



University of
Texas Libraries



e-revist@s



Centro Unversitário Santo Agostinho

revistafsa

www4.fsnet.com.br/revista

Rev. FSA, Teresina, v. 20, n. 2, art. 6, p. 119-137, fev. 2023

ISSN Impresso: 1806-6356 ISSN Eletrônico: 2317-2983

<http://dx.doi.org/10.12819/2023.20.2.6>

DOAJ DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

WZB
Wissenschaftszentrum Berlin
für Sozialforschung



MIAR



A Hermenêutica Originalista sob a Ótica Gadameriana como Garantidora da Proteção dos Direitos Humanos

The Originalist Hermeneutics Under the Gadamerian Perspective as a Guarantee of the Protection of Human Rights

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé

Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Piauí
Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí
ceciliamourafe@gmail.com

Wilson Franck Junior

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Professor da Universidade Estadual do Piauí
wilsonfranckjunior@gmail.com

Endereço: Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé
UESPI - R. João Cabral - Matinha, Teresina - PI, 64002-150, Brasil.

Endereço: Wilson Franck Junior
UESPI, - R. João Cabral - Matinha, Teresina - PI, 64002-150, Brasil.

Editor-Chefe: Dr. Tonny Kerley de Alencar Rodrigues

Artigo recebido em 13/12/2022. Última versão recebida em 22/12/2022. Aprovado em 23/12/2022.

Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review pelo Editor-Chefe; e b) Double Blind Review (avaliação cega por dois avaliadores da área).

Revisão: Gramatical, Normativa e de Formatação



RESUMO

Por trás de diversas decisões jurisprudenciais temerárias que fragilizam os Direitos Humanos, há um percurso hermenêutico de interpretação do texto constitucional. Esse processo de análise do texto normativo depende de mecanismos que garantam a segurança jurídica a fim de que os direitos fundamentais tenham seu bojo preservado. Nesse sentido, o presente artigo pretende investigar a hermenêutica originalista sob o viés da hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. O originalismo é uma teoria hermenêutica constitucional norte-americana de viés histórico que pretende que toda interpretação seja tradicional, objetivando o sentido original das palavras. Tem como propósito o reconhecimento da função de uma Constituição escrita, capaz de apenas fixar normas para viger indefinidamente, a menos que sejam modificadas pelo procedimento determinado por ela. Entretanto, diante das lacunas deixadas tanto por esta corrente quanto pela contrária (não-originalista), a hermenêutica gadameriana parece oferecer subsídios a partir da teoria da fusão de horizontes, superando estruturas rígidas e mantendo a tradição. O objetivo principal é investigar a crítica gadameriana ao positivismo jurídico aplicada ao originalismo, pois sua hermenêutica filosófica, e consequentemente jurídica, permite a construção de um modelo interpretativo mais adequado às necessidades contemporâneas. Utilizou-se, para isso, o método hipotético-dedutivo na pesquisa de caráter bibliográfico. Pode-se afirmar que essas contribuições hermenêuticas ao Direito, por parte de Gadamer, também influenciaram a corrente originalista, visto que ele defende a necessidade de uma interpretação jurisprudencial a partir da história e da tradição, mas compete ao intérprete atual a razoabilidade de adequação no caso concreto visando o momento presente.

Palavras-chave: Originalismo. Hermenêutica. Hans-Georg Gadamer. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Behind several reckless jurisprudential decisions that weaken Human Rights, there is a hermeneutic path of interpretation of the constitutional text. This process of analysis of the normative text depends on mechanisms that guarantee legal certainty so that fundamental rights are preserved. In this sense, this article intends to investigate the originalist hermeneutics under the bias of Hans-Georg Gadamer's legal hermeneutics. Originalism is an American constitutional hermeneutic theory of historical bias that intends that all interpretation be traditional, aiming at the original meaning of words. Its purpose is the recognition of the function of a written Constitution, capable of only fixing norms to be in force indefinitely, unless they are modified by the procedure determined by it. However, given the gaps left by both this current and the opposite (non-originalist), Gadamerian hermeneutics seems to offer subsidies based on the theory of fusion of horizons, overcoming rigid structures and maintaining tradition. The main objective is to investigate the Gadamerian critique of legal positivism applied to originalism, since its philosophical, and consequently legal, hermeneutics allows the construction of an interpretive model that is more adequate to contemporary needs. For this, the hypothetical-deductive method was used in bibliographical research. It can be said that these hermeneutical contributions to Law, by Gadamer, also influenced the originalist current, since he defends the need for a jurisprudential interpretation based on history and tradition, but it is up to the current interpreter to reasonably adapt the concrete case aiming at the present moment.

Keywords: Originalism. Hermeneutics. Hans-Georg Gadamer. Human rights.

1 INTRODUÇÃO

A justificativa do presente estudo decorre da possibilidade de abertura e renovação do método hermenêutico. A partir da ontologia de Heidegger, Hans-Georg Gadamer oferece um novo paradigma à hermenêutica, favorecendo uma interpretação profundamente vinculada à facticidade e radicada em aspectos culturais e históricos. Na medida em que o filósofo alemão oferece uma crítica ao positivismo jurídico, sua hermenêutica filosófica permite ainda a construção de um modelo interpretativo mais adequado às necessidades contemporâneas.

