

REVISTA
**SABERES
DA AMAZÔNIA**
CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS

VOL 9

N. 15

Janeiro-Dezembro 2024 | ISSN: 2448-0576
(fluxo contínuo)

BREVE ANÁLISE DO GIRO-LINGUÍSTICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA PÓS-POSITIVISTA

Marcelo Fonseca Gurniski¹
Stanlei Ernesto Prause Fontana²

RESUMO: O presente artigo visa a demonstrar a influência causada pelo giro-linguístico na reestruturação contemporânea da hermenêutica jurídica brasileira. Acompanhando o trilhar dos imaginários do STF e do sistema jurídico nativo, estabelece-se substrato onde proliferam decisões solipsistas, decorrentes da obliteração da atividade de julgar, tornando-a sagrada e, portanto, inacessível à crítica. Reconhece-se, dessa maneira, que a decisão solipsista contraria a Constituição, pois fere de morte ao princípio da legalidade, produzindo decisões que contrariam as determinantes democráticas de constituição do Estado brasileiro, insertas na Constituição de 1988. O que aqui se quis indicar é que os sistemas de conhecimento interferem na hermenêutica jurídica, que deve renovar-se, apropriando-se dos conceitos filosóficos que alteram a hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Reviravolta linguístico-pragmática. Hermenêutica jurídica.

A BRIEF ANALYSIS OF GYROLINGUISTIC IN POST-POSITIST BRAZILIAN LEGAL HERMENEUTICS

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the influence caused by the linguistic turn in the contemporary restructuring of Brazilian legal hermeneutics. Following the path of the imaginaries of the STF and the native legal system, a substrate is established where solipsistic decisions riddled with sacralization proliferate, resulting from the obliteration of the activity of judging, making it sacred and, therefore, inaccessible to criticism. It is recognized, therefore, that the solipsistic decision goes against the Constitution, as it wounds the principle of legality to death, producing decisions that go against the democratic determinants of the constitution of the Brazilian State, inserted in the 1988 Constitution. that knowledge systems interfere with legal hermeneutics, which

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. (Linha de pesquisa Jurisdição e Democracia). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. (Linha de pesquisa Jurisdição e Democracia). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. E-mail: marcelo@ng.adv.br

² Doutorando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil (Bolsa PROSUP/CAPE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná - EMAP. Graduado em Direito pela União de Ensino do Sudoeste do Paraná. E-mail: stanlei.fontana@gmail.com

must be renewed, appropriating the philosophical concepts that alter legal hermeneutics.

Key-words: Linguistic-pragmatic turnaround. Legal hermeneutics.

Introdução

Ao descobrir que a Terra e os planetas se moviam em torno do Sol, Copérnico deu início a uma gigantesca revolução no pensamento científico, que mudou completamente a visão que as pessoas tinham do céu, dos planetas, das estrelas e de si mesmas.

Essa visão de mundo repercutiu sobremaneira nos modelos de conhecimento até então vigentes e foi assimilado por Kant, em sua 2ª edição de a Crítica da Razão Pura, nos moldes propostos pela proposta do astrônomo Copérnico, resultando em uma revolução completa do pensamento filosófico, que deslocou o sujeito da periferia do conhecimento para o centro, invertendo a metodologia imperante, não mais assujeitando o sujeito à natureza do objeto, mas sim, à natureza do sujeito do conhecimento.

Assim, entendendo-se que, de tempos em tempos, modificam-se as compreensões do conhecimento. No século XX, teorizaram-se novas visões da forma de pensar o mundo, reconhecendo-se novas relações, nas quais o fundamento deixa de ser o sujeito. Aquela subjetividade, até então vigente, foi suplantada pelo “giro linguístico”, onde o cerne deixa de ser o sujeito, sendo o compreender um existencial da própria condição humana, ontológica³, o que, no heideggerianismo, diz respeito ao ser em si mesmo, em sua dimensão ampla e fundamental, em oposição ao ôntico, que se refere aos entes múltiplos e concretos da realidade.

Adequando-se, ou, buscando adequar-se ao paradigma vigente, o sistema jurídico brasileiro, com base nesse modelo de conhecimento,

³ Com o giro linguístico a "linguagem aqui não é mais um instrumento, mas verdadeiro 'fio condutor' e se torna imperioso observar, sobretudo, que sujeito/objeto [...] estão inseridos em um contexto linguístico, um mundo linguístico que dita as possibilidades de determinada interlocução e do conhecimento acerca de algo." (LOPES, Tomás Jobin Coutinho. Filosofia metafísica-transcendental, fenomenologia e giro linguístico: reflexões sobre hermenêutica clássica e filosófica. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 20, n. 4256, fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32380>. Acesso em: 02 jan. 2022. s/n).

rediscute questões da hermenêutica, da discricionariedade de seus juízes, da intersubjetividade, que aproxima teoria e *práxis* e reconhece a linguagem que, deixa de ser simples elemento designativo, para constituir-se em condição de possibilidade do próprio conhecimento.

Valendo-se de uma revisão bibliográfica, discorre-se sobre os paradigmas do conhecimento: da busca da essência do ser; do sujeito assujeitador; e o da intersubjetividade, que avoca questões da hermenêutica, mostrando a necessidade de se alterar o posicionamento dos juízes diante das complexas questões contemporâneas, premissas de inovações.

