

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

FERNANDO SANTOS DA SILVA JÚNIOR

O PROBLEMA DA (NÃO) APREENSÃO DO GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA JURISPRUDENCIAL: A garantia da segurança jurídica no controle de constitucionalidade brasileiro.

São Luís

2021

FERNANDO SANTOS DA SILVA JÚNIOR

O PROBLEMA DA (NÃO) APREENSÃO DO GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA JURISPRUDENCIAL: A garantia da segurança jurídica no controle de constitucionalidade brasileiro.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa

São Luís

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Silva Júnior, Fernando Santos Da

O problema da (não) apreensão do giro ontológico linguístico na hermenêutica jurídica jurisprudencial: a garantia da segurança jurídica de constitucionalidade brasileiro. / Fernando Santos da Silva Júnior. — São Luís, 2021.

54 f.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Hermenêutica Jurídica. 2. Giro ontológico. 3. Linguagem. Controle de Constitucionalidade. I. Título.

CDU 340.132

FERNANDO SANTOS DA SILVA JÚNIOR

O PROBLEMA DA (NÃO) APREENSÃO DO GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA JURISPRUDENCIAL: A garantia da segurança jurídica no controle de constitucionalidade brasileiro.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Unidade como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa

Aprovada em: 14/06/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa (Orientador)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Me. José Murilo Duailibe Neto

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Esp. Thales da Costa Lopes

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

À Deus, que é o *logos*, por estar presente em nós.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por intermédio de Kierkegaard, em afirmar que a angústia é presente na vida, mas que o saber-decidir, com prudência, nos leva a um caminho de glória. À Deus, por me fazer entender que por intermédio da fé tudo é possível, a fim de que fuçamos da needade e ignorância dos homens. À Deus por ter me ensinado a ser grato pela sua graça, por me ensinar a ser diferente daqueles que negam a vida e a compaixão.

À minha família, por estar sempre presente nos momentos de júbilo e de angústia, mediando sempre com sutileza a ajuda necessária para suportar qualquer necessidade. Por me ensinarem os valores mais louváveis que me engradece e diferencia. À meus pais em especial, por serem pessoas batalhadoras que sempre me ensinaram a persistir, sob o exemplo de vida deles.

À minha namorada por me apoiar nos meus interesses e sempre me incentivar a crescer na vida acadêmica e na futura advocacia. Por mostrar o que tenho de melhor pra lhe oferecer em forma de amor.

Aos meus eternos professores secundaristas que me incentivaram o gosto pelas letras. À Francivaldo, pastor negro, que domina os caminhos da história. À Cidão, pelos diálogos em que poucos interessados na sala de aula tiveram o privilégio de ter.

Agradeço aos meus professores da faculdade pelos anos de ensinamentos que com maestria souberam expor as melhores veredas no Direito. À Amanda Thomé, Arnaldo Vieira, Cleopas Isaías, Daniel Minha Jóia, Gabriela Heckler, João Carlos, Jorge Serejo, Josanne Façanha, Luiz Fernando, Murilo Duailibe, Thales Lopes, Vail Altarugio.

Agradeço também aos grupos de extensão “Segue o Som e Direito e Literatura” pelos momentos de diversão e aprendizado, que nos tiram de uma dogmática hermética do direito e abrem o espaço às mais profundas reflexões.

Agradeço aos meus colegas de faculdade Célio Neto, Samir Saad, Victor Mota, Edmar Neto, Eduardo Lago, Jhenysson Dennis, Artur Andrade, Laura Brigídio, Thamires Pacheco, por me acompanharem com humor diante das dificuldades desse itinerário.

Aos meus amigos de infância Gean Henrique, Italo Beludi, Matheus Leonel, Sebastião Silveira, pelo mútuo apoio e confiança. Aos meus amigos do Bigode (o verdadeiro), por trazer àquele ambiente as melhores discussões no campo da filosofia e da política.

RESUMO

Este trabalho intenta uma superação da metafísica clássica que alienou, através da consciência histórica, a compreensão na dogmática jurídica no controle de constitucionalidade. Trata-se de perfazer um caminho histórico a fim de afirmar que essa alienação é prejudicial aos próprios institutos contemporâneos do Direito, repensando o papel da hermenêutica atual, que busca fugir de um racionalismo alienado pelas vias modernas, bem como discutir a abertura irracional que a hermenêutica sofre atualmente. A vereda delimitadora que responde aos problemas suscitados tem sede na hermenêutica da aplicação e da retomada da *phronesis* como elemento ético de uma práxis jurídica alinhada com a *arché* correta no constitucionalismo contemporâneo. Tendo isso em vista, o trabalho visa repensar a hermenêutica partindo das ideias que re-fundam a linguagem e aplicação no ocidente a partir de Heidegger e Gadamer, abrindo um novo espaço hermenêutico para as ciências do espírito dogmatizadas

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Giro ontológico. Linguagem. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to overcome the classic metaphysics that has alienate the comprehension of the legal dogmatics in the judicial review through the historical consciousness. The intention is to meticulously analyze the historical path in order to state how the above-mentioned alienation damages the contemporary law institutes, rethinking the role of the present hermeneutics that seeks to escape from an alienated rationalism through modern ways, as well as to discuss the irrational opening of which hermeneutics currently suffers. The boundary path that responds to the problems raised has its source in the hermeneutics of the application and resumption of phronesis as an ethical element of a legal praxis aligned with the correct arche in contemporary constitutionalism. With this in mind, the work aims to rethink hermeneutics starting from the ideas that reestablish language and application in the Western world based on Heidegger and Gadamer, opening a new hermeneutic space for dogmatized sciences of the spirit.

Keywords: Legal Hermeneutics. Ontological turn. Linguistic. Judicial Review.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO NA HISTÓRIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DA METAFÍSICA CLÁSSICA.....	12
2.1	A origem do problema da linguagem em Platão na dicotomia Naturalismo e Convencionalismo linguístico.....	13
2.2	A atualidade hermenêutica em Aristóteles e a linguagem como símbolo do real.....	15
2.3	A influência de Heidegger na construção da virada ontológica e a superação da metafísica clássica.....	19
2.4	A refundação da hermenêutica em Gadamer.....	23
2.4.1	A Estrutura da Pré Compreensão.....	22
2.4.2	A linguagem como fio condutor da experiência jurídica.....	24
3	O ATIVISMO JUDICIAL COMO REFLEXO DO PARADIGMA METAFÍSICO MODERNO E SUA AFETAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	27
3.1	A formação do Estado Moderno e aparecimento da Separação de Poderes.....	27
3.2	O princípio da Segurança Jurídica e o sistema jurídica Brasileiro.....	31
3.3	A universalidade do problema hermenêutico e a aplicação na jurisprudência.....	35
3.3.1	A modernidade e sua afetação.....	35
3.3.2	A hermenêutica da aplicação na decisão judicial.....	39
4	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA HISTÓRIA EFEITUAL ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA E A NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA.....	43
4.1	A história de efeitos na busca de uma mitigação da insegurança jurídica jurisprudencial	42
4.2	A ADPF 153 e o exemplo da não apreensão do giro ontológico linguístico e a insegurança jurídica das decisões.....	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O tema fundamental deste trabalho de conclusão de curso se revela na ontologia hermenêutica, que se deságua na condição de possibilidade de encontrar nos textos e enunciados jurídicos uma verdade, que é mediada pela interpretação à aplicação. Não obstante, sendo a hermenêutica historicamente uma ciência que trata do fenômeno da interpretação, o papel desse trabalho é revelar como a Modernidade influencia na história e nas ciências e nos institutos jurídicos, de maneira que atualmente é preciso estabelecer um novo paradigma que reedifique esses institutos a luz de uma ontologia hermenêutica.

Pois, o contexto jurídico brasileiro no século XXI é concebido por uma tradição política filosófica que é herdada das referências que fundaram as categorias epistemológicas e ontológicas do ocidente no âmbito da história do pensamento humano. Preliminarmente, para chegar a compreensão do que envolve essa tradição, é preciso perceber que essa contextura recente surge a partir de uma apreensão categórica e instantânea e decorrente da filosofia clássica, que são iniciadas e assentadas na antiguidade clássica, por intermédio de Platão e Aristóteles. Contudo, isso se revela sem a denominação categórica conhecida presentemente, que tão só passara a existir com um jaez de maior altivez científico na Modernidade, cuja busca pela categorização sistemática se tornou uma urgência aos moldes daquela conjuntura.

Esses institutos da tradição alhures, já categorizados na Modernidade, quando foram desenvolvidos e revestidos de rigor científico, arrastaram-se a se firmar enquanto paradigma estrutural na contemporaneidade, de forma que todo o campo das ciências humanas (*Geistwissenschaft*) está sujeito a essa forma quase que irrevogável de afirmação de verdades. Isso ocorre porque surgiram métodos derivados dessa altivez do teor científico Moderno que busca estabelecer caminhos absolutos de estruturar um alicerce epistemológico e ontológico nas ciências jurídicas.

Esses conceitos desde a antiguidade clássica, se desenvolveram enquanto categorias estáticas, imutáveis, inatas e intangíveis, findos em si mesmo, decorrentes de uma elevação a priori das coisas, de uma ontologia que tem os entes satisfeitos em si mesmo, e conhecidos assim por uma estrutura de significação hermética ad aeternum, em decorrência de seu conceito previamente estabelecido.

Nessa perspectiva da história e da ontologia é que o Direito surge enquanto ciência de rigor metodológico, paralelamente procedente junto a própria formação do Estado Moderno, e não obstante, com o Constitucionalismo e o Controle Constitucional, que é a delimitação do presente estudo.

Dessa forma, esse fenômeno que surge da altiva razão moderna deu ponta pé na qualidade de produzir e assentar verdades indubitáveis, através de um método específico que declara em si mesmo uma prepotência de dizer o direito e a verdade contida no direito. Essas verdades decorrem do paradigma da metafísica clássica, que põe aos conceitos finalidades de significados absolutos, através da concepção de surgimento inato e pré-estabelecido dos seres e das coisas. Nessa senda, é que surge o positivismo jurídico, e através dele os conceitos e sentenças fechadas com verdades herméticas na aplicação do direito na sociedade de coações.

Assim, a razão, a filosofia da consciência, o solipsismo e outros termos decorrentes desse fenômeno da Modernidade assoalharam-se com tanto rigor nas ciências, e por conseguinte no direito, que a busca pela desvinculação da compreensão ontológica dos conceitos da dogmática e zetética jurídica se torna prerrogativa de difícil exercício, visto que a própria condição de criação desses institutos modernos tem como cerne essa base de conteúdos a priori, sem historicidade e efeito do devir.

Nessa senda, vê-se que o direito, visto a época, continuamente produz essas verdades qualificadamente cristalizadas, que se afirmam sempre em um contexto de criação interpretação, explicação e aplicação das normas jurídicas, sempre dentro das prerrogativas oficiais e positivas.

Com isso, tal estabelecimento do Direito enquanto ciência metodológica, a hermenêutica filosófica e jurídica tem papel fundamental na busca de revalidação da ontologia da metafísica clássica, isto porque busca tirar do seio da linguagem uma virada que põe fim a um paradigma obsoleto que embatia nas discussões da antiga ontologia de que se prestava a dizer somente ao sujeito e ao objeto e sua relação.

Este novo paradigma da linguagem que litiga com a velha metafísica põe em jogo o que é o direito na qualidade de verdade, e como aplicar da melhor forma o que o enunciado nos revela na demanda prática de uma ação jurisdicional. Ele traz de novo que a verdade não se encontra mais estática, mas sim decorre de um processo linguístico decorrente das experiências de cada um, a partir da historicidade dos enunciados, validado pelo Dasein e o sentido do ser proposto por Heidegger.

Nesse sentido, essa nova revelação foge àquela outrora que busca da verdade através de um sujeito consciente de um objeto isolado de qualquer outra significação, senão a própria definida aprioristicamente. Isto é, agora questiona-se a validade desses processos e a eficácia de sua validade sob uma perspectiva que pressupõe o ser como dinamizado através da linguagem, e de toda forma de compreensão das coisas diante do mundo.

Não obstante funciona o direito, de forma que a busca pela compreensão desse fenômeno da virada ontológica linguística no direito positivo se dá com a percepção de ver essa superação no paradigma entre sujeito-objeto, restando somente a sua revelação de existência através da compreensão da linguagem enquanto fio condutor de qualquer base ontológica, especificamente nas relações que envolvem o direito e decisão, tendo a linguagem agora como a virada da própria filosofia enquanto ela deixa de ser objeto e passa a ser esfera de fundamento de filosofia “primeira”.

Evidente que, se para o resto a linguagem tem essa prerrogativa dialógica e aberta, para o direito e as ciências humanas não poderia ser diferente. Isto é, a busca pela verdade dos juízos válidos em si mesmos agora não é mais papel do conceito jurídico autoaplicável e definido quando se depara com os fatos de um caso, mas sim na busca por um sentido, este que sempre é linguisticamente articulado intersubjetivamente e socialmente no campo do direito, através dos pactos cívicos, seja no direito posto, ou nas discussões oficiais que julgam e determinam o sentido em sua última instância do poder jurisdicional.

Com isso, o intuito aqui é formular uma resposta que assente essa problemática, questionando-se se há de fato uma superação da velha estrutura metafísica clássica, da filosofia da consciência, que não percebe o direito enquanto objeto condicionado a essa esfera maior de abertura que é a linguagem. Pois, é por conta da Modernidade que essa altivez ainda existe, e não parece ser superada, o que será traçado nesse trabalho.

