

# A ANÁLISE DA TEORIA DISCURSIVA JURÍDICA SOB A ÓPTICA DA TEORIA CRÍTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

ANALYSIS OF LEGAL DISCOURSE THEORY FROM THE PERSPECTIVE  
OF CONSTITUTIONAL CONTEMPORARY CRITICAL THEORY

**Bárbara Natália Lages Lobo<sup>1</sup>**

**Camila Antunes Notaro<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

A linguagem e o Direito, como práticas sociais, constituem-se em elementos interligados, na medida em que a primeira concede possibilidade de manifestação a esse último. O discurso jurídico, assim, é o desdobramento do direito que, por sua vez, consiste numa transmissão de códigos pré-estabelecidos, o que é feito numa linguagem própria, codificada e inacessível a maioria das pessoas. Apenas os *experts*, iniciados na cultura jurídica podem compreendê-la e dela utilizar-se, o que leva a um processo infundável de dominação e exclusão. De acordo com o professor colombiano Ricardo Sanin Restrepo, na história ocidental impera a hegemonia normativa do direito, que mantém a intangibilidade do poder, por meio da exclusão daqueles que dele não participam. Por meio do método dedutivo de abordagem, o presente estudo apresenta a teoria desse autor colombiano, explorando principalmente sua crítica à teoria discursiva habermasiana. Ao final, após a utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que para o mencionado autor latino-americano, o direito não é um processo deliberativo de uma comunidade dialógica, mas sim um instrumento de domesticação do homem a favor do capital.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discurso; Direito; Teoria discursiva; Teoria crítica constitucional.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro: *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação*. Professora assistente da PUC-Minas graduação e pós-graduação em Direito (Instituto de Educação Continuada – IEC). Professora visitante das Pós-Graduações no Centro Universitário UNA. Professora tutora do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário – CEAJUD do Conselho Nacional de Justiça. Pesquisadora dos Projetos de Pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais”, coordenado pelo Professor José Adércio Leite Sampaio e “Investigação Científica Constituição e Processo”, coordenado pelo Professor Fernando Horta Tavares. E-mail: [barbaralobo3@gmail.com](mailto:barbaralobo3@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Estudos de Linguagens pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG. Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Professora Assistente de Direito Constitucional I do Centro Universitário Newton Paiva. Professora convidada nos cursos de Pós-graduação da Fundação João Pinheiro-Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Ex-Procuradora -Chefe da Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento e Saneamento do Estado de Minas Gerais – ARSAE-MG. Auditora Setorial da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. E-mail: [camilaantuneshob@yahoo.com.br](mailto:camilaantuneshob@yahoo.com.br)

[Digite texto]

## **ABSTRACT**

Reasoning and Law, as social phenomena, are intrinsic linked elements, as the former allows the implementation of the latter. Legal reasoning, as a piece of Law, consists of a communication of pre-established codes, done on a peculiar language, which is most of times difficult and inaccessible to most people. According to Colombian Professor Ricardo Sanin Restrepo, in the occidental history Law empires, keeping power away from those who do participate in the formulation and discussion of laws. This paper, through the deductive reasoning methodology, presents the theory of the Colombian author, focusing on his criticism to Habermas' discursive theory. At the end, after using the document and bibliographical technics, the paper concludes that, according to the Colombian Professor, Law is not the result of the community's will, but a mere instrument to dictate men according to interests of capitalism.

**KEYWORDS:** Reasoning; Law; Discursive Theory; Critical Theory Constitutional.

## **1. INTRODUÇÃO**

Em uma conjunção das teorias políticas, filosóficas, linguísticas e jurídicas, é inequívoca a interface do discurso como instrumento da força normativa das ordens jurídicas. Contudo, tradicionalmente, habituou-se a uma linguagem jurídica, que se utiliza de vocábulos próprios, sendo validada pelo mais alto grau de erudição, o que se apresenta, muitas vezes, excludente e antidemocrático.

Para que se analise tal processo de dominação, perpassa-se pelos antecedentes históricos discursivos concebidos na Antiguidade clássica, bem como o seu desenvolvimento nas doutrinas jurídicas tradicionais. Em se constatando a perpetuação desse modelo linguístico no universo jurídico, reflexões críticas sobre o objetivo de sua persistência são necessárias.

Como via democrática, Jürgen Habermas elabora sua teoria procedimentalista democrática, a qual ganha um universo de adeptos no mundo, destacando-se nesse trabalho a adesão latinoamericana, a qual é veementemente criticada por Ricardo Sanín Restrepo.

Este autor colombiano, que ora apresentamos como marco teórico do presente artigo, desconstrói a doutrina jurídica tradicional, fundamentada em uma pretensa racionalidade dos seus procedimentos, que, em verdade, esconderiam processos sofisticados de dominação e exclusão social.

[Digite texto]

A eminência e desconstrução da teoria de Restrepo é instigante e convidativa à reflexão dos processos democráticos latinoamericanos utilizados como instrumentos a favor do liberalismo capitalista, que encontra como seu principal canal de colonialidade o Direito.

## 2. ANTIGUIDADE CLÁSSICA

O interesse pelo uso do discurso com determinada finalidade remonta aos gregos, dos quais temos os primeiros registros desse modo de organização discursiva. De acordo com Olivier Reboul (2004), a retórica nasceu na Sicília grega e tem origem judiciária e não literária. Ela teve início quando Córax, discípulo do filósofo Empédocles, juntamente com seu próprio discípulo Tísias, publicaram uma “arte oratória”, que continham preceitos práticos para as pessoas que recorressem à justiça. Após a expulsão dos tiranos surgiram uma série de conflitos judiciais movidos por aqueles que haviam sido despojados de seus bens.