Atualmente, a ciência do direito permanece aprisionada a antigas estruturas dogmáticas, e busca por um método que garanta certa segurança jurídica, em geral vinculada à ideia de existência de um sentido “verdadeiro”, preferencialmente inserto no texto normativo. Desse modo, qualquer atuação construtiva, na composição dos significados jurídicos – e não propriamente replicadora de sentidos supostamente pré-existentes –, acaba sendo vista como “decisionismo” ou arbitrariedade (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 552).

A opção por uma hermenêutica constitucional de matriz liberal-progressista pouco ajuda em termos de segurança jurídica, já que permite mutações constitucionais perante as transformações sociais. Daí a necessidade de se garantir um alicerce interpretativo mais perene e confiável.

Nesse contexto, o método hermenêutico norte-americano originalista constitui-se como limite ao “ativismo judicial”, movimento visto como uma simples usurpação de poderes da legislatura ou de autoridades administrativas, segundo o juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no voto proferido no caso *Romer v. Evans*, em 1996. O originalismo intenta ajudar os intérpretes constitucionais a uma melhor compreensão das regras constitucionais aplicáveis ao buscar a intenção original do constituinte originário e o significado originário a fim de capturar a melhor autoridade pública do texto (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 544).

A hermenêutica jurídica gadameriana, por sua vez, aproxima-se bastante dos intentos do originalismo, pois confere importância à tradição e ao caráter histórico da interpretação, que requer a pré-compreensão (aquilo já foi compreendido pelo ser na história) como um dos seus elementos. A decisão judicial, nesse sentido, confirma a produtividade do passado no presente: a lei do passado não é uma letra morta ou inalterável, mas algo que se impõe ao momento presente, impregnando-o (GADAMER, 2011, 426).

Assim, o presente artigo desenvolve a ideia de que a hermenêutica filosófica gadameriana pode servir de base para o método hermenêutico originalista quanto ao resgate

da inquirição histórica, reclamada pelo originalismo, como força pujante da Constituição. Isso afastaria o simples legalismo exegético e o completo formalismo do positivismo jurídico e contribuiria para a garantia da proteção dos Direitos Humanos. Ambos métodos hermenêuticos sustentam premissas tradicionalistas e históricas, contrapondo-se ao tecnicismo.

Propõe-se, assim, uma interpretação da hermenêutica jurídica gadameriana com o objetivo de compreender a aplicação do método originalista de interpretação constitucional e os benefícios do vínculo com a tradição em oposição ao predomínio da cientificidade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Infere-se que a corrente originalista sob o viés da hermenêutica gadameriana afasta-se do estrito legalismo jurídico e salvaguarda, assim, de maneira duradoura, os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição, de forma a não abandonar a história da qual faz parte sua gênese e não estar alheia às contingências. Vejamos, a seguir, seu fundamento.

2.1. Hermenêutica Gadameriana

Acrescida pela herança heideggeriana, a hermenêutica filosófica de Gadamer enquadra-se, portanto, na tradição histórico-filosófica do problema hermenêutico, preocupando-se com a compreensão do caráter histórico do ser humano e do próprio conhecimento.

Para Gadamer (2011, p. 407), a hermenêutica deixa de ser um método e torna-se uma ontologia, transformando a simples técnica de compreensão das ciências do espírito em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes, segundo a antiga hermenêutica, adquirem caráter indivisível. Ao admitir outra racionalidade, a hermenêutica filosófica marca sua posição contra o modo exclusivo de ter acesso ao conhecimento, em que o fundamento da verdade não está nem nos dados empíricos nem na verdade absoluta; antes, é uma racionalidade que conduz à verdade pelas condições humanas do discurso e da linguagem (GADAMER, 2011, p. 408).

Gadamer entende a verdade como uma abertura de sentido, que ocorre na aplicação da história efetual, pois a consciência histórica é consciente de sua própria alteridade. Com isso,

questiona a ideia de método das ciências modernas, visto que a vinculabilidade da ideia de verdade encontra espaço reduzido no conhecimento metódico. Para ele, o conhecimento científico está mais associado à certeza do que à verdade, pois a verdade não pode ser alcançada metodicamente, mas dialeticamente, vez que o método seria incapaz de revelar uma nova verdade, apenas explicitando a verdade já implícita no próprio método (LOPES, p. 107).

Gadamer (2011, p. 25) considera essa nova concepção hermenêutica capaz de sobressair contra a hegemonia do positivismo científico, que se apoia em dados objetivos como procedimento válido para produzir conhecimento. Logo, ela pretende demonstrar que não há limites para a metodologia imposta pelas ciências positivistas para a produção do conhecimento, visto que, para além do método científico, há outras formas de conhecer a realidade.

As investigações acerca da problemática hermenêutica e das críticas históricas averiguam a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão (GADAMER, 2011, p. 48).

A coluna sustentadora da hermenêutica gadameriana é a história efetual como fundamentadora da noção de facticidade (ROHDEN, 2012, p. 20). Pois há certa tutela da história, visto que o homem não possui controle absoluto sobre a tradição, de maneira que é determinado, em grande parte, por ela.

