

KELLY SUSANE ALFLEN DA SILVA

HERMENÊUTICA
JURÍDICA
CONTEMPORÂNEA E
CONCRETIZAÇÃO
JUDICIAL

2ª EDIÇÃO



Niterói, RJ

2019



© 2019, Editora Impetus Ltda.

Editora Impetus Ltda.

Rua Alexandre Moura, 51 – Gragoatá – Niterói – RJ

CEP: 24210-200 – Telefax: (21) 2621-7007

CONSELHO EDITORIAL:

ANA PAULA CALDEIRA • BENJAMIN CESAR DE AZEVEDO COSTA
ED LUIZ FERRARI • EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO
FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM • FERNANDA PONTES PIMENTEL
IZEQUIAS ESTEVAM DOS SANTOS • MARCELO LEONARDO TAVARES
RENATO MONTEIRO DE AQUINO • ROGÉRIO GRECO
VITOR MARCELO ARANHA AFONSO RODRIGUES • WILLIAM DOUGLAS

Projeto Gráfico: Editora Impetus Ltda.

Editoração Eletrônica: SBNigri Artes e Textos Ltda.

Capa: Claudio Duque

Revisão de Português: Carmem Becker

Impressão e encadernação: Editora e Gráfica Vozes Ltda.

S586h

Silva, Kelly Susane Alflen da.

Hermenêutica jurídica contemporânea e
concretização judicial / Kelly Susane Alflen da Silva. – 2. ed. –
Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019.

316 p. ; 16 x 23 cm.

ISBN: 978-85-299-0019-3

1. Hermenêutica. 2. Direito. I. Título.

CDU 340.132

O autor é seu professor; respeite-o: não faça cópia ilegal.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução, salvo pequenos trechos, mencionando-se a fonte. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime (art. 184 do Código Penal). Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Decreto nº 1.825, de 20/12/1907.

A **Editora Impetus** informa que quaisquer vícios do produto concernentes aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas, às referências, à originalidade e à atualização da obra são de total responsabilidade do autor/atualizador.

SUMÁRIO

PARTE I HERMENÊUTICA E PRÉ-COMPREENSÃO

Capítulo I – Interpretação ou Hermenêutica	3
§ 1º Significação da Hermenêutica.....	3
§ 2º Teoria Hermenêutica e Compreensão Metodológica.....	4
Capítulo II – A Arte Hermenêutica Romântica	8
Capítulo III – Fundamentação Epistemológica da Hermenêutica	14
Capítulo IV – Hermenêutica Filosófica Enquanto Hermenêutica Ontológica	24
§ 1º Da Epistemologia à Ontologia: Heidegger	24
1. Aportes fundamentais de <i>Sein und Zeit</i>	24
2. A clareira na arte de interpretar	31
3. O círculo hermenêutico	33
§ 2º Hermenêutica da Faticidade.....	35
1. Fundamento ontológico-existencial do desvelar interpretativo.....	35
2. Verdade e universalidade.....	39
3. Faticidade, finitude e historicidade.....	40

PARTE II A TEORIA HERMENÊUTICA DE E. BETTI

Capítulo I – Metaciência como Hermenêutica.....	53
§ 1º Teoria da Interpretação e Formas Representativas enquanto Objeto da Teoria da Interpretação.....	53
1. O problema da Teoria da Interpretação: um problema epistemológico.....	53

2.	As formas representativas enquanto objeto da Teoria da Interpretação.....	54
§ 2 ^º	Objetivações do Conhecimento <i>versus</i> Interpretação.....	56
1.	Imanência do conhecimento na interpretação	56
1.1.	Objetividade real	57
1.2.	Objetividade ideal	58
1.3.	Crítica ao relativismo relacionado aos valores.....	59
1.4.	Disjunção.....	59
1.5.	Objetividade ideal dos valores e subjetividade da consciência	60
1.6.	A questão.....	61
1.7.	A consciência em função valorativa: uma limitação à orientação do agir?	61
1.8.	A consciência em função valorativa e a mutação da perspectiva individual.....	62
1.9.	Contraposição ao objeto ideal platônico “belo-fato”	63
1.10.	Antinomia entre a consciência e os valores.....	64
1.11.	Estrutura mental e significado do termo <i>mediação</i> (entre subjetividade da consciência e objetividade ideal dos valores).....	64
2.	Significação das Formas Representativas.....	67
2.1.	Enunciação do significado	67
2.2.	Teleologia das formas representativas.....	68
2.3.	As formas representativas e o processo interpretativo: o pressuposto do entendimento	69
2.4.	Uma heterogênese.....	70
2.5.	As formas objetivas enformadoras e o reconhecimento mnemônico pela contraposição no “tempo”	72
2.6.	Zetética do reconhecimento <i>versus</i> interpretação: o surgir da outreidade no sentido apreendido pela/na forma representativa	74
2.7.	Antinomia entre atualidade e objetivações do espírito....	75