Como não havia advogados à época, escrivães públicos denominados logógrafos redigiam as queixas dos cidadãos, que as liam perante o Tribunal. Os retores valeram-se da situação para oferecer aos litigantes e aos logógrafos um instrumento de persuasão que afirmavam ser capaz de convencer qualquer pessoa de qualquer coisa. Tratava-se dos preceitos de Córax, inventor do argumento que leva seu nome e que consiste em dizer que um discurso é inverossímil por ser verossímil demais.

Em outras palavras, consistiam esses preceitos em fórmulas a serem utilizadas para tornar o discurso verossímil, já que se visava apenas à retomada de um bem, e não à construção da verdade do que havia ocorrido. Pode-se perceber assim que, o nascimento da retórica está ligado a questões jurídicas, sendo que seus primeiros registros filosóficos se deram com os sofistas, alguns séculos mais tarde.

De qualquer modo, os primeiros retores inventaram a disposição do discurso judiciário e também elaboraram os lugares (*topoi*), argumentos os quais bastava decorar e chamar à baila em determinado momento da disputa jurídica.

Uma nova fase da retórica surge com Górgias, qual seja, a fase literária. Até então, os gregos identificavam literatura com poesia (épica, trágica etc), sendo que a prosa, puramente funcional, restringia-se a transcrever a linguagem oral comum. Górgias foi um dos fundadores do discurso epidítico (elogio público), criando para esse fim uma prosa eloquente, utilizando

[Digite texto]

figuras de palavras como assonâncias, rimas, paronomásias e figuras de sentido como metáforas e antíteses. Em outras palavras, Górgias pôs a retórica a serviço do belo.

O elo entre a sofística e a retórica só aparece plenamente em Protágoras, que foi um autor enciclopédico e o primeiro a interessar-se pelo que mais tarde chamou-se de gramática. Partindo do princípio de que a todo argumento pode-se opor outro, que qualquer assunto pode ser sustentado ou refutado, ele ensinava a técnica erística que depois veio a ser a dialética, ou seja, a arte de vencer uma discussão contraditória.

O que muda, entretanto, é que o discurso não pode mais pretender-se verdadeiro ou verossímil apenas, mas ser eficaz, sendo devotado ao saber e não ao poder. Inclusive, a partir do final do século V, o termo “sofística” passou a ser pejorativo, sendo mérito de Isócrates a libertação a retórica do domínio sofista. Ele moralizou a retórica ao afirmar que ela só é aceitável se estiver a serviço de uma causa honesta, não podendo ser condenada pelo mau uso que alguns fazem dela.

Tal pensamento se coaduna com o de Aristóteles (1998, p.29) que diz que “objetar-se-á que a retórica pode causar sérios danos pelo uso desonesto desse poder ambíguo da palavra? Mas o mesmo se pode dizer de todos os bens, salvo da virtude (...)”

Um dos maiores críticos dos sofistas, Platão, acreditava que eles falseavam a realidade e, por isso, propôs a filosofia como discurso, destacando o conceito de verdade. Para o filósofo era sua retórica que dizia respeito à filosofia e à dialética e não a sofística. Dessa forma, Platão acabou por contribuir com a decadência desta última no futuro, sendo o responsável pela má reputação da sofística, por lhe atribuir a condição de mera arte decorativa.

Foi o discípulo de Platão, Aristóteles, o responsável por reformular a retórica, que deixou de estar submetida à filosofia, passando a ocupar um lugar único e privilegiado. Segundo ele a tarefa da retórica não é persuadir, mas buscar os meios necessários para tanto:

Vê-se pois que a Retórica não se enquadra num gênero particular e definido, mas que se assemelha à dialética. Igualmente manifesta é a sua utilidade. Sua tarefa não consiste em persuadir, mas, em discernir os meios de persuadir a propósito de cada questão, como sucede com todas as demais artes. Assim, a medicina não tem como missão própria dar saúde ao doente, mas avançar o mais que lhe é possível na direção da cura. Além disso, a retórica distingue o que é verdadeiramente suscetível de persuadir do aparente, assim como a dialética distingue o silogismo verdadeiro do aparente. (ARISTÓTELES, 1998, p.29)

A retórica de Aristóteles não se apresenta, portanto, como poder de dominar, mas como poder de defender-se. De acordo com Aristóteles (1998) todos os homens se empenham em submeter a exame ou defender um tese, em apresentar um defesa ou uma acusação, sendo que algumas pessoas o fazem sem perceber e outras por hábito. No âmbito do Direito, estas atividades linguísticas ocupam lugares centrais.

### **3. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA LINGUAGEM JURÍDICA**

Tradicionalmente, concebe-se a palavra para o jurista como um instrumento de trabalho e, assim, ele deve dominá-la, utilizando-a para bem exprimir suas idéias. Nos dizeres de Lênio Luiz Streck (2004, p. 5) “O direito é um só e é constituído pela linguagem. A linguagem é a tessitura constitutiva do mundo, dentro de um prisma fenomenológico-existencialista”.

Pode-se dizer então que, nessa perspectiva, a linguagem constrói a realidade, de forma que as coisas que estão no mundo não têm existência própria e só passam a existir após a compreensão que se dá pela linguagem. Nesse ponto, pode-se afirmar, ainda, que a realidade do Direito é, em si, linguagem, que compreende a interpretação e aplicação das leis, sem descurar dos fatos da atualidade.