Ao tratar da facticidade, Gadamer desenvolveu a noção de fusão de horizontes. O intérprete é um ser marcado pelo tempo: encontra-se com a tradição no mesmo instante em que instaura um horizonte mais amplo (ROHDEN, 2012, p. 21). A fusão de horizonte do intérprete com o horizonte do texto levanta a questão sobre quem é o agente ou o sujeito autor da ação de fundir. Em alguns contextos, a resposta de Gadamer parece afirmar que a fusão de horizontes, longe de ser de autoria do intérprete, é obra da tradição, ou, mais especificamente, da linguagem. Aqui, naturalmente, reafirma as noções de Heidegger de que a linguagem fala por nós e que nós deveríamos aceitá-la como nossa mestra (KUSCH, 2001, p. 255).

Gadamer trata a fusão de horizontes como um evento controlado pela linguagem ou pela tradição. O ato consciente desta fusão provém da tarefa da consciência histórico-efetiva (KUSCH, 2001, p. 260).

2.2 A hermenêutica jurídica em Hans-Georg Gadamer

O método, na acepção jurídica, é o meio de interpretação das leis, dos atos e das decisões jurídicas com a finalidade de buscar o exato sentido ou o fiel pensamento do

legislador (CANFÃO, 2013, p. 08). Tradicionalmente, quanto à classificação, os métodos de interpretação jurídica se resumem em: gramatical, sistemático, histórico, teleológico-axiológico e sociológico. Embora tenham processos diferentes, os métodos interpretativos não se opõem, mas podem atuar como partes conexas à atividade jurídica (CANFÃO, 2013, p. 08).

A hermenêutica, base dos métodos de interpretação, implica no relevar do sentido da norma, pois estrutura os processos de fixação dos sentidos e do alcance da norma jurídica, visando o seu significado ou conteúdo (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 266).

Conforme preceitua Gadamer (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 556), o ser que pode ser compreendido é linguagem; e a linguagem constitui a mediação total da experiência do ser. Sob o prisma gadameriano, há um limite impondo-se em toda a experiência hermenêutica do sentido: aquilo que é não pode jamais ser compreendido em sua totalidade, pois, para tudo que uma linguagem desencadeia, ela remete sempre para além do enunciado como tal. Assim, o ser não pode ser compreendido em sua totalidade; não pode haver uma pretensão de totalidade da interpretação (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 557). O interpretar é antes de tudo uma experiência humana de mundo operada partir da compreensão do critério existencial, que advém da historicidade e não propriamente de uma instância científica. Trata-se do resultado dialético entre o presente e o passado no qual o horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista ao qual a pessoa se apega ou pelo qual se impõe, senão como uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a apropriar-se daquilo que vem dito no texto (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 558).

Para Ribeiro (2008, p. 272), os sentidos dos textos revelam a necessidade de uma pré-compreensão, antecipando, dessa forma, o sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Ou seja, o hermeneuta possui compreensões prévias em decorrência de sua relação intersubjetiva com o mundo: a pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constituindo ontologicamente a compreensão. Assim, não existe possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito (PEREIRA, 2001, p. 32).

A interpretação humana dos fenômenos já possui uma pré-compreensão difusa, uma antecipação prévia do seu sentido, um pré-conceito (PEREIRA, 2001, p. 28). Isso corrobora a tese gadameriana de que não existe compreensão que seja livre de todo pré-conceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos pré-conceitos. O conhecimento só se dá de forma mediada, pois o pré-conceito jamais se mostra em sua pureza objetiva e a-histórica, como que isolado e pronto à

descoberta em seu estado bruto. Antes, aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa (PEREIRA, 2001, p. 30).

Gadamer não é filósofo do direito. No entanto, em sua obra principal, *Verdade e Método*, mostra-se atento aos problemas metodológicos da hermenêutica que servem de artifício retórico para manutenção de uma hermenêutica jurídica comprometida com a “descoberta” de uma melhor decisão jurídica. É também nesta obra que Gadamer nos apresenta o caráter exemplar da hermenêutica jurídica como aplicação (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 24).

Foram três características da hermenêutica jurídica que atraíram a atenção de Gadamer e serviram como exemplo para seu projeto de base. Na hermenêutica jurídica: a aplicação do sentido de textos a uma realidade tem um papel central; os efeitos da história são recebidos pela jurisprudência de maneira bastante peculiar e a interpretação que se espera do juiz não é arbitrária, mas justa e equitativa; assim, essas características da hermenêutica jurídica são exemplares para as humanidades (MOITA, 2016, p.60).

A hermenêutica gadameriana intenta superar a aporia do relativismo, que sustenta que, se todo conhecimento depende do contexto histórico no qual foi produzido, não haveria de se falar em conhecimento verdadeiro ou válido para além de seu contexto (MOITA, 2016, p. 66). O exemplo da hermenêutica jurídica permite a Gadamer superar esse problema do historicismo. A visão do historicismo é a de que todo conhecimento é historicamente determinado e que não haveria, portanto, nenhum conhecimento válido que se ponha acima da história. Dado que Gadamer procura superar essa aporia, deve-se ter cautela ao se dizer que ele é relativista ou que sua ideia de historicidade da compreensão significa, simplesmente, que a compreensão seja historicamente determinada. Na verdade, sua visão de historicidade é bem mais complexa e não redundante nas consequências do relativismo, por ele criticado.