Ocorre que esse fenômeno encontra sua base no período clássico, que vieram se perpetuando durante os séculos. Não obstante, de forma inaugural, os conceitos de direito natural e a sua contraposição com o direito positivo advém de uma dialética da filosofia clássica que acaba explicando o processo genealógico desse problema, sobretudo enfatizado na dinâmica e atualidade em Platão e Aristotélis, cujo foram os primeiros movimentos dessas expressões, quando se trata em distinguir a natureza do direito e a sua validade dentro de uma sociedade, representados pela *physis*, *thésis* e *nomos*.

Isto é, significam respectivamente aquilo que é natural/inato, de uma decorrência pré-existente, e aquilo que é convencional e posto pelos homens sem o fundamento pré-existente, mas simplesmente uma norma de jaez formal, sem a expressão de valores naturais idealizados pré-estabelecidos por uma metafísica imutável.

Atinente a isso, nos diálogos em Crátilo de Platão, é trazido essa dicotomia perpassando também aos fundamentos da linguagem, que em Platão se afirma sobre a forma da discussão dialógica do que são os conceitos e as palavras e se elas em si mesmo já carregam um significado. Ademais, em Aristóteles também há uma atualidade hermenêutica vista através da

phronesis, tratando de uma sabedoria prática que se revela essencialmente na decisão judicial, porque visa a aplicação.

Com efeito, tal dicotomia gera um fingimento de término quando o surgimento do positivismo jurídico estabelece uma sistematização organizacional do direito enquanto método, e, portanto, expurga o direito natural como regra na compreensão metafísica do direito, restando apenas as regras postas, a qualidade de verdade. Porém, por mais que o que seja válido se reserve ao texto escrito, o problema hermenêutico não se resolve, porque ainda há distinções sobre qual a melhor aplicação de um texto em relação a facticidade do mundo.

Concernente a isso, o positivismo jurídico enfrenta vieses de exploração hermenêutica, evidenciando extremos com flutuações teóricas, por um lado o positivismo exegético, que se trata irrefutavelmente do juiz “Boca de lei”, que não se preocupa em achar justificação na *arché* constitucional, restrito a aplicação da lei posta, e o contrário, que abre margem uma espécie de juiz solipsista, que se utiliza do ‘livre convencimento’, escavando na norma um sentido que ache para si justo.

Com tal condição, o Estado como criador do direito produz normas que entregam uma multiplicidade de facetas a partir das compreensões dos intérpretes, aplicadores e julgadores. Atinente, percebe-se no Brasil o modelo vigente de interpretação foi construído em maior parte por influências que buscaram o alicerce no direito francês e germânico-romano. Configura-se em decorrência disso toda formação institucional do constitucionalismo moderno e contemporâneo, da divisão dos poderes legislativo, judiciário e executivo e suas competências.

Ademais, com todo o arcabouço herdado por essas tradições, manifestou-se no Brasil uma tradição dicotômica no horizonte hermenêutico, uma vez que não há um critério seguro para julgar. Isto é, apresenta vieses contrastantes, um que passa pela direção do paradigma da consciência e o problema da consciência histórica, e dá uma maior capacidade discricionária para o julgador, competindo a ele utilizar na prática o uso de valores ora pessoais, de forma sintética, em que ele cria o direito por sua consciência, ou se aproxima de sua vontade, e outra que preza por um olhar analítico, que se funda no positivismo exegético, cujo há uma busca pela verificabilidade das normas e a facticidade, buscando ver clareza na subsunção fato norma, sem prestar atenção aos princípios.

Constata-se que essa apreensão ainda não fora superada, pois ainda se observa insegurança jurídica na busca de formalizar o processo decisório, até mesmo quando se respeita os moldes formais controle de constitucionalidade, evidenciando a falta um consenso entre os magistrados e aplicadores do direito. Pois, com a evidência do (não) assentamento de uma epistemologia decisória, sobretudo de uma não apreensão de uma ontologia fundada na lin-

guagem, pergunta-se, como compreender a norma jurídica no controle de constitucionalidade, em um viés hermenêutico que satisfaça os requisitos principiológicos e hermenêuticos sem que haja insegurança jurídica?

2 O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO NA HISTÓRIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DA METAFÍSICA CLÁSSICA

2.1 A origem do problema da linguagem em Platão na dicotomia Naturalismo e Convencionalismo linguístico

O desenvolvimento de conceitos que se compreende atualmente no ocidente concernente a linguagem tem seu alicerce nos diálogos de Platão em Crátilo, presumido pela academia como escrito no ano de 388 a.C. O diálogo se refere a uma discussão sobre posições fundamentais sobre a linguagem que Platão descreve, em uma que quer sondar a significação das coisas, e por meio de qual instrumento ela toma essa significação, e outra que intenta investigar se há um núcleo essencial comum da linguagem humana. (OLIVEIRA, 2006)

Tal discussão revela uma mediação entre duas posições antagônicas, a *physei* (naturalismo), que afirma que as expressões têm por natureza um nome e significado retidos e inatos em si mesmo com um vínculo essencial ao fonema/escrita. E a *syntheke kai homologia* (convencionalismo) que se revela por meio de uma linguagem significada através da designação arbitrária dos nomes sem seu efeito vinculativo do nome ao ser e sua convenção. (OLIVEIRA, 2006)

Essas posições se revelam antagonizadas em Crátilo, representante da defesa de um naturalismo linguístico e Hermógenes (sofista) na defesa do convencionalismo. Essa aproximação dialógica que Platão traz entre os dois se desdobra a fim de chegar nas condições de possibilidades de afinidade dos nomes e a coisas com sua essência, intentando a um denominador comum das posições, isto é, elas não necessariamente se repreendem, mas na intenção do texto pretendem achar um caminho em que se possam confluir. (OLIVEIRA, 2006)

Com efeito, o diálogo se inicia com Hermógenes afirmando que as coisas e nomes podem ter sua função fonética e escrita mutável, de forma que as coisas podem deixar de ser chamadas pelo seu nome primitivo e assim garantir nova função gramatical e fonética a um mesmo significado ôntico, de forma totalmente arbitrária, como por exemplo deixar de chamar 'direito' de 'direito', e a partir daí chamá-lo de 'moral', e em efeito de cadência os homens passariam a convir que esta é a sua nova designação fonética e significativa. (OLIVEIRA, 2006)

Com isso, Platão (Sócrates) mediando a discussão em defesa do naturalismo argumenta que as coisas sempre devem fazer jus a uma essência natural, as qualidades objetivas que as diferenciam, tecendo uma relação quase que intrínseca do nome das coisas a suas funções que

os homens se obstinam a utilizá-las, intermediada pela ação. Essa intermediação da ação, é levada como exemplo por Sócrates a fim de construir o argumento em defesa de um pensamento que vincula os nomes ao ser, afirmando ser possível se referir as coisas como elas são através de sua verdade que está contida na palavra. (OLIVEIRA, 2006)

Ademais, essa vinculação da ação, é deixada bem clara quando Sócrates exemplifica questionando Hermógenes qual função que ele exerce. Tal questionamento culmina em um pensamento objetivista que decorre da função designativa teleológica de cada ação: o ferreiro atua com o ferro, o tecelão com a lançadeira. Esse exemplo trazido por Platão mostra que cada ação tem uma natureza própria, e dela mesmo extraímos os significados essenciais, a partir de sua dinâmica entre sujeito-objeto. (OLIVEIRA, 2006)

Com isso, inicia-se no ocidente os traços de uma percepção de que a linguagem é indubitavelmente interligada com o ser, isto é, a própria condição de entender as verdades nas palavras está ligada a experiência que se realiza vinda da própria natureza. Aqui, há o primeiro traço de uma ontologia linguística. (OLIVEIRA, 2006)

Muito embora haja uma iniciação que vincula o ser a linguagem, ainda se observa uma metafísica que paira sobre a imutabilidade das coisas. Platão tenta estabelecer que a partir dessa vinculação da experiência é que se define as essências das coisas e por mais que foneticamente isso seja variável, evidenciado pelas diferentes línguas que existem, o que tece toda essa construção são as essências das coisas mediada pela ação. (OLIVEIRA, 2006)

Essa essência das coisas no pensamento grego é mediada pelo pensamento, que é a uma forma de visão intelectual, que busca alcançar uma contemplação do ser verdadeiro, que diz as coisas na ordem objetiva do mundo, por ora narrada pelo instrumento linguístico que descreve essa ordem. Com isso, linguagem e ser concordam entre si na medida em que a linguagem é o instrumento que intenta descrever na experiência e no diálogo a adequada designação dessa ordem objetiva e verdadeira do mundo. (OLIVEIRA, 2006)

O resultado desse sentido é que a estrutura gramatical que se extrai da linguagem é intrinsecamente correspondente a uma estrutura ontológica. Essa significação se dá evidente em Crátilo quando a tese defendida por Sócrates busca relacionar os instrumentos adequados para tocar, queimar, cortar, buscando sempre o instrumento mais adequado no sentido natural daquela atividade, havendo uma pretensão teleológica de cada coisa. (OLIVEIRA, 2006)

Dessa analogia surge que a fala é também uma ação, e que quando se fala também se deve usar a forma adequada naturalmente, repreendendo a compreensão que poderíamos usar arbitrariamente qualquer fonema e gramática. Nesse ponto se pretende estabelecer a relação alhures das estruturas (387 b). (PLATÃO, 1998)

Pois, esse instrumento linguístico busca separar as coisas, a fim de que as coisas sejam diferenciadas, separadas ontologicamente. Isto é, os nomes separam as essências, trazendo à tona as nuances de cada coisa a partir de seus fonemas diferenciados, tornando mais objetivo o diálogo e as referências dos entes no mundo. Com isso, a denotação é que essa estrutura abre um caminho de facilidade e compreensão. (OLIVEIRA, 2006)

Não obstante, essa é a revelação da defesa do naturalismo, a consonância das estruturas linguísticas e ontológicas. Decerto, Platão não descarta a possibilidade de estabelecer um convencionalismo, mas busca repreender na forma da arbitrariedade dos sujeitos nessa convenção (*Syntheke kai homologia*), admitindo que o que o circunda é uma questão de “ethos”, isto é, a morada, aquilo que se acostuma. (OLIVEIRA, 2006)

Isso revela que o uso e costume das palavras é a verdadeira convenção, mas que o uso arbitrário em determinar o sentido das coisas não pode ser mutável, uma vez que para Platão os nomes possuem retidão, evidentemente ligada ao ente, a coisa em si mesma. Essa correlação das estruturas linguística e ontológica que impedem a mutabilidade é a óbice ao convencionalismo. (OLIVEIRA, 2006)

Isto traz de volta a questão da criação do nome e sua relação com a ação. Para Platão, na comunidade política cada um possui uma função delegada de forma inata. Essa incumbência revela em Crátilo que o dialético (filósofo) é o atribuído para criar os nomes, pois ele enquanto sujeito capacitado de pensar filosoficamente detém a arte dos nomes, assim como o músico tem com a música, o ferreiro com o ferro. (OLIVEIRA, 2006)

Com isso, percebe-se assentado que as estruturas linguísticas e ontológicas por mais que tentem se harmonizar de forma verossímil, nunca chega na sua condição suprema de verdade e verossimilhança, uma vez que para Platão a estrutura linguística somente se aproxima da verdade enquanto instrumento descritivo da realidade, mas nunca a satisfaz de forma absoluta, visto a linguagem são somente intenções de atingir a realidade, mas não o faz, apenas descreve e aproxima; (OLIVEIRA, 2006)

Tal fenômeno decorre na defesa que Platão faz a respeito dessa intangibilidade da verdade da realidade através da linguagem, isto porque para ele é possível conhecer as coisas sem o *nomos*, pois a realidade não pode ser alcançada pela linguagem (*alétheia ton onton*), mas pela mediação da própria experiência em si, fato que mitiga a expressão primária da linguagem enquanto expressão exata real, mas apenas como função designativa secundária subsequente da experiência, devido evidentemente a compreensão platônica de intangibilidade da verdade ao mundo das ideias. (OLIVEIRA, 2006)

2.2 A atualidade hermenêutica em Aristóteles e a linguagem como símbolo do real

Preliminarmente, para chegar a compreensão do fenômeno da linguagem em Aristóteles é preciso estabelecer que no ocidente ele representa a maior força do pensamento filosófico na Grécia, visto sua importância na medida em que ele assenta o pensamento filosófico em vários temas do pensamento filosófico através da sistematização. (OLIVEIRA, 2006)

Não se pode olvidar que no seio da conjuntura clássica a maior parte de suas críticas nas suas teorias, dando continuidade ao impulso de Platão, se erguem a fim de desconstituir a ameaça que os Sofistas haviam fazendo para a comunidade grega. Não obstante, apesar desse impulso de retomada dos filósofos tradicionais, ele faz um estudo crítico a fim de chegar a teorias determinando novas veredas para se seguir no pensamento filosófico, dando novos nuances a uma problemática antiga. (OLIVEIRA, 2006)

Com essa contribuição, pode-se dizer que há em Aristóteles um novo grau de reflexão que outrora não tinha, seja pela sistematização do pensamento, bem como a da função renovadora desses caminhos do pensar. Nesse sentido, os esforços tomados por ele buscam repensar a velha tradição e direcionar criticamente principalmente a tradição de Sócrates-Platão. (OLIVEIRA, 2006)

Com efeito, no que concerne a crítica da linguagem, há uma superação da tradição Platônica, uma vez que em Aristóteles ela é levada a um segundo plano, isto porque ele eleva ao primeiro plano o conhecimento do real, trazendo a tecitura crítica do discurso humano como algo intrínseco a realidade. (OLIVEIRA, 2006)

Por isso, a sua indignação com a sofística era tremenda, na medida em que os sofistas não tinham preocupação com a verdade, mas sim na possibilidade, isto é, no poder em que o discurso pode engendrar a fim de modular as consequências na realidade. Pois, os sofistas estavam a palavra, e o *logos* estava com eles, visto que sua condição de exercício de poder está exatamente no discurso, sem o compromisso com o real. (STRECK, 2014)

Tal fenômeno é repreendido por Aristóteles, uma vez que o terreno da sofística há uma pretensão de disfuncionalidade da essência das coisas, uma fuga da realidade que se baseava somente no poder da persuasão. Para Manfredo de Araújo (2006, p. 27) “A linguagem torna-se cada vez mais, uma grandeza fechada em si, perdendo sua intencionalidade essencial. Ela não aponta mais para as coisas, mas tende a substituir a ordem das próprias coisas.”