Na primeira parte deste artigo, acompanha-se, no viés de interesse desse estudo, a história do Supremo Tribunal Federal – STF –, que acompanha o desenvolvimento histórico brasileiro. Ressalta-se a ruptura paradigmática ocorrida no direito nativo, decorrentes da oposição ao regime autoritário e da nova relação que se estabeleceu entre Sociedade e Estado, constantes da Constituição de 1988. Analisam-se questões de grande repercussão política ou social que estão sendo decididas pelo Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, o que vem impactando sobremaneira o relacionamento entre os Poderes, por envolver fortalecimento de um deles em desfavor do(s) outro(s).

Nesse sentido, coloca-se a questão do ativismo judicial, que vem sendo debatido, como fenômeno decorrente da omissão, do despreparo, do comodismo parlamentar ou, ainda, das preocupações eleitorais advindas de posicionamentos diante de pautas de costumes ou outras que afetam grandes interesses e que, por isso, chegam ao Judiciário, que as devem decidir.

Na segunda parte, partilham-se reflexões sobre o “Imaginário Jurídico Brasileiro”, tecendo-se considerações sobre os juízes, a discricionariedade judicial, o livre convencimento e a subjetividade suplantada pelo “giro linguístico”. Desde Kelsen, o problema da discricionariedade judicial está na distinção entre entre os atos de “escolher” e “decidir”. “Escolher” depende das preferências do sujeito (subjetividade) e, “decidir”, se dá na intersubjetividade, uma vez que a decisão compreende aquilo que a comunidade política, e não jurídica, constrói como Direito.

Discute-se a incompatibilidade entre o exercício da função jurisdicional com a discricionariedade, desembocando no entendimento que cabe ao Judiciário dar a última palavra sobre interpretações jurídicas, mas não lhe cabe realizar escolhas sobre indiferentes jurídicos. A decisão judicial não depende de critérios subjetivos, mas de um conjunto de premissas relacionadas a democracia constitucional: Constituição, lei, precedentes, doutrina.

Na terceira e última parte, trata-se da questão da ruptura com a filosofia da consciência (subjetividade), ocorrida no século XX, a partir do denominado "giro linguístico". Observa-se que, o "giro ou guinada" não considera que os problemas filosóficos sejam linguísticos. Mais que isso, da epistemologia (teoria geral ou teoria do conhecimento) avança-se para o mundo prático da filosofia.

Em conclusão, vale-se nesse trabalho, do entendimento esposado por Streck, de que é "na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido" e mais, "o sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade 'assujeitadora', e não o sujeito da relação de objetos"⁴. Tal *desideratum* aplica-se ao Direito, especialmente à sua hermenêutica contemporânea.

1 Apontamentos sobre o imaginário jurídico do STF brasileiro

A história do Supremo Tribunal Federal, de certo modo, acompanha o trilhar do desenvolvimento histórico do Brasil, haja vista sua criação, logo após a independência, sob a denominação de Supremo Tribunal de Justiça. A partir da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, inaugurou-se o chamado constitucionalismo democrático brasileiro.

A Constituição de 1988, com seu novo texto e fundamento de validade, com todas as implicações materiais e formais por ele determinadas, provocou uma ruptura paradigmática no direito brasileiro – seja pela oposição ao regime autoritário, seja pelos compromissos estabelecidos pelos constituintes, ou, ainda, em face da nova relação que se estabeleceu entre Sociedade e Estado⁵.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 14-15.

⁵ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, p.

Verdadeiro marco de abertura à redemocratização, a Constituição brasileira inaugurou um novo modelo de Estado, voltado à modernidade, para cuja concretização fez-se necessária uma mudança do perfil dos juristas, que precisaram enfrentar anos de (re)construção do horizonte axiológico que, até então, determinava toda a legislação infraconstitucional; além da (de)formação dos juristas, por vezes refratários às prescrições constitucionais.

A centralidade do Supremo Tribunal Federal, e por que não dizer, do Poder Judiciário como um todo, na tomada de decisões sobre grandes questões nacionais, vêm sendo alvo de críticas e demonstra a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, o que no caso brasileiro torna-se especial pela extensão e volume.

Barroso descreve que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgão do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais – o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Por consequência, a judicialização envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Observa Barroso que esse fenômeno expressa uma tendência mundial que, em nosso caso, encontra-se favorecido pelo modelo institucional: (i) de redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça pela sociedade; (ii) de constitucionalização abrangente, pois trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e (iii) o controle de constitucionalidade, que permite que qualquer questão, política, moralmente relevante, possa ser levada ao Supremo Tribunal Federal⁶.

Referida expansão do Poder Judiciário, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial e o fenômeno da judicialização da política, inaugura uma virada no constitucionalismo contemporâneo, consubstanciando o fenômeno do protagonismo judicial, termo empregado "para designar o juiz como a

765, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 12 dez. 2021. p. 151.

⁶ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. p. 24.

personagem que ocupa posição central no cenário do Estado Constitucional de Direito"⁷.

Surgido no sistema jurídico americano, o ativismo judicial decorreu de seu sistema, de sua fonte do direito, já que a própria atividade jurisdicional dos Estados Unidos se assenta na criação do direito por meio de precedentes. Em sua formulação o ativismo judicial presume uma anomalia no exercício da atividade jurisdicional, que leva a concluir que o ativismo judicial expressa a negativa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição⁸.