Afirma Maria Helena Diniz (1991,p.153) que “o Direito tem uma linguagem, por ter um sentido comunicacional, uma vez que tem por condição de existência a de ser formulável numa linguagem, imposta pelo postulado da alteridade” Nesse sentido, esclarece Olivier Reboul (2004, p.19) “A lei fundamental da retórica é que o orador – aquele que fala ou escreve para convencer – nunca está sozinho, exprime-se sempre em concordância com outros oradores ou em oposição a eles, sempre em função de outros discursos.”

Na visão de Maingueneau (1998), teórico e analista do discurso da corrente francesa, o modo de apreensão da linguagem, denomina-se discurso, não sendo considerado esse como uma estrutura arbitrária, mas como atividade de sujeitos inscritos em contextos determinados. Portanto, o discurso é tanto um lugar privilegiado de observação das relações entre língua e ideologia, quanto um lugar de mediação; é a linguagem em funcionamento, é uma prática social.

Bakhtin (2006) entende o discurso como constituído de unidades reais da comunicação chamadas de enunciados e que são delimitados por outros enunciados, tecendo a rede discursiva. O dialogismo bakhtiniano, portanto, não considera a frase, a oração, a palavra, o predicado, ou qualquer outro elemento textual uma unidade real de discurso; o enunciado é essa unidade delimitada por um enunciado anterior e posterior, produzidos responsivamente em relação ao dado enunciado. O enunciado, dessa forma, não prescinde de interlocução, seja ela ativa ou passiva, real ou imaginária.

Para Bakhtin (2006), o princípio da alteridade é fundamental para se pensar a comunicação: não há enunciado que não tenha sido produzido para um interlocutor, para o 'outro', assim como não há enunciado que não seja responsivo de outros enunciados. Disto consiste a malha discursiva: da alternância de enunciados produzidos e ligados por escopos intencionais, em resposta a outros enunciados.

É por esse motivo que um enunciador nunca pode ser considerado 'dono' de seu discurso, uma vez que seu discurso está ligado a outros discursos, constituindo-os e deles sendo constituído - existindo em função dessa relação. Para ilustrar esse princípio, Bakhtin usa o mito do Adão bíblico e diz que nenhum enunciador é produtor de discursos totalmente inéditos:

O falante não é um Adão bíblico, só relacionado com objetos virgens ainda não nomeados, aos quais dá nome pela primeira vez. As concepções simplificadas sobre comunicação como fundamento lógico-psicológico da oração nos lembram obrigatoriamente esse Adão mítico. (...) O falante não é um Adão, e por isso o próprio objeto do seu discurso se torna inevitavelmente um palco de encontro de opiniões com interlocutores imediatos (na conversa ou na discussão sobre algum acontecimento do dia-a-dia) ou com pontos de vista, visões de mundo, correntes, teorias, etc. (no campo da comunicação cultural). Uma visão de mundo, uma corrente, um ponto de vista, uma opinião sempre tem uma expressão verbalizada. Tudo isso é discurso do outro (em forma pessoal ou impessoal), e este não pode deixar de refletir-se no enunciado. O enunciado está voltado não só para seu objeto, mas também para os discursos do outro sobre ele. (BAKHTIN, 2006, p. 300)

Dessa forma, quando pensamos a comunicação, não podemos limitá-la a elementos constitutivos lógico-psicológicos, pois, devemos expandir sua compreensão à relação de interdiscursividade existente entre os enunciados: pontos de vista, teorias, visões de mundo, opiniões, enfim: discursos dos outros que atravessam um dado discurso. A heterogeneidade

[Digite texto]

discursiva é um dos conceitos fundamentais da “Escola de Análise do Discurso francesa”. De acordo com Charadeau e Maingueneau:

(...) a identidade de uma formação discursiva é sempre indissociável de sua relação com as ações discursivas através das quais se constrói sua identidade: A definição da rede semântica que circunscribe a especificidade do discurso coincide com a definição das relações desse discurso com seu Outro (...). (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU 2008, p. 262)

Assim, uma identidade discursiva é dada na relação constitutiva da formação discursiva com o interdiscurso, este sendo constitutivo daquela. De acordo com Deleuze e Guatarri (1983) o texto é o espaço vazio de onde provêm as palavras, onde nasce o discurso como desdobramento simétrico e perfeito do direito. Ali, nesse lugar original nasce o normativo, primeiro como linguagem e logo se faz como aprendizagem e como transmissão da linguagem, como autêntica interdição.

Quando falamos do discurso jurídico nos referimos a um gênero discursivo e, portanto, a um conjunto de discursos que compartilham de características comuns definidas por circunstâncias coercitivas comuns que constituem esse gênero, com o objetivo de sucesso na comunicação. A identidade discursiva, entretanto, não constitui um gênero, não está condicionada às circunstâncias coercitivas inerentes de dada situação comunicacional, mas trata-se da presença do interdiscurso no discurso, condicionada às decisões (nem sempre conscientes) pessoais do enunciador.

Dessa forma, os enunciados produzidos dentro do discurso jurídico se submetem a certas coerções tais como o registro formal, o tom solene (introduzindo nomes com seus títulos; usando expressões-padrão de introdução e desfecho; primando pelo vocabulário requintado) e a forma engessada em que os textos (orais ou escritos) devem ser apresentados. Deve-se destacar, ainda, a utilização por muitos de vocábulos em latim.

