

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;

coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-132-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

REVIRAVOLTA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA E ESBOÇOS DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

PRAGMATIC TWIST OF THE LINGUISTIC TURN AND OUTLINES OF A NEW LEGAL HERMENEUTICS

**Guilherme Fonseca de Oliveira
Matheus Gomes Camacho**

Resumo

O presente artigo visa a demonstrar a necessidade de reestruturação da hermenêutica jurídica, adequando-a ao paradigma ora vigente, o da linguagem. Deste modo, por intermédio de uma revisão bibliográfica, discorre-se sobre os paradigmas do conhecimento: parte desde a busca pelas essências, no paradigma do ser, passando pelo denominado sujeito assujeitador, na filosofia da consciência, chegando ao paradigma da intersubjetividade, que alinha teoria e prática e reformula a função da linguagem - que deixa de ser elemento meramente designativo para passar a condição de possibilidade do próprio conhecimento. Discute-se as influências deste último paradigma para o como da hermenêutica, almejando demonstrar que a adoção desse novo paradigma exige a reformulação de conceitos-chave da hermenêutica tradicional, tais como distinção entre texto e norma e o modo como se encara o fenômeno da pré-compreensão. Explorando esses conceitos, estuda-se, ao fim, o que é o direito: o que os juízes dizem ou o que a lei diz. Arremata-se no sentido de que nem tanto o que os juízes dizem nem tanto o que a lei diz, mas uma terceira via que reconhece a necessária interpretação e, ao mesmo tempo, observância dos limites da legalidade e respeito à tradição.

Palavras-chave: Reviravolta linguístico-pragmática, Nova hermenêutica, Hermenêutica jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate need to restructure de legal hermeneutics, adjusting it to the current language paradigm. Thus, through literature review, it discusses about the paradigms of knowledge: starts from the search for essences, in paradigm of being, passing through so-called " subjugated subject" in the philosophy of consciousness, reaching the paradigm of inter-subjectivity, which aligns theory and practice and reformulates the function of language - it ceases to be purely designating element to pass the condition of possibility of knowledge. It discusses the influences of the latter paradigm for the "how" of hermeneutics, aiming to demonstrate the adoption of this new paradigm requires the reformulation of key concepts of traditional hermeneutics, including distinguishing between text and norm and how to face the phenomenon pre-understanding. Exploring these concepts, analyzes, at the end, what is the law: "What the judges say" or "what the law says." It concludes claiming law is not "what the judges say" neither "what the law says", but a third way that recognizes the

need for interpretation and, the same time, compliance with the legal limits and respect for tradition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pragmatic twist of the linguistic turn, New hermeneutics, Juridic hermeneutics

INTRODUÇÃO

Filosofia e direito sempre foram disciplinas essencialmente conexas.

Dentre as inúmeras contribuições da filosofia ao direito, a formulação de paradigmas do conhecimento talvez seja a de maior relevância quando o assunto é *racionalidade*; afinal, é o que em cada época constitui o fundamento de aferição de verdade. Para o direito, é o que permite falar em decisões certas ou erradas (o que não se confunde com única resposta).

A justificativa do estudo repousa em demonstrar que a boa delimitação de um paradigma do conhecimento se torna condição de possibilidade para (um)a nova hermenêutica, que, a considerar os avanços do *como* do próprio conhecimento, exige a construção de novas formas de interpretar o direito com vistas à racionalidade.

Na primeira parte deste artigo, explora-se brevemente a evolução dos paradigmas do conhecimento no pensamento filosófico: parte-se da busca pela verdade determinada pela estrutura das coisas (paradigma do ser), passando pela análise do “sujeito assujeitador”, que nasce com a modernidade (paradigma da consciência), até o advento do último e atual paradigma (da linguagem), que reformula radicalmente tudo o que até então se tinha e consegue, finalmente, (re)conciliar teoria e prática, além de tornar a linguagem condição de possibilidade do próprio conhecimento.

Dá-se especial importância ao último paradigma do conhecimento, que emerge principalmente com as contribuições de Heidegger e Wittgenstein, e que dão novos e decisivos rumos ao *como* do próprio conhecimento.

Na segunda parte, abraçando o novo horizonte aberto pelo paradigma da linguagem, e partindo de uma oposição didática sobre a própria forma como se concebe a aplicação do direito - “o direito é o que a lei diz” ou “o direito é o que os juízes dizem” (?) -, são discutidos conceitos-chave da hermenêutica tradicional, reformulados pela denominada nova hermenêutica, tais como a distinção entre texto e norma, a função da pré-compreensão, o círculo hermenêutico etc.