Para Fernandes, Lobo e Deocleciano, o ativismo judicial associa-se ao exercício do poder além de sua competência institucional, que emprega a moral e a política na interpretação e na aplicação do direito para alargar sua atuação sobre os demais poderes do Estado, como se fosse órgão de representação política⁹. Trata-se, assim, de ato de vontade consciente, que utiliza da correção moral como justificativa à democracia e à proteção dos direitos fundamentais.

Um dos reflexos mais significativos do segundo pós-guerra é a positivação de uma série de princípios e o alargamento dos espaços de jurisdição, impelidos pela atividade exercida pelo tribunal constitucional alemão que elevou o protagonismo judiciário, cujo objetivo era romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na constituição¹⁰. Trata-se do posicionamento conhecido como jurisprudência dos valores (Bundesverfassungsgericht).

⁷ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 111.

⁹ TEIXEIRA, João P. F. de S. A.; LOBO, Júlio C. M.; DEOCLECIANO, Pedro R. M. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/46>. Acesso em: 01 fev. 2023. p. 142.

¹⁰ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 112-113.

Uma das primeiras contestações jurídicas à crise do pós-guerra, impulsionada pela jurisprudência de valores, foi a do protagonismo judicial. Todavia, a sua consolidação e conseqüente exportação para o resto do mundo, em especial para a América Latina, vêm ampliando a discricionariedade judicial, sob o álibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico. Na compreensão de Barboza, é verdade que nas últimas décadas o Brasil vem experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais, podendo-se dizer, em certa medida, que "este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário"¹¹.

Como é certo que o Constitucionalismo foi adotado por regimes democráticos, estabelecidos após longo tempo de governos ditatoriais, há que se compreender que a opção por este modelo suplantou visão anterior em que a Constituição era considerada como mero documento político, não dotado de força normativa. Tratou-se, a rigor, de uma mudança de paradigma ou de uma nova ideia de constitucionalismo onde a Constituição se apresenta como um catálogo de direitos fundamentais.

Verifica-se, no Brasil, que as experiências – norte-americana e alemã – acabaram fomentando efeitos diretos, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, sucedendo na geração de um ativismo judicial *sui generis* – sob as vestes do garantismo¹² –, que vem sendo adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

Observa-se, segundo Trindade, nas décadas de 80 e 90, três estágios bastante distintos na evolução da jurisprudência constitucional brasileira: (1) fase da ressaca que se inicia em 1988, com a vigência de uma crise de modelo de direito, sobretudo no âmbito da dogmática jurídica, em face da necessidade de se operar uma filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento

¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 74.

¹² TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 114.

jurídico; (2) fase da constitucionalização que se inicia no final da década de 1990, marcada pelo descobrimento da Constituição e de seus princípios, permitindo o efetivo processo de constitucionalização de direitos, haja vista que os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicadores de leis para, assumirem paulatinamente o papel de intérpretes da constituição; e (3) fase ativista iniciada a partir de 2004, que se individualizou por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, alcançando todas as instâncias judiciais. Ressalta Trindade que, nesta terceira fase, é que se encontra o ativismo judicial à brasileira¹³.

Constata Barroso que o Judiciário, no Brasil, em determinadas situações, tem adotado postura claramente ativista. Colacionam-se casos, como o da fidelidade partidária¹⁴. O Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Gera-se, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das explicitamente previstas no texto constitucional. Postura idêntica aparece no julgamento do feito que tratou da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a publicação de súmula vinculante após o julgamento de um único caso, em que a decisão do Supremo Tribunal Federal assumiu uma "conotação quase-normativa". O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional¹⁵.

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, apresentam-se as questões de distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos mediante decisão judicial das justiças, estadual e federal, em todo país; multiplicam-se decisões que condenam a União, Estados e Municípios a custear medicamentos e procedimentos que não constam das

¹³ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 115-116.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26603 – Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁵ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 26.

listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a protagonizar decisões importantes para a sociedade, que tradicionalmente deveriam ser tomadas pelo poder Legislativo (eleitos pelo povo com a finalidade precípua de legislar). Contudo, o que se observa é que, muitas vezes são os próprios poderes políticos que preferem transferir a discussão, de temas socialmente relevantes, para o Judiciário, especialmente em casos sobre os quais não se têm maioria na arena política, ou porque não queiram enfrentar temas desgastantes do ponto de vista eleitoral¹⁶.

Esclarece Barboza que, pelos direitos fundamentais serem dotados de conteúdos morais, abertos, não são passíveis de serem definidos *a priori*, exigindo que o Judiciário os densifique e lhes dê significado¹⁷. Assim, o Brasil adotou o modelo constitucional democrático e este modelo de *per si* já limita o Parlamento, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais que ficam de fora dos debates deliberativos.

Portanto, a institucionalização do ativismo judicial concede discricionariedade aos juízes para, nos casos sob exame, procurarem em sua consciência uma recurso que contemple aos fins de justiça social, admitindo tanto a "criação do direito quanto o gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa"¹⁸. E, em que pese o propósito honroso de abrigo e hegemonia dos "direitos humanos ou fundamentais, por conta do caráter aberto e abstrato e do conteúdo moral desses direitos, há uma margem muito grande para decisão

¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea*. p. 14.

¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea*. p. 14-15.

¹⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 117.

pelo Poder Judiciário"¹⁹, podendo desaguar, em razão de sua imprevisibilidade, na possibilidade de insegurança jurídica.

2 Reflexões sobre o imaginário jurídico brasileiro

Os juízes sempre foram vistos como sendo a boca da lei. A crítica do direito sempre admitiu a existência de muita discricionariedade, nas incertezas designativas, isto é, na zona de penumbra das leis. Trata-se de uma crítica decorrente da ruptura entre a questão de fato e a questão de direito, vale dizer, a separação entre facticidade e validade.

Em realidade, sob o pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, surgiram inúmeras teses de que o modelo interpretativo foi calcado em fórmulas e/ou procedimentos, "cuja função é(ra) a de descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, 'evado de princípios e com textura aberta'"²⁰.

Ao contrário do pensamento de parte expressiva de nossa doutrina, que acolhe a discricionariedade judicial como um elemento do direito, tem-se que, direito e discricionariedade não habitam o mesmo *locus*. Admitindo-se decisões discricionárias, estas se pautariam por critérios não jurídicos, em um ambiente "do antidireito – ainda que se fundamentasse por 'justo'"²¹.

No século XX, essa subjetividade foi suplantada pelo "giro linguístico"²², onde o fundamento deixa de ser o sujeito, sendo o compreender um existencial da própria condição humana, portanto de dimensão ontológica. Portanto, quando um determinado julgador fundamenta suas decisões com base no "livre

¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea**. p. 15.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** p. 103-104.

²¹ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. **Revista de Processo**, Distrito Federal, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/51903609/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021. s/n.

²² Sobre o giro linguístico ver LOPES, Tomás Jobin Coutinho. Filosofia metafísica-transcendental, fenomenologia e giro linguístico: reflexões sobre hermenêutica clássica e filosófica. e PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Serro, n. 3, p. 174-190, ago./set. 2010. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2002>. Acesso em: 15 jan. 2023.

convencimento", ele comete um grave erro, pois acreditar que o sentido da lei está na mente do jurista é uma ideia equivocada. Isto porque, com a ocupação da filosofia pela linguagem, os sentidos não estão mais nas coisas ou mesmo na mente das pessoas, mas sim na intersubjetividade, vale dizer, "na capacidade de o homem se relacionar com seu semelhante"²³.

O ativismo judicial brasileiro resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir das convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos extrajurídicos. É "por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, em mau, ou nocivo"²⁴.

Desde Kelsen o problema da discricionariedade judicial e, por consequência, da distinção existente entre os atos de "escolher" e "decidir" se traduz na questão de que, no primeiro caso, há uma dependência das preferências do sujeitos (subjetividade) e, no segundo, o "decidir" se dá na intersubjetividade, "uma vez que decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito"²⁵.

Para Streck, "qualquer fórmula hermenêutico-interpretativa solipsista dependerá de um subjetivo individual(ista), como que a reprimin a fonte do positivismo por meio do nominalismo"²⁶. Está-se diante de rupturas paradigmáticas locais que fundamentam o conhecimento em diferentes períodos da história. Assim, suprimir o livre convencimento não equivale à proibição de interpretar, já que "antes de dizer algo sobre o texto deve-se deixar que o texto diga algo"²⁷.

Para Martins, há uma incompatibilidade entre o exercício da função jurisdicional e a discricionariedade. "Não compete a ele [Judiciário] realizar escolhas sobre indiferentes jurídicos, mas dizer (...) qual é a vontade do

²³ KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 131-160, jan./abr. 2017. p. 157.

²⁴ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 02 jan. 2022. p. 765.

²⁵ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. p. 765.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? p. 105.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? p. 105.

Direito"²⁸. A decisão judicial não depende de critérios subjetivos, mas de critérios e amarras próprios da democracia constitucional: Constituição, lei, precedentes, doutrina, jurisprudência. Neste modelo, não interessa o humor, o senso de justiça e outros critérios de índole subjetiva do julgador, mas a correta interpretação dos diversos elementos jurídicos que detêm normatividade em face das peculiaridades do caso concreto²⁹.

De nada adianta a Constituição e o processo democrático, se parâmetros extrajurídicos, decorrentes da consciência e vontade do julgador, forem aceitos como critérios para fundamentar o ato de decidir. Assim, além da perda democrática sofrida pelo cidadão que teria sua pretensão judicial julgada com base na discricionariedade do magistrado, também lhe seria negada a verificabilidade democrática de avaliar qualitativamente a decisão jurídica, uma vez que tal contexto discricionário permite uma variedade de respostas corretas para o mesmo caso jurídico, contraditórias entre si.³⁰

A discricionariedade judicial, no positivismo jurídico, era um destino que não poderia ser controlado pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples, deixar de lado a razão prática (discricionariedade) para fazermos e façamos apenas epistemologia "ou, quando esta não der conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade"³¹. Referida discricionariedade verifica-se no esquema sujeito-objeto obsoleto, na "subjetividade assujeitadora que remete a decisionismos, nos quais o sujeito se apropria dos sentidos e se torna 'dono' da Constituição, conferindo a interpretação que melhor lhe aprouver"³², reforçando a natureza solipsista, abandonando o caráter democrático dessas decisões.