Assim é que o Direito, como prática social, desenvolve uma linguagem específica (codificada), que será tanto escrita quanto falada. O campo discursivo em que essa se desenvolve é bastante restritivo, constituído de solenidade, formalismo e dialeto próprio, inacessível à maioria dos cidadãos. O uso da linguagem jurídica depende, portanto, de uma iniciação dada, geralmente, no curso de bacharel em Direito.

Ultimamente, dominou a doutrina e estudos jurídicos a aplicabilidade da teoria discursiva elaborada por Jürgen Habermas ao Direito, o que é fortemente criticado por

[Digite texto]

Ricardo Sanín Restrepo (2013) ora utilizado como marco teórico, como instrumento de dominação e exclusão. A análise da teoria habermasiana elaborada pelo autor colombiano passa a ser o nosso objeto de estudo, sendo importante ressaltar que, dada a incipiência da teoria crítica, sua desconstrução e ruptura com a doutrina jurídica com a qual estávamos acostumadas, seria precipitado se posicionar favoravelmente ou contrariamente neste momento. Sendo assim, nos limitaremos a apresentar a tese desconstrutivista de Restrepo.

#### **4. A TEORIA DISCURSIVA CLÁSSICA SOB A ÓPTICA DA TEORIA CRÍTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA**

Em uma perspectiva reflexiva crítica, codificar é essencialmente excluir, já que a maioria das pessoas não possui o conhecimento técnico, específico do discurso jurídico, para conhecer e entender o texto produzido. Essa exclusão propiciada pela elitização do discurso leva à ditadura de quem detém o método discursivo. Sobre a manipulação do discurso jurídico na história brasileira, refletem Emir Sader e Frei Betto:

O Estado é o Estado da sociedade. Reflete, condensa e articula as relações sociais e políticas. Assim, o Estado que surgiu do pacto de elite que terminou com o colonialismo – mas desembocou na Monarquia, mantendo o escravismo – foi oligárquico, espelhando o país do século passado.

Foi assim que os pactos de elite que costuraram a história brasileira mantiveram o direito de cidadania reservado a uma minoria, subsidiando o capital e os setores funcionais de sua reprodução.

Assim, o regime político que sucedeu a ditadura não surgiu à imagem e semelhança da campanha das diretas, mas do compromisso com o PFL, mantendo o monopólio da terra, dos bancos, dos meios de comunicação, das grandes indústrias e do comércio.

Quem pensa em democracia e justiça social no Brasil – isto é, no nosso futuro e não no nosso passado – tem que lutar pela mudança radical do Estado brasileiro, para atacar a crise social. (SADER; BETTO, 2000, p. 184-185)

Esse processo de exclusão, constitucionalmente construído, por meio do enfraquecimento das normas constitucionais, mediante a ineficácia estatal na condução de sua concretização é observável nas democracias latinoamericanas.

[Digite texto]

A fragilidade democrática que se mascara por uma filosofia racionalista é denunciada por Restrepo, razão pela qual o autor pretende, por meio de sua Teoria Crítica Constitucional, desarticular os pressupostos básicos do constitucionalismo liberal, sobretudo no que tange ao formalismo – o passado é repetido de geração em geração, que faz crer que não há nada que possa ser mudado na ordem constitucional atual: *“Se trata entonces de saber que tras la proderosa e intimidante voz del mago liberal se oculta un ser particular y finito, una ideologia precaria, armada com materiales sumamente fragiles”* (RESTREPO, 2013, p. 23).

Ricardo Sanín Restrepo afirma que o modelo de vida do Ocidente se oculta pela hegemonia normativa do Direito, onde se oculta o dogma institucional. Assim o sujeito está em uma situação social cujo domínio é impossível, pois, sempre lhe é imposto o texto jurídico. Afirma, então o autor que: *“no hay sujeto fuera del derecho. Es el derecho la ilusión básica que permite articular al sujeto como partícula inerte de la objetividad”* (RESTREPO, 2013, p. 25).

A hegemonia do Direito se mantém pela lista de intérpretes autorizados, chamados pelo autor de especialistas, que mantém a intangibilidade do poder. A crença neste inexistência de sujeito sem direitos, elevando a estrutura jurídica à divindade e excluindo aqueles que dela não participam é extremamente sagaz: *“El derecho es la puerta por la que entra la interdiccion del “Nombre Del padre” que separa al sujeto para siempre de la idea de la totalidad, lo descompone y dispersa em el mundo de lo simbolico.”* (RESTREPO, 2013, p. 25).

O Estado se converte assim como pai do sujeito que com ele mantém seu elo por meio do Direito. Assim, o Direito é utilizado como instrumento dissociador do indivíduo da totalidade. O texto é fonte de obscuridade, dando aos sujeitos a falsa impressão de que são livres, quando, na verdade, estão presos às amarras da hermenêutica. Isto porque a interpretação se dá sob uma óptica totalizante, que desconsidera as diferenças. E, ainda, que tal se opere formalmente, culturalmente, não há uma alteração emancipatória dos indivíduos. Assim, o Direito faz nascer a ilusão de seu elemento como ligação da atividade social (RESTREPO, 2013, p. 27), além de ser ilusório por parecer ser algo que se possa alcançar, mas, em verdade não é.