Não é verdade que tudo seja relativo no campo do conhecimento. Nossa própria historicidade constitui a força guiadora de nossa compreensão. Por último, a história provê ainda guias e sinais que podem ajudar atingir um conhecimento válido. A primeira razão é apenas uma afirmação não fundamentada, mas as outras razões são bastante plausíveis. A história marca a compreensão do homem e, como formadora dos preconceitos, possibilita a compreensão. Além disso, a própria história dá sinais (veja-se o exemplo dos clássicos) que auxiliam a busca de um conhecimento válido – por isso Gadamer recupera a autoridade da tradição (MOITA, 2016, p. 67).

O formalismo do positivismo jurídico sujeitou os juízes a critérios estritamente formais quanto à aplicabilidade da norma, prescindindo dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio. Quando houve o estremecimento da força positivista e duras críticas ao mecanicismo dos juízes, a hermenêutica gadameriana resgatou o verdadeiro

propósito dos juízes na aplicação do Direito, elevando-os ao estatuto de intérpretes, devido à necessidade de se compreenderem as normas. Isso reafirma a posição de que aplicação, interpretação e compreensão não possuem independência (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 50).

Ainda em *Verdade e Método*, Gadamer dedica um capítulo à hermenêutica jurídica, intitulado: "O significado paradigmático da hermenêutica jurídica". Nele, o filósofo alemão analisa sistematicamente o trabalho "Teoria Geral da Interpretação", do jurista italiano Emilio Betti, publicado em 1955.

Gadamer, que aprioristicamente nunca teve contato com o debate jurídico, trata de hermenêutica jurídica pressupondo uma análise a partir da atuação do juiz Emilio Betti e não se atenta ao fato de que essa atuação de um dado jurista é oriunda de um debate significativo no campo jurídico.

Gadamer discorre sobre os três tipos de interpretação apresentadas por Betti, que são: a cognitiva, que tem caráter epistemológico do significado, evidenciada pela filologia e pela história; a normativa, de cunho adicional, que ocorre no momento da aplicação e está presente nas decisões de um caso particular a fim de fornecer diretrizes para a ação; e a reprodutiva, presente nas situações em que se interpreta para um público específico (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 57).

O filósofo critica essa divisão proposta por Emilio Betti e assevera que, na verdade, em todas elas a aplicação é um momento unitário, junto com a interpretação e a compreensão do instante hermenêutico (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 58). Assim, a distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que é claramente uno.

Segundo Betti, citado por Gadamer, as tarefas do jurista que decide – como é o caso do juiz – e do historiador da lei seriam fundamentalmente diferentes. O propósito do historiador é meramente contemplativo ou teórico. Já o juiz, além de realizar tal atividade, também assumiria uma tarefa posterior, pois para ele a lei não seria um texto do passado a ser entendido, mas aplicado aos casos concretos. Para o jurista italiano, a hermenêutica jurídica cumpre sua tarefa quando há um esforço do intérprete para compreender as normas legais (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 53).

Muitas são as circunstâncias sociais que reclamam para si uma regulamentação normativa e o aplicador do Direito deve reconhecer essa necessidade. Em decorrência das situações diversas, a função normativa da lei carece de determinação e adequação. Nesse caso, faz-se profícuo, a priori, conhecer o sentido originário, porém como um meio de reflexão das mudanças históricas, o que permite distinguir o sentido original da aplicação do atual. Assim, o juiz deve responder à "ideia jurídica" (sentido originário) da lei ao confrontá-

la com o presente, e, além disso, buscar o seu significado jurídico, e não o histórico: o seu objeto é a criação do Direito, que tem de ser entendida juridicamente, e não historicamente (GADAMER, 2011, p. 426).

Nesse sentido, a decisão judicial confirma a produtividade do passado no presente: a lei do passado não é uma letra morta ou inalterável, mas algo que se impõe ao momento presente, que o impregna e que tem de ser aplicado a ele. Ademais, o magistrado, ao proferir uma decisão no contexto da atualidade, não se transporta ao momento pretérito com a finalidade de compreender o direito do modo como quiseram seus autores, o que se assemelha às correntes intencionalistas. Entretanto, o passado é interpretado sempre à luz do presente e para o presente (MOITA, 2016, p. 78).

A história desvela o presente, principalmente quando os juristas recorrem à jurisprudência, que é necessariamente a história dos modos prudentes (ou não) de como o direito foi aplicado a outros vários casos. Recorrer à jurisprudência é revisitar o passado, não com a finalidade de replicar as decisões anteriores, mas reaplicá-las ao presente (ASFORA; FARIAS, 2017, p. 58).

Gadamer não pretende, no campo da interpretação, uma posição relativista, nem defende uma compreensão relativista da aplicação do trabalho produtivo da história. Antes,

O juiz, que adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer, certamente, resolver uma tarefa prática. Mas sua interpretação da lei não é por isso uma tradução arbitrária. Também em seu caso compreender e interpretar são: conhecer e reconhecer um sentido válido. Ele procura corresponder ao “pensamento jurídico” a lei, em que o intermedia com o presente. Certamente isso é uma mediação jurídica. O significado jurídico da lei – e não o significado histórico de sua promulgação ou quaisquer casos de sua aplicação – é o que ele procura reconhecer. Ele comporta-se não como um historiador – mas comporta-se para sua própria história, que é seu presente. Ele pode, assim, sempre também como historiador, abordar às questões que ele, como juiz, implicitamente já compreendeu (GADAMER, 2011, p. 333).