Aqui, se percebe que o discurso é visto apenas como instrumento de dizer as coisas sem sua paralela consonância com o real. Ela serve apenas como instrumento que se pres-

supõe ao exercício do poder. Por tal razão, suas diferenças com Platão começam a partir do momento em que Aristóteles busca romper com a ligação imediata da estrutura ontológica (*ón*) e estrutura linguística (*logos*), abrindo espaço para questionar a distância dessas duas estruturas. (OLIVEIRA, 2006)

Nesse certo calcar, Aristóteles intenta uma teoria da significação, criticando os sofistas apresentando um paradoxo no discurso deles, partindo do pressuposto que todo discurso é verdadeiro (na medida em que é um ente factível), e portanto toda predicação se faria tautológica, visto que não há erro no discurso que exprime significar algo, e por essa razão é impossível estabelecer uma relação aproximada exata dessas estruturas, já que o discurso no seio da contingência exprime sempre um sentido irreprimível, o que torna essa tentativa sempre redundante, abalando a ordem das coisas, já que o sim e o não podem ser verdadeiros através da intencionalidade do discurso. (STRECK, 2014)

Isso só mostra a linguagem mais distante do ser do que aproximado, não podendo intencional um significado claro e objetivo das coisas, pretensão que não é intenção da sofística, uma vez que ela se baseia na turvação do significado, com vistas a necessidade de manter o poder. Nesse sentido, a sofística revela que não é possível haver uma compreensão mútua e firme, justamente porque ela pretende tratar a linguagem enquanto ente, sendo apenas mais um ente dentro os outros entes, ela é fechada em si mesma, falando somente a si. Sendo assim, para os Sofistas o tratar da linguagem enquanto ser não é possível. (OLIVEIRA, 2006)

No entanto, isso mostra que em Aristóteles por mais distante que possa parecer a linguagem e o ser, só se alcança o ser através de uma mediação linguística, o que anuncia quase que profeticamente o que se realizaria na filosofia contemporânea por Heidegger e Gadamer. (STRECK, 2014)

Não somente os reflexos dessas teorias da linguagem se espelham na contemporaneidade, mas essa crítica a sofística tem tal importância na construção dos sentidos da modernidade, fato que é possível observar em Hegel uma noção valorativa da retórica dos Sofistas no sentido de que essa pretensão funda a teoria da subjetividade que será a bússola fundamental dos caminhos que o homem moderno trilhará, e por conseguinte dos paradigmas da metafísica clássica na filosofia da consciência. (OLIVEIRA, 2006)

Isto quer dizer que a intencionalidade discursiva em que põe os sentidos na contingência significativa (acentuada por parte de sofistas convencionalistas) a fim de modular os interesses induz um alicerce que a modernidade vai abraçar, visto principalmente no homem solipsista, que discricionariamente compreende o mundo a partir dele mesmo, sem perceber a linguagem como aquilo que fundamentalmente que media a existência entre os homens, e a

compreensão. Se percebe como algo fechado em si mesmo direcionado por uma racionalidade subjetiva, eis o fio que conduz essa relação histórica. (STRECK, 2014)

Trata-se de um efeito posterior, mas que nos clássicos já é possível perceber no cerne das discussões da linguagem uma relação de aproximação temática. Porém, ainda em Aristóteles é possível perceber que há uma confluência dos temas que critica os sofistas, porque ele deixa evidente que não é possível descartar absolutamente o convencionalismo, ele é em certa medida factível no exercício da linguagem. (OLIVEIRA, 2006)

Aristóteles esboçará que todas essas duas teorias têm uma *arché* que partem dessa união entre as estruturas linguísticas e ontológicas, buscando revelar quais são as nuances de distância e aproximação dessas estruturas. Nesse sentido ele traz que os sons são símbolos dos estados da alma e a escrito símbolo dos fonemas vocalizados. Com esse tema ele revela que não há uma relação de adequação, o que faz a linguagem humana ser símbolo do real, já que tudo parte de como nos exprimimos, bem como intentamos definir e significar as coisas, se fazendo simbolicamente convencionalizado. Ele afirma que o estado da alma é intangível, mas que é possível compreender pela mediação linguística. (STRECK, 2014)

Essa teoria só mostra que tudo parte de um estado da alma, que todo discurso é simbólico e que sua essencialidade reside no ato de composição de uma fala, discurso ou proposição. Tal referência revela na contemporaneidade uma complexidade advinda da modernidade que se refere ao nível de organização estrutural do poder a partir de um Constitucionalismo que tem bem definido através do direito positivo a separação de poderes enquanto princípio fundamental, e o exercício de um cada na conjuntura em que lhe cerceia e demanda a aplicação. (OLIVEIRA, 2006)

Com efeito, essa complexidade organizacional e dialógica dos poderes revela um questionamento a respeito das leis, que são normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo e que deverão servir de um parâmetro de Constitucionalidade no momento de criação, desenvolvimento e aplicação dessa norma, segundo os ditames constitucionais. Ademais, trata-se também da própria Constituição enquanto objeto fundador e oráculo de todas as normas anteriores e subsequentes. (STRECK, 2014)

Ora, se a norma jurídica é uma elaboração de um enunciado com pretensa força normativa, e portanto, criada a partir de uma dialética, com discursos elaborados linguisticamente, que tem como pretensão estabelecer positivamente um sentido de caráter *erga omnes*, a fim de que tais direitos e obrigações na sociedade civil sejam completamente carregados de exercibilidade, há de que questionar quais são as condições de possibilidades de sentido que

cada enunciado desse surge, como se exprime sua significação e como se media a compreensão, interpretação e aplicação. (OLIVEIRA, 2006)

Com isso, a problemática anterior carrega intrinsecamente essa questão da aderência das estruturas linguísticas e ontológicas que dão sentido as palavras porque traz ao operador do direito, sobretudo nos casos de conflito em que pese uma lide a ser resolvida no Poder Judiciário a necessidade de extrair o sentido normativo a partir da interpretação com a finalidade de aplicar. (STRECK, 2014)

Pois, se para Platão somente o legislador/dialético é incumbido de produzir uma palavra, porque detém a arte de fazê-la por vias metafísicas faz com que essa prerrogativa na Modernidade, que persiste até hoje, também exista, tratando o legislador a um caráter especial de direcionar o sentido criador da norma. (OLIVEIRA, 2006)

Tal fenômeno engendra o que se chama hoje de Exposição de Motivos, que revela quais os sentidos e motivos que fundam uma norma jurídica no processo de criação dela. Por isso, tal a necessidade de entender a posição inicial de quem cria uma norma jurídica, visto sua necessidade de ser aplicada interativamente no futuro. (OLIVEIRA, 2006)

É desse fermentar teórico que não se pode olvidar a teoria dos clássicos, uma vez que suas contribuições representam uma atualidade que não se esgotam na medida em que as teorias da hermenêutica jurídica, histórica, teológica e filológica refletem as posições e discussões que se tivera outrora e que alicerçam todo o pensamento ocidental no que tange linguagem. Por isso a necessidade de saber se uma norma jurídica tem um sentido unívoco, que se mantém uma estrutura ontológica desde sua criação até sua aplicação. (OLIVEIRA, 2006)

Dessa forma, pode-se dizer que toda norma jurídica nasce de um pressuposto que ela em si é um enunciado dotado das prerrogativas que Aristóteles eleva aos nomes, isto é, é simbolicamente representação do real, o que quer dizer que ela em si mesmo é apenas um enunciado vazio, mas que ganha a força normativa com interpretação, a partir de uma ontologia fundamental (facticidade), que só é possível através de uma mediação linguística dando a validade a norma no sentido real, isto porque para ser símbolo precisa do estado da alma, que é a força expressiva da condição do existir. (STRECK, 2014)

Essa perspectiva ganha um matiz mais fortificada a partir das teorias de Heidegger e Gadamer, uma vez que ambos esboçam críticas na linguagem ao paradigma metafísico da modernidade realçando-o como um problema que se resolve a partir da compreensão do mundo através da revalidação da própria ontologia. Tal anúncio de virada ontológica que se dá na linguagem é sobretudo a busca de uma compreensão que intenta afastar como significado a com-

preensão como se fosse apenas um comportamento do sujeito, mas abre espaço para significar a compreensão através do eis-aí-ser no mundo. (OLIVEIRA, 2006)

2.3 A influência de Heidegger na construção da virada ontológica e a superação da metafísica clássica.

Heidegger retoma a metafísica clássica para destituir o pensamento de Kant, na medida em que ele é viciado por um problema ontológico. Segundo Lênio Streck (2014, pág. 196): “Para Kant, a Metafísica é o estudo daquelas formas ou princípios cognoscitivos que, por serem constituintes da razão humana, condicionam todo saber e toda ciência e de cujo exame, portanto, se podem extrair os princípios gerais de cada cada ciência.”.

A partir dessa perspectiva é que Heidegger irá buscar destituir esse significado no ocidente fazendo cair por terra em nome de um refundação ontológica os princípios gerais de uma cognoscio que determinada pela razão, e que por ela mesma acha a verdade. Com isso, o sentido-do-ser toma seu significado mais ruptivo e decerto toda a problemática que envolve o ser e a linguagem. (STRECK, 2014)

Disso, o eis-aí-ser é uma tratativa fundamental que conduz o pensamento de Heidegger para toda a construção de uma contemporaneidade que transformará a hermenêutica filosófica, e conseqüentemente a jurídica. O que se busca inovar é entender que o ser humano é finito e histórico, e a partir daí constituir uma hermenêutica, que terá base na análise da temporalidade e não em uma sondagem absoluta do sujeito enquanto determinador dos sentidos e da verdade. Essa temporalidade é revelada a partir da compreensão que o homem é em essência “memória do ser”, sendo esta parte intrínseca do desvelamento do homem, que se dá através da linguagem e vice-versa. (OLIVEIRA, 2006)

Não obstante, essa tratativa inova na medida em que supera a concepção da linguagem que se possuía na Modernidade advinda metafísica clássica, que é o cerne problemático que se percebe na hermenêutica jurídica. Com isso, sabe-se que a linguagem outrora era compreendida a partir de um dualismo metafísico (forma e matéria), que põe a linguagem enquanto expressão, esta que é a objetivação de um pensamento que parte da consciência, da razão (forma) e materializa (matéria) o pensamento através de um fonema. (OLIVEIRA, 2006)

Aqui se dá primazia para a razão, esta que para Heidegger delimita e reduz a linguagem à informação, pois nessa dinâmica o homem conhece os entes e aí tem a prerrogativa de manipulá-los, o que enseja a uma instrumentalização da linguagem enquanto função puramente designativa, que problematicamente reduz o máximo de complexidade dessa linguagem,

pois ela é vista a partir de uma dimensão puramente designativa, reduzida a simplificação à celeridade. (OLIVEIRA, 2006)

O que se intenta dizer é que esse paradigma da subjetividade que assola a Modernidade através da razão (sofisticação da forma no dualismo metafísico forma-matéria) é o fator fulcral que engendra uma pauperização da linguagem, na medida em que essa instrumentalização através da técnica pode reduzir a linguagem a um ponto em que ela não possa se expressar em sua totalidade. (GADAMER, 2011)

Vê-se que o autor determina que esse paradigma da subjetividade é o que induz que a experiência da linguagem seja apenas informacional e designativa, porquanto é pensada no binômio sujeito-objeto. É nesse sentido que Heidegger com toda a influência que teve em Husserl (o que não convém aprofundar) faz uma experiência com a linguagem votando as coisas mesmas, aos fundamentos iniciais do problema da linguagem, tecendo uma construção daquilo que envolve a linguagem e o Ser. (OLIVEIRA, 2006)

Em Heidegger, a superação desse paradigma surge em uma postura que desobjetifica a linguagem, realocando-a em um diálogo que memoriza o ser, partindo da própria da experiência do mundo, que se media linguisticamente. (OLIVEIRA, 2006)

Essa proposta é a reapreensão do esquecimento do ser, que é o esgotamento das possibilidades, uma limitação a linguagem. Aqui se abre um espaço para que a linguagem seja o fio condutor que preserva a memória do ser, a partir da historicidade e temporalidade do Ser, e faz uma conexão com nós mesmos, porque a linguagem é a maneira que temos de nos entendermos e nos referenciarmos a partir das manifestações dos entes, pois, este é o ser-no-mundo. (GADAMER, 2011)

Essa abertura não foi vista nos clássicos, muito embora já se falasse de funções designativas da linguagem, porém outrora não possuía a matiz necessária para transmutar a questão que se punha. Nessa senda, em contraste com as teorias clássicas sobre a linguagem no que concerne ao naturalismo e convencionalismo, elas se veem desvelada na medida em que o poder da linguagem fora da ótica da subjetividade moderna é a apreensão dela enquanto algo que conduz absolutamente tudo o que conhecemos (fuga do caráter informacional), ela é o próprio desvelamento do sentido do ser. (OLIVEIRA, 2006)

Devido a isso, é evidente que toda a construção da tradição filosófica foi baseada no esquecimento do ser, em uma objetificação da linguagem, sobretudo no paradigma metafísica clássica que põe todas as forças a relação sujeito-objeto. Heidegger propõe saltar esse velho paradigma a partir do (*Dasein*) ser-no-mundo e do eis-aí-ser, no que ele chama de compreen-

são. Daí se tem o que se entende por ontologia hermenêutica, pois ele põe no centro de toda discussão sobre a linguagem uma matiz existencial. (GADAMER, 2011)

Portanto, a filosofia da consciência se vê enfraquecida na proposição de uma ontologia hermenêutica que supera a antiga visão da ontologia da coisa, visto que essa superação se dá somente quando se determina que a ontologia hermenêutica deverá andar nas veredas de uma condição existencial; essa condição é a tematização do sentido do ser, que na tradição da filosofia é olvidada pela ontologia que se tinha na metafísica clássica. Isto é, o que se pretende é a diferença ontológica, que somente se dá no ser-no-mundo, mediado linguisticamente através da compreensão. (OLIVEIRA, 2006)

Essa é a verdadeira ontologia hermenêutica que busca no centro da fenomenologia de Husserl, que busca voltar as coisas mesmas atrás de um sentido próprio dos entes, em Heidegger ele o faz com a linguagem para tratar do sentido dos sentidos, que revela a necessidade de uma pesquisa sobre o existencial, sobre o seio do sentido do Ser. (OLIVEIRA, 2006)

Manfredo de Araujo (2006) afirma: “[...] para além de toda a pesquisa do ente, tematizar a questão do sentido do ser, como sentido fundante de todos os sentidos regionais [...]”. É a partir dessa mediação que Heidegger adentra a compreensão, uma vez que a própria condição de acesso ao sentido originário dos sentidos em toda conjuntura filosófica é compreensão do Ser. Essa é a razão que Heidegger dá para o ser, como a própria condição de saber da possibilidade de tentar compreender o ser. Isso só é possível porque o homem é Dasein.

