

**A linguagem e a racionalidade na interpretação judicial: contribuições  
para uma releitura na contemporaneidade.**

The language and rationality in judicial interpretation: contributions  
for a reinterpretation in contemporary times.

*Patrícia Oliveira Gomes*

**RESUMO**

O artigo trata sobre as contribuições de Luis Alberto Warat, defensor do surrealismo jurídico e um dos principais filósofos do direito do século XX e Virginia Colares, que desenvolve na Universidade Federal de Pernambuco estudos sobre a Análise Crítica do Discurso Jurídico, para a compreensão do problema da interpretação judicial e fundamentação das decisões, a partir dos estudos que oferecem questionamentos da racionalidade como fator primordial e determinante para a construção da decisão. Objetiva então ampliar a discussão feita na doutrina nacional corrente sobre critérios para controle racional e normativo da interpretação judicial, repensando o Direito sob paradigmas da filosofia contemporânea. Suas contribuições foram aqui conjuntamente analisadas, através de pesquisa teórica, por partirem da relação entre linguagem, ideologia e direito a partir de uma visão crítica e renovadora.

**PALAVRAS-CHAVE:** interpretação judicial; linguagem; racionalismo.

**ABSTRACT**

The article discusses the contributions of Luis Alberto Warat, legal defender of surrealism and a leading legal philosophers of the twentieth century and Virginia Colares, who develops at the Federal University of Pernambuco studies on Critical Analysis of Legal Discourse, for understanding the problem of judicial interpretation and reasoning of decisions, from the studies that offer questions of rationality as paramount and crucial to the construction of the decision factor. Objective then broaden the discussion made in the current national doctrine about criteria for rational and normative control of judicial interpretation, rethinking the law under paradigms of contemporary philosophy. Their contributions here were analyzed together, through

theoretical research, because both of them make relation between language and law from a critical and renewed view.

**KEYWORDS:** judicial interpretation; language; rationality

## **1. O(S) PROBLEMA(S) DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL**

A teoria contemporânea do Direito tem na interpretação judicial um dos seus problemas centrais. O momento atual, representado pela abrangente alcunha do pós-positivismo, reposiciona o papel da Constituição no desenvolvimento do Estado e da sociedade e se expressa por algumas tendências, assim resumidas: a centralidade dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos democráticos, a constitucionalização do direito e técnicas de aproximação entre direito e realidade através da interpretação.

Barroso (2001) afirma que o novo direito constitucional foi fruto de duas mudanças paradigmáticas: a busca da efetividade das normas constitucionais, com base na premissa de força normativa da constituição; o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação especificamente constitucional. A constituição passa a ser dotada de superioridade formal e material, esta última proporcionada pela consagração do sistema jurídico como um sistema aberto de valores e pela normatividade dos princípios.

Diante da abertura e flexibilidade da norma e do sistema jurídico como um todo, os limites da construção judicial da norma jurídica a partir dos textos, os modos de argumentação e fundamentação das decisões, a relação com outros Poderes para manutenção da estabilidade democrática são fartamente debatidos em correntes que divergem sobre qual o caminho necessário para descobrir a norma jurídica aplicável ao caso concreto e a decisão melhor ou correta.

Apesar das diferentes versões sobre “como” interpretar, o neoconstitucionalismo oferece uma promessa corrente: a de que a interpretação deve ser meio de garantir adequadamente direitos fundamentais e dar efetividade à Constituição. São buscadas, então, soluções interpretativas racionais e normativas para que esse objetivo seja concretizado na aplicação do Direito pelo Judiciário.

Diante disso, surge forte discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o modo correto de aplicar princípios jurídicos ou normas expressas em cláusulas abertas<sup>1</sup>, que dão maior liberdade ao intérprete e ampliam o poder de intervenção social do Judiciário.

As críticas direcionadas à criação e aplicação indevida de princípios em detrimento das regras ou aos mecanismos de (falta) de argumentação no processo de aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade alertam para uma situação de insegurança jurídica. A falta de controle e a previsibilidade das decisões com a justificativa do exercício da interpretação constitucional são apontadas como um novo fator de instabilidade democrática.