Essa premissa gadameriana confirma os contributos da hermenêutica jurídica à hermenêutica filosófica devido a sua natureza prática, aplicável a determinados problemas. Ela ainda confirma o efeito positivo, da história, na compreensão, e o faz sem incorrer no historicismo ou no relativismo. Essa visita ao passado (comparado ao presente) exemplifica que a compreensão não é arbitrária.

Porém, para Gadamer, a compreensão é sempre produtiva, produtora de sentidos. A adequação das leis às exigências do caso concreto varia conforme cada caso, de modo que a compreensão varia, também, a depender da situação presente. Esse caráter produtivo, apresentado pelo filósofo alemão, é inovador. Trata-se de uma operação intelectual tem por

objeto o reconhecimento da lei em sua verdade. Em outros termos, a lei, submetida ao critério de nossa inteligência, deve nos aparecer verdadeira. O magistrado está sempre obrigado a dar um sentido à lei, principalmente às de maior obscuridade, visto a natureza da função judicial (SAVIGNY, 1878, p. 146).

2.3 O movimento originalista e a hermenêutica constitucional do originalismo

Devido à necessidade de interpretar a própria Constituição, que é concisa e de difícil possibilidade de emenda, pode-se dizer que os Estados Unidos da América inauguraram o moderno constitucionalismo. O ordenamento jurídico norte-americano tornou-se, assim, objeto de profundos debates acerca de como interpretar o significado de seus textos positivados. Nesse contexto surgiu o “originalismo”, uma teoria hermenêutica constitucional de viés histórico que pretende que toda interpretação seja estática, objetivando o sentido original (NETO, 2014, p. 34).

Pode-se dizer que o originalismo não é um novo método de interpretação constitucional, mas uma variante peculiar do método histórico adaptados às condições peculiares da evolução constitucional norte-americana. O objetivo dessa teoria é o reconhecimento da função de uma Constituição escrita, capaz de apenas fixar normas para vigor indefinidamente, a menos que sejam modificadas pelo procedimento que ela própria contempla (MORALES, 2011, p. 32).

Nas décadas de 1970 a 1980, a interpretação originalista destacou-se como forte crítica às decisões do Tribunal Warren (WHITTINGTON, 1994, p. 377). A gestão do presidente Reagan acabou adotando-a como método hermenêutico de freio ao ativismo judicial. Essa fase foi importante para a evolução acadêmica dos estudos acerca do originalismo.

De um modo geral, o originalismo defende a tese de que os juízes devem manter-se distantes de realizar atualizações hermenêuticas do texto constitucional, permanecendo fiéis à linha traçada pelos constituintes fundadores (WHITTINGTON, 1994, p. 376). Segundo Keith E. Whittington, professor de política do William Nelson Cromwell, no Departamento de Política da Universidade de Princeton, o próprio texto da Constituição, incluindo seu desenho estrutural, é uma fonte primária desse significado popular. Todavia, fontes extrínsecas de informações especificamente históricas também podem elucidar os princípios incorporados no texto da Constituição (WHITTINGTON, 1994, p. 377).

Há duas premissas supremas no método originalista: a priori, a alegação de que o significado constitucional foi fixado no momento da adoção textual; e, em segunda instância,

o significado histórico detectável do texto constitucional como significado legal, e o oficial, na maioria das circunstâncias (WHITTINGTON, 1994, p. 378). Um ponto importante diz respeito ao processo de mudança legislativa. Via de regra, o significado da norma foi atribuído no momento da adoção dos dispositivos textuais. Por isso, as emendas constitucionais, aprovadas posteriormente, ficam separadas da Constituição originária, visto os diferentes propósitos, entendimentos e debates.

Conforme Lawrence Solum (1994, p. 378), a tese originalista apoia-se no significado do texto, que é historicamente fixo. Neste caso, seria o “ponto de fixação” que corresponde à semântica utilizada no momento da criação textual; e no significado histórico que restringe o significado jurídico, como a “tese de contribuição”, dando a ideia de que o significado linguístico da Constituição restringe o conteúdo da doutrina constitucional.

A preocupação do originalista deve estar na descoberta da regra ou do parâmetro principiológico constitucional adotado no momento da produção do texto, e não com as expectativas ou motivações de criação do constituinte originário em seu momento histórico (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 543).

O originalismo é uma teoria que, em tese, exige uma maior limitação da interpretação constitucional (em sua dimensão política), vinculando o intérprete a elementos relativamente objetivos (sua dimensão epistemológica). Nesse sentido, é importante destacar que o originalismo pode ser apresentado com, pelo menos, duas formas principais: uma versão intencionalista, baseada na vontade do legislador original, e uma versão textualista, baseada no significado das expressões (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 554).

O significado do texto pode ser identificado a partir do uso jurídico ordinário dos textos. Isso acarreta num significado público comum, propiciador de segurança jurídica, o que fez com que o movimento originalista ganhasse mais força nos últimos anos.