Desse ponto de partida que a ontologia hermenêutica toma seus matizes mais trabalhadas a fim de irradiar toda a hermenêutica viciada pelas teorias da Modernidade. Essa compreensão do ser caminha na vereda que o eis-aí-ser fala a si próprio e aos outros seres e entes na existência, sendo o ela aquilo que institui o homem enquanto homem. É isso que trata a facticidade originária dessa nova ontologia hermenêutica, a partir do momento em que o homem busca compreender a si mesmo. (OLIVEIRA, 2006)

Nessa senda, Heidegger levanta que a temporalidade é o sentido originário da ontologia hermenêutica, enquanto horizonte de sentido do próprio ser na medida em que o tempo é a tecitura da existência. É uma tecitura que só encontra sua totalidade enquanto obra de vida na morte, pois nós enquanto existentes estamos diante do devir. Nisso, toda pronúncia do *logos* é o desvelamento do ser na sua condição original, a partir do existir. É uma abertura que inevitavelmente passa pela linguagem, isso quer dizer que não há uma ontologia imutável absolutizada, mas que é sempre articulada pela linguagem. (GADAMER, 2011)

Heidegger nesse sentido busca dar uma atenção a palavra, ao *logos*, na medida em que ela é quem conduz o homem ao desvelamento do ser. Trata-se do conceito da relação herme-

nêutica entre o homem e o ser, que se compreende o desvelamento (*Entbergen*) e ocultamento (*Verbergen*). Isso demonstra que não existe mais fundamentação como existia nas ontologias anteriores, mas agora trata-se de pôr o ser-no-mundo no seio da compreensão. (GADAMER, 2011)

A partir daí é possível afirmar que o engessamento da ontologia na metafísica clássica através de uma objetividade inata do *logos* é superado direcionando o *logos* a um sentido que secundário quando se põe a compreensão enquanto ontologia originária e que funda o ser a partir da mediação linguística que trata de diferenciar o mundo e as coisas. Essa mediação própria do desvelamento do ser é onde a linguagem reside, e faz o acontecer do homem enquanto homem, que dá sentido e compreende. (GADAMER, 2011)

Nesse sentido, Manfredo Araújo (2006, pág. 215) posiciona bem o lugar da linguagem : “[...] o ser acontece como fenômeno na linguagem e enquanto linguagem. A linguagem é um dizer, dizer no sentido original da palavra, isto é, mostrar, deixar, aparecer, ver ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como, sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo o sentido.”

Aqui é percebido que toda a metafísica clássica cai por terra porque se tem uma reviravolta que descentraliza a ontologia enquanto absolutizada, passada a ser sempre mediada no centro da experiência existência pela linguagem. Por isso é possível revelar que tanto o naturalismo, que impõe um ente hermético com essência, quanto o convencionalismo que dá maior importância para o *logos* se veem superados. O naturalismo na medida em que os entes não são mais vistos de forma associados essencialmente a *physis* imutável, e o convencionalismo na medida em que a linguagem é manipulável, e isso revela o caráter informacional e deteriorado da linguagem, que é o que o giro ontológico pretende fugir. (OLIVEIRA, 2006)

Aqui o direcionamento é sempre em função da linguagem enquanto desvelamento do ser, através da compreensão. Isto é, o mundo se abre para nós na medida em que aprendemos e vivenciamos a linguagem na linguagem, pois é o acesso originário ao mundo como evento do ser. A partir desse pensamento é que deriva o pensamento de Gadamer no que tange a hermenêutica, que tece críticas fundamentais e reorganiza a hermenêutica sob um prisma que transforma toda a compreensão das ciências do espírito, articulando historicamente com a tradição da hermenêutica jurídica, filológica e teológica. (OLIVEIRA, 2006)

2.4 A refundação da hermenêutica em Gadamer.

2.4.1 A Estrutura da Pré Compreensão.

O eis-aí-ser é peça cerne da construção crítica que Gadamer faz às ciências do espírito (*Geistwissenschaft*), isto porque ele eleva a compreensão, que antes era um instituto absolutizado pela subjetivização, e agora está sediada na mediação linguística, que denota a temporalidade através da finitude do seu histórico. (OLIVEIRA, 2006)

A partir da virada ontológica, que Heidegger a reposiciona com a ontologia hermenêutica, afirmando que o ser humano é um ser hermenêutico, Gadamer problematiza a Modernidade e o legado que ela fincou na história além da crítica ao problema metodológico, mas também no que concerne a postura do homem frente aos problemas da compreensão e interpretação diante da tradição. (OLIVEIRA, 2006)

Nesse sentido, ele procura sondar essa problemática a partir da historicidade da compreensão, nos dizendo que todas as coisas que podem ser compreendidas não podem ser compreendidas afastadas da tradição, como que se pretendia em Kant, que afirmava que o sentido só era constituído através da subjetividade hermética afastada da tradição histórica.

Como afirma Ney Bello (2003, pág 43): “[...] encontram-se aqueles que veem o entronizar-se o sujeito em detrimento do objeto, percebendo na valorização daquele que interpreta ou na valorização daquele que cria uma explicação para a correta postura perante o ato de conhecer. Essas concepções vão ser perceptíveis também em Kant que vê a mais íntima necessidade de correlação entre as ideias e as coisas, em uma clara afirmação de que o Homem pode estabelecer uma correspondência entre os seus próprios juízos, fruto de seu intelecto e os objetos no mundo exterior ao ser pensante.”

É por essa razão que se afirmar que o problema é ontológico, e que sua crítica se dá assentado na finitude do homem. Isso significa que toda a compreensão não é mais produção unicamente do homem solipsista, do sujeito moderno que indica o sentido dessa experiência única com o objeto, mas sim da mediação linguística e da historicidade que se tem nas palavras, institutos, objetos. Quer dizer que o sujeito não pode expurgar a tradição da análise que faz do mundo, mas como Manfredo Araujo de Oliveira (2006, pág. 227) diz: ela determina sua experiência no mundo.

Essa revelação afasta todas as posições anteriores relativas a linguagem porque inaugura um fim ao convencionalismo e ao naturalismo, na medida em que os entes em si mesmo não possuem mais uma essência hermética em si mesma, nem tampouco determinada

discricionariamente pelos indivíduos, mas sim marcada pela historicidade, que é possível através do eis-aí-ser. (GADAMER, 2011)

Com isso, Gadamer denota que a ontologia é uma construção mediada linguisticamente pela agregação da tradição enquanto fenômeno integrativo de um ente histórico. Essa denotação é percebida por Gadamer quando ele faz a análise da hermenêutica enquanto teologia, filologia e pela jurisprudência, que é o objeto central deste estudo. Nessa perspectiva, ele toma o caminho histórico da tradição de todas essas três hermenêuticas sofisticando e abrindo o espaço problemático que elas abriam. (GADAMER, 2011)

Enquanto no *Aufklärung* toda e qualquer compreensão buscaria afastar todos os pré-conceitos do intentar compreender, uma vez que ele buscava pensar sempre a si mesmo--daí o solipsismo e o subjetivismo-, na virada ontológica os preconceitos são fundamentais na busca de uma compreensão possível do mundo, visto que não mais (nunca tivemos) detemos a prerrogativa de manipulá-la o suficiente para dominar a tradição dizer o sentido a partir de si a algo, mas nós é que estamos sujeitos a tradição porque ela nos revela uma finitude histórica, e portanto finitude de nós mesmos. (GADAMER, 2011)

O itinerário que se toma a partir disso é a formação do conceito da pré-estrutura da compreensão, que é justamente o reposicionamento da tradição enquanto condição de possibilidade na abertura do compreender, em um sentido positivo na busca de um sentido captado a partir do horizonte existencial em que tudo se toma sentido. Esse sentido toma essa narrativa a partir da historicidade, que vai negar toda pretensão de todo e qualquer fundamento fechado e inabalável em si mesmo, porque agora os objetos são hermeneuticamente pensados enquanto objeto no acontecer da história. (GADAMER, 2011)

Isso ocorre justamente porque em Heidegger a finitude é o fundamento inicial que abre o espaço para que nada tenha em si mesmo um conhecimento estrutural imutável, infinito e ascético, mas sim um fundamento histórico, um sentido maleável pela própria compreensão, e pela história de efeitos. (GADAMER, 2011)

Essa é a verdadeira superação da metafísica, na medida em que se impõe a temporalidade e a historicidade a ontologia, percebendo as coisas enquanto finitas, e, portanto, tendo um sentido aberto aos entes, marcado pela historicidade Essa fundamentação faz cair por terra toda o sistema metodológico das ciências do espírito, uma vez que é a metafísica clássica estava enraizada nela. Gadamer irá propor que não temos a história como ente modulável, mas que nós estamos circundados a ela. Isso revela que em Gadamer a historicidade é elevada a um patamar que corrobora a não exigência de um criteriosismo a fim

de assentar verdades absolutizadas, revelando a história fora da mumificação metafísica da Modernidade. (GADAMER, 2011)

Portanto, há aqui uma necessidade de abraçar os preconceitos na medida em que eles têm o caráter de concretizar uma melhor compreensão, na medida em que a virada ontológica dá mais atenção ao Ser como sentido-fundamento através da experiência. Por isso não há como falar em um ente com carga de sentido imutável, mas sim um ente histórico mediado pela linguagem na experiência do mundo. Eis aqui a pré estrutura da compreensão. (GADAMER, 2011)

2.4.2 A linguagem como fio condutor da experiência jurídica.

O problema cerne na discussão concernente a linguagem que se revela latente aqui é como que nossa experiência de mundo diante da tradição que nos está disposta poderá servir em uma mediação linguística. Não é estranho para a filosofia contemporânea essa sondagem visto que já se faz presente há muito tal discussão, sobretudo na medida em se tem o paradigma metafísico da modernidade que pensa a si mesmo caído por terra. (OLIVEIRA, 2006)

Com isso, Manfredo de Araújo (2006, pág. 234) afirma: “[...] a linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre a coisa em questão.” Esse dizer revela que toda compreensão, que é mediada pela linguagem é a “concretização da consciência da influência da história.”

Essa relação nos diz que compreender é sempre compreender historicamente, através da tradição, esta que significa sempre um sentido que advém de um devir direcionando o passado para o futuro. Revela sempre uma mensagem que agrega e transmite, sobretudo pela via escrita que é a forma de positivar uma destinação própria em uma linguagem de algum contexto. (OLIVEIRA, 2006)

É nesse sentido que a tradição escrita é uma simultaneidade que coexiste no passado e no presente, e que sempre se agrega o horizonte a partir de novas experiências e aplicações na realidade. É pela escrita que a linguagem é médium da experiência, porque nela nós vemos uma comunicação com aquilo que não se vê, mas está marcado na palavra através da historicidade. Manfredo Araújo de Oliveira (2006, pág. 234) afirma:

[...] o sentido se gesta em situações históricas específicas, portanto contingentes. Na medida em que esse sentido se articula na escrita, ele transcende suas condições históricas, deixa de ser apenas um pedaço de passado, se eleva propriamente à esfera do sentido, ou seja, à esfera da “idealidade da palavra”, transcendendo suas

determinações finitas e passageiras e abrindo-se a outras situações históricas contingentes

Isso mostra que o sentido daquilo que é dito está revelado para nós sem o ‘estado da alma’ do autor na sua composição original, seja em uma música, na ordenação e positivação de um sistema de normas jurídicas. Essa pretensão fora muito recorrente ainda na Modernidade, sobretudo nas teorias hermenêuticas, que viam na posição inicial do autor um horizonte de percepção importante para a compreensão da obra a ser compreendida, denotados em Schleiermacher e Dilthey. (OLIVEIRA, 2006)

Porém, afirma Manfredo Araújo (2006, pág. 235): “um texto não quer ser entendido como expressão da vida, mas naquilo que diz: a linguisticidade é a idealidade abstrata da linguagem. Por essa razão, a compreensão pela leitura não é a repetição de algo do passado, mas participação num sentido presente.” Aqui se percebe o fenômeno da escrita enquanto idealidade de uma palavra, que se satisfaz sempre no presente, agregando-se uma essência no devir.