Conclui-se, ao fim, que o direito não pode ser nem tanto o que a lei diz, nem tanto o que os juízes dizem, mas é (=deve-ser) uma terceira via que reconhece a necessária interpretação e, ao mesmo tempo, observância dos limites da legalidade e respeito à tradição.

Com intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, selecionaram-se obras que tratam da reviravolta linguístico-pragmática e outras que

tratam especificamente da nova hermenêutica, em especial no Brasil. Buscou-se, também, consulta a artigos científicos e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

1 UMA QUESTÃO DE PARADIGMAS

A questão da verdade constitui valor irrenunciável para o direito, isto é, não se pode pensar o direito desprendido da questão de sua interpretação e consequentemente da possibilidade de correção dessas interpretações (=aferição de verdade): há que se poder falar em decisões certas ou erradas.

Para se falar em decisões certas ou erradas, no entanto, é necessário que antes se delimite um paradigma, ou seja, é necessário algo que permita compreender o que *vem a ser* verdade... e é justamente essa preocupação que encaminha ao estudo *no* direito dos paradigmas do conhecimento que se situam originariamente no campo da filosofia.

A questão da verdade desde há muito assola os pensadores: a *vontade de verdade* sempre preocupou aqueles que se dedicaram(-vam) ao conhecimento. E isto é assim porque, ora, de que adiantaria discorrer incansavelmente sobre os inúmeros problemas da vida se fosse permitido dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa? Daí a necessidade de se estudar dentro de tudo o que era dito aquilo que poderia ser *levado a sério*.

Todavia, para entender essa questão uma breve regressão histórica se faz necessária: essa regressão, contudo, é feita com vistas ao último e atual paradigma, o paradigma da linguagem ou da intersubjetividade. Emprega-se, assim, esforço para demonstrar como a linguagem passa de elemento meramente descritivo, nos dois primeiros paradigmas, para condição de possibilidade do próprio conhecimento, no último.

Aristóteles - e toda a tradição que se seguiu até à ascensão da consciência como parâmetro de verificação da verdade - “determinava a estrutura do real como condição de possibilidade do pensamento” (OLIVEIRA, 2006, p. 31), isto é, vinculava-se à ideia de verdade à busca pelas essências das coisas... se discutia, então, o alcance *daquilo que é*.

Nessa quadra da história, embora se discutisse a linguagem, esta tinha caráter meramente designativo ou descritivo, sempre em função e na busca das essências:

Aristóteles que influenciou realmente o Ocidente foi o Aristóteles da concepção designativa da linguagem. K-O Apel articulou esquematicamente tal concepção da linguagem e sua relação com o conhecimento. [...] Em primeiro lugar, conhecemos, cada um por si e independentemente dos outros, os elementos do mundo sensível dado; depois, por meio de abstração, com o auxílio do instrumento da lógica universalmente validade, *captamos a estrutura ontológica do mundo*; no terceiro momento designamos por meio de acordo os elementos da ordem estrutural do mundo e representamos os conteúdos por meio da associação de símbolos; por fim, comunicamos a outros homens por meio de associação de símbolos os conteúdos por nós conhecidos (OLIVEIRA, 2006, p. 33).

Nada obstante, com o decorrer da história e a ascensão do homem enquanto ser doador de sentido ao mundo - que se deu na modernidade -, essa busca pelas essências tomou outros rumos. Ou seja, em que pese tal concepção tenha servido ao mundo por mais de um milênio, os avanços históricos demandaram uma nova forma de pensar.

Dessa maneira, embora a (busca pela) verdade permanecesse na pauta dos filósofos, a concepção sobre a verdade baseada na estrutura do real não mais se punha enquanto parâmetro de verdade coletivamente aceito.

O ser humano, com a chegada da modernidade, passou a ser o chamado “sujeito assujeitador”; ou seja, passou a ser aquele que atribuíria sentido ao mundo e lhe conferia o status de verdade – individualmente/subjetivamente.

E é despidendo dizer que, neste paradigma, a linguagem ainda possuía função secundária, meramente designativa.

Para a filosofia da consciência (paradigma da subjetividade), o homem não mais se sujeita(va) às estruturas: anuncia(va)-se o nascimento do sujeito, que passa(va) a assujeitar as coisas (STRECK, 2013, p. 13-14).

Sem prejuízo da contribuição de inúmeros outros filósofos modernos, é de se reconhecer a especial contribuição de Kant, que pregando o *Aufklärung*¹ acreditava na quase onipotência da razão.