3 METODOLOGIA

Para atingir o objetivo proposto, a metodologia utilizada é mista, tanto de caráter dedutiva quanto ao objeto formal (hermenêutica originalista), e indutiva quanto ao objeto material (os direitos humanos). A fim de desenvolver o trabalho, serão realizadas as seguintes etapas: a) inicia-se a partir da análise da compatibilidade entre a hermenêutica originalista e a hermenêutica gadameriana; b) da compreeção dos benefícios do vínculo com a tradição em oposição ao predomínio da cientificidade; c) do método de interpretação originalista sob o viés da hermenêutica de Gadamer contribui para uma melhor segurança jurídica e, como consequência, manutenção dos Direitos Humanos elencados no texto

constitucional; d) da revisão bibliográfica desenvolvida a partir da análise de teorias já publicadas, tais como: artigos científicos, livros, revistas científicas, monografias, dissertações, doutrinas, teses e publicações eletrônicas; e) do estudo documental de fontes diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, etc.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 O originalismo sob a ótica gadameriana

De acordo com a teoria gadameriana, dada a inexistência de um método científico que assegure uma certeza jurídica ou verdade hermenêutica, a ideia de um conhecimento universalmente válido torna-se insustentável. Logo, não existe a possibilidade de uma verdade absoluta que possa ser generalizada, pelo fato de a compreensão do texto estar sempre condicionada por pré-conceitos ou pré-juízos (SILVEIRA, 2016, p. 07).

Contrariamente ao que adotavam Shleiermacher e Dilthey quanto à defesa de que uma fase histórica não deveria ser analisada pela ótica de outra, Gadamer defende que não se pode abandonar o presente em detrimento do passado: uma obra passada não pode ser vista dentro dos seus termos (SILVEIRA, 2016, p. 03). Pelo contrário, o significado da obra passada é definido por meio das questões que se lhe colocam a partir do presente.

Segundo Balkin,

a interpretação constitucional requer fidelidade ao sentido original da Constituição e aos princípios estabelecidos pelo texto ou que subjazem o texto. Uma interpretação constitucional também requer construção – decidindo como melhor executar e aplicar o texto e os princípios constitucionais em circunstâncias atuais (BALKIN, 2010, p. 11).

Para o professor e especialista em direito americano, Jack Balkin, esse método de interpretação, capaz de aliar o sentido original da Constituição com as disposições futuras, chama-se *Text and principle* (VIEIRA, 2011, p. 38).

Segundo o autor, a responsabilidade da implementação das garantias de cada tempo fica a cargo de sua referida geração, o que faz com que se ultrapasse a ideia conservadora do termo “originalista”. Como as condições estão sempre mudando, novos problemas estão surgindo e novas formas de conflitos sociais emergem com isso. Assim, o processo de argumento e de persuasão sobre os sentidos dos princípios constitucionais não acabará nunca.

O sentido da Constituição será, portanto, determinado por cada geração presente (VIEIRA, 2011, p. 43).

Uma das críticas da teoria originalista diz respeito à incapacidade de se compreender quais os entendimentos do constituinte originário no momento de criação da norma. Acredita-se que historiadores estão mais aptos a identificar de forma pacífica o sentido original do texto. Os juristas teriam dificuldades nesse ofício e poderiam cometer excessos que comprometeriam a segurança jurídica.

Além disso, deve-se levar em consideração o fato de que os magistrados, no uso do método originalista, podem extrapolar os limites jurídicos da norma caso usem equivocadamente uma interpretação histórica da lei, distorcendo-a ou manipulando-a em benefício de suas próprias intenções (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 552).

Por isso, para Gadamer, todo encontro com a tradição ocorre dentro da consciência histórica e envolve a experiência de tensão entre o texto e o presente. Afinal, a consciência histórica tem clareza de que ela é diferente e, por isso, distingue o horizonte da tradição do seu próprio horizonte (KUSCH, 2001).

O magistrado ocupa-se com um caso presente, radicado numa circunstância presente, por isso, a fim de resolver esse problema, o juiz recorre à história, examinando leis e precedentes produzidos preteritamente. Isso não significa que ele saberá das intenções dos legisladores ou dos juízes ao realizarem seu mister, mas, antes, entenderá tais textos seguindo o entendimento do momento presente, adaptando-os e integrando-os ao momento atual. Essa é a premissa gadameriana quanto à fusão de horizontes: Ao decidir um caso presente, o juiz compreende textos do passado.

Entretanto, o originalismo vale-se da suposta vontade do constituinte, tendo como consequência as possíveis divergências históricas das quais a jurisdição constitucional terá dificuldades em dirimir.

Há duas formas de originalismo, uma delas se confundiria com a corrente chamada de “constituição viva”, tal corrente afirma que o que vincula não é necessariamente o específico sentido do texto original, mas sim os princípios que atuam como autores ou retificadores da Constituição no momento de seu entendimento (STRAUSS, 2010, p. 26).

A Constituição Viva é entendida como uma constituição que envolve mudanças através dos tempos, se adapta a novas circunstâncias sem ser formalmente emendada (STRAUSS, 2010, p. 05). Neste caso, a aceitação de que a constituição é viva, justifica-se pela conscientização de que as mudanças na sociedade americana são uma constante que podem ser melhores traduzidas no mundo jurídico por meio dos precedentes que, ao mesmo

tempo, possibilitariam a mudança no entendimento do texto e agiriam como uma limitação desta mudança (VIEIRA, 2011, p. 78).

Jack Balkin (2010, p. 278) defende a expressão Constituição “viva” e a compara a um organismo vivo que cresce e se modifica em resposta ao seu meio ambiente. É sobretudo uma metamorfose, um processo de mudança envolvendo forças sociais, políticas e econômicas mais amplas nas quais a Constituição na prática está situada.