O autor colombiano segue criticando as narrativas ocidentais clássicas de passagem da Idade Média para o Renascimento, segundo a qual o homem passa a ser o centro do universo. Afirma Restrepo (2013, p. 27) que essas narrativas mitológicas foram acompanhadas da crença na vitória de três divindades: razão, objetividade e verdade, como

[Digite texto]

formas de organização do novo mundo. Nesse contexto, quer-se fazer crer que o papel do Direito é o de construção dos espaços normativos, mediante a construção do espaço político, o que se garantiria por meio da lei geral e abstrata que assegura a igualdade formal e os direitos humanos.

A lei é considerada como matriz do conhecimento no Ocidente, pois, organiza a estrutura e define hierarquias. *“La imagen siempre incompleta pero necesaria de ‘sistema’ está encerrada em la ley que lo habilita”*. (RESTREPO, 2013, p. 28). Cria, assim, a falsa promessa de libertação, mas é instrumento de censura dos sujeitos pelo saber dos “mestres”.

O direito é usado como pano de fundo, em nome de ser um instrumento político, para que se perpetue o aprisionamento dos indivíduos, se transformando os especialistas em “reveladores” das chaves da sociedade jurídica.

Assim, o Direito oculta/mitiga os conflitos políticos no complexo ordenamento jurídico e faz crer que aquilo que não possa ser tutelado pelo Direito seria a barbárie, ou algo destituído de racionalidade. Dessa forma, o Direito mascara a realidade na medida em que situa a normatividade como única verdade possível, reduzindo os fluxos de comunicação dos sujeitos às normas. Segundo o autor, este seria o início do jogo institucional com duas fases, a primeira, seria a casuística, por meio da qual cria-se a falsa ideia de que o Direito seria um sistema aberto capaz de resolver racionalmente as situações mais difíceis que se lhe apresentam. Segunda, o estabelecimento de dogmas, ou seja, o conteúdo mínimo institucionalizado, definidos, ontem, pela Igreja, e hoje, pelas Supremas Cortes: *“la santísima trinidad y el juicio final ayer, la inmunidad absoluta del capital y su depredación humana hoy”* (RESTREPO, 2013, 29).

Assim os procedimentos legitimam as decisões (ou seja, a forma legítima o conteúdo), de modo que ainda que não se concorde com o conteúdo, não se poderá discordar da forma de sua instituição. E de que forma essas verdades ganham adeptos? Por meio da sua construção utilizando-se como “pano de fundo” a crença de que foram construídas dentro de uma racionalidade, mediante a crença de que todos são autores desta lei. Assim, a codificação faz cessar a realidade, por meio da dogmatização, em um texto com intérpretes que devem ser experts, justamente para mantê-lo codificado. Segundo o autor, o discurso desses especialistas camuflaria a verdade e colocaria cada sujeito da sociedade em seu lugar, no processo, relegando aos não-intérpretes o seu papel de “seres incompletos, imperfeitos”, que se abraçam à salvação da lei para que sejam considerados como sujeitos, e, assim, o direito segue domesticando sujeitos intensos e complexos, por meio de um aparato que codifica:

[Digite texto]

El discurso opera para filtrar la verdad, para adelgazarla hasta proporciones manipulables en la palabra, pero sobre todo, el discurso de los expertos nos fija a cada quien el lugar a ocupar dentro del proceso, nuestra espacio vital o peor aún, nuestra carencia como sujetos, nuestros seres incompletos, imperfectos que tienen que abrazar la salvación de la ley para ser, para existir. Comprender esto sin ingenuidades, sin autocomplacencia, es entender el juego del adiestramiento político, es entender la domesticación de seres intensos y complejos por parte de un aparato que codifica y reparte, del cual depende la existencia misma. (RESTREPO, 2013, p. 31)

A política, assim, se perde no Direito, que transforma um texto em um discurso, que se apresenta como elaborado em nome do Estado (Padre), destituído de vida pregressa, que se quer crer bastante em si mesmo, completo. O autor se imbuí da tarefa de criticar de que maneira essa tirania do método se apresenta de forma megalomaniaca e sádica (“padre sádico” (RESTREPO, 2013, p. 31), que pretende a sua reprodução e a eliminação de tudo aquilo que não lhe pertença, como se o único mundo humano possível fosse o mundo jurídico.

Dessa forma, o texto jurídico é alçado à lei fundamental, fonte de verdade, numa situação quase metafísica fora da qual todo o resto é pagão. Assim, a busca pela academia e especialização na ciência do Direito (graduação, especialização, mestrados e doutorados) cria a falsa ideia de domínio e conhecimento do sistema, que se converte em sua reprodução.

Ricardo Sanín Restrepo afirma que o “padre ocidental”, ou seja, o Estado Ocidental é um “padre sádico”, sendo a lei sua imagem e semelhança, que limita os seres a sujeitos. Assim, a ciência do Direito é uma “superciência” que abarca todas as situações possíveis da vida humana.

O instrumento mais utilizado para esta atuação é a Constituição. Muito embora os processos políticos ocorridos na Venezuela, Bolívia, Uruguai e Equador (respectivos presidentes: Chavez, Evo Morales, Mujica e Rafael Correa) tenham conseguido fragilizar a colonialidade, o constitucionalismo tende a impedir processos semelhantes por meio de práticas ortodoxas e reticentes.

Afirma Restrepo ( 2013, p. 35) que no restante da América Latina a jurisprudência e a doutrina estão infiltradas por uma visão teórica hegemônica hoje no mundo, qual seja, a democracia como deliberação, especificamente, a vertente habermasiana, segundo a qual: “O conceito de lei explicita a ideia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na

forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos direitos” (HABERMAS, 1997, p. 114).