¹ Termo empregado por Kant para designar *Iluminismo* no sentido de “ouse conhecer”, no famigerado texto “Resposta à pergunta: que é esclarecimento?”, ressaltando o apreço exacerbado à razão que se empregava à época.

Ocorre que, todavia, um pouco mais adiante, num momento em que a razão iluminista já não se encontrava em seu apogeu, algumas críticas lançadas à (plena) autonomia do sujeito levaram os filósofos a mais uma vez pensar o fundamento da verdade nas ciências.

Martin Heidegger em *Ser e Tempo*, observando o contexto histórico que denunciava a fragilização do paradigma do conhecimento vigente à época (filosofia da consciência), afirmou: “hoje em dia, surgem tendências em quase todas as disciplinas no sentido de colocar as pesquisas em novos fundamentos” (2014, p. 45-46).

Ernildo Stein, ainda sobre a ruptura com a filosofia da consciência, ressalta as críticas daqueles que denomina “os três mestres da suspeita”: Darwin, Marx e Freud². Acresce, por derradeiro, um quarto: Nietzsche.

As críticas desses pensadores acaba por desferir o golpe de misericórdia no paradigma de conhecimento vigente à época, encaminhando posteriormente à necessária e inadiável revisão do parâmetro de verificação da verdade então adotado, que só viria com Wittgenstein e Heidegger.

Darwin mostrou que não somos tanto do espírito, mas que teríamos uma determinação biológica muito maior do que até então se pensava. Ao seu lado, Marx levanta a questão dos determinismos materiais, a fim de demonstrar que a história era influenciada pelo capital e não decorria pura e simplesmente da cabeça dos grandes líderes. Freud, por seu turno, revelou que a liberdade que pensávamos ter para comandar nossos atos muitas vezes era diminuída ou nula, haja vista a atuação do inconsciente (STEIN, 2011, p. 52).

Nietzsche, por último, com a frase “Não há verdade, tudo é interpretação”, e a construção filosófica que a acompanha, demonstra que a verdade só é alcançável mediante a interpretação (STEIN, 2011, p. 54).

E é nesse contexto que o fundamento de verdade aceito à época sucumbe.

As críticas desses mestres da suspeita, e a necessária revisão do fundamento último e inabalável de verificação da verdade (que acabou por ser uma destruição), leva à próxima fase do estudo: a ascensão do último paradigma do conhecimento.

A reviravolta linguístico-pragmática emerge como o estágio de superação do esquema sujeito-objeto, onde a preocupação é justamente derrubar a cisão entre teoria

² As considerações sobre a relevância de Darwin, Freud e Marx na fragilização do paradigma da consciência, muito embora não idênticas, também são consideradas por Luís Roberto Barroso, *in* Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro... p. 8-10.

e prática que imperou tanto na filosofia do ser (=paradigma aristotélico) quanto no paradigma da consciência (=modernidade). Neste ponto, como muito bem pontua Streck, o “*que há de comum entre Kant e Aristóteles é que em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa*” (2011, p. 154).

A filosofia da linguagem, no entanto, derruba essa barreira.

Wittgenstein e Heidegger são os precursores da reviravolta linguístico-pragmática. Cada um deles, em campos distintos embora complementares, tem contribuição para o (re)pensar (d)o paradigma do conhecimento: Wittgenstein³ pela incursão da pragmática no campo da filosofia, mediante os jogos de linguagem; Heidegger⁴ pela recolocação da questão sobre o sentido do ser, haja vista a imprescindível superação da metafísica tradicional.

Wittgenstein, ou melhor, o Wittgenstein II para o que aqui interessa, foi responsável pela incursão da pragmática na filosofia, mediante os jogos de linguagem. Essa empreitada vem para combater a busca pelas essências que contaminava o imaginário dos filósofos: “*A linguagem – diz o “segundo Wittgenstein” – engendra ela mesma superstições das quais é preciso desfazer-se [...] o centro desse enfeitiçamento da linguagem sobre a inteligência humana encontra-se nas tentativas para se descobrir a essência da linguagem*” (D’OLIVEIRA, 1999, p. 13-14) e mais adiante conclui “[*a*] *atitude metafísica deve ser substituída pela atitude prática*” (D’OLIVEIRA, 1999, p. 14).

A superação da metafísica que Wittgenstein tenta arquitetar é mediada pelos jogos de linguagem: essa teoria, ao contrário do que se experimentou até então, coloca a linguagem como pano de fundo/condição de possibilidade do próprio conhecimento.

