26</sup>.

Veja que a adoção da dialética não significa a busca pela vitória a qualquer custo pela argumentação, dado que a ênfase deve estar na força do argumento<sup>27</sup>. O acordo na conversação não é uma mera representação e imposição do próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum<sup>28</sup>.

A dificuldade está na ausência de método que ensine a perguntar, algo que só se adquire com a experiência, pois é essencial a toda pergunta que tenha um sentido de orientação, ou seja, ela deve ser colocada sob determinada perspectiva, pois uma pergunta sem horizonte acaba no vazio. Afinal, a pergunta deve pressupor abertura, mas também limitação, sendo que a essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em excluir o incorreto ao mesmo tempo e pela mesma razão<sup>29</sup>.

Assim, só se chega a saber a coisa mesma quando se resolvem as instâncias contrárias e quando a vista perpassa os contra-argumentos na sua incorreção. Compreender uma pergunta quer dizer perguntá-la. Compreender uma opinião quer dizer compreendê-la enquanto uma resposta a uma pergunta. Gadamer citando Collingwood entende que somente se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ele é resposta<sup>30</sup>. Entender o texto é entender-se a si mesmo. A vida do espírito consiste, antes, em reconhecer-se a si mesmo no ser do outro<sup>31</sup>, sendo que ganha importância a experiência do intérprete.

Aliás, segundo Gadamer, o homem mais experimentado, é sempre o mais radicalmente não dogmático, que, precisamente por ter feito tantas experiências e delas apreendido, está capacitado a fazer novas experiências e delas apreender, pois a experiência pressupõe que se desapontem algumas expectativas<sup>32</sup>. Ou seja, é experimentado aquele que é consciente da finitude humana, aquele que sabe que não é senhor do seu tempo nem do futuro<sup>33</sup> e que reconhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Toda expectativa e planificação são finitas e limitadas.

Feito o registro de algumas das principais ideias de Gadamer, é chegado o momento de registrar a síntese do pensamento de Richard Posner no livro a problemática da teoria moral e jurídica, com vistas a realizar uma análise comparativa ao final.

26 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 541

27 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 541.

28 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 556.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 537.

30 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 545.

31 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 512.

32 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 425.

33 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 527.

### 3. O PENSAMENTO DE RICHARD A. POSNER

Richard A. Posner é Juiz americano do Tribunal de Recursos dos EUA para a Sétima Região e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Seu pensamento é muito atrelado à Análise Econômica do Direito, especialmente por conta do seu livro *Economic Analysis of Law*, mas deve-se registrar que o seu pensamento se modificou com o decorrer do tempo<sup>34</sup>. A importância outrora concedida à análise econômica do direito e da sua tese da maximização da riqueza como conceito normativo e positivo cedeu espaço ao pragmatismo jurídico mais recentemente defendido<sup>35</sup>. Uma importante mudança de abordagem foi concluir que a atividade pragmática não poderia se resumir a abordagem econômica<sup>36</sup>.

Para o presente artigo, será utilizado um dos trabalhos mais recentes do autor: *Problemática da Teoria Moral e Jurídica*<sup>37</sup>, especialmente porque sugere como deve ser a atividade judicial pragmática.

Assim, como a atividade primordial do juiz é a aplicação de textos normativos, surgiu o desafio de aferir se há compatibilidade entre a proposta de Posner e a explicação de Gadamer a respeito da Hermenêutica. Fala-se em desafio porque o principal foco da obra de Posner é a avaliação da proposta da Filosofia Moral, todavia, assim como Gadamer, ele se preocupa com a hermenêutica.

#### 3.1. Do ceticismo moral

Posner reconhece-se como um ceticista moral pragmático<sup>38</sup> e um crítico aos moralistas que buscam justificá-las com argumentos racionais. Entende que as perguntas morais controversas não têm respostas convincentes na Filosofia Moral e busca um outro caminho ao conferir ênfase à Sociologia, especialmente na sugestão do profissionalismo, dialogando neste ponto com Weber.