Portanto, conforme Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*:

Quem quiser compreender um texto deve estar pronto a deixar que ele lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência educada hermeneuticamente deve ser preliminarmente sensível à alteridade do texto. Essa sensibilidade não pressupõe 'neutralidade' objetiva nem esquecimento de si mesmo, mas implica numa precisa tomada de consciência das próprias pressuposições e dos próprios pré-juízos (BALKIN; SIEGEL, 2010, p. 631).

O filósofo alemão afirma que o horizonte dos intérpretes nunca é estabelecido por eles, visto que dependem da tradição, porque todos os seus interesses com relação a certas questões e repostas a determinado texto são pré-delineadas pela história efetual no que, em parte, tem razão (BALKIN; SIEGEL, 2010, p. 642). Contudo, ao aplicar as noções de fusão de horizonte e de história efetual ao modelo estrutural do jogo filosófico, percebe-se que a determinação é sempre relativa visto que, para jogar, o sujeito precisa se submeter às suas regras mas necessita também agir, criar jogadas instaurando algo novo que não existia nem poderia ser previsto a priori (ROHDEN, 2012, p. 28).

É imperativa a ressalva de que não há teoria constitucional perfeita e acabada em si mesma. Essa, afinal, não é a pretensão do originalismo que se entende limitado, mas possui indicações menos danosas e apresenta-se como a melhor forma hermenêutica constitucional disponível ou, em palavras estritas, é um método hermenêutico do “mal menor” – *a lesser evil* (SCALIA, 2016, p. 33).

4.2 A hermenêutica originalista com viés gadameriano como manutenção dos Direitos Humanos

A manutenção dos Direitos Humanos está intimamente ligada a uma adequada interpretação normativa, capaz de garantir a segurança jurídica no ordenamento brasileiro. O rol de direitos fundamentais, elencado na Constituição, quando interpretado num sistema hermenêutico rígido ou demasiado livre, pode suscitar crises de direitos e impactos irreversíveis na condição humana.

Um dos métodos interpretativos que defende para si uma maior segurança do texto normativo constitucional é o método originalista, visto que a fidelidade à semântica contida no texto diz respeito a qualquer geração que dessa norma se servirá. O caráter tradicional e atemporal do originalismo oferece o alicerce da continuidade de um direito efetivado. Dessa maneira, impõe-se o método hermenêutico originalista, exigindo a aplicação da norma a partir da tradição, da história, resgatando o sentido original do texto, não com a intenção de uma técnica exegética legalista, incrustada no cientificismo e no positivismo jurídico, mas com vistas à segurança jurídica a partir da inquirição histórica.

Gadamer, em sua hermenêutica jurídica, parece respaldar o originalismo ao fundamentar as mesmas bases, porém, quando se trata de resgate à compreensão, às intenções do sentido original do constituinte originário, o filósofo alemão é incisivo quanto à condição da compreensão como sendo produtiva. Não há, para ele, condições de se aplicar uma compreensão de um legislador do passado, pois quem busca compreendê-lo no presente nunca será fiel nas intenções dele, porque estará partindo de uma compreensão nova.

A fusão de horizontes, definida pelo filósofo, estabelece o intérprete como um ser marcado pelo tempo, em seu encontro com a tradição, no mesmo instante em que instaura um horizonte mais amplo. Pode-se afirmar que essas contribuições hermenêuticas ao Direito, por parte de Gadamer, também influenciaram a corrente originalista, visto que ele defende a necessidade de uma interpretação jurisprudencial a partir da história e da tradição, mas compete ao intérprete atual a razoabilidade de adequação no caso concreto visando o momento presente.

Assim, Whittington (1994, p. 386) concorda com Scalia ao afirmar que o texto não deve ser interpretado de forma estrita e não deve ser interpretado de forma indulgente; deve ser interpretado de forma razoável, para conter tudo o que significa de forma justa. O originalismo destaca o valor da fidelidade ao texto constitucional como seu princípio orientador, não a restrição do texto às regras mais administráveis, de fácil aplicação ou que favoreçam a maioria. O objetivo é a fidelidade da exigência do texto constitucional, porém, as regras textuais não precisam ser restritas, visto que a amplitude da regra é determinada pelo princípio corporificado, não por um compromisso a priori com a estreiteza (WHITTINGTON, 1994, p. 387).

O valor histórico encontra-se no fato de que a história precede e antecipa a reflexão (GADAMER, 2005, p. 24). Afinal, o homem não vive em um estado de contemplação, contudo abre horizontes, sendo responsável no desvelamento do ser e da verdade. Dessa

maneira, quer recuperar o sentimento de pertença, de familiaridade a uma tradição que, desde já, constitui e predetermina a compreensão, além de questionar o próprio estatuto do método como único caminho da verdade. Enfim, a hermenêutica é a arte de compreender, derivada do modo do ser humano estar no mundo (GADAMER, 2005, p. 16). Embora a corrente interpretativista se sustente na busca de princípios neutros, originalmente previstos pelos fundadores, de modo a evitar interpretações discricionárias, de acordo com as preferências de cada julgador, a inobservância destes postulados faz com que o judiciário invada competências reservadas aos poderes democraticamente eleitos, violando a soberania popular (SAGÜÉS, 2006, p. 74).