³ Em breve biografia constante da coletânea “Os Pensadores”, em obra destinada a Wittgenstein, é possível observar a seguinte passagem: “EM RETRATOS DE MEMÓRIA, o filósofo Bertrand Russell (1872-1970) conta que, por volta de 1913, tinha entre seus alunos da Universidade de Cambridge um tão esquisito, a ponto de, após todo um período letivo, o filósofo não saber dizer se se tratava apenas de um excêntrico ou de um homem de gênio. Sua perplexidade aumentou ainda mais quando foi procurado pelo estranho aluno, que lhe fez uma insólita pergunta: “O senhor poderia fazer a fineza de me dizer se sou ou não um completo idiota?”. Russel respondeu que não sabia e perguntou-lhe das razões de sua dúvida. O aluno replicou: “Caso seja um completo idiota, me dedicarei à aeronáutica; caso contrário, tornar-me-ei filósofo”. Russell não encontrou outra saída para se desfazer da embaraçosa questão, a não ser pedindo-lhe que escrevesse um assunto filosófico qualquer, e depois lhe mostrasse. Passado algum tempo, o aluno retornou com o trabalho e o filósofo depois de ler apenas uma linha, sentenciou: “Não, você não deve se tornar aeronauta”” (D’OLIVEIRA, 1999, p. 5). Embora seu curioso gênio, nesta mesma biografia, encontramos a afirmação de que esse excêntrico aluno foi “uma das principais figuras da filosofia do século XX” (D’OLIVEIRA, 1999, p. 5). E diferentemente não poderia ser: foi responsável por parcela substancial da reconstrução da filosofia contemporânea.

⁴ Heidegger, por sua vez, também foi uma figura peculiar: suas peculiaridades vão desde a sua genialidade até o seu conturbado envolvimento com o nazismo. Autor de mais de cem obras, é de indiscutível relevância para a história do pensamento.

Deixa-se de atribuir à linguagem função meramente designativa (=mediadora), num esquema sujeito-objeto, e passa-se a conceber a linguagem como o modo pelo qual se conhece o mundo, de forma a conceber um novo esquema: sujeito-sujeito.

Mas, ora, por esquema sujeito-sujeito o que se quer dizer?

No jogo [de linguagem], o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu. Essas regras constituem um quadro de referência intersubjetivo que, por um lado, determina as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente, e, por outro, deixa ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas (OLIVEIRA, 2006, p.143-144).

Até então o que se pensava sobre a linguagem eram os essencialismos conexos à semântica pura. Para Wittgenstein, no entanto, “*só aprendemos a significação das palavras quando sabemos operar com elas, isto é, quando internalizamos as regras de seu uso nos diversos jogos de linguagem*” (OLIVEIRA, 2006, p. 145). E é precisamente neste ponto que “*os problemas da semântica só são resolvidos na medida em que ela atinge a pragmática*” (OLIVEIRA, 2006, p. 146).

Mais uma vez: só se pode falar em conhecimento à luz do pensamento de Wittgenstein quando há substituição da metafísica tradicional pela atitude prática.

Wittgenstein, por derradeiro, repudia a ideia de linguagem privada: só existe linguagem intersubjetiva: no § 265º de suas *Investigações Filosóficas* o autor em comento suscita esta questão, de forma que nega a possibilidade de uma justificação exclusivamente subjetiva, ou seja, independente de uma linguagem prévia que a justifique (1999, p. 102).

Estas breves linhas, acredita-se, permitem compreender ao menos para os fins propostos a contribuição de Wittgenstein para a filosofia.

Heidegger, por sua vez, pretende a superação da metafísica tradicional, mas “a superação da metafísica, todavia, não significa o seu fim” (STEIN, 2011, p. 29). O que Heidegger pretende é reformular a questão sobre o sentido do ser a partir da analítica existencial do *Dasein*. Pretende, ao fim, uma destruição da metafísica

tradicional⁵. E já na Introdução de *Ser e Tempo* é possível notar a sua crítica à ontologia tradicional:

Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido do ser e não tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental (HEIDEGGER, 2014, p. 47).

O recorte deste trabalho não permite analisar profundamente a obra de Heidegger, pelo que se analisará apenas a distinção entre ser e ente que confundia a história do pensamento e que se torna condição de possibilidade para, num segundo momento, compreender a distinção entre texto e norma.