Capítulo II – O Processo Interpretativo e os Cânones Interpretativos..... 77

§ 1 ^º	O Processo Interpretativo e o Processo do Entender.....	77
1.	Pré-compreensão sobre o Processo do Entender.....	77
2.	A linguagem e a dialética do/no processo do entender	82
3.	O processo interpretativo e seu caráter estratificado triádico	84
4.	Antinomia geral na dialética do processo interpretativo	88
5.	A antinomia específica do processo interpretativo: entender o discurso melhor que o próprio autor?	89
6.	Características dos critérios psicológico e técnico.....	90

7.	Superação da antinomia específica: aspecto funcional	90
8.	O processo interpretativo e o “êxito” epistemológico pelo <i>iter</i> hermenêutico.....	91
9.	Solução metodológica pela interpretação em função técnica: o controle interpretativo.....	92
§ 2º	Os Cânones Interpretativos	92
1.	Excursus.....	92
2.	Cânones interpretativos relacionados ao objeto.....	93
2.1.	Cânion da autonomia ou imanência	93
2.2.	Cânion da totalidade e coerência	93
2.3.	Cânones relacionados ao sujeito.....	94
2.4.	Cânion da atualidade.....	94
2.5.	Interferência entre o cânion da autonomia e o cânion da atualidade	95
2.6.	Cânion da congenialidade	95
2.7.	Fundamentação do cânion da congenialidade.....	97
§ 3º	O Método.....	98
Capítulo III - Metodologia Jurídica e Elementos Interpretativos		103
§ 1º	Interpretação em Função Normativa	103
1.	Interpretação em sentido lato e impróprio	103
2.	Interpretação em sentido estrito e autêntico	104
3.	Interpretação e criação <i>ex nihilo</i>	104
4.	Tipologia Interpretativa.....	106
§ 2º	Elementos Interpretativos	110
1.	A interpretação da lei na hermenêutica clássica de Fr. K. Savigny.....	110
1.1.	Elemento filológico: sentido	112
2.	Os critérios filológicos	113
2.1.	O critério gramatical em sentido lato	114
2.2.	O critério psicológico.....	114
2.3.	A correlação na aplicação dos critérios gramatical e psicológico.....	114
3.	Elemento histórico	115
3.1.	Sentido	115
3.2.	Critérios	116
3.3.	Situação do problema	116
3.4.	Teleologia do elemento histórico	117
§ 3º	O Fenômeno Hermenêutico e Continuidade Histórica.....	119
1.	Horizonte hermenêutico: prospecção histórica	119
2.	Dogmas e elaboração conceptual-doutrinária	120
3.	Enquadramento e regresso da espiritualidade.....	121

4.	Fenômeno da continuidade histórica no processo dialético.....	122
5.	Continuidade histórica no tempo pela (re)criação	123
6.	Significação do fenômeno da continuidade histórica.....	123

Capítulo IV – A Interpretação Jurídico-Normativa..... 126

§ 1º	126
1.	Interpretação jurídica em função normativa.....	126
2.	A Função normativa como competência da jurisprudência prático-teórica.....	129
3.	A interpretação em função integradora.....	131
4.	A autointegração do sistema jurídico pela <i>analogia legis</i>	133
4.1.	Uma questão de fundamentação: <i>voluntas legis</i> ou <i>voluntas legislatoris</i> ?	134
5.	O processo de heterointegração do sistema	135
6.	O processo de criação na interpretação integradora	136
7.	Interpretação autêntica.....	137
7.1.	Definição.....	137
7.2.	Pressuposto e função	137
7.3.	Estrutura da norma interpretativa	137
7.4.	Em sentido formal e substancial	138

Capítulo V – Tópica e Hermenêutica..... 140

§ 1º	Orientação Tópico-Hermenêutica.....	140
------	-------------------------------------	-----

PARTE III

HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA E APLICAÇÃO DO DIREITO

Capítulo I – Hermenêutica Filosófica: Tradição, Histórica e Historicidade..... 149

§ 1º	Hermenêutica em Hans-Georg Gadamer.....	149
1.	Excursus sobre a Hermeneutik de H.-G. Gadamer: a obra	149
2.	Pré-compreensão: conceitos fundamentais em <i>Wahrheit und Methode</i>	150
2.1.	O sentido do termo “prejuízo”	151
3.	Tradição	154
4.	Formação e tradição	155
§ 2º	O Círculo Hermenêutico, História e Historicidade.....	159
1.	A estrutura circular da compreensão.....	159
2.	História e historicidade.....	164