Rejeita qualquer pretensão a leis morais universais, pois uma teoria moral não seria capaz de conferir nenhum fundamento útil e nem mesmo seria capaz de tornar as pessoas moralmente melhores, com exceção daquele que estão predispostos a ouvi-las. Entende, ainda, que a Moral é um fenômeno local e que não existem universais intemporais, por isso, defende um conceito adaptacionista de moral. Não rejeita, contudo, alguns conceitos morais, como a culpa e o ódio, todavia os objetos que levam a tais sentimentos não seriam universais<sup>39</sup>. É expresso ao priorizar a diversidade, pois defender o contrário seria contrariar o método dialético típico das ciências sociais.

Adverte que o moralista dependeria do convencimento, de falar a um público capaz e disposto de absorver as sugestões daquela teoria<sup>40</sup>. Defende que a falta de um método aceito de ponderação entre argumentos morais faz com que quaisquer argumentos opostos sejam capazes de criar impasse, pois a coerência comportamental é mais fraca do que a coerência lógica<sup>41</sup>. Reconhece que a Filosofia enriquece, mas não seria

34 A visão original exposta no livro *Economic Analysis of Law*, ainda não traduzida para o Português, foi sendo refinada e modificada nas suas obras posteriores como: *A economia da justiça* (1981), *Para além do Direito* (1995), *Fronteiras da Teoria do Direito* (2001), *Direito, Pragmatismo e democracia* (2003) e *Problemas de filosofia do direito* (2007). Os nomes dos livros estão em Português, mas a data corresponde a versão americana traduzida.

35 Basta ver, por exemplo, os temas tratados dos trabalhos mais recentes de Posner, como *Para além do Direito* ou *Direito, Pragmatismo e Democracia*.

36 POSNER, Richard A. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 427.

37 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

38 Que não implica o dever de tolerar culturas cuja visão é diferente na nossa, nem admite o vale tudo. O que defende é a ausência de valores universais.

39 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 08.

40 Ou seja, seria essencial a retórica, justamente aquela que se notabilizou pela ausência de interesses absolutos a defender.

41 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 63-80.

capaz de previsão ou mesmo de edificação de uma decisão em torno de questão controversa<sup>42</sup>.

A respeito do Direito, Posner argumenta que não se pode fazê-lo sem o auxílio de outras disciplinas, pois reconhece que os juízes não sabem quanto é limitado seu conhecimento da realidade. Não afirma, contudo, que as teorias econômicas e biológicas sejam bem-sucedidas por serem verdadeiras, mas sim porque auxiliam a compreender e, em pequena medida, controlar o ambiente físico<sup>43</sup>. Assim, entende que para o Direito é melhor adaptar-se aos elementos do conflito do que engolfá-los em uma harmonia intelectual que não existe.

Compartilha com Dworkin a conclusão de insuficiência do Positivismo, mas indica que aquele emprega uma confusão entre moral e normativo. Entende que decidir quem tem razão não necessariamente é uma decisão moral. Assevera que mais do que decidir com base em determinada teoria jusfilosófica, fora de contexto, deve-se decidir levando-se em conta o contexto social (causas, custos, consequências), ou seja, deve-se levar em conta o contexto.

Não se interessa propriamente com o Pragmatismo Filosófico (que discute a existência ou não de uma verdade absoluta), mas sim na disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências e não em conceitualismo<sup>44</sup>. Por exemplo, para Posner, é reduzida a importância da discussão se o juiz cria ou descobre o direito (embora reconheça que há uma discussão a respeito de que tradição seguir). Admite expressamente e de maneira coerente que Direito e Política se interpenetram e também que Direito e Moral têm métodos paralelos para propiciar certo tipo de cooperação. Reconhece que o Direito muitas vezes toma de empréstimo certa terminologia moral<sup>45</sup>, o que faz com que a filosofia seja importante para esclarecer certos conceitos jurídicos.

Defende que questões polêmicas devem ser resolvidas pelo processo democrático e isso não significa que o autogoverno seja bom sob aspecto moral<sup>46</sup> e surpreende ao concluir que nem os filósofos nem os juízes são capazes de ponderar custos morais<sup>47</sup>.