5 CONCLUSÃO

O originalismo visa a uma segurança jurídica na aplicação da norma constitucional, devido ao objetivo de interpretação estritamente formal do texto. Essa hermenêutica fornece a previsibilidade, entendida como segurança jurídica, pois tem como primazia a estrita interpretação do direito escrito, legislado, suficientemente forte para vincular não apenas indivíduos, mas o próprio estado, tanto pelo Poder Executivo, quanto pela atividade jurisdicional. O originalismo surge do positivismo tradicional e do cientificismo, que embora traga certa segurança de respeito à norma, carece de uma adaptação aos valores e ao conteúdo ético do Direito conforme os horizontes históricos.

Visto que os Direitos Humanos estão elencados no bojo da Constituição, sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, a hermenêutica originalista mostra-se capaz de garantir o cumprimento desses direitos positivados. Entretanto, as contingências sociais dos novos tempos, que se diferem da época do constituinte originário, carecem de um método que permita preservar o passado e compreender o presente. A hermenêutica gadameriana não pretende, no campo da interpretação, uma posição relativista, nem defende uma compreensão relativista da aplicação do trabalho produtivo da história, mas uma adaptação das necessidades do presente.

REFERÊNCIAS

ASFORA, A. M; FARIAS, A. R. M. **Tensões entre objetividade e compreensão: uma investigação sobre a recepção da filosofia gadameriana pela hermenêutica jurídica**

contemporânea. – Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.

BALKIN, J.; SIEGEL, R. (Org.). **Constitution in 2020**. New York: Oxford. 2010.

CANFÃO, O. A. **Métodos de interpretação jurídica à Luz do Horizonte Hermenêutico**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br Capa. n. 158. 2013. Acesso em: 11 de novembro de 2022.

COSTA, D. M. da; ADEODATO, J. M. L. **A hermenêutica jurídica em Hans-Georg Gadamer: a questão da universalidade e sua implicação no problema da verdade e do método**. 2004. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GADAMER, H. G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2011.

GILHUS, I. S. **Hermeneutics**. In: STAUSBERG, Michael; ENGLER, Steven (Eds.). *The Routledge handbook of research methods in the study of religion*. New York: Routledge, 2011, p. 275-285.

KUSCH, M. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001.

LOPES, A. M. D. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Data de publicação : 01/2000. Fonte: Revista de informação legislativa, v. 37, n. 145.

MOITA, C. A. P. **Entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica: do caráter produtivo da compreensão a uma crítica ao argumento intencionalista**. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

MORALES, C. M. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo – SP.

NETO, A. F. **O Originalismo na América**. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. Porto Alegre. v. n. 4, p. 27 – 65, set. 2014.

PEREIRA, R. V. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, F. J. A.; BRAGA, B. G. de A. **A Aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_dir_eito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf> p. 266. Acesso em 11 de novembro de 2022.

ROHDEN, L. **Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!**. Nat. Hum., São Paulo, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012.

SAGÜÉS, N. P. **La Interpretación Judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2º. ed., 2006.

SAVIGNY, C. F. von. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução: Jacinto Mesía e Manul Poley. Madrid: F. Gongóra y Compañía, 1878.

SCALIA, A. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

SCALIA, A. **Originalism: The Lesser Evil**. University of Cincinnati Law Review. v. 57, n. 1, 1989. p. 849-64

SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica: Arte e técnica da interpretação**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

SILVEIRA, F. A. A. S. **Gadamer, a verdade e a compreensão nas ciências do espírito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46199/gadamer-a-verdade-e-a-compreensao-nas-ciencias-do-espirito> Acesso em: 10 novembro 2022.

STEIN, E. Hermenêutica e dialética. In: **Hermenêutica e dialética: entre Gadamer e Platão**. Org. ROHDEN, Luiz. São Paulo: Loyola, 2014, p.161.

SOLUM, L. B. Originalism and constitutional construction. **Fordham Law Review**, New York, v. 82, p. 453-537, 2013.

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Uma análise sobre o originalismo no contexto do ativismo judicial brasileiro. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 14(42), 535-554. 2020.

STRAUSS, D. A. **The living constitution**, Oxford University Press, 2010.

VIEIRA, J. R. (Org.). **Teoria Constitucional Norte Americana Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

WHITTINGTON, K. E. **Originalism**: A critical introduction. 1994. Disponível em: Microsoft Word - 02Whittington_Symposium_Final_375-409_ (princeton.edu) Acesso em 01 de dezembro 2022.

Como Referenciar este Artigo, conforme ABNT:

MOURA FÉ, F. C. C; FRANK JUNIOR, W. A Hermenêutica Originalista sob a Ótica Gadameriana como Garantidora da Proteção dos Direitos Humanos. **Rev. FSA**, Teresina, v. 20, n. 2, art. 6, p. 119-137, fev. 2023.

| Contribuição dos Autores | F. C. C. Moura Fé | W. Franck Júnior |
|--|----------------------|------------------------|
| 1) concepção e planejamento. | X | X |
| 2) análise e interpretação dos dados. | X | X |
| 3) elaboração do rascunho ou na revisão crítica do conteúdo. | X | X |
| 4) participação na aprovação da versão final do manuscrito. | X | X |