Como já mencionado, em tempos de reviravolta linguístico-pragmática, não se fala mais em essencialismos; então, para a distinção entre ser e ente é necessário entender que o *ser humano, enquanto ser histórico, ao lançar alguma pergunta a faz a partir de determinada tradição*. E como não mais se almeja alcançar as coisas mesmas - mas compreender o ser de um ente -, tem-se que a própria compreensão do ser depende e se dá em função do tempo: passado, presente e futuro. Heidegger, sobre essa questão e reafirmando que o ser do *Dasein* tem o seu sentido na temporalidade, sustenta:

O ser da presença [Dasein] tem o seu sentido na temporalidade. Esta, por sua vez, é também condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal da própria presença [Dasein], mesmo abstraindo da questão do se e como a presença é um ente no tempo [...] Historicidade indica a constituição de ser do “acontecer”, próprio da presença [Dasein] como tal [...] Explicitamente ou não, a presença [Dasein] é sempre o seu passado e não apenas no sentido do passado do que sempre arrasta “atrás” de si e, desse modo, possui, como simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença [Dasein]. Não. [...] Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença [Dasein] sempre já nasceu e cresceu

⁵ Sobre a função da linguagem, Hans-Georg Flickinger, referindo-se ao novo horizonte que se abria à hermenêutica diante das incomensuráveis contribuições de Heidegger, expõe: “A destruição da metafísica tradicional por Heidegger, que pôs em xeque a tradição filosófica preocupada em legitimar o saber científico a partir de um princípio último inabalável, ofereceu ao jovem pesquisador [Gadamer] um caminho de investigação promissor. [...] Para Heidegger, o entendimento das raízes da filosofia, plantadas na tradição grega, passa pela sensibilidade em relação à língua: o homem é ser movido por ela. Com a bela metáfora de que “a linguagem é a casa na qual se vive”, Heidegger adscreeu a ela a função de chave para o mundo; a ela caberia apontar o contexto no qual a existência humana se realiza” (2014, p.27).

dentro de uma interpretação de si mesma [...] Essa compreensão lhe abre e regula as possibilidades de seu ser. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua “geração”, não *segue*, mas precede a presença, antecipando-lhe os passos.

Ou seja, não se fala mais num “sujeito solitário”, mas numa comunidade que antecipa qualquer constituição de sentido. (STRECK, 2013, p. 12).

A compreensão do ser de um ente, portanto, não se confunde com o ente numa espécie de *entidade*, mas, sim, na compreensão que se tem do ser do ente à luz de determinada tradição em determinado momento histórico.

Essas ponderações, enfim, encerram uma breve síntese sobre a reviravolta linguístico-pragmática com vistas ao intento deste trabalho: (re)pensar a hermenêutica jurídica à luz do paradigma da linguagem.

2 ESBOÇOS DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA⁶⁷.

Neste ponto, discute-se a questão da hermenêutica jurídica a partir de um novo horizonte: a reviravolta linguístico-pragmática, que, como não poderia deixar de ser, propõe uma nova ótica para encarar o Direito e a sua forma de interpretação: a proposta leva à (re)discussão de questões basilares de toda disciplina, de modo a promover e incentivar uma revisão da teoria das normas e elaboração de uma adequada teoria da decisão judicial.

Para o que se pretende abordar, optou-se por partir de duas famigeradas frases que remontam aos paradigmas anteriores, a saber: “o direito é o que a lei diz” (paradigma do ser) e “o direito é o que os juízes dizem” (paradigma da consciência); isto porque, embora o direito tenha passado à margem das discussões sobre a concepção de fundamento, num misto de objetivismo e subjetivismo (STRECK, 2013,

⁶ A nova hermenêutica que aqui se refere é aquela que remonta principalmente a Heidegger e Gadamer, e que, para os fins de sua difusão no contexto brasileiro, se vale principalmente das contribuições de Lênio Luiz Streck e Eros Roberto Grau.

⁷ Neste trabalho tem-se a preocupação em combater o que Alexandre Morais da Rosa denomina de “perspectiva da moda” sobre o direito e tem como função principal a justiça na aplicação do direito ao caso concreto. Sobre a aplicação do direito no Brasil, oferecendo a preocupação com a nova hermenêutica como saída para o problema, diz “A Hermenêutica Filosófica aponta justamente que não se pode tudo, enfim, que todos os estilos pessoais guardam uma referência coletiva e que não se pode fazer um idioleto, ou seja, uma linguagem individual” (ROSA, 2011, p. 131).

p. 12), não se entende viável tal discussão sem a adoção de um paradigma de racionalidade.

Mais uma vez: a verdade é valor irrenunciável para o direito.