3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO REFLEXO DO PARADIGMA METAFÍSICO MODERNO E SUA AFETAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ativismo judicial tem tomado hodiernamente um matiz de profunda intriga diante das discussões na hermenêutica jurídica e a conservação da higidez do Estado de Direito. Esse fenômeno ocorre e vem sendo criticado por uns e aplaudido por outros na medida em que põe em questão um balanceamento do que é melhor a ser feito em uma decisão judicial, sobretudo no controle de Constitucionalidade, nas ações de controle concentrado com eficácia *erga omnes*. (DIMOULIS, 2011)

Esse fenômeno aduz uma problemática que é possível perceber historicamente com o afinamento de uma concepção moderna do direito que se tem na atualidade dessa questão, pode-se afirmar que as teorias da subjetividade da modernidade têm fator principal no que se compreende hoje no direito. Essa reverberação de um direito compreendido a partir das teorias da Modernidade, muito embora tenham nascidas aglutinadas devido a situação de criação, tem uma concretude problemática que interfere na própria condição de existência do direito, na medida em que se observa que o paradigma do homem que pensa a si mesmo pode gerar insegurança jurídica e desbalancear o sistema organizacional dos poderes. (BONAVIDES, 1998)

3.1 A formação do Estado Moderno e aparecimento da Separação de Poderes

O declínio do sistema político e econômico medievo junto a formação do Estado Absolutista, com o crescimento das grandes cidades e o florescimento de um comércio demandou da época uma busca por uma institucionalização dos direitos e prerrogativas que pudessem sempre ser acionadas quando ocorressem fatos que demandassem tais resoluções de conflitos. (BONAVIDES, 1998)

Em um primeiro momento surge o Estado Absolutista, que denota uma força absoluta do direito nas mãos do Monarca, cujos traços de uma separação de poderes era embrionária, mas que já anunciava em direção ao futuro a forma em que o Ocidente tomará como regra de organização do pacto cívico constitucionalista. (BONAVIDES, 1998)

Esse momento teve importância na medida em que o Estado Absolutista centraliza o poder, delegando ao Monarca a prerrogativa de organizar a nação com uma função mandamental a sociedade. Naquele momento o Estado era o Rei, e sua coerção decisória política e social engendrou posteriormente conflitos com a classe que intentava ascender em meio a opressão monarquista. Ademais, antes de chegar a esse momento, é mister afirmar que nessa situação surge o conceito de soberania que dá forma aos interesses do Monarca, como afirma Paulo Bonavides (1998, pág. 171):

Com a soberania se chegara, pois, à solução política da existência do Estado moderno, distinto do antigo Estado medievo. A soberania de início é a monarquia e a monarquia o Estado, a saber, uma certa massa de poderes concentrados, que não lograram, todavia, inaugurar ainda a fase de impessoalidade, caracterizadora do moderno poder político em suas bases institucionais. Tal fase só se vem a alcançar, na parte continental da Europa, com as doutrinas e as revoluções donde surge subsequente o chamado Estado de direito. A soberania se faz dogma. A autoridade do monarca esplende. O Estado moderno se converte em realidade. Mas a sociedade se acha longe de todo o repouso. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieva.

Nesse sentido, o Estado Absolutista já apresentava matizes da Modernidade, evidentemente acompanhado das influências da tradição filosófica e política da época., como os ilustres do iluminismo, Descartes, Kant, Locke, Hegel. Por isso, é impossível falar de Estado Absolutista na Modernidade sem tratar os fenômenos e paradigmas que foram revelados à época, sobretudo na valorização do indivíduo enquanto sujeito que pensa a si mesmo, e por isso busca autonomia própria. Há sempre um nexo de causalidade entre a tradição e os eventos históricos. (BONAVIDES, 1998)

Com isso, a soberania é instaurada (e trazida desde então ao seu empoderamento que concebemos hoje), isso porque assolou por completo a dispersão social e política da era medieval. Porém, não alcançava uma legitimação do povo, uma vez que ela não surge a partir de uma identificação válida, mas somente satisfaz os interesses do rei. Pois, esse é suporte inicial do conceito de soberania, que posteriormente se satisfará com uma identificação legitimativa esboçando o Estado Moderno (De Direito) no constitucionalismo.

Nessa senda, o projeto político Monárquico tomou matizes importantes na medida em que inicialmente esse poder dialogava com a burguesia, como é possível ver em Bonavides (2008, pág. 172):

A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção. O mercantilismo como política econômica do século corre paralelo à idade de apogeu da monarquia absoluta. Com a prática mercantilista, os monarcas fazem o primeiro intervencionismo estatal dos tempos modernos:

subsidiar empresas e companhias de navegação, fomentam o comércio e a indústria, amparam a classe empresarial, robustecem o patronato, conhecem o capital mas ignoram ainda o trabalho, fazem a legislação industrial do empresário burguês, e nem de leve suspeitam que o Estado contrai ao mesmo passo a suprema dívida de fazer um dia também a legislação social do proletariado que vai despontar, ajudam enfim o privilégio econômico da burguesia a crescer e prosperar, até aos dias em que se envolve ele, arrogante, contra a decrepitude política da velha realeza. (pág 172)

Assim, pode-se afirmar que o poder do monarca se viu enfraquecido devido as sublevações daquelas classes burguesa e proletária que pretendiam direitos à liberdade econômica e política, bem como a dignidade social. Isto é, pleiteava-se o que conhecemos como direitos individuais, direitos fundamentais de primeira geração, estes que requerem inserção de normas que o Estado se preste de forma negativa e omissa a fim de consagrar a autonomia dos indivíduos. (BONAVIDES, 1998)

Todavia, não foram somente tais direitos pleiteados, isto porque a própria condição de opressão que se apresentava outrora demandava também que existissem normas de restrição a atuação do Estado a partir de seu reposicionamento estrutural de forma positivada, separando assim os poderes e suas competências. (BONAVIDES, 1998)

Com efeito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração exploraram a organização dos estados e poderes na medida em que estes historicamente têm essa função primordial de mitigar as arbitrariedades do Estado em face da liberdade de ir e vir, da liberdade econômica e da autonomia política. Muito além desse direito elencado, a mitigação dessas forças arbitrárias do Estado surgiu com a separação dos poderes, para que um poder pudesse controlar o outro a evitar abusos. Dessa forma, o problema central de toda essa construção é a busca pela mitigação de arbitrariedades institucionais, através da teoria dos pesos e contrapesos (*checks and balances*). (BONAVIDES, 1998)

Não obstante, é nesse cenário que surge o que conhecemos como o constitucionalismo moderno e o Estado de Direito, de maneira que aparece a ideia de que para frear o absolutismo é necessário separar os poderes para que cada um exerça um controle sobre o outro com técnicas específicas, fazendo com que os direitos sejam carregados de exercibilidade, afastando a possibilidade do arbítrio. (BONAVIDES, 1998)

Nesse sentido, surge como um princípio irrevogável e irretocável, uma vez que ele é a pedra fundamental de um alicerce que defende e garante a liberdade, e livra da opressão por parte do Estado. Tal elemento é consagrado nas obras de Montesquieu, que é representado como profeta maior desse pensamento, assim como vem a ser sofisticado com os Federalistas. É certo que esse sentido reverberou por todo o Ocidente na hegemonia do pacto cívico consti-

tucionalista em uma forma de organizar um sistema de garantia das liberdades. (BONAVIDES, 1998)

Na verdade, o intuito desse esboço é trazer a relevância da tradição que inaugura a separação de poderes enquanto afirmação de um direito imprescindível atualmente: a liberdade individual. Muito embora o diálogo institucional se mostre mais complexo na atualidade, a separação de poderes não tem mais esse olhar sublevador de sua composição original, mas agora tem um matiz apenas de organização do Estado de Direito, o que constata que não é possível olvidar tais questões, porque a separação de poderes tem fator relevante na hermenêutica jurídica, isto porque é através desse princípio que se embriona o controle de constitucionalidade e o parâmetro que as leis recebem quando passam pelo controle para prestar a consonância constitucional dos princípios que regem o ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 1998)

Tal controle de constitucionalidade é uma das técnicas de controle corretivo para manter o rigor e rigidez da separação de poderes. Observa-se por que todos os três poderes têm delegações históricas e hodiernamente positivadas na Constituição Federal de 1988 a fim de exercer um controle sobre o outro (legislar, veto a lei, julgamento de inconstitucionalidade, processo de impeachment). (BONAVIDES, 1998)

Na Constituição Brasileira, é evidente tal princípio quando se observa no art. 60, §4º incisos I a IV as cláusulas pétreas que são inalteráveis em defesa do Estado Democrático De Direito na defesa do voto, da forma federativa e dos direitos e garantias individuais. Aqui fica por óbvio a influência da concepção moderna em defesa da liberdade, e que se deve manter inalterável e intocável tal princípio, sendo o mesmo norteador de toda concreção normativa. (BONAVIDES, 1998)

Não é por outra razão que esse princípio tem essa denotação que serve justamente para manter os valores democráticos consagrados no Estado de Direito. Com isso, o controle de constitucionalidade, foco deste trabalho, como uma técnica de manter o rigor e a higidez das normas serve sempre como forma de manter toda lei produzida pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo) em perfeita simetria e parametricidade com as direções e intenções que elegemos civicamente para reger a nação. (BONAVIDES, 1998)

Isso mostra que toda disfunção que ocorre no processo constitucional leva as normas a serem declaradas inconstitucionais, e portanto, as deixam de fora do jogo democrático. Esse é um problema que possui uma abertura intrigante, pois se pergunta como garantir essa higidez no Controle de Constitucionalidade se quem o faz, faz partir de uma interpretação? O que garante essa parametricidade dentro da interpretação? (BONAVIDES, 1998)

Há aqui um problema paradoxal, que questiona a própria condição da separação de poderes que cooperam entre si. Se a função inicial da separação de poderes é mitigar o arbítrio, como mitigar o arbítrio dos próprios juízes quando estão cumprindo sua delegação de evitar os arbítrios de outro poder a partir de uma interpretação constitucional em controle de constitucionalidade? (BONAVIDES, 1998)

Esse é o problema fundamental deste trabalho, porque na atual conjuntura se observa que existem decisões que o processo interpretativo se revela longe da apreensão do giro ontológico linguístico, sobretudo quando ainda há uma tentativa de aplicação de métodos e regras de interpretação, fato que expõe um direito ainda influenciado pela altivez metodológica das ciências naturais modernas. (BONAVIDES, 1998)

Esse fenômeno gera um desconforto na ordem jurídica na medida em que pode ou não estar consonante com o direcionamento correto da norma jurídica constitucional, e por isso pode estar viciada a interpretação que decide por não encontrar concreção normativa em relação ao bloco de constitucionalidade. (BONAVIDES, 1998)

Por essa razão, é possível afirmar que atualmente o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, nas competências que lhe é incumbido pelo art. 102 da Constituição Federal, tem assentado decisões arbitrárias na jurisprudência que efetuam um desconforto no que tange à segurança jurídica, isto porque não se apreendeu que aplicar é também interpretar, e que o interpretar se faz sobre uma mediação linguística que demanda uma fuga do paradigma da modernidade que delega todas as forças da interpretação ao sujeito, o que torna o ativismo judicial e a discricionariedade acesa. (BONAVIDES, 1998)

3.2 O princípio da Segurança Jurídica e o sistema jurídica Brasileiro

A segurança jurídica é um princípio constitucional que prevê a possibilidade de exercibilidade dos direitos na conjuntura jurídica em que há uma concreção normativa. Essa previsibilidade é a condição do que faz o direito ser hígido. A hígidez que se trata aqui é própria do fenômeno do Constitucionalismo que dispõe sobre a Separação de poderes e a mitigação dos arbítrios; isto é, diz que o gozo ao direito, sobretudo aos direitos fundamentais, nas suas características intrínsecas, é indispensável, e portanto, a previsibilidade de seu exercício é o que faz manter de pé a certeza que o pacto cívico constitucionalista é firme e exerce soberania sobre os indivíduos. (CANOTILHO, 2001)

Por essa razão, a segurança jurídica é um fenômeno de requisito para a continuação do Estado Democrático de Direito, na medida em que ela é o fio condutor entre a soberania de

um Estado com a Constituição cívica que intenciona direitos e prerrogativas para que os indivíduos exercitem. (CANOTILHO,2001)

Concernente a isso, no que tange posição da segurança jurídica no ordenamento jurídico, observa-se este princípio como cerne da dogmática jurídica sendo possível percebê-lo intrinsecamente na Constituição Federal, no art 1º, como elemento constitutivo do Estado de Direito. (FERRAZ, 2017. p. 505-514).

O art. 1º da Constituição Federal elege como inciso I. a soberania, que tem uma importância fundamental no ordenamento jurídico, uma vez que o Estado de Direito em todo o alicerce de sua formação se sustenta na soberania, pois ela é o elemento capaz de manter a estabilidade e legitimidade entre o governo soberano e os cidadãos. Esse fenômeno busca estabelecer uma garantia que os Poderes se controlem e se segurem estáveis na garantia de dar ao cidadão um pleito jurídico e administrativo satisfatório sempre.