Segundo a teoria discursiva de Jürgen Habermas, o Direito deve se preocupar tanto com as relações complexas, quanto com a realização da integração social por meio do agir comunicativo. As leis, legítimas pelo processo legislativo, possuem conteúdo advindo das normas morais, sendo o processo legislativo efetivado pela autonomia política dos cidadãos. Assim, Habermas reconhece no direito a “função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas” (HABERMAS, 1997, p. 115).

O autor critica então a postura da elite jurídica considerada de “vanguarda” que condensou a teoria dialógica (ou de deliberação) e os diversos reflexos de teorias constitucionais convencionais, sobressaindo sempre o “Norte” (ou seja, a postura norte americana e europeia) como centro da produção jurídica, a cuja estrutura amorfa dá-se o nome de “Neoconstitucionalismo”.

O fundamento do Neoconstitucionalismo, por exemplo, no Brasil, é o abandono à interpretação tradicional da Constituição, por meio de teorias normativas que relegam a certos dispositivos o *status* de normas de eficácia contida ou limitada, apregoando a efetividade do texto constitucional. O termo vem sendo exaustivamente utilizado pela atual doutrina constitucional nacional.

O autor critica então o fato de que, embora essas “novas” teorias constitucionais possuam nomes impactantes, em verdade, não conseguem romper com o liberalismo, muito pelo contrário, se apresentam como seu eco. Nesse contexto, entende o autor a necessidade de se desenvolver uma crítica à teoria dialógica de Habermas que impera nos modelos democráticos, pois, concebe a democracia como um processo deliberativo dentro de uma comunidade dialógica que concretiza um consenso racional.

Restrepo (2013) afirma não saber por que a teoria habermasiana goza de tanto prestígio, se tão distanciada da nossa realidade política colonial e marginal. Afirma que sua intensa aplicação nas nossas práticas políticas e legais deveria ser a primeira suspeita sobre o seu substrato ideológico, razão pela qual apresenta uma alternativa à visão de democracia habermasiana.

Segundo Ricardo Sanín Restrepo (2013, p. 36) Habermas diferencia sua teoria de John Rawls, pois, considera a teoria deste último demasiadamente liberal.

John Rawls desenvolveu, na década de 70, a “Teoria da Justiça”, teoria neocontratualista, segundo a qual a justiça se fundamentaria na equidade. Imagina o autor

[Digite texto]

então uma situação hipotética – “posição original”- em que aos indivíduos, submetidos ao “véu da ignorância”, ou seja, não sabendo a consequência de suas escolhas, é dado o poder de escolha do ponto de partida, quais recursos e bens teriam acesso, se colocados em igual situação. O desenrolar de suas vidas seriam de sua própria responsabilidade, a partir desta escolha inicial. Em razão de privilegiar essa liberdade de escolha em detrimento à igualdade de recursos – ou seja, durante todo o caminho – este autor é considerado grande expoente do liberalismo.

Habermas critica o Liberalismo, ao fundamento de que o “Seu centro é “a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade de cidadãos produtivamente ativos.” (HABERMAS, 2002, p.288). Dessa forma, Habermas quis dizer que o Liberalismo se preocuparia menos com interesses comuns (seu excesso é a crítica de Habermas voltada para o Republicanismo) e mais com interesses individuais e propõe o autor alemão uma nova teoria, consubstanciada em um terceiro modelo de democracia, o procedimentalista, o qual baseia-se “nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo o seu alcance, de modo deliberativo”.(HABERMAS, 2002, p.286).

Habermas se esforça em conciliar o Republicanismo (que privilegia o todo) e o Liberalismo (que privilegia o individual) em sua teoria procedimentalista. O Liberalismo possui como pilar a articulação de Estado constitucional de Direito, jurisdição constitucional, defesa dos direitos humanos, tripartição de poderes e liberdade individual enquanto propriedade e liberdade de mercado. O Republicanismo se funda na igualdade e soberania popular. A difícil conciliação dos extremos liberdade/igualdade e direitos humanos/soberania popular seria considerada para Habermas o centro da “democracia liberal”, termo fortemente criticado por Restrepo (2013, p. 36), no qual o autor entende se esconder o jogo de sombras habermasiano.

O autor colombiano se utiliza dos ensinamentos de Amartya Sen, segundo os quais há um afã dos teóricos ocidentais pelo que chama de “Teorias institucionais transcendentais” (Hobbes, Locke, Kant, Rawls, Nozick, Dworkin e Habermas). Essas possuem como traço comum a universalização, por meio da redução das divergências e da multiplicidade do mundo, mediante a cura do mundo, de forma a aplacar a natureza, sobretudo a humana.

Isso por quê? Todas as teorias contratualistas (com exceção de Rousseau) possuem uma visão negativa do estado de natureza, o qual seria desorganizado. O Estado e as

[Digite texto]

instituições políticas se apresentam, portanto, como uma forma de domar a natureza imoral humana – qual é o instrumento para isso? O Direito. Daí nascem as críticas de Sem e Restrepo, pois o Direito seria utilizado como um instrumento de domesticação do homem a favor do capital.