### 3.2. Da necessidade de conferir profissionalismo ao direito segundo a proposta pragmática

Segundo Posner, muitos teóricos constitucionais são normativistas e acreditam na reforma social pelo Judiciário, todavia, a intenção de reforma muitas vezes leva em conta apenas as interpretações de textos normativos<sup>48</sup>, sem atender à necessidade de conhecimento empírico por parte dos juízes. Reporta-se, ainda, aos critérios de vômito, indignação e do indubitável como balizadores na intervenção do Judiciário, pois caso contrário a Democracia não seria levada a sério<sup>49</sup>.

Posner adverte para o declínio do Direito como profissão, diante da mistificação que existe em relação a atividade jurídica, com seu discurso obscuro e qualificações exigentes<sup>50</sup>. O ônus de superá-la recairia no

42 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 49.

43 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 21.

44 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 358.

45 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 172.

46 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 206.

47 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 213.

48 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 229.

49 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 237.

50 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes,



profissionalismo, tendo em vista as várias formas modernas de descrever o comportamento social, seja pela Economia (importante e não vinculante como outrora), pela Psicologia e também pela Sociologia especialmente na análise dos processos de acordo, de alternativas ao direito<sup>51</sup>.

Sugere o que denomina profissionalismo científico e empírico para além da discussão acadêmico-filosófica. Alega que a Filosofia Moral é um desserviço ao profissionalismo do Direito, pois este consegue apenas tornar teoria e prática cada vez mais distantes, sendo que o prestígio existente nas faculdades não se reverbera na vida prática, uma vez que a filosofia moral somente teria sentido para quem estivesse pré-disposto a entendê-la.<sup>52</sup>

Ainda a respeito da atividade judicial, entende que, diferentemente do juiz dito positivista, o juiz pragmático procura a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras, sem desconsiderar as fontes do direito que são úteis e que não podem ser superadas.

Aliás, ao defender a postura pragmática<sup>53</sup> sugere que os juízes precisam ter uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões<sup>54 55 56</sup>, reconhecendo que sua teoria constitucional é utilitária<sup>57</sup>, dado que propõe a utilização dos critérios da eficiência e da proporcionalidade, reafirmando a advertência de que a ignorância em relação às consequências deve gerar uma automoderação judicial<sup>58</sup>. A atividade pragmática do juiz, segundo Posner, deve privilegiar uma postura de cautela a despeito de um sonho irrealizável de reformular a sociedade<sup>59 60</sup>. Aliás, uma recomendação importante de Posner é a de que quanto menos pensa conhecer a realidade tanto mais estará tendente ao aprendizado.

O juiz deve levar em conta as crenças e preferências da maioria e não deve rejeitar a importância da opinião pública, sendo que considera esta melhor do que o retorno descontextualizado ao passado, pois não considera ter dever com a história, influência da experiência<sup>61</sup>.

O maior perigo, segundo Posner, é a preguiça intelectual, pois a atitude pragmática não seria uma forma de tirania judicial. Afinal, segundo a postura sugerida, quanto mais profunda a crença menos estamos dispostos a alterar, ou seja, compartilha com Gadamer de que o juiz deve está aberto.

E, justamente para aferir as aproximações possíveis entre os entendimentos dos referidos autores, abrir-se-á o tópico seguinte:

---

2012. p. 294.

51 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 338. Reconhece, contudo, alguns problemas como a capacidade da Economia normativa para tratar de custos não monetários bem como anomalias do pensamento econômico que não pensam com sensatez (p. 371)

52 Da mesma forma admira a ciência mas não considera que os cientistas são superiores. POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 108-126.

53 Entende o pragmatismo como um método, uma abordagem ou atitude e não um algoritmo moral

54 Pragmático é prático, instrumental, voltado para a frente, ativista, empírico, cético, antidogmático e experimental) e rejeita a força do passado por si só. POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 400.

55 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 186.

56 Sua proposta é estudar o funcionamento e as consequências do constitucionalismo e não o fetichismo dos direitos

57 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 270.

58 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 287.

59 Veja que Gadamer é expresso ao afirmar que toda interpretação correta deve se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 355.

60 Aqui Posner faz um registro importante ao analisar a proximidade de Dworkin com o pragmatismo. Tal proximidade estaria no respeito ao passado, pois se não há confiança de que outra pessoa tenha melhores soluções, a postura pragmática está na manutenção em respeito a segurança e à estabilidade POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 392.