Trata-se de garantir uma estabilidade no exercício dos direitos fundamentais, de haver sempre uma resposta previsível que esteja consonante com os ditames constitucionais legais. Ademais, afirma a doutrina (CANOTILHO, 2001, pág 247):

A segurança e a proteção da confiança exigem no fundo: (1) fiabilidade clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis a qualquer acto de poder – legislativo, executivo, judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

Com isso, a confiança de que as decisões públicas no controle de constitucionalidade devam ser protegidas por um escopo que as mantenham híidas e válidas no ordenamento jurídico tem anteriormente fundamento na segurança jurídica, uma vez que ela protege a soberania e intenta mitigar os arbítrios a fim de manter pela estabilidade. Ocorre que essa mitigação pode falhar, por mais que o próprio ordenamento jurídico tenha criado condições específicas para que a separação de poderes seja exercitada e se controle a fim de evitá-los. (CANOTILHO, 2001)

Isto é, na significação do Poder Judiciário, pode ocorrer desse próprio sistema falhar quanto a uma decisão judicial correta que esteja de acordo com o ordenamento jurídico e que apresente uma quebra da expectativa quanto a uma fundamentação prudente, visto que nós

podemos e devemos exigir dos poderes estabelecidos higidez em relação a qualquer ato, a qualquer decisão, sobretudo quando requer-se um parâmetro constitucional. (DIMOULIS, 2011)

Com efeito, não é uma tarefa fácil indicar onde está essa arbitrariedade e discricionariedade no Poder Judiciário, visto a abertura que os direitos fundamentais apresentam na possibilidade de afirmar uma fundamentação a partir da perspectiva de concreção desses mesmos direitos. Nota-se na conjuntura atual que o exemplo de mais fácil acesso é o ativismo judicial, visto que esse ativismo vem revestido de forma em que sua aplicação atropela a medida da lei a abre espaço para uma discricionariedade do juiz na busca da concreção imediata dos direitos fundamentais. (DIMOULIS, 2011)

Decerto, possui uma legitimação porque visa a teleologia de cumprir as expectativas do direito. Porém, muito embora tenha essa finalidade protetora da concreção normativa, este não o faz porque a própria Modernidade nos deixou como legado um formalismo necessário como condições de exercício dos direitos, visto que sem esse formalismo, o próprio Estado de Direito seria comprometido. (DIMOULIS, 2011)

Com isso, por mais que a urgência de um direito fundamental seja indelegável de concreção, ele deverá ser realizado diante de um caminho que o legislador criou para ter acesso a essa tutela, e que se encontra bem abrangente uma vez que de outra forma seria uma irrupção das condições normativas que a Separação de Poderes instituiu.

O positivismo jurídico é um fenômeno controverso que no jaez dessa discussão toma uma medida importante, isto porque historicamente ele afasta a possibilidade de uma moralização da ciência do Direito, o que evita que as decisões sejam aleatórias partindo de uma subjetividade que justifique as próprias convicções, porém a própria intenção de objetividade do positivismo jurídica possui seus problemas que debater-se-á adiante. (DIMOULIS, 2011)

O que importa nesse sentido, é que o positivismo jurídico tem um matiz que se preocupa com a segurança jurídica, porque consiste no estabelecimento e cumprimento da legislação, do cumprimento das formalidades no Estado De Direito, e sobretudo da impossibilidade de o Poder Judiciário intervir na competência externa aos limites dele. (DIMOULIS, 2011)

Isto é, na formação do Estado de Direito, observa-se que os três poderes têm seus limites, e o único Poder que não possui legitimidade e primazia popular democrática é o Poder Judiciário. Diante disso, as intervenções feitas pelo Poder Judiciário em relação aos outros poderes deverão ser mínimas, somente quando se apresentar uma inconstitucionalidade

ou ilegalidade. Com isso, põe-se no Judiciário a esperança de que seja a panaceia às omissões dos outros poderes, mesmo sem encontrar tal inconstitucionalidade e ilegalidade. (DIMOULIS, 2011)

Este é um enfreamento problemático, porque impor a esperança das omissões quanto as prestações positivas, e em relação a outros direitos fundamentais sempre recorrendo ao Poder Judiciário gera uma insegurança jurídica, porque só demonstra a disfuncionalidade própria das insuficiências dos outros poderes no exercício de suas prerrogativas democráticas. (DIMOULIS, 2011)

Ocorre que, mesmo quando esses pleitos chegam a jurisdição, toda resposta deverá ser dada de forma fundamentada, bem como não poderá ser deixada da apreciação, como preveem os art.5, XXXV e o art. 93, IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Art. 93º, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Isso mostra que o Judiciário, apesar da intervenção mínima que se pretende, ele não é absolutamente negado de versar sobre assuntos de interesses específicos, devido ao princípio do amplo acesso à justiça visto alhures, mas que toda vez que seja provocado, deverá resolver a lide com fundamentação, e essa fundamentação nunca é arbitrária. Deverá ser antes sempre questionada os limites dessa atuação, sempre respeitando a ordem democrática e constitucional questionando como e deve proceder em cada caso, sempre repensando a base constitucional e quais os limites interventivos para cada caso resultando em uma resposta satisfatória e segura. (DIMOULIS, 2011)

Como afirma Dimitri Dimoulis (2011):

[..]se o Judiciário censurar ou mesmo substituir o Legislativo e o Executivo em situações de incerteza, ultrapassa suas competências. A Constituição não autoriza o Judiciário a julgar as opções dos demais, comparando-as como possíveis alternativas. A única questão que cabe responder aos julgadores é se certa decisão ou omissão possui o vício da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Se o julgador não puder comprovar isso, deve aceitar a solução dada pelo Poder que possui a competência de concretização primária: “in dubio pro legislatore”

Por isso, no que concerne a atuação do Judiciário, ele somente terá esse caráter subsidiário dos outros poderes quando não forem bem delimitadas as competências, fato que

não ocorre atualmente como visto atualmente em diversos julgados que tangem a prestação positiva de direitos fundamentais sociais, como por exemplo o Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a prestar remédios não autorizados pelos órgãos competentes. Além disso, quando se trata de uma omissão legislativa, o juiz somente o poderá fazer em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e nos Mandados de Injunção, que é como a lei determina a competência ao Judiciário para poder suprir omissões legislativas. (DIMOULIS, 2011)

Portanto, percebe-se que a segurança jurídica, muito embora seja tratada de forma dicotômica e utilizada como argumento para aplicar um positivismo objetivista, há uma faceta nela tem um papel importante na medida em que consagra as competências institucionais, afirmando que uma prática fora dela pode gerar uma instabilidade a soberania, e pôr fim ao Estado Democrático de Direito, que nos é valioso. (STRECK, 2014)

Dessa forma, o juiz na condição que tem de julgar, deverá sempre prestar atenção a segurança jurídica, cerceado pelos limites que a Constituição lhe impõe, deverá buscar uma resposta sempre prudente, intermediada linguisticamente, e fugindo de qualquer posição que seja tomada de forma subjetiva, uma vez que há um sistema que predetermina os direcionamentos a serem aplicados. Isto, decidir é sempre fundamental, e fundamentação nunca é algo arbitrário, sempre tem um norte, um princípio que sede a argumentação, que é sempre mediado linguisticamente. (STRECK, 2014)

3.3 A universalidade do problema hermenêutico e a aplicação na jurisprudência.

3.3.1 A modernidade e sua afetação.

O iluminismo (*Aufklärung*), produto da Modernidade, fez que sua tarefa de desvincular o preconceito como efeito na tradição da interpretação trouxesse um resultado que se prolonga até a atualidade nos institutos da hermenêutica jurídica, sobretudo na jurisprudência. Esse pensamento se fundou inicialmente em Kant na medida em que se faz uma crítica a hermenêutica bíblica a fim de que pudessem criticar a dogmática bíblica uma vez que ela é viciada a partir da autoridade, pois contém preconceitos. (GADAMER, 2011, pág. 362)

Kant põe na Razão todas as forças que podem expulsar o preconceito da autoridade, a fim de que torne o texto o mais puro possível, mediado pelo sujeito racional que tem a prerrogativa de fazer essa interpretação isenta dos preconceitos. Evidentemente essa pretensão é guiada sempre pelo “tribunal da razão”. O problema é que a tradição escrita contém em si

um “momento autoritativo uma palpabilidade” que é denotada pelo próprio preconceito, pela idealidade contida no próprio texto. (GADAMER, 2011)

Kant percebe a tradição escrita como algo que não se pode valer em si mesma, e que a possibilidade de verdade depende da razão, do sujeito que conhece. Nisso, Kant dá uma altivez importante a razão e ao sujeito na história da filosofia, pondo no conhecimento racional a validação de qualquer preconceito. Afirma Gadamer: “É dessa maneira que os critérios da *Aufklärung* moderna continuam determinando a autocompreensão do historicismo’. (GADAMER, 2014)

Essa validação se dá na medida em que o sujeito pensa racionalmente a história despida dos preconceitos da tradição. Isto é, trata-se de afastar todo valor primitivo e não pleno de si, toda influência que não se considere racional. De certa forma, cria-se uma preferência por uma interpretação plenificada pela expulsão dos preconceitos, o que vai se perceber na modernidade, especialmente na prática jurídica através do fenômeno do exegetismo, da subsunção e a jurisprudência dos valores. (STRECK, 2014)

Essa pretensão em esterilizar um texto a partir de sua desvinculação da tradição é atravessada na história com superações de matizes diferentes, mas que deságua em uma finalidade própria, que fora a tentativa de fugir de um dogmatismo do passado, tentando estabelecer uma vereda e verdade objetiva do mundo histórico. Essa mesma vereda direciona para o problema da consciência histórica, de forma que a própria tentativa de isentar o preconceito se torna um preconceito, como se revela na consciência histórica e estética. (GADAMER, 2014, pág. 366 -367)

Com efeito, essa proposta incita um questionamento a respeito do cerceamento da liberdade quando a interpretação é submetida aos preconceitos, de forma que o sujeito se limite aos preconceitos intrínsecos na idealidade do texto, o estaria viciado em um tempo anterior, sem percepção da realidade atual. Gadamer afirma nesse sentido (2014, p. 367):

“O certo não será, antes, que toda existência, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras? E se isso for correto então a ideia de uma razão absoluta não representa nenhuma possibilidade para a a humanidade histórica. Para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação”.

Essa afirmativa moderna de que os preconceitos limitariam a liberdade revela um problema dicotômico que se resolve com o giro ontológico linguístico nas teorias de Heidegger e Gadamer. Isto é, se o preconceito é uma limitação a liberdade do pensamento

racional, pode-se depreender que a interpretação é sempre um ato criativo fora da tradição, pensando racionalmente, como se pretende nas teorias modernas, sobretudo na jurisprudência dos valores. (GADAMER, 2011)

O outro problema ocorre no exegetismo, na medida em que se observa apenas o texto em si como forma de aplicação do direito, de maneira que ele estivesse sempre vinculado aos fatos de um liame judicial e pudesse absolutamente resolver ou não um problema através da clareza que o texto exprime. (GADAMER, 2011)

O caráter duplo dessa afirmação está baseado no problema da consciência histórica e da autoconsciência. É certo que para superar esse problema, é preciso ir a Heidegger e Gadamer, na medida eles tratam da virada ontológica afirmando a transcendência da questão da subjetividade pondo todo esse processo de interpretação sob a mediação linguística, que a metafísica obstrui, mas que passando a ser um problema linguístico há uma liberação. (GADAMER, 2011)

O que se põe em jogo é como os juízes têm decidido, se eles gozam dessa arbitrariedade que a filosofia da subjetividade deixou, tornando o direito criativo, ou se esquecem da historicidade das normas ao tentar aplicá-las por subsunção. Este fenômeno decorre justamente pela não apreensão do giro ontológico linguístico, que põe os preconceitos como uma condição de possibilidade de nossa compreensão, interpretação e aplicação. (GADAMER, 2011)

Dessa forma, percebe-se que é necessário admitir os preconceitos na medida em que qualquer reflexão que façamos sobre o passado, ele já é compreendido no presente na conjuntura que somos inseridos, e isso acontece de uma forma natural. Por isso, qualquer tentativa de autorreflexão é impossível de ser consumada sem a influência do preconceito, sem a corrente histórica que cada palavra reflete. O pensamento é portanto, concebido através de uma realidade histórica constituinte, que está em andamento e que nunca se satisfaz absolutamente, justamente pela condição finita e histórica do homem. (GADAMER, 2011)

Com isso, tem-se que o homem só se afirmar na vida se atualizando enquanto ser-no-mundo, mediando linguisticamente, produzindo o novo a partir de uma hermenêutica de alteridade. Esse novo produzido é sempre algo que fica e serve para um próximo novo contingencial. Eis aqui um processo de reabilitação do preconceito. (GADAMER, 2011)

Muito embora a busca por um *sentido do ser* nos tenha revelado a importância de reconhecer a tradição através dos preconceitos, há um problema na hermenêutica jurídica que é a de como direcionar o preconceito de forma que ele não afete uma higidez constitucional. Isto porque os juízes ao tomarem esse preconceito, poderão criar e aplicar um direito que

podem não estarem de acordo com a constituição, ou com uma interpretação correta dentro do sistema que o cerceia. Por isso, essa abertura tem um jaez perigoso na medida em que pode ser ou não útil para a manutenção do sistema. (GADAMER, 2011)

3.3.2. A hermenêutica da aplicação na decisão judicial.

Outrora na hermenêutica tradicional, em razão da modernidade houve uma sistematização em três modelos, a *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e, *subtilitas aplicandi* (aplicação). Esse fenômeno surge na teoria romântica da hermenêutica no século XIX que busca englobar uma unidade entre *intelligere* e *explicare*, afirmando que este processo é sempre uníssono, de forma que não há mais um método de passo a passo desses modelos para chegar em um significado. (GADAMER, 2011)

Percebe-se que esses dois institutos quando englobados afastaram da hermenêutica o processo do *applicare*, mas que posteriormente se constata evidentemente uníssono também a compreensão. Isto é, em Gadamer essas três passaram a significar uma conjugação única no processo da compreensão. (GADAMER, 2011)

Decerto, a antigamente hermenêutica da aplicação tinha como tarefa fundamental “adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala”. Gadamer (2011, pág 407) afirma: “[...] hoje em dia o trabalho do intérprete não é simplesmente produzir o que realmente diz o interlocutor que ele interpreta, mas deve fazer valer a opinião daquele como lhe parece necessário a partir da real situação da conversação na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio.