²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. p. 158-159. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/F66fxBT8QWWWhKVQ7QyVm9Gn/?lang=pt>. Acesso em: 02 dez. 2021. p. 158-159.

²⁹ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. s/n.

³⁰ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. s/n.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** p. 107-108.

³² DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 239-254, maio 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/516> Acesso em: 12 out. 2021. p. 242.

Em síntese, quando “a discricionariedade entra, o direito sai; quanto termina um, inicia-se o outro”³³. A democracia é enfraquecida quando se depende de convicções pessoais do julgador, já que somente em um sistema que prevalece a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém. Dito de outra forma, em um Estado Democrático de Direito, justiça não se comensura pela vontade de ninguém, nem mesmo do STF, eis que o julgador ao decidir necessita prestar contas, no sentido de que sua decisão é a mais apropriada com o texto constitucional, sua principiologia e o caso concreto.

Uma vez que o Direito não é uma mera racionalidade instrumental, há de superar o decido conforme minha consciência e diante da constatação de que os "inimigos" ainda são os mesmos: "filosofia da consciência e behaviorismo" e a relação Direito-Moral, tem-se que questionar o empirismo jurídico. Cumpre-se a lei e constroem-se critérios para isso ou silencia-se ante a estratégia dos behaviorismos (comportamento do juiz), que é tudo, menos Direito³⁴. Contra o estado de exceção interpretativa, valha-se a hermenêutica que respeita, de forma democrática e republicana, os limites interpretativos de um texto jurídico.

As decisões jurídicas, portanto, adquirirem "caráter democrático quando a discricionariedade for substituída pelo próprio direito"³⁵. Ou seja, no momento em que as decisões jurídicas forem pautadas por critérios jurídicos (interpretação com fulcro na Constituição, leis e precedentes), podem ser objeto de um crivo racional que lhes garantem a legitimidade democrática.

3 Influências do giro-linguístico no sistema jurídico brasileiro

As críticas decorrentes da "moralização" do Direito, da assunção de uma jurisprudência de valores que perpassa todo o sistema jurídico e da abertura semântica do texto constitucional, descrevem um contexto cujos influxos

³³ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. s/n.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 65-74.

³⁵ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. s/n.

precisam de uma reflexão sobre as formas de contenção de atitudes voluntaristas, buscando o equilíbrio ínsito a um regime democrático³⁶.

A atuação do Poder Judiciário, via jurisprudência de valores, e a influência de um moralismo jurídico, deterioram o princípio da separação dos poderes e os postulados do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, a própria Democracia. Ao se afastar de critérios hermenêuticos claros, a atitude voluntarista do Poder Judiciário avança para campos que desbordam de sua função essencial e, portanto, violam o postulado do Estado Democrático de Direito e de sua legitimidade constitucional.

O ativismo judicial trilha sobre a metafísica da relação sujeito-objeto, assente na filosofia da consciência e na jurisprudência de valores, que habitam o positivismo kelseniano e a teoria da argumentação de Alexy³⁷. Veja-se que, assente na discricionariedade, os julgadores continuam a confundir "o ato da decisão judicial com escolhas políticas, numa posição inteiramente eivada pela subjetividade da filosofia da consciência"³⁸.

É importante destacar que o objetivismo só foi suplantado a partir da modernidade. Até Kant³⁹, admitia-se existir uma relação real entre ser e essência, assim o sentido dependia dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo⁴⁰. Neste sentido, não é o sujeito que, conhecendo, descobre o objeto, mas sim, ao contrário, que é o objeto, quando

³⁶ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/en.php>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 116.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 33.

³⁸ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/163>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 134.

³⁹ Importante consideração é realizada por Neumann que afirma que o indivíduo no sistema kantiano é um homem universal, que ao mesmo tempo é um indivíduo. A consciência desse indivíduo não é mais do que o sentimento geral da mera existência. Ele é aquele ser infinitamente perfeito, um ser meramente lógico." (NEUMANN, Franz. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 257.)

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? p. 13.

é conhecido, que se adapta ao sujeito que o recebe cognoscitivamente⁴¹. Desta forma, apresentou-se a revolução copernicana, “uma vez que, assim como Copérnico, Kant inverteu o que parecia ser a ordem natural: não mais o sujeito deveria girar em torno do objeto, mas ocorreria justamente o contrário”⁴².

Com o Iluminismo, "o fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio* divina"⁴³. O homem não está mais sujeito às estruturas, ele passa a "assujeitar" as coisas, num esquema sujeito-objeto⁴⁴, em que o mundo passa a ser conhecido (explicado e fundamentado) pela razão⁴⁵. Tal modelo de conhecimento propiciou o surgimento do Estado Moderno.

A relação sujeito-objeto manuseia a linguagem como instrumento que conecta as "idiosincrasias do sujeito a sua assujeitadora conclusão do conteúdo do objeto"⁴⁶, vale dizer, neste paradigma o magistrado, como intérprete, emprega a linguagem para fundamentar sua decisão solipsista. Em outras palavras, o julgador solipsista, ao receber e reconhecer um *hard case*, decide, para depois fundamentar, aplicando um princípio axiológico para nortear o roteiro de sua fundamentação, sendo a linguagem um mero álibi teórico dos valores intersubjetivos do intérprete.