61 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 397-412.

## 4. APROXIMAÇÕES ENTRE A HERMENÊUTICA DE GADAMER E A ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA SUGERIDA POR POSNER

Se algumas das palavras-chaves do pensamento de Gadamer são a pré-compreensão, compreensão, tradição, experiência, intersubjetividade e dialética, as palavras-chaves do pensamento de Posner são um certo relativismo moral, bem como a interdisciplinaridade. Assim, na inovação do presente trabalho estaria em buscar uma síntese do pensamento que pode ser apresentada da seguinte forma: a interdisciplinaridade proposta por Posner é o melhor caminho, em comparação com a Filosofia Moral, para construir a compreensão necessária à atividade judicial segundo a proposta de Gadamer.

Feito esse breve registro, cabe agora delimitar alguns pressupostos e orientações que aproximam o pensamento de Posner e de Gadamer.

### 4.1. A insuficiência da Filosofia Moral na resolução de problemas jurídicos

O trecho citado abaixo, escrito por Gadamer, poderia ter sido tranquilamente escrito por Posner:

Buscar despertar a consciência moral humana sobre seu querer-saber e poder-fazer, a fim de que aprenda a lidar com mais cuidado com as ordenações naturais e sociais do nosso mundo, seria totalmente ineficaz. A função do pregador moral, nas vestes de investigador, tem algo de absurdo. Absurda é igualmente a pretensão do filósofo que deduz, a partir de princípios, como deveria transformar-se a “ciência” para poder ser legitimada filosoficamente.<sup>62</sup>

Gadamer, da mesma forma de Posner, rejeita o papel transformador da realidade atribuído à Filosofia Moral, pois entende incompatíveis os papéis de pregador moral e de investigador. Ambos se alinham ao Pragmatismo metodológico, pois menos preocupados com verdades absolutas, e mais interessados em uma atitude aberta e flexível que deve orientar as ciências e também os estudiosos.

Anote-se que Posner confere maior importância à ciência do que a Filosofia, sendo que Gadamer rejeita qualquer dogmatismo, inclusive em prol das ciências. Interessante indicar também que Posner conclui não foram as ideias morais que tornaram o homem mais civilizado<sup>63</sup>, mas sim a Ciência, sendo que esta seria uma das formas de reduzir a lente deformadora que é a subjetividade, podendo auxiliar na melhor compreensão com vistas a auxiliar na aplicação do Direito.

Aliás, Gadamer, da mesma forma que Posner, conclui que é impossível rejeitar o ceticismo<sup>64</sup>, pois não haveria critério argumentativo para separar a Filosofia do Sofismo.

### 4.2. Os fatos (passados, presentes e futuros) como vetores da interpretação

Quando Posner enfatiza os fatos como vetores da decisão, ele se aproxima de Gadamer quando este afirma que é o objeto que escolhe o método. Aliás, é característica das Ciências do Espírito a adaptação da lei às necessidades presentes, sendo que cabe ao juiz resolver uma tarefa prática<sup>65</sup> sem ignorar os efeitos.

Ambos ainda compartilham o pressuposto de total liberdade que existe na escolha dos métodos interpretativos, pois, como assevera Gadamer, o autor pertence ao seu objeto, sendo que não há leitor que tome

62 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 15.

63 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 88.

64 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 451.

65 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 430.

o texto e simplesmente leia o que está nele<sup>66</sup>. Afinal, quem quiser compreender deve sempre projetar-se, pois a leitura já vem acompanhada de certas expectativas, devendo estas serem constantemente revisadas. Defende a provisoriedade das conclusões, algo que se aproxima das sugestões pragmáticas de Posner.

Veja que o juiz pragmático de Posner é aquele que tenta fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, sendo que esses têm o dever de assegurar coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado<sup>67</sup>.