Em meio à disputa política e acadêmica, é necessário lançar perguntas inquietantes: abandonada a rigidez e esterilidade política do positivismo, a nova teoria do Direito tem sido eficaz – na prática - em proporcionar uma maior efetividade aos direitos fundamentais? A grande ameaça ao regime democrático se dá pela maior liberdade e maior dificuldade do controle racional da decisão judicial? E afinal, o modo de alcançar esse objetivo é o controle da interpretação judicial a partir da estruturação normativa do raciocínio e da linguagem em acordo com o ordenamento jurídico? A tão questionada jurisdição constitucional desempenharia melhor seu papel democrático com a simples adoção da teoria mais correta sobre a interpretação judicial?

Penso que diversos pontos importantes são deixados de lado. Importa, por exemplo, discutir as condições de liberdade política e ideológica que envolvem o juiz na tomada de decisão considerando a própria estrutura do Poder Judiciário<sup>2</sup>. Rocha (1995), seguindo a classificação de Max Weber sobre os modos de estruturar o exercício do poder nas organizações, explica que o modelo da Justiça Brasileira não é democrático, mas burocrático, tendo em vista a sua hierarquização jurisdicional e administrativa. Com efeito, a autocracia que rege o Poder Judiciário<sup>3</sup>, que permite que a cúpula dos Tribunais seja controlada dentre os seus próprios membros, associada ao poder do Executivo na escolha da sua composição comprometem, por si, a independência e a imparcialidade institucional do Judiciário.

Outro fator relevante para a discussão da interpretação são os mecanismos disponíveis aos magistrados para processar conhecimento diante de conflitos sobre os

---

<sup>1</sup> De acordo com Didier (2012), enquanto o princípio é um tipo de norma, a cláusula aberta é um tipo de texto normativo, caracterizado pela generalidade do antecedente e do consequente.

<sup>2</sup> Para não mencionar a influência das próprias concepções políticas, morais e culturais do magistrado na decisão, pois já não há quem defenda – pelo menos explicitamente - a neutralidade do julgador.

<sup>3</sup> Situação em parte mitigada com o advento do Conselho Nacional de Justiça.

quais produzirá verdades e forjará realidades. O modelo triangular do processo, em que o juiz se posiciona acima das partes, ao invés da descentralização da resolução dos conflitos e do estímulo das práticas de mediação; a excessiva abstração normativa em detrimento da realidade que impera na racionalidade jurídica; a educação jurídica formalista e desconectada dos problemas sociais são fatores que também tornam as decisões arbitrárias. Junto a eles, as poucas possibilidades de conhecer os fatos, devido ao próprio rito processual e à equação entre tempo e volume de ações judiciais por magistrado também devem ser consideradas.

Ademais, em uma complexidade de relações e construções que criam uma figura um tanto quanto mítica do juiz e de um sonhado controle racional da linguagem, é preciso investigar o problema da interpretação em um âmbito que reposicione o papel e a definição da norma jurídica. E que vá além dela.

Penso, então, que é preciso reconhecer que o cerne do problema interpretativo não seja o modo de aplicação dos conhecidos cânones da interpretação – gramatical, lógica, sistemático e histórico – ou mesmo dos princípios específicos da interpretação constitucional enumerados por Konrad Hesse<sup>4</sup> e seguidos pela doutrina brasileira de forma um tanto quanto irrestrito.<sup>5</sup> Tampouco a definição correta e a classificação normativa da razoabilidade e proporcionalidade (regra, princípio ou postulado) não estão aptas a solucionar problemas da falta de legitimidade jurídica e política das decisões.

Morrison (2012) alerta para o dilema atual no estudo do Direito, pois nunca se exigiu tanto e ao mesmo tempo se deu tão pouca autoridade a ele: é possível defender uma mensagem institucional otimista do Direito ou devemos conformar-nos com a ideia de que ele é um instrumento de controle político e ideológico de quem estiver no poder?

Pensar o problema da interpretação e aplicação das normas nos permite um exercício para desenvolver essa problemática, pois interpretar e aplicar não se trata apenas de transpor o texto normativo à realidade, mas de construir as relações sociais e de poder que dinamizam a sociedade. É nesse momento que se mostra a que vem o Direito, afinal.

---

<sup>4</sup> Unidade da Constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição. No Brasil, é comum ainda adicionar o princípio da interpretação conforme a Constituição.

<sup>5</sup> Vide a crítica bem posicionada de Silva (2007) em relação à pretensão da doutrina nacional em tratar esses princípios como universais e o questionamento até mesmo à sua adequação para a interpretação constitucional. Silva destaca que a defesa do caráter “moderno” desses princípios em contraposição aos cânones estabelecidos por Savigny é parte de um anseio irrefletido, tendo em vista que muitas vezes esses princípios equivalem aos cânones tradicionais em sentido e aplicação.