Para que a linguagem deixe de ser um mero instrumento da vontade do intérprete, há que se abandonar a relação sujeito-objeto, já que nesta relação o

⁴¹ “Os conceitos puros ou categorias, portanto, são as condições pelas quais e somente pelas quais é possível que algo seja pensado como objeto de experiência, assim como o espaço e o tempo são as condições pelas quais e somente pelas quais é possível que algo seja captado sensivelmente como objeto de intuição”. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. v. 3. São Paulo: Paulus, 1991. p. 886.

⁴² PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. p. 174.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? p. 13.

⁴⁴ Trata-se de um modelo dualista a partir da relação sujeito-objeto, que, conforme Habermas, se traduz em três supostos básicos: “Pela introspecção, o sujeito cognoscente ganha um acesso privilegiado às suas próprias representações. O certificar-se dessa posse de vivências subjetivas abre o caminho para a explicação genética do saber sobre os objetos mediado pela experiência. Visto que a introspecção abre o caminho para a subjetividade e como a certificação da objetividade do saber consiste em penetrar em suas fontes subjetivas, os enunciados epistemológicos se medem diretamente – e todos os outros enunciados indiretamente – pela verdade enquanto evidência subjetiva ou certeza”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 187.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? p. 13-14.

⁴⁶ PERES, Fernando Reis de Carvalho. Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons? **lurisprudencia**, Juina, v. 2, n. 4, p. 25-36, jun./dez. 2013. p. 33.

que importa é o sujeito enquanto ser⁴⁷, vale dizer, não há o reconhecimento do outro, somente a identificação do eu. A ruptura com a filosofia da consciência (subjetividade), ocorre no século XX, a partir do denominado de giro linguístico.

Este "giro 'liberta' a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passará, na modernidade, para a consciência"⁴⁸. Considere-se, por relevante, que o "giro ou guinada" não considera que os problemas filosóficos sejam linguísticos. Mais que isso, da epistemologia (teoria geral ou teoria do conhecimento) avança-se para o mundo prático da filosofia. É na linguagem que se dá a ação, que se dá o sentido. E mais, "o sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade 'assujeitadora', e não o sujeito da relação de objetos".⁴⁹

Wittgenstein, foi responsável por trazer a pragmática para a filosofia, mediante os jogos de linguagem, com a intenção de superar a metafísica do sujeito-objeto. Essa teoria apresenta a linguagem como condição de possibilidade do próprio conhecimento, superando sua função designativa ou mediadora do esquema sujeito-objeto, para "conceber a linguagem como o modo pelo qual se conhece o mundo, de forma a conceber um novo esquema: sujeito-sujeito"⁵⁰. A compreensão do esquema sujeito-sujeito é bem apresentada por Oliveira quando coloca que no jogo de linguagem, o homem age de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu e não de acordo com seu próprio arbítrio.

Wittgenstein buscou afastar a compreensão de que cada palavra refletiria um dado objeto específico. Há, portanto, uma diferenciação entre o 'portador do nome' e 'significado do nome', porquanto o significado não dependeria da existência de seu portador. Wittgenstein, na concepção dos jogos de linguagem, consigna que os atos intencionais que outorgam significado não são fundamentais à compreensão da linguagem. Assim, a

⁴⁷ PERES, Fernando Reis de Carvalho. *Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons?* p. 33.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* p. 14.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* p. 14-15.

⁵⁰ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática e esboços de uma nova teoria hermenêutica jurídica. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/800>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 233.

busca deve ser orientada para a variedade de circunstâncias em que os signos linguísticos são submetidos⁵¹. Portanto, a linguagem é estabelecida por meio de critérios públicos, porquanto sua prática (da linguagem) só se torna possível porque há um uso compartilhado da linguagem e que pode ser entendido por todos⁵².

De outro lado, Heidegger procurou, em seu pensamento, desvelar aquilo que ficou impensado durante toda a tradição metafísica: o sentido do ser. Heidegger realocou a questão sobre o sentido do ser para superar a metafísica tradicional do sujeito-objeto, a partir da analítica existencial do Dasein (ser-aí, pre-sença)⁵³. O Dasein (ser-aí, pre-sença) deve ser compreendido como "ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar"⁵⁴.

Com efeito, a teoria heideggeriana procurou compreender o ser do ente na sua historicidade, isto é, no seu acontecer concreto, na sua facticidade, indo "além das dissimulações da vida, para superar o grande equívoco cometido pelo pensamento metafísico, que chamou de ser, o que não era o ser, mais sim o ente"⁵⁵. Neste sentido, Heidegger apresentou uma teoria do ser a partir da finitude da compreensão enquanto condição de acesso ao ser, mediante o método fenomenológico, compondo todo o questionamento pelo sentido à ligação ao tempo⁵⁶. Essa finitude da compreensão não consiste na limitação da tarefa do trabalho filosófico – de pensar o sentido do ser –, mas uma condição de possibilidade para o pensamento, haja vista a temporalidade da existência,

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, abr. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/Revista%20Direitos%20Fundamentais%20%26%20Democracia>. Acesso em: 10 dez. 2021. p. 135.

⁵² PABLOS, Mayara Roberta. **As contribuições de Wittgenstein para a filosofia do direito: uma análise da linguagem e suas regras**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106906/PFIL0196-D.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 38.

⁵³ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática e esboços de uma nova teoria hermenêutica jurídica. p. 234.

⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte 1. 11. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 33, § 2.

⁵⁵ LIMA, Danilo Pereira. Discricionarietà judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 138.

⁵⁶ LIMA, Danilo Pereira. Discricionarietà judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 138.

erigindo a busca da compreensão, do sentido do ser à constatação da sua ambiguidade.

Heidegger identifica dois níveis na fenomenologia: (i) o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão; e (ii) um nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental. Tais níveis, permitem a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de raiz procedimental de acesso ao conhecimento⁵⁷. Portanto, no intuito de superar os equívocos cometidos pela metafísica, "a diferença ontológica e o círculo hermenêutico tiveram um papel fundamental e necessário para pensar aquilo que permaneceu impensado: o sentido do ser"⁵⁸ o que tornou a hermenêutica, para além de uma técnica de interpretação de textos, filosofia.

Dois teoremas são fundamentais para analisar a contribuição de Heidegger: (i) o círculo hermenêutico; e (ii) a diferença ontológica⁵⁹. Esses dois teoremas de Heidegger⁶⁰ constituíram-se em uma virada paradigmática e foram importantes à definição da verdade, a saber: (a) os "entes" no mundo somente "são" pois podem ser compreendidos; (b) o compreender está sujeito a um conjunto de significações e relações linguísticas prévias que o Dasein dispõe; e (c) "o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece, superando, assim, as dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum"⁶¹.

Os pressupostos da teoria heideggeriana se tornaram fundamentais para o projeto hermenêutico de Gadamer, que colocou a linguagem como o ponto

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521149.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021. p. 32.

⁵⁸ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 139.

⁵⁹ O círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (...) sempre chega tarde, porque o Dasein já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, (...) uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do Dasein, e não uma propriedade "colada" sobre o ente, colocado atrás deste ou que para não se sabe onde, em uma espécie de "reino intermediário". STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. p. 32.

⁶⁰ Sobre o tema, ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte 1. p. 98-102, § 13.

⁶¹ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundamentação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

mais elevado da filosofia, isto é, "como condição de possibilidade para a compreensão de uma coisa que somente existe para o homem quando é simbolizada por meio da linguagem"⁶².

Neste sentido, Gadamer transportou a linguagem para o centro da reflexão filosófica, não como uma redução dela à questão de palavras, no sentido nominalista, "mas como mediador do significado e do sentido de algo, superando o entendimento de que há um sujeito cognoscente separado do objeto, capaz de apreendê-lo por meio de um instrumento chamado linguagem"⁶³.

Apropriando-se da visão de Heidegger, Gadamer entende que a compreensão é sempre um "projetar-se", a partir de determinadas perspectivas do intérprete⁶⁴; "quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo"⁶⁵. Portanto, a interpretação textual, no entendimento de Gadamer, advém de uma fusão de horizontes, onde o leitor atinge a perspectiva passada, simultaneamente em que compreende o contexto presente do texto, tratando-se de um processo contínuo, onde "a hermenêutica é um diálogo do intérprete com o texto e com a tradição que circunda a escritura"⁶⁶.

As opiniões prévias do intérprete ou as antecipações de sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedades do julgador, porquanto "a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias"⁶⁷. Trata-se, em realidade, do intérprete deixar que o texto diga algo antes do intérprete dizer algo do texto.

⁶² LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 139.

⁶³ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 138.

⁶⁴ MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica de Has-Georg Gadamer. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 47-56, dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/503>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 49.

⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 356.

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e críticap. 145.

⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 356.

Assim, o intérprete atua sobre o texto, recriando-o a cada nova experiência, numa espécie de movimento em espiral, pois a "pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se"⁶⁸ a cada rodada. Para Gadamer, cada volta pressupõe o reajuste das expectativas, na medida que o texto as requeira, considerando-se a unidade de pensamento nele expressada, sendo encargo do círculo hermenêutico, "ampliar, em círculo concêntricos, a unidade do sentido compreendido"⁶⁹.

Portanto, Gadamer tem uma "concepção de linguagem que supera a limitação erudita do texto, através de uma fundamentação feita sobre a base do diálogo e do entendimento inter-humano".⁷⁰ Em sua hermenêutica filosófica, do paradigma da linguagem e na existência do Dasein, Gadamer além de considerar a dimensão linguística da pré-compreensão do sujeito (auto-compreensão), presta especial atenção e insere em sua teoria o contexto histórico no qual o sujeito está inserido.

Importante ressaltar que conhecer é interpretar, é compreender, uma vez que a busca do conhecimento é também um ato contínuo de interpretar daquilo que se quer conhecer. Porém, conhecer não se reduz ao mundo da natureza, propaga-se para o campo da cultura, das relações sociais, das normas e das instituições que as disciplinam.

Frente às mudanças paradigmáticas da viragem ontológico-linguística, é imprescindível criar condições para que o poder dos magistrados não supere ao do direito, o que pressupõe o sobrepujamento do positivismo kelseniano e da teoria da argumentação de Alexy.

A guinada ontológico-linguística abriu flanco para novas possibilidades à compreensão do Direito, tornando impossível aferrar-se à conduta discricionária de decisões judiciais e, neste sentido, "em tempos de superação do sujeito solipsista pela filosofia hermenêutica, de Heidegger, e pela

⁶⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial (entre) o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitos, 2008. p. 178.