Sabe-se que, hoje, são poucos os que ainda defendem a ideia de que “o direito é o que a lei diz”; tal concepção remonta ao positivismo exegético, ou ao “juiz boca da lei”, que de há muito não goza de aceitabilidade social. Na chamada “era dos princípios”⁸, ao revés, a ideia mais em voga remonta ao “direito é o que os juízes dizem”⁹ – muitos são os que defendem tal concepção. Todavia, seria democrática essa postura? À luz do paradigma da linguagem, ao fim e ao cabo, seria o direito tão somente o que os juízes dizem?

Antes de responder a essas questões, é imprescindível discutir a função dos princípios na atual quadra da história.

Segundo muito bem pontua Lênio Streck, os princípios são o meio pelo qual a moral é (re)incorporada ao direito. Numa tentativa de superação do legado positivista, na contemporaneidade, como opção constitucional, opta-se por abrigar no direito a moral, e “é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como “ideal de vida boa” da sociedade” (2014, p. 235); e, com essa mesma proposta, o próprio direito se modifica, “passando a ter um caráter de transformação da sociedade” (2014, p. 238).

Contudo, o mesmo autor assevera:

[A] era dos princípios não é – de modo algum – um *plus* axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em um superjuiz que vai descobrir os “valores ocultos” no texto, agora auxiliado pelos princípios [...] A superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se deem em uma intersubjetividade. A maior liberdade na interpretação (atribuição de sentidos) em favor dos juízes acarretaria na afirmação da *subjetividade assujeitadora*” (STRECK, 2014, p. 250-251).

⁸ “A assim denominada “era dos princípios” representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Os direitos humanos/fundamentais/sociais/ ingressam – como mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar a infundáveis discussões acerca da “distinção” entre regras e princípios; só que essa é uma discussão semântica). Mas antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa, isto é, a questão que sustenta a revolução copernicana proporcionada pelo *ontologische Wendung* (giro ontológico), condição de possibilidade para a superação de qualquer dualismo decorrente do esquema sujeito-objeto.” (STRECK, 2014, p. 314)

⁹ Não se discute aqui a respeito de eventual natureza constitutiva da decisão judicial, mas questiona-se a possibilidade de o direito ser o que os juízes dizem sem preocupação com a tradição e com antecipação de sentidos imposta por ela. Partindo de um grau zero de sentido, para dialogar com Lênio Luiz Streck.

Então, embora ainda haja na “era dos princípios” quem defenda a possibilidade de os juízes dizerem de forma solipsista o que é o direito, entender que em tal época se reafirma a possibilidade de livre atribuição de sentido em favor dos juízes é negar a própria normatividade dos princípios. É antes necessário, entende-se, a reestruturação da própria hermenêutica a fim de que esta se adeque ao modelo intersubjetivo instaurado por Heidegger e Wittgenstein, como demonstrado alhures.

No paradigma da intersubjetividade, vários são os esforços de vários estudiosos do direito para tentar alinhar o direito a um paradigma de conhecimento bem delimitado, mas as contribuições no Brasil de Eros Grau e Lênio Streck neste ponto chamam a atenção. Com referencial teórico bem delimitado, (re)discutem várias questões interessantes para a hermenêutica jurídica, questões estas que se passa a ver.

Em tempos de giro-linguístico, a primeira das distinções relevantes surge com a diferenciação entre texto (disposição, enunciado, etc.) e norma. Eros Grau, dialogando com Canotilho e Zagrebelsky, denuncia que texto remete ao sinal linguístico e a norma ao que se revela a partir da interpretação. A interpretação expressa o conteúdo normativo das disposições e é somente a partir da interpretação que *disposições* se transformam em *normas*. O conjunto das disposições é um conjunto de normas em potência, que só ganha significado a partir da interpretação (2014, p. 38).

A nova hermenêutica almeja a superação do ranço positivista: o positivismo normativista, ao menos em suas versões mais ingênuas, almeja “excluir de la interpretación cualquier intervención de elementos distintos al derecho dado”(ZAGREBELSKY, ANO, p. 201); isto, todavia, se afigura ainda como uma aposta nos essencialismos e na possibilidade de se alcançar as coisas mesmas. A distinção entre ser e ente, contudo, derruba essa pretensão, de forma que “no haya norma reguladora del caso sin que medie interpretación” (ZAGREBELSKY, ANO, p. 201). Assim, a simples afirmação de que texto e norma não se confundem já demonstra abismo entre a nova hermenêutica e o que se tinha até então.

Questão substancial suscitada também por esse novo paradigma é no sentido de atrair ao campo do direito a preocupação prática (relembre aqui Wittgenstein). A atitude prática é o meio pelo qual a superação da metafísica se opera pela linguagem, e a preocupação em atrair ao âmbito do direito a realidade fática é o *como* da nova hermenêutica.