Afirma o professor colombiano:

“Se trata al final de enrejar la diversidad para poder amaestrarla como campos subordinados de la razón, se trata de reducir la abundancia, el desorden, la multiplicidad a la armonía y la unidad, pero tras esta armonía se esconde la exclusión como consecuencia monstruosa de un proyecto ideológico de homogeneización cultural y política. Un gigante con garras de acero que aniquila la diferencia”. (RESTREPO, 2013, p. 36)

Para tanto, o institucionalismo transcendente se utiliza dos seguintes artefatos: a identificação de um modelo de justiça perfeito – o qual o autor identifica com o liberalismo, pois, reduz a natureza da justiça à racionalidade, a termos científicos – do qual nascem instituições que conduzem de maneira lógica a obtenção de valores fundamentais aplicáveis a todo tempo e lugar, independentemente da sociedade. Ricardo Sanín Restrepo tece severas críticas à pretensão de universalidade dessas teorias, pois, se prestam a conformar a sociedade, enquanto a sociedade é que deveria conformar essas teorias. E a sociedade que consegue se espelhar fielmente a um dos modelos contratualistas propostos seria considerada uma sociedade perfeita:

El contractualismo, en sus diversas versiones se funda en una aspiración común: ser la respuesta al caos que reinaría en una sociedad libre, el resultado ha sido el desarrollo incesante de teorías de la justicia que se centran en la identificación trascendental de instituciones ideales. (RESTREPO, 2013, p. 37)

Outro artefato utilizado pelas aludidas teorias é a institucionalização de um procedimento neutro, fundamentado pela racionalidade, que anule o conflito de pontos de vista diferentes até se chegar a uma moral “totalizante, inexorável e indiscutível” (RESTREPO, 2013, p. 37).

Na esteira das teorias institucionais transcendentais o autor situa Habermas e sua “teoria da deliberación” (Teoria discursiva), cujo núcleo duro é a busca pelo consenso

[Digite texto]

racional, embasado em princípios universais, através de uma deliberação que alcance uma decisão unânime, que seja o reflexo do interesse de todos.

O procedimento discursivo é visto como a necessidade do modelo democrático que se funda na razão moral expressa pela soberania popular. Para tanto, os partícipes devem abandonar seus interesses particulares (fonte da racionalidade). O sucesso do procedimento é a aceitação por todos os partícipes das decisões consensuais. São requisitos para o diálogo: abertura, transparência, igualdade, não coerção e unanimidade.

Dessa forma, serve a teoria habermasiana ao capitalismo liberal (RESTREPO, 2013, p. 38), cujo estado ideal é aquele em que se verifica: a desapareição de linhas ideológicas<sup>3</sup>; a formação de um mundo pós-político; a elaboração de soluções técnicas pré-fabricadas no cérebro de um liberalismo autônomo (isento de “odiosas particularidades” e de dissenso político).

O autor considera, então, o primeiro maior defeito da teoria dialógica de Habermas o abandono do conflito como elemento constitutivo da política, não considerando o autor tal fato um efeito colateral da teoria, pelo contrário, Ricardo Sanín Restrepo (2013, p. 38) afirma que a eliminação do antagonismo do conflito é o objetivo máximo da teoria habermasiana. Neste particular, o direito possui papel crucial, pois, despolitiza o conflito, codificando-o, de forma a comprimi-lo, o que segundo o autor ocorre desde a escolástica, passando pelo Iluminismo até chegar ao multiculturalismo pós-moderno.

Na modernidade liberal isso era feito por meio do legalismo, ou seja, prevalência da lei, subsunção dos fatos às normas. Atualmente, o pluralismo, o direito à diferença, são as palavras de ordem que camuflam as injustiças, a desigualdade e a opressão, subsidiadas por teorias que as toleram por meio de modelos deliberativos.

Nesse sentido, a organização da sociedade é avaliada na medida em que os conflitos são eliminados por meio do consenso até que se chegue à – COMUNIDADE IDEAL COMUNICACIONAL (MOUFFE *apud* RESTREPO, 2013, p. 39) – e é essa a ideia da teoria democrática prevalente no mundo.

O autor critica, então, que a situação ideal para que se implemente a teoria dialógica de Habermas seja a realidade conflituosa do mundo (com seus abismos econômicos e sociais,

---

<sup>3</sup> O próprio Habermas em seu recente “Um Ensaio sobre a Constituição da Europa” (2012) reconhece essa situação na Europa Pós-Tratado de Lisboa (sobretudo pelo binômio Merckel – Sarkozy), ao afirmar que os partidos políticos europeus da atualidade estão muito mais preocupados em se perpetuar no poder do que em implementar suas linhas ideológicas. Esta situação é verificada no Brasil, desde o primeiro governo. Não há no nosso País uma governança ideológica em nenhum governo brasileiro, mas tão somente a governabilidade pelo desejo de se perpetuar no poder.

com tradição bélica, exclusão racial). Afirma Restrepo (2013, p. 39) que esse distanciamento do político seria a situação ideal para o discurso, segundo a teoria de Habermas, que concebe um sujeito apto ao discurso já fabricado para a ação política em um pano de fundo político pré-determinado.

Aqui se vê a crítica do autor a esse sujeito político impossível de Habermas. De que forma, em um mundo como o latino americano, onde há exclusão, ausência de cultura e educação, formaria sujeitos aptos à participação de um discurso político, se todos esses conflitos são abandonados quando este sujeito participa do discurso.

Analisando-se dessa forma, resta claro o intuito de domínio da teoria habermasiana – ainda, que o alemão não tenha desenvolvido sua teoria com esse objetivo- ela vem sendo reproduzida pelos juristas e nos discursos da Teoria Constitucional como o mais propício para que se efetive a democracia – é contra isso que Ricardo Sanín Restrepo se volta.