Evidentemente essa era a máxima que havia na história da hermenêutica filológica, teológica e jurídica. Assim como hermenêutica bíblica esse fenômeno ocorre entre o sentido do texto e a pregação, no direito há uma tensão que envolve o texto posto da lei e o sentido que possui na intenção de alcançar os fatos que demandam resolução justa. O problema é que nem sempre há uma unicidade de resolução dessas demandas através da interpretação da norma jurídica, o que pode gerar insegurança jurídica. (GADAMER, 2011)

Em razão disso, a hermenêutica jurídica da aplicação não pretende fazer uma compreensão histórica, mas sim uma compreensão do sentido atual da lei frente a controvérsia jurisdicionada. Ela pretende sempre concretizar uma validade jurídica através de um ato compreensivo que conjuga interpretar, explicar e aplicar e um só processo. Isto na hermenêutica bíblica tem o mesmo formato, visto que a pregação não pretende compreender apenas a narrativa bíblica enquanto um processo histórico, mas sim sua validade e eficácia

redentora a quem busca dominicalmente compreender a verdade religiosa. (GADAMER, 2011)

De certa forma, por mais que não seja uma compreensão histórica, há uma certa historicidade nos conceitos jurídicos na medida em que eles fazem parte de um acontecer contínuo que ocorre na lei e na jurisprudência, pois sempre se atualizam com novas controvérsias e fatos. Não se pretende aqui imobilizar um enunciado, antes disso, é no momento da compreensão que pretende aplicar que o enunciado toma sua historicidade e o juiz age com seus preconceitos. É neste momento a jurisprudência plenifica a compreensão, pois nela está uma compreensão. (GADAMER, 2011)

Afinal, imobilizar o enunciado da lei enquanto seu sentido originário parece um tanto quanto naturalista, afirmando que há uma essência imóvel que não se agrega com o aspecto histórico do *ser*. Tampouco, a hermenêutica jurídica não pode ser também um processo puramente racional que delega ao juiz uma discricionariedade para criar o direito através da subjetividade racional que invalida os preconceitos. (GADAMER, 2011)

Com efeito, isso revela essencialmente o trabalho do juiz intérprete que tem a obrigação de decidir, devido a princípio da proibição do *non liquet*, e fazer valer a força da lei em busca de uma concreção normativa, sobretudo porque ele possui a prerrogativa e o conhecimento para o fazer. (BRASIL, 1988)

Muito embora essa afirmativa seja o modelo correto, esse é o problema que enfrenta o judiciário, na medida em que os juízes estão se atendo a um exegetismo que tenta imobilizar a essência das coisas, bem como subjetivizar do processo da concreção normativa jurisdicional sem antes o acesso a uma estrutura normativa (constituição e princípios) que limita essa atividade discricionária. (GADAMER, 2011)

Esse processo de subjetivização ocorre no ativismo judicial, que é evidentemente produto do paradigma metafísica da modernidade praticado na ótica das teorias da subjetividade, porque o ativismo busca realizar o direito através de tentativa de prestar positivamente ou negativamente aquilo que não está na lei, mas na consciência racional do juiz. (GADAMER, 2011)

Trata-se aqui de um paradigma incerto sobre a atuação do juiz, porque tendo a prerrogativa de atuar e a proibição de não ser omissor, faz com que se reverbere uma cultura que o juiz atue de forma prepotente agindo discricionariamente. Ocorre que esse agir pode ocorrer para o “bem” ou para o “mal”, sobretudo quando se pretende a partir de um olhar dos princípios suprir as omissões legislativas. Assim, julgar sem um critério que ordene o decidir abre um precedente para uma atuação arbitrária, podendo gerar uma insegurança jurídica

porque conseqüentemente desarmonizaria os poderes na medida em que um usurpa a competência do outro. (GADAMER, 2011)

É neste ponto que Gadamer, ao tentar esboçar uma tratativa da hermenêutica da aplicação parte de uma retomada a Aristóteles, de forma que ele reinaugura a noção de *phronesis* na dinâmica da aplicação no direito. Aristóteles no livro VI da *Ética a Nicômaco* elabora o conceito de *phronesis* que advém de Sócrates e Platão, mas que toma outra significação em Aristóteles. (GADAMER, 2011)

Não se trata de uma tese sobre hermenêutica, muito embora Gadamer tenha feito uma aproximação valiosa, outrora essa noção tinha um significado relativo à ação moral, e sobre as implicações do agir, sobre a autoavaliação individual de um agir em determinado contexto. Na hermenêutica da aplicação, o que se põe como interpelação é a intenção prática da situação e sua exigência. (GADAMER, 2011)

É nessa medida que a ética aristotética tem uma importância, uma vez que em *Ética a Nicômaco* Aristóteles ele dá importância aos nossos estados da alma que são racionais e que fazem os nossos caminhos no agir ético. Ele une razão e saber, para isso ele busca opor o *ethos* a *physis*, uma vez que na *physis* se aplicam determinadas forças inatas e sem razão, mas que no *ethos* só se realiza através do comportamento do homem, que se dá de uma determinada maneira. (ARISTÓTELES, 2006)

Com isso ele põe que o que é bom ou ruim ao homem é determinado a partir de uma ‘concreção da situação prática’ em que está em jogo, e o saber ético é que irá direcionar para uma resolução que discerne o que essa situação em si exige de forma geral. Assim a hermenêutica jurídica deve também ser repensada, visto que os juizes são homens éticos, que devem agir em acordo com a legalidade e a constitucionalidade, indicando nos casos práticos onde há ou não esses fenômenos. (GADAMER, 2011)

Gadamer afirma (2011, pág 412): “negativamente, significa que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação”. Com efeito, a Constituição Federal diferentemente daqui não é obscurecida em si mesma, mas não passa de uma carta de intenções que no momento da aplicação toma uma brilhante significação, porque se torna concreta, se torna um saber prático, porquanto há concreção. Ela é a própria luz que elucida uma concreção prática.

Dessa forma, essa pretensão ética aristotélica desmascara a falsa objetivação da moderna, do positivismo que não pensa a si mesmo, que não pensa a linguagem. Gadamer (2011) nos diz que o saber ético não é um saber objetivo, e que, portanto, aquele que sabe não

está a frente a uma constelação de fatos, que basta constatar (ou possivelmente fazer a subsunção objetiva e resolver as lides), mas é atingindo diretamente por aquilo que ele conhece. É algo que ele deve fazer. (GADAMER, 2011)

Por essa razão, é notório que o juiz sempre aplica um saber prático em cada decisão que intenta a concreção normativa, mas sempre o faz de forma ética, o que derrota o pensamento objetivo que pretende resolver os problemas de forma simplificado como se a subsunção fosse um simples procedimento que não pensa se pensa linguisticamente. Por isso o pensamento objetivo, aquele que mecaniza o homem cai por terra. (GADAMER, 2011)

Gadamer irá dizer que este não é saber da ciência, porque Arisóteles diferencia o saber ético da *phronesis* com o saber teórico da *episteme*. Essa diferença mostra que a antiga ciência grega era representada pela matemática e que pela simples demonstração qualquer um pode aprender, de forma que a matemática é imutável, e apresenta sempre as mesmas respostas. Ocorre que no Direito isso não é possível, porque essa mesma categoria científica é uma ciência do espírito (*geistwissenschaft*), e por isso fazem parte do saber ético, porque seu próprio “objeto” é o “homem e o que este sabe de si mesmo”. (GADAMER, 2011)

Isto mostra que aquele que tem o dever de atuar está marcado pela alterabilidade das coisas, dos fatos, pois diferente das ciências naturais, as coisas não são sempre as mesmas como na matemática. Mas nesse interesse ético é que o saber da *phronesis* deve orientar a prática de atuação jurídica. (GADAMER, 2011)

Diante disso, surge aqui a *techne*, que é para os gregos uma habilidade própria de cada ofício, uma essência que codetermina a aplicação a cada momento concreto na produção de um ofício. Gadamer (2011) toma esses sentidos e os reposicionam nas relações atuais que os problemas hermenêuticos modernos engendraram a fim de afirmar que atualmente não se trata de um saber técnico nem ético, mas que intentam ambos a aplicação. Essa aplicação se diferencia em cada um deles, uma vez que *techne* é ensinada e a *phronesis* é aquela adquirida por experiência. Em ambos os casos o domínio da coisa é a finalidade que as duas chegam, e por essa razão ambas se dialogam a fim de se ajustar a uma melhor decisão. Quando um juiz decide, ele decide porque tem a *techne*, mas o seu saber ético depende de uma aplicação correta e constitucional, contida nas competências e limites que a prudência própria lhe impõe.

Com isso, a discricionariedade, o ativismo judicial é uma falta da *phronesis*, porque evidentemente os juízes tem a *techne* porque têm formação própria, foram aprovados no concurso, e estão incumbidos de aplicar, porém eticamente os juízes não tem a experiência ética de decidir conforme uma prudência contida. Nesse sentido, afirma-se que as duas se

correspondem, mesmo não significando a mesma coisa, são essenciais para uma decisão correta. (GADAMER, 2011)

Concernente a isso, Gadamer (2011, pág 419) compara o trabalho do artesão e do jurista, mostrando que suas situações de aplicação são bem diferentes, porque o artesão poderá dispor de seu trabalho inicial e se adaptar a circunstâncias adversas na concretude de sua realização. Trata-se de uma renúncia a execução no plano originário. “mas essa renúncia não significa, de modo algum, que com isso se complete o seu saber daquilo que ele quer. Ele simplesmente faz reduções durante a execução. Isso é uma real aplicação de seu saber, vinculada a imperfeição dolorosa”.

Nesse ponto, Gadamer (2011) mostra que em relação ao jurista não pode seguir a mesma direção, pois a posição dele na forma da aplicação não aceita imperfeições, e se aceita, o declara “imperfeito” em relação a Constituição Federal. Sobretudo porque a aplicação não é exatamente o que ele quer, mas sim o que lei responde a concretude do caso. Isto é, o juiz decide se é imperfeita sempre partindo de um norte, partindo da norma que é a *techne*. Porém, Gadamer afirma que a *techne* assim como pode ser aprendida, pode ser esquecida, eis aí o problema da aplicação jurídica hodierna.

Antes de tudo, é preciso manter a *techne* em consonância com a *phronesis*, pois sua confluência direciona o Direito sempre a uma aplicação correta e não arbitrária, porque volta-se sempre para o mesmo norte de codetermina a aplicação: a Constituição. (STRECK, 2014)

Decerto, a *phronesis* tem uma altivez, porque ela é uma virtude que não pode ser esquecida, uma virtude reflexiva que se concebe como uma responsabilidade que induz o pensamento jurídico decisório a uma concretude específica, sempre respondendo aquilo que condiciona a compreensão: a mediação linguística e a finitude do homem. (GADAMER, 2011)

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA HISTÓRIA EFEITUAL ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA E A NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA

4.1 A história de efeitos na busca de uma mitigação da insegurança jurídica jurisprudencial

Gadamer (2014, pág 397) afirma que: “a consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica”. Esse pensamento é revestido de uma pretensão que intenta a história efetual em contraste com o objetivismo histórico e o paradigma moderno de uma ciência que desconsidera metodologicamente a importância da tradição. Isto é, trata-se de uma saída para uma real significação da situação hermenêutica fora do espectro alienante que a consciência histórica nos propusera durante os séculos. (GADAMER, 2011)

Essa revestida não ocorre de forma que seja consumada em paralelo a investigação científica, como se ocorresse de forma intencional e metódica, mas sua execução ocorre de forma teórica. Com efeito, a história de efeitos toma sua revelação de forma despreziosa, desapercibida, e nada contida quando a consciência histórica se direciona para a obra e a para a tradição. Ela sempre é presente na busca de investigação de situação histórica. Como afirma Gadamer, (2011, pág 397): “Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno”.