Por isso, fica claro que a mutação constitucional é uma atitude que está em consonância com as sugestões pragmáticas, pois, como se sabe, na mutação constitucional os fatos acabam por orientar uma nova interpretação atualizadora da norma.<sup>68</sup>

### 4.3. A ampliação da pré-compreensão como requisito essencial para a hermenêutica

Gadamer afirma que a essência da experiência hermenêutica não pode ficar achatada na exclusão do aspecto subjetivo, pois este é indissociável de qualquer interpretação<sup>69</sup>. Assim, qualquer um que venha a desenvolver a atividade judicante deve aceitar que sua condição, o seu *estar no mundo*, é importante e indissociável do ato de julgar.

Ambos compartilham da conclusão de que <sup>70</sup> a Hermenêutica não é um saber técnico ou ético e que esta depende imensamente da capacidade de compreensão e da tradição em que inserido o intérprete. Aliás, quando Gadamer defende que a hermenêutica deve recorrer à tradição e a experiência aproxima-se daquilo que Posner denomina como senso comum, valores profissionais e a opinião pública bem informada, como balizadores do ato de interpretar. Assim, ambos acabam por rejeitar o aspecto negativo em torno do argumento de autoridade<sup>71</sup>.

Assim, o juiz pragmático é aquele que respeita a tradição (conceito gadameriano) em que sua atividade está inserida, todavia, deve estar sempre aberto a novas visões, ou seja, deve ter uma postura aberta a outras disciplinas que possam auxiliar na melhor compreensão dos fatos que lhe foram submetidos a julgamento. Ou seja, o incentivo ao profissionalismo do Direito e a utilização de estudo empírico sugerido por Posner contribuiriam enormemente na formação e desenvolvimento da compreensão que é essencial a hermenêutica segundo Gadamer.

Aliás, Gadamer entende que a tradição em que inserido o intérprete é algo vivo, mas que para superá-la ampliam-se as exigências de argumentação, justamente o que sugere Posner ao defender a automoderação judicial quando não estão claras as consequências da decisão. Assim, de regra as viragens jurisprudenciais oneram os tribunais com uma exigência argumentativa maior, sendo que segundo Posner quando se trata da

66 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 445.

67 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 380.

68 [...] A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: **a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição**. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183)

69 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 469.

70 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 415.

71 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 8.

criação de direito novo, o respaldo ou mesmo o arrefecimento da opinião pública em relação a temas polêmicos é essencial. Talvez essa sugestão pragmática auxilie na compreensão do porquê de algumas decisões inovadoras por parte da Suprema Corte aguardarem uma maior aprovação ou menor reprovação popular, como ficou claro com o reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva, uma vez que esta somente foi reconhecida após a Receita Federal e o INSS terem admitido tal direito em cada um dos seus âmbitos.

#### **4.3.1. Das propostas práticas**

Feitos esses registros, surge o desafio de construir uma sugestão prática que sintetize o esforço feito no presente trabalho, especialmente no tocante à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

##### **4.3.1.1. Da utilização nas instâncias ordinárias das audiências públicas previstas na Lei 9.868/99.**

Para que o juiz venha a intervir em determinada política pública, as partes devem se esforçar em trazer para os autos causas e consequências que tenham o condão de ampliar a compreensão do julgador. Deve estar claro o que vem a ser a política ou a ausência dela, as limitações orçamentárias e as consequências concretas da não concessão da ordem. Assim, dificilmente um juiz terá condições de julgar levando em conta apenas o que uma das partes alega em sua petição, devendo recorrer sempre que possível a peritos e estudiosos do tema *sub judice*.

Ademais, para propiciar a melhor compreensão por parte do Juiz, as partes devem trazer estudos empíricos e interdisciplinares, bem como possíveis consequências da decisão judicial, evitando que as peças judiciais desenvolvam apenas e tão somente argumentos especulativos, sem preocupação empírica<sup>72</sup>. Afinal, mais do que decidir quem tem o melhor argumento, baseado em determinada teoria jusfilosófica, o juiz deve decidir levando em conta o contexto social (causas, custos e consequências), ou seja, deve levar em conta o horizonte em que prolatada a decisão judicial, justamente na linha do que sugere Gadamer.