A norma a ser considerada no caso concreto não desconsidera a realidade vivida: a norma só existe em função do caso concreto. Veja:

[A] norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados [...] a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer: 1991:381] atualizando-o, contudo (GRAU, 2014, p. 45).

A esta altura já deve estar tranquila a ideia de que não há direito sem interpretação: não há como falar em normas sem um julgador que as construa à luz do caso concreto. Todavia, leitura desatenta ou em tiras do que se concebe a partir da nova hermenêutica poderia vir justamente para avaliar a postura de que “o direito é o que os juízes dizem”. Ora, se só há direito mediante interpretação, outra não seria a conclusão. Com esta ideia, todavia, não é possível concordar. E este ponto leva à análise da pré-compreensão.

Muito já se discutiu sobre as influências da pré-compreensão no âmbito das decisões judiciais; porém, muito se discutiu com vistas à filosofia da consciência.

A forma de abordagem da pré-compreensão no direito pelo paradigma da linguagem dá outros rumos ao tema: ao contrário de se reconhecer a influência de pré-compreensões inarredáveis do âmbito do direito e que contaminariam de subjetivismos as decisões judiciais, agora se questiona a pré-compreensão sob outro prisma: vê-se a partir da antecipação de sentidos.

Eros Grau, dialogando com Gadamer, expõe que a interpretação de textos à luz da nova hermenêutica tem seu momento inicial na pré-compreensão. Mas, antes e reconhecendo isto, diz que toda interpretação deve se defender da arbitrariedade: deve deixar-se determinar pela coisa mesma. Durante a interpretação, é certo, quem deseja compreender um texto sempre se projeta no mesmo: surgindo no texto um primeiro

sentido, o intérprete imediatamente projeta um sentido todo. A compreensão, contudo, consiste na constante revisão do projeto prévio da pré-compreensão. E toda revisão consiste na antecipação de um novo projeto de sentido; mas, veja, se a interpretação sempre começa com conceitos prévios, estes progressivamente devem ser substituídos por outros mais adequados. Aquele que tenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Isto não implica, contudo, que o intérprete deva abandonar todas as suas opiniões, mas, antes, que deva se manter aberto à opinião do texto. (2014, p. 68).

E é aí que se pode notar a contribuição grandiosa da nova hermenêutica: substitui-se ideia de verdade enquanto *adaequatio rei et intellectus* e se reconhece o valor das pré-compreensões sem que, com isto, adote-se uma postura subjetivista.

Por derradeiro, cabem algumas pontuações sobre meios de controle e correção das decisões judiciais, em especial com vistas ao controle da discricionariedade judicial (em sentido forte) fruto da filosofia da consciência, de modo que se faça possível compreender o motivo pelo qual se entende, ao fim, que o direito não é nem o que a lei diz nem o que os juízes dizem: trata-se de uma terceira coisa.

Tentando distinguir o mero subjetivismo da atuação criativa do direito conforme o direito, Eros grau concebe os conceitos de *juízos de legalidade* e *juízos de oportunidade*. Com vistas à nova hermenêutica, “[i]nterpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*” (2014, p. 89). Por juízos de legalidade o autor insiste em elucidar que, independentemente da questão posta, o juiz não constrói a norma livremente (=não lhe é dado formular juízos subjetivistas em detrimento do direito). E é dessa forma que “[j]uízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente” (2014, p. 89).

Assim, para que se possa falar em decisões corretas, não é dado ao intérprete ignorar o texto, devendo agir dentro da moldura proposta pelo texto normativo, sob pena de subverter o texto e atuar em juízo de oportunidade, traindo tudo o que aqui foi dito sobre a preocupação com a verdade pragmática fruto do giro-linguístico.

Ademais, ainda preocupado com a questão da intersubjetividade e da correção das decisões judiciais (=aferição de verdade sob uma concepção pragmática), outra

colocação interessante é proposta por Lênio Streck, que em *Comentários à Constituição do Brasil* mescla às questões hermenêuticas aqui colocadas às questões da integridade e da coerência propostas por Dworkin, de forma que sob um peculiar ponto de vista nota que interpretar o direito com integridade e coerência não é nem se prender à jurisprudência e nem partir de um grau zero de sentido, como se nada pudesse colher da tradição. Veja:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? [...] Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. Há um direito fundamental a um tratamento equânime. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios mais fundamentais da comunidade política como um todo. A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental (STRECK, 2013, online).