§ 3º	A Produtividade Hermenêutica e a Experiência Hermenêutica.....	166
1.	Excursus sobre a distância temporal	166
2.	Função hermenêutica da distância temporal	166
3.	Pré-compreensão e consciência da história efectual	168
§ 4º	Estrutura da Consciência da História Efectual e Experiência Hermenêutica.....	170
1.	A estrutura da consciência histórica efectual.....	170
1.1.	A experiência da histórica efectual na experiência hermenêutica	173
1.2.	A estrutura da experiência hermenêutica no horizonte do perguntar.....	174
1.3.	Pré-compreensão na hermenêutica atual ou fusão de horizontes?.....	176

Capítulo II – Hermenêutica ou Aplicação do Direito..... 179

§ 1º	O Problema Hermenêutico da Aplicação.....	179
1.	Colocação do problema	179
2.	A <i>applicatio</i> como integrante da <i>synesis</i> : Aristóteles.....	182
3.	<i>Phronesis</i> : virtude hermenêutica fundamental.....	184
4.	Pertinência da hermenêutica ao <i>ethos</i> da tradição	187
5.	Dogmática e hermenêutica jurídica e histórica	187
§ 2º	O Problema da Hermenêutica Jurídica: a Aplicação.....	188
1.	O sentido do problema da aplicação jurídica.....	188
2.	Tradição e unidade hermenêutica.....	189
3.	Pertinência do intérprete à tradição na aplicação hermenêutico-normativa	190
§ 3º	A Função Aplicativa Como Essência da Compreensão.....	192

Capítulo III – O Aceder da Linguagem na Hermenêutica Jurídico-Filosófica 194

§ 1º	Prospectiva da Linguagem na Hermenêutica.....	194
1.	O significado da linguagem.....	194
2.	A contribuição do romantismo alemão à linguagem hermenêutico-compreensiva.....	195
§ 2º	Tradição, Compreensão e Linguagem.....	197
1.	A Linguisticidade da tradição	197
2.	Linguisticidade da compreensão: uma apropriação do dito.....	198
3.	Sobre a linguagem	200
4.	O princípio grego da adequação da palavra à coisa e o lógos compreensivo	201
5.	A doutrina teológica da encarnação e a clareira do pensar (conceptual)	203
6.	A linguagem como experiência humana de mundo.....	206

7.	O aceder da linguagem como fundamento da experiência hermenêutica	208
----	---	-----

Capítulo IV – Universalidade do Universo Hermenêutico 212

§ 1º	A Dimensão Universal da Hermenêutica.....	212
------	---	-----

PARTE IV

METODOLOGIA JURÍDICA E CONCRETIZAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Capítulo I – Hermenêutica Constitucional Concretizadora 219

§1º	Hermenêutica, Estado e Constituição.....	219
1.	O papel da hermenêutica no Estado Democrático de Direito.....	219
2.	A realização jurídico-filosófica do conteúdo das normas constitucionais	223
3.	Interpretação constitucional e limitação dos métodos clássicos	226
4.	Elementos filosóficos da interpretação constitucional concretizadora	228

§ 2º	A Tópica e os Princípios da Interpretação Constitucional Concretizadora	230
1.	A tópica e os princípios da interpretação constitucional	230
2.	O princípio <i>verfassungskonforme Auslegung</i> e o princípio da interpretação constitucional pelos tribunais.....	236
3.	A limitação do princípio <i>verfassungskonforme Auslegung</i>	237

Capítulo II – Ciência do Direito e Hermenêutica Jurídica..... 239

§ 1º	Metodologia Jurídica: Prospectivas e Disjuntivas	239
1.	Metodologia jurídica e ciência do Direito	239
2.	Metodologia e concretização hermenêutica	246

§ 2º	Racionalidade Material da Constituição e Insuficiência dos Cânones Interpretativos Clássicos.....	250
------	---	-----

Capítulo III – Metodologia Hermenêutica Estruturante 254

§ 1º	A Teoria Jurídica Estruturante	254
1.	O modelo dinâmico da teoria estruturante	254
2.	O problema da legislação e a normatividade.....	262
3.	O caráter linguístico-textual do Estado	263

§ 2º	Elementos da Concretização.....	266
1.	Excursus.....	266
2.	Programa da norma (<i>Normprogramm</i>).....	267
3.	Âmbito normativo (<i>Normbereich</i>).....	267

Capítulo IV – A Produtividade Hermenêutico-Normativa na Teoria Estruturante do Direito	269
§ 1º A Concretização na Teoria Estruturante do Direito	269
1. Os textos normativos e a concretização jurídico-normativa	269
2. O processo de concreção da norma jurídica	271
§ 2º Norma Jurídica: uma Produtividade Hermenêutica do Processo de Concretização	271
Reflexão Hermenêutica	275
Referências Bibliográficas	289