Por isso, não pretendo aqui comparar as diferentes teorias sobre aplicação de princípios e das regras, mas expandir a análise do problema, com base em referenciais que questionam as premissas delas, no que diz respeito especialmente à relação entre linguagem e Direito e a predominância da racionalidade na determinação dele.

Para tanto, adoto, os referenciais de Luis Alberto Warat, alinhado ao pensamento desconstrucionista francês e propõe o surrealismo jurídico, um dos principais filósofos do direito do século XX e Virginia Colares, que desenvolve estudos no campo da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ). O objetivo fundamental deste artigo é difundir as proposições dessas abordagens teóricas a fim de qualificar o debate sobre o controle (possível) da interpretação judicial e sua conformidade com a Constituição e o regime jurídico democrático estabelecido no país.

## **2. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO**

A Análise Crítica do Discurso Jurídico é um projeto de pesquisa dentro do Grupo de Pesquisa sobre Linguagem e Direito na Universidade Federal de Pernambuco, coordenado por Virginia Colares, baseado nos pressupostos teóricos da Análise Crítica do Discurso (ACD).

A ACD se contrapõe à ideia de que o Direito é ditado pela razão humana e à concepção de neutralidade da linguagem jurídica como um instrumento ou um objeto externo ao Direito, descoberta cientificamente por ele, para se referenciar na concepção de linguagem pós-wittgensteineana, ou seja, na reviravolta lingüística na filosofia, em que se tem entende a linguagem como associada ao pensamento e não posterior a ele, assim como em constante dinâmica e construção de acordo com as práticas sociais.

A recusa ao racionalismo está associada ao suporte que ele oferece à legitimação exclusiva, construída pelo positivismo jurídico, da coerção estatal para ditar a lei e a justiça:

A tal "ciência" de fins do séc. XIX, início do séc. XX, consubstancia a confiança que a cultura ocidental depositou na razão/ racionalidade como única capacidade para conhecer a realidade, mesmo que essa realidade tenha que ser inteiramente construída pelo discurso da própria atividade racional da ciência. (Colares, 2011, p.102)

Mas a crítica também se dirige às teorias contemporâneas que explicam a decisão judicial ainda sob o raciocínio aristotélico lógico-dedutivo, em um vácuo de contexto social. Desse modo, é refutada a ideia de argumentação como modo de demonstrar a validade formal de uma conclusão ou a verdade de uma asserção. “Argumentar, portanto, é fazer admitir uma conclusão através de um ou mais argumentos. Apresentar um argumento como uma boa razão para chegar a uma conclusão determinada” (Colares, 2011, p.105)

Importante aqui pontuar algumas considerações sobre o racionalismo. O racionalismo idealista inaugurado por Descartes, que seria capaz de revelar a essência das coisas externas pela adequação do intelecto a elas (Haguette, 2013) ainda não foi abandonado pelo Direito, nos discursos da Academia e dos Tribunais. Não é incoerente criticar o racionalismo e defender a existência da razão, até porque dentro dessa corrente filosófica, há diferentes “razões”, como a ideal, a empírica e a histórica. A Escola de Frankfurt, que fomentou uma filosofia crítica diferencia as razões instrumental e crítica. A primeira, associada à justificação da realidade e da dominação; a segunda, como reflexão das contradições dos conflitos sociais e políticos para favorecer uma força libertadora.

O que se questiona é a verdadeira fé na razão humana como única forma reveladora da realidade, o que é insustentável diante de todas as compreensões da ciência sobre o inconsciente, a ideologia, os mitos, a dinâmica microfísica do poder dentre tantos outros elementos. Chauí (2002) explica a necessidade de ainda se defender a razão, apesar da sua descontinuidade, como o critério para avaliar o conhecimento, a partir de sua coerência interna e como instrumento crítico para melhorar a realidade.

Para a Análise Crítica do Discurso inexistente a decisão judicial como a revelação da lei ou a enunciação da verdade de um ordenamento jurídico, mas como um discurso argumentativo e persuasivo:

Os textos produzidos na justiça- “objetos-de-discurso” - não representam de maneira absoluta objetos ontológicos do mundo real, mas a cada enunciação, em cada contexto, variam de significado conforme os aspectos subjetivos daqueles que têm o poder e o dever de decidir. (Colares, 2011, p. 102)

A ACD compreende o sujeito como aquele que constrói e