O autor cita a teoria de Derrida e Laclau & Mouffe, segundo a qual: *“toda objetividade social es ya producto de un acto previo de poder que funciona como una línea exclusionaria, que define un adentro y un afuera donde toda identidad es contingente a esa decisión primera”*. (RESTREPO, 2013, p. 39)

A partir dessa afirmação o autor refuta a ideia da teoria discursiva de que a objetividade social seria neutra, pois, haveria previamente questões decidíveis e questões indecidíveis. Daí a conclusão de Restrepo de que a teoria discursiva não seria democrática, pois, subtrai do poder constituinte a totalidade do poder do povo para decidir.

A exigência de que o consenso ocorra entre pessoas racionais ou razoáveis, segundo o autor, é demonstração da adesão da sua teoria ao liberalismo, pois, tal exigência é extremamente excludente.

Assim, o procedimento exige uma racionalidade que gera uma exclusão, pois nem todos os sujeitos estão aptos a participar do procedimento, ou devem se despir de suas insatisfações/desejos individuais, atinge-se, assim, o consenso, que legitima o liberalismo, que subsidia o procedimento – e esse ciclo se repete indefinidamente, não se efetivando a democracia, subjugando/tornando inexistente a soberania, pois, excludente e apolítico (anulação dos discursos individuais em nome do consenso – anulação do conflito). A esse ciclo o autor nomeia “formalismo” (RESTREPO, 2013, p. 40) da teoria discursiva.

Na contemporaneidade, segundo o autor colombiano, é este procedimento discursivo “pretensamente” democrático que impede a emancipação. Ao contrário, é exatamente nesse jogo de linguagem que centra-se a possibilidade de perpetuação da exclusão social.

[Digite texto]

## 5. CONCLUSÃO

O uso do discurso com determinada finalidade remonta à Antiguidade Clássica e várias teorias vêm surgindo, desde então, para tentar compreender esse fenômeno. No âmbito jurídico, a linguagem ocupa um lugar de destaque nesse sentido, já que o direito só se constitui por meio de atividades linguísticas, sejam elas escritas ou faladas.

De acordo com a corrente francesa da Análise do Discurso, esse não se constitui em estrutura arbitrária, mas como uma atividade intercomunicacional, entre sujeitos inseridos em contextos diversos. Assim é que um enunciado nunca pode ser considerado neutro, porque mantém uma relação de justificação e complementaridade com outros enunciados, de forma simultânea.

O discurso é o desdobramento do direito que, por sua vez, consiste numa transmissão de códigos pré-estabelecidos, o que é feito numa linguagem própria, codificada e inacessível a maioria das pessoas. Apenas os *experts*, iniciados na cultura jurídica podem compreendê-la e dela utilizar-se, gerando um processo infundável de dominação e exclusão.

É dessa forma que se mantém a hegemonia do Direito, que reproduz a crença de que nada pode ser modificado dentro da estrutura constitucional, elevada ao nível do sagrado, por aqueles que detém o poder.

O texto dá aos sujeitos a impressão de que são livres, quando, na verdade, estão presos às amarras da hermenêutica. O direito ilude os indivíduos de que sua hegemonia por meio das leis é o que viabiliza a harmonia social.

É nesse sentido que Ricardo Sanin Restrepo afirma ser falsa a ideia do direito como um sistema capaz de resolver todas as questões que se lhe apresente e critica a teoria discursiva de Habermas, segundo a qual a realização da integração social se daria por meio do agir comunicativo, sendo o direito a forma de se estabilizar as expectativas da sociedade moderna.

A teoria dialógica de Habermas impera nos modelos democráticos, pois, concebe a democracia como um processo deliberativo dentro de uma comunidade dialógica que concretiza um consenso racional. Dessa forma, é que o professor colombiano identifica a democracia como instrumento a serviço do capital, já que visa institucionalizar um procedimento neutro, que anule o conflito de pontos de vista diferentes.

[Digite texto]

Nesse particular, o direito, com seu discurso codificado e excludente, desempenha relevante papel, ao despolitizar o conflito, reduzindo-o a textos de leis, pretensamente destinadas à resolução de todos os problemas da sociedade.

É nesse sentido que conclui-se que para Ricardo Sanín Restrepo, o direito utiliza-se de um jogo de linguagem para justificar a existência de um procedimento discursivo, do qual pretensamente todos os indivíduos participam. Entretanto, por não estarem aptos a participar desse procedimento, são excluídos da soberania, à medida em que têm seus discursos individuais anulados em favor de um consenso, o que legitima e perpetua a exclusão social.

## **REFERÊNCIAS**

ARISTÓTELES. **Arte Retórica. Arte poética.** 1ª edição. São Paulo: Ediouro, 1998.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CHARAUDEAU, Patrick ; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do Discurso.** 2ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Contexto, 2008.

DELEUZE, Gilles ; GUATARI, Felix. **Anti-Oedipus: Capitalismo and Schizophrenia.** Mineapolis: University of Minnessota Press, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito.** 3.ed. São Paulo. Saraiva, 1991

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa.** Lisboa: Almedina, 2012.

[Digite texto]

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise de discurso**. 3ª ed. Campinas: Pontes, 1997.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. Aguascalientes/ San Luis Potosí/ San Cristóbal de Las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal, 2013.

SADER, Emir; BETTO, Frei. **Contraversões**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.