⁶⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial (entre) o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. p. 178.

⁷⁰ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial (entre) o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. p. 171.

hermenêutica filosófica, de Gadamer, é impossível continuar insistindo⁷¹ com qualquer posição voluntarista (discricionária) na elaboração da decisão judicial.

Não se trata de diminuir a importância da atividade jurisdicional, mas impedir que o desbordamento decorrente do velho problema engendrado pela filosofia da consciência, isto é, a discricionariedade, oponha-se aos limites definidos pelo Estado Democrático de Direito⁷².

A interpretação do Direito (normas e princípios) não equivale a decidir conforme a consciência do intérprete, uma vez que para se guindar a legitimidade do Poder Judiciário deve-se assimilar que a hermenêutica estabelece critérios e procedimentos que limitam o aplicador, especialmente aqueles imanentes das próprias constituições que demarcam a legitimidade do Direito (procedimento e substância constitucional), obrigando-o à Democracia.

Considerações finais

À guisa de notas finais e valendo-se do arcabouço teórico que ensejou a discussão da questão da hermenêutica jurídica contemporânea a partir da revolução ensejada pelo giro-linguístico, superados os entendimentos de que “o direito é o que a lei diz”, decorrente do positivismo exegetico; ou o de que “o juiz é a boca da lei”, que há muito não vigora pela inaceitabilidade social; ou ao entendimento em vigor na “era dos princípios”, que afirma que “Direito é o que os juízes dizem”; assume-se, assim, que o direito se modifica assimilando as transformações da sociedade e não há como travar-se tal discussão sem a adoção de um paradigma de racionalidade.

Poucos são os que ainda defendem a ideia de que “o direito é o que a lei diz” e que “o juiz é a boca da lei”, contudo, muitos ainda defendem a concepção de que “o direito é o que os juízes dizem”. Assim, com base na teoria da linguagem e na hermenêutica filosófica, uma nova hermenêutica que remonta às ideias de Copérnico, Heidegger e Gadamer e, no contexto brasileiro, a Streck, Barbosa, Oliveira, Pablos, Peres, Marrafon, Lima, Clève, Meneses e Mello, entre outros.

⁷¹ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 140.

⁷² LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. p. 141.

Se os princípios são o meio pelo qual a moral embebe o Direito, numa tentativa de superação da herança positivista, atualmente, como opção constitucional optou-se em acolher no Direito a moral. Contudo, esses princípios não estão a garantir um “plus axiológico-interpretativo” que poderia transformar o juiz em um super intérprete, ou naquele que descobriria sentidos ocultos no texto normativo. A superação do esquema sujeito-objeto faz com que as relações se deem na intersubjetividade, e não se está referindo àquela assujeitadora.

Embora mesmo na era dos princípios haja quem defenda a possibilidade de os juízes dizerem de forma solipsista o que é o Direito, releva-se a necessidade do reconhecimento da normatividade dos princípios, pela evidente necessidade de reestruturação da hermenêutica, para que esta se adeque ao modelo intersubjetivo instaurado por Heidegger, Wittgenstein e Gadamer.

A era dos princípios rompe com o modelo de regras. Os direitos humanos, fundamentais e sociais ingressam, como *práxis*, garantida constitucionalmente, resguardando o modelo democrático vigente no país, possibilitador de acolhimento de demandas sociais e fomentador de transformações da sociedade.

Assim, defendendo a denominada nova hermenêutica, a aplicação do Direito deve se pautar por uma visão pragmática, de natureza provisória e em constante revisão, garantida pelo texto constitucional e pelas leis infraconstitucionais.

Referências das fontes citadas

ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. **Revista de Processo**, Distrito Federal, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/51903609/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de

comum law e civil law na sociedade contemporânea. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26603 – Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, abr. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/Revista%20Direitos%20Fundamentais%20%26%20Democracia>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 239-254, maio 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/516> Acesso em: 12 out. 2021.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/en.php> p. Acesso em: 14 abr. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte 1. 11. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 131-160, jan./abr. 2017.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/163>. Acesso em: 02 nov. 2021.

LOPES, Tomás Jobin Coutinho. Filosofia metafísica-transcendental, fenomenologia e giro linguístico: reflexões sobre hermenêutica clássica e filosófica. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 20, n. 4256, fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32380>. Acesso em: 02 jan. 2022.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundamentação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/F66fxBT8QWWWhKVQ7QyVm9Gn/?lang=pt>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica de Has-Georg Gadamer. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 47-56, dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/503>. Acesso em: 02 nov. 2021.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática e esboços de uma nova teoria hermenêutica jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/800>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PABLOS, Mayara Roberta. **As contribuições de Wittgenstein para a filosofia do direito**: uma análise da linguagem e suas regras. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106906/PFIL0196-D.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Serro, n. 3, p. 174-190, ago./set. 2010. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2002>. Acesso em: 15 jan. 2023.

PERES, Fernando Reis de Carvalho. Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons? **Iurisprudencia**, Juina, v. 2, n. 4, p. 25-36, jun./dez. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. v. 3. São Paulo: Paulus, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521149.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

TEIXEIRA, João P. F. de S. A.; LOBO, Júlio C. M.; DEOCLECIANO, Pedro R. M. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/46>. Acesso em: 01 fev. 2023.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 12 dez. 2021.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 02 jan. 2022.