Assim, para ampliar a compreensão do julgador para além da lógica de convencimento das partes, reputa-se essencial a admissão, também em sede de primeira e segunda instâncias, das audiências públicas e oitivas de peritos previstas na Lei 9.868/97<sup>73</sup>. Aliás, sempre que possível, o juiz deve entender aquela ação como parte de um todo e não apenas um interesse isolado, pois assim sugere o círculo hermenêutico, ou seja, sempre que possível o juiz deve buscar coletivizar a ação individual.<sup>74</sup>

##### **4.3.1.2. Da proposta de mudança do currículo das faculdades de direito**

A proposta de interdisciplinaridade para a melhor compreensão, necessária à atuação judicial nos casos cada vez mais complexos levados ao Judiciário, esbarra em uma dificuldade explicada por Gadamer, qual seja: como ter acordo na conversação se não há compartilhamento da pré-compreensão a respeito dos efeitos econômicos, psicológicos e sociológicos da decisão e a lógica das partes é a do convencimento?

Como visto, a pré-compreensão do intérprete condiciona e enriquece as suas conclusões, então, a proposta de Posner não vingará se não for capaz de formar uma tradição diferenciada no Brasil. Outro proble-

72 Renove-se aqui a crítica feita por Posner aos argumentos meramente morais que geram apenas um impasse

73 Art. 9º. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

74 A automoderação sugerida por Posner justifica a limitação da possibilidade de concessão de medidas liminares *inaudita altera pars*, aliás, como consta de várias leis brasileiras, por exemplo, a Lei 8.437/92 Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

ma: como concretizar a sugestão de Gadamer que defende a abertura para o outro como o reconhecimento de que se deve estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja outro que faça valer sobre mim?<sup>75</sup>

Diante de tais constatações, compartilha-se da sugestão de Posner quanto à necessidade de rediscussão do formato e duração do curso de Direito. A proposta de Posner é reduzir o tempo mínimo do curso de Direito, que nos Estados Unidos é feito a título de pós-graduação, com vistas a especializar o conhecimento e, agora apoiado em Gadamer, ampliar a pré-compreensão dos profissionais em relação às áreas de conhecimento que terão maior interface.

Uma concretização do raciocínio de Posner: se a ideia do bacharel em direito é priorizar concursos, que assim seja, depois de cumprido o conteúdo mínimo. Se a ideia é a advocacia atuante, que sejam ampliados os conhecimentos em relação a aspectos necessários a atuação profissional, como administração, oratória, etc. Isso porque impor um conteúdo extenso e de grande conteúdo moral é impor um conhecimento que tem por base a assunção de valores absolutos que devem ser absorvidos por todos os profissionais do Direito, algo que Posner entende contraproducente e Gadamer entende ineficaz ao afirmarem que o pregador moral é incompatível com o investigador.

Veja que as sugestões acima, como sugere a própria postura pragmática, são provisórias e podem conviver com o ensino regular e clássico. O que não se deve admitir é o dogmatismo também em sede de formação profissional, vez que o curso de Direito que tem duração média de 05 anos pode não conferir ao estudante o instrumental necessário para sua atuação. Repensar o modelo, oferecendo opções assim, é algo urgente.

## 5. CONCLUSÃO

Estabelecidas as premissas básicas do pensamento de Gadamer e Posner, conclui-se que as ideias de ambos se complementam, muito embora pertençam a tradições jurídicas diferentes.

Ambos rejeitam o dogmatismo e os valores universais, priorizando o contexto em que devem ser proferidas as decisões judiciais, indicando em ambos os casos a força da tradição e da pré-compreensão para o ato hermenêutico. A Filosofia Moral, isoladamente, não é capaz de conferir a melhor resposta para questões sensíveis, então, ela deve se reunir a outros saberes para concretizar a postura de abertura que propõe Gadamer ao ato de interpretação.

Assim, a proposta de interdisciplinaridade de Posner fortalece o conceito de pré-compreensão de Gadamer. Explica-se: diante das questões cada vez mais complexas que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o isolacionismo do Direito demonstra-se uma atitude contrária a proposta hermenêutica de Gadamer, dado que tal postura rejeita toda a riqueza que pode advir da compreensão de outras formas de explicação da conduta humana, por exemplo.

## REFERÊNCIAS

BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica a Hermenêutica Jurídica*. São Paulo. Saraiva. 2010

75 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 472.



GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.