E é neste ponto que, mais adiante, ainda dialogando com Dworkin, Streck faz o link com a hermenêutica jurídica aqui discutida e arremata no sentido de que de forma alguma interpretar-aplicar o direito com respeito a tradição é um proibir o interpretar:

Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente. Neste ponto cabe ainda uma outra advertência: a de que obediência da integridade e da coerência não implica uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido. É fundir horizontes. O direito é uma atividade interpretativa que se articula a partir de regras e princípios, prática esta comandada por uma Constituição. Não constitui mais nenhuma novidade afirmar que as palavras da lei (lato sensu) contêm vaguezas e ambiguidades. O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto que sustenta a filosofia da consciência), como se os sentidos a serem atribuídos fossem frutos da vontade (do poder) do intérprete. Definitivamente, o aplicador do direito não é o “proprietário dos sentidos” (STRECK, 2013, online).

Os trechos supracitados deixam claro que, além da preocupação com o conteúdo fático de cada caso, na nova hermenêutica jurídica é possível (e exigível) respeitar o estágio da evolução do conhecimento que se dá pela jurisprudência, e isto é assim porque a incursão da filosofia no direito demanda a conformação do caso concreto para construção da norma; mas, ao mesmo tempo, isto não significa que tal análise ignore a tradição.

Tais colocações encerram este esboço sobre o horizonte que se abre para a hermenêutica a partir das contribuições da reviravolta linguístico-pragmática.

CONCLUSÃO

Essas últimas linhas são antes considerações finais do que efetivamente conclusões; todavia, o rigor acadêmico exige que algo seja dito.

No dia a dia forense, pouca atenção tem sido dada à questão da racionalidade no direito: aparentemente, pensam que “divagações teóricas” não têm muito a proporcionar à “razão prática” que é (=supostamente seria) o direito.

Contudo, em tempos de giro-linguístico, a mera “razão prática” não basta para contemplar os anseios do paradigma vigente. A derrubada da cisão entre teoria e prática impõe um algo mais. E é isto que se tenta discutir. Nesse sentido, a magnitude da reviravolta linguístico-pragmática impõe um necessário (re)pensar o direito, uma necessária reformulação da teoria das normas, da teoria da decisão judicial, do *como* se aplica o direito no Brasil.

As contribuições de uma série de pensadores do direito - que, aliás, foram reiteradamente citados no desenvolvimento deste trabalho -, demonstra que é possível construir uma nova forma de interpretar o direito. E essa nova forma de interpretar tem a preocupação com a necessária incursão da filosofia *no* direito, com vistas à racionalidade.

E, diga-se, a racionalidade *no* direito é antes uma preocupação com a justiça na aplicação do direito do que mero preciosismo acadêmico, como pensam alguns. É, antes de tudo, a preocupação de que o direito atenda às exigências de um novo paradigma que surgiu justamente das necessidades de uma nova sociedade, que é complexa por natureza.

Por derradeiro, os estreitos limites desse artigo não tem outra função se não a de contribuir para a difusão da reviravolta linguístico-pragmática e dos seus reflexos no âmbito da hermenêutica jurídica; porém, sem caráter exaustivo.

Sobretudo, se teve o intuito de questionar as bases do *como* se vê a aplicação do direito hoje, se pautado ainda na busca pelas essências ou se, numa visão mais sóbria, a partir de uma concepção pragmática, de natureza provisória e de constante revisão.

A conclusão deste trabalho é de que o direito hoje demanda uma interpretação intersubjetiva, mas que, ao mesmo tempo, leve a sério a subjetividade e o *como* essa subjetividade influencia ato de julgar.

A proposta, enfim, é de fazer coro às vozes que hoje defendem a denominada nova hermenêutica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 06 maio 2015.

D'OLIVEIRA, Armando Mora. Vida e Obra In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Coleção Pensadores)

FLICKINGER, Hans-Georg. **Gadamer & a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. (Coleção Pensadores & Educação).

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editoria Universitária São Francisco, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ROSA, Alexandre Morais. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e**

epistemologia: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 153-172, 2011

STEIN, Ernildo. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger/ Ernildo Stein. Existência em Heidegger e Tugendhat/ Marcos Fanton* - Ijuí: Ed. Unijuí, 2011

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.* In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 153-172, 2011.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed., rev., mod., ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. - (Coleção Os Pensadores)

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional.** Título original: *La legge e la sua giustizia.* Traducción: Manuel Martínez y Adela Mora Cañada. Madrid: Editorial Trotta, 2014.