Isto é, todo o processo do objetivismo histórico que se pode observar também na relação que a jurisdição acatou acaba por ofuscar a verdade porquanto esse objetivismo intenta fugir das arbitrariedades, mas se aliena em relação a legitimidade do questionamento que intenta não ser arbitrário, mas que acaba sendo porque revela ao futuro um compreender preso a uma totalidade universal que não percebe a finitude do homem, e portanto, a infinitude dos fatos que a existência pode proporcionar, sobretudo na medida em que uma mesma norma tem diversas concreções com fatos diferentes. Isso não significa que nossa jurisdição obedecerá a uma arbitrariedade única a cada processo jurisdicional, mas que tampouco pode se deixar alienar ao passado de forma objetiva, realizando uma concreção que não é possível por causa de uma altivez metodológica. (GADAMER, 2011)

Com isso, é preciso compreender que a história dos efeitos ocorre de forma simultânea a compreensão e à compreensão que pretende aplicar. Por essa razão, é preciso acatar a

história efetual na medida em que ela nos proporciona o conhecimento de nós mesmos, e uma fuga de uma possível deformação do conhecimento. Ela é antes um balizador do próprio compreender, que busca afastar uma resposta inflexível, a dizer um saber absoluto dos fenômenos históricos. (GADAMER, 2011)

Dessa forma, a necessidade de compreender a situação é uma urgência que tem sua dificuldade própria porque não achamos uma regra objetiva que responde aos seus questionamentos, como intentam algumas resoluções no STF. É preciso pôr à baila todas as fundações históricas sem sua pretensão objetiva das coisas. O que isso revela, e que deveria se mostrar na conjuntura jurídica é que nós nos encontramos em uma história efetual, que elucidá-la é sempre mister. (GADAMER, 2011)

Assim, essa mesma elucidação nunca se dá por completo, em razão da própria condição de finitude do homem, do devir existencial que nos faz se interpelar em busca de concreção e sentido sempre ao mundo, e especificamente a dinâmica do direito. Essa é a condição própria do homem, que é um ser histórico. Essa situação que não se aliena, devido a busca de uma situacionalidade que está na tradição histórica, que nos determina pertence ao horizonte da compreensão. (GADAMER, 2011)

É possível ver esse conceito de Horizonte em Gadamer (2011, pág 399), quando ele demonstra que: “horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”. Trata-se de uma necessidade de ampliar sempre o horizonte da compreensão para fugir de qualquer possível alienação, uma vez que o horizonte é uma abertura que vê holisticamente o significado de todas as coisas que circundam algo na conjuntura jurídica. Pois, aquele que tem horizonte percebe além do que está perto, podendo perceber a situação hermenêutica daquilo que se põe frente a tradição.

Trata-se da inexequibilidade de um volver a um passo para trás a fim de encontrar no horizonte da tradição uma verdadeira medida do que outrora significou, pois essa pretensão pode nos levar a um mal-entendido em relação ao próprio significado de outrora. Essa tentativa de se transportar ao passado a fim de extrair uma compreensão objetiva através de um diálogo é equivocada, isto porque não se faz verdadeiro, já que o diálogo é verdadeiramente uma posição de alteridade, e essa prerrogativa da consciência histórica não o faz o diálogo porque o diálogo só é possível entre uma consideração dos preconceitos. (GADAMER, 2011)

Essa pretensão não é atingível porque colocamos sempre nosso ponto de partida para entender o ponto de partida que está outrora. Aparece de forma imanente, mas que se ignora ao dizer que se pode esterilizar o pensamento. A alienação encontra-se justamente na

pretensão de que se pode alcançar a um entendimento histórico de outrora sem nos interpor dialogicamente, visando uma segurança de não nos atingir. Isto é, sempre há uma mútua incidência entre os instantes compreensivos de antes e de agora. (GADAMER, 2011)

Há um choque de horizontes, mas que na consciência se fala apenas em um horizonte do passado, sem interpelar pelo horizonte do presente. Por isso, a história-efetual sempre tem um toque consumado pela fusão de horizontes. Determina-se aqui que não há horizontes fechados e autossuficientes como pretende o pensamento objetivista.

Essa autossuficiência é evidentemente advinda da Modernidade, que põe o sujeito enquanto denominador de qualquer verdade, que o sujeito solipsista se basta para auferir verdade e pureza na história ou nos institutos. Aqui, se olvida a ontologia hermenêutica, porque não há uma interpelação de nós mesmos pela linguagem, pelo conhecimento do sentido do ser. (STRECK, 2018)

Gadamer (2011, pág. 402) contribuiu para isso da seguinte forma:

A mobilidade histórica da existência humana se constituiu precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. Não foi a consciência histórica que colocou inicialmente em movimento o horizonte que tudo engloba. Nela esse movimento não faz mais que tomar **consciência de si mesmo**.

Dessa forma, observa-se que a consciência histórica alienada é uma condição moderna de compreender o mundo, porque não ultrapassa a si mesmo, o que não é correto com as veredas que a ontologia hermenêutica direcionou com a fluidez de nossa época.

Gadamer (2011, pág 402) nos diz:

Quando nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si.

O mais importante nesse fenômeno do horizonte, é que na faceta jurídica ele toma uma posição de ser um horizonte destinado a aplicação, tomando no passado seu suporte, para pensar o presente e aplicar nele mesmo. Essa relação só é possível a partir dessa apreensão da consciência de si mesmo, mas sim de uma consciência hermenêutica que pensa o horizonte, o caminho inteiro. (GADAMER, 2011)

4.2 A ADPF 153 e o exemplo da não apreensão do giro ontológico linguístico e a insegurança jurídica das decisões.

A ADPF 153 é uma ação específica do controle de constitucionalidade que concerne a respeito da justiça de transição. A posição central se encontra no início dos pós Constituição e suscita um questionamento se leis anteriores à da constituição podem ser recepcionadas ou não. Estabeleceu na ordem jurídica que essas leis já estão recepcionadas, porém quando se observa uma inconstitucionalidade específica, tem-se um instrumento jurídico cabível para repreender a inconstitucionalidade da norma receptada. Isto é, elas todas já estão recepcionadas quando estão em vigor e validade, e tenham conteúdo formal e materialmente compatíveis com os conteúdos da Constituição. (STRECK, 2018)

Com efeito, a Ditadura militar no Brasil de 1964, marcada pelo uso da força e do arbítrio, cujos direitos fundamentais eram solapados por um regime de opressão, cujos direitos humanos eram visivelmente constringidos em nome da tortura como forma de legitimar a mitigação contra a altivez opressora do regime. (STRECK, 2018)

Diante disso, todo o processo de redemocratização envolve uma autoreflexão sobre como lidar com o absurdo que ensejou ofensas aos direitos humanos. Eis que surge a Justiça de Transição, que intenta uma busca por estabilidade em um olhar retrospectivo a fim de pensar o futuro a evitar conflitos que desrespeitem os Direitos Humanos. (STRECK, 2018)

Com essa perspectiva, pode-se afirmar que os militares prevendo sua saída em face das grandes manifestações contra os arbítrios cometidos no regime, eles se articulam juridicamente fazendo um processo lento de “redemocratização não expressa” com a finalidade de saírem pelo regime sem serem punidos pelos crimes cometidos, como ocorreu em outras nações na América do sul. Dessa forma, admitiu-se leis que ampliassem a representação no Congresso Nacional através dos senadores biônicos. Com isso, percebe-se que o processo legislativo em si não era democrático e toda produção normativa que fosse editada poderia estar viciada com ares da opressão. (STRECK, 2018)

Nessa senda, surge a Lei 6.683, a Lei da Anistia, promulgada em 1979, por um Congresso com a maioria não eleita e que representava os militares. Pois, em resposta a essa Lei que abrangia a anistia aos militares torturadores, a Ordem dos Advogados do Brasil entrou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar a validade do art. 1º Lei de Anistia. Ademais, tese defendida pela OAB é que a abrangência

positivada no art. 1º em relação aos crimes comuns não pode ser pretendida pelos torturadores. (STRECK, 2018).

Assim, Lênio Streck afirma (2018).

O julgamento da ADPF 153, no STF, deu-se em 28 e 29 de abril de 2010, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, e presidência do Ministro Cezar Peluso. Nele votaram nove ministros: sete contra e dois a favor da Arguição. O primeiro a votar, no dia 28, foi o Ministro e Relator do processo, Eros Grau, que, ao julgar improcedente a ADPF, foi seguido por seis de seus colegas: Ministra Cármen Lúcia, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Ellen Gracie, Ministro Marco Aurélio e Ministro Cezar Peluso. Os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto votaram a favor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com ressalvas.

Com isso, importa aqui para fins da pesquisa destacar os votos e como esse tipo de decisão não apreendeu o giro ontológico linguístico. Veja-se que o voto do Ministro Eros Graus teve sua fundamentação baseada que a Lei de Anistia deveria ser feita uma releitura histórica da lei, admitindo as pretensões de sua criação. Primeiramente observa-se que a própria criação da norma tem uma legitimação duvidosa, porquanto os congressistas que a aprovaram não o fizeram de forma democrática. Em segundo plano, por mais que tentemos admitir uma cosmovisão do passado com as intenções do legislador de outrora, a aplicação na hermenêutica jurídica nunca é uma coisa em apartado da compreensão, mas sempre nos utilizamos da tradição, dialogando com o presente para poder aplicar no presente. Nesse caso, a avaliação correta seria revalidar a tradição a fim de que a partir da ótica democrática baseada na Constituição de 1988, a Lei de Anistia jamais poderia ser justificada em sua abrangência para defender torturadores militares. (STRECK, 2018)

Ademais, o voto do Ministro Ayres Britto, muito embora tenha sido pela procedência parcial, fez uma discordância do método histórico da interpretação, em que ele considera apenas como uma forma adicional quando se busca compreender um texto. Nesse discurso, ele relata que a análise correta deverá ser feita sobre a lei em si mesma, e o seu significado, e não sobre as “tratativas” que incidem sobre ela, afirmando que se tal interesse da lei fosse pela anistia dos militares, os legisladores teriam o feito de forma explícita e objetiva. (STRECK, 2018)

Com isso, podemos perceber que a atuação do Ministro Ayres Britto também sofre de algumas ponderações no que concerne ao voto. Primeiramente, trata-se de uma essencialização da norma jurídica, como se esta tivesse em si mesma um significado, um *eido próprio* que sempre que requerida poderia resolver um problema facilmente. Ora, as palavras têm significados que são mediados linguisticamente devido a finitude do homem e sua busca pelo senti-

do do ser. Ou seja, o método aplicado pelo Ministro Ayres Britto foi o gramatical, e isso nos faz admitir que qualquer coisa dita pela lei parece ter uma validade. Por isso, percebe-se que em um dos votos há uma subjetividade opiniosa que difere da afetação de nossos preconceitos, e em outra tem-se a busca uma esterilização do texto frente a concreção que se apresenta. Dessa forma, pode-se afirmar que em ambos os casos não há uma apreensão do giro ontológico linguístico porque ambos não foram tiveram a *phronesis* ao julgar o caso, utilizaram-se apenas de uma *techne* obsoleta e esquecida. (GADAMER, 2011)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de todas as bibliografias estudadas para o desenvolvimento deste trabalho, pode-se concluir que ainda não fora apreendida na jurisprudência brasileira a afetação do giro ontológico linguístico, visto que as fundamentações nas decisões no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade se percebe que os juízes aplicam métodos obsoletos marcados pela alienação da metafísica moderna, bem como uma consciência histórica marcada ora por um subjetivismo decorrente da filosofia da consciência, ou por um objetivismo que determina em si mesmo a essência das coisas. Deste modo, objetivou-se no trabalho mostrar como a linguagem se transformou e passou a ter uma centralidade de pensamento na filosofia com o giro ontológico linguístico.

Para o presente estudo, foi imprescindível a apresentação das ideias iniciais que concernem a linguagem, e paralelamente ao direito. Ademais, através de um percurso sobre os principais movimentos que tangem a linguagem na história, foi imprescindível também a apresentação dos movimentos da modernidade que engendraram o constitucionalismo, bem como os princípios que garantem estabilidade ao constitucionalismo contemporâneo, e que se fazem importantes para a compreensão do delimitado problema.

Com isso, de onde foram feitas também considerações pertinentes. O estudo foi importante para uma melhor aceção do direito na atualidade, de forma que se pode depreender uma alienação em relação aos paradigmas modernos, e que assim o ordenamento jurídico é instável por causa das arbitrariedades que o Estado Democrático de Direito pode sofrer.

Essa ligação fora revelada pela abordagem histórica referente a instituição do Estado Democrático de Direito, entre o princípio da separação dos poderes e os limites estabelecidos de atuação de cada um deles. Nesse sentido, buscou-se delimitar na relação que limita a jurisdição e a atuação do Poder Judiciário. Estabeleceu uma relação entre a formação desse Estado Moderno e os institutos que se reverberam em matizes diferentes na atualidade, mas que devem ter seus sentidos direcionados a uma ontologia hermenêutica na medida em que ela livra a própria

Vale destacar também, que todo esse movimento crítico da linguagem em Heidegger e Gadamer está sediado na crítica à alienação da modernidade em relação a metafísica clássica, sobretudo naquilo que busca reprimir na jurisdição reflexos dessa atuação. Assim, o presente trabalho toma importância porque ele visa a proteção das instituições jurídicas, bem como mitigar as arbitrariedades que são maléficas para o bem comum. Com isso, pondo que toda afirmação e toda dogmática jurídica é possível a partir da compreensão do ser inaugurada por uma ontologia hermenêutica.

Por fim, essa pretensão de reconstrução hermenêutica embarca no direito, a partir de que a história dos efeitos nos proporciona uma melhor análise dos horizontes jurídicos, sobretudo na aplicação da jurisprudência, que é intermediada pelo saber ético da *phronesis* e da *techne* para fundamentar as decisões no horizonte correto em que se exige. Essa revelação da importância da história, torna a compreensão mais possível na medida em que ela busca explorar e definir os termos e institutos no direito, na medida correta da formação dos nossos costumes e tradições constitucionais.

REFERÊNCIAS

Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. 4ª ed. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Coleção Os pensadores). Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Brasília: Casa Civil, 1988.

BRASIL. **Lei N. 6.683/79**. Dispões sobre a Lei da Anistia. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em 27/01/2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. - São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ, Luciano. **Segurança jurídica e remuneração percebida indevidamente por servidores públicos de boa-fé**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores. Direito Administrativo. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GADAMER, Hans George. **Verdade e método: complementos e índice**. Trad. Enio Paulo Giachini.. Vol II. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 8 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Forense Universitária São Francisco, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PLATÃO. **TEETETO-CRÁTILO**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém, Universidade Federal do Pará, 1988..

SILVA, José Afonso dá. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da (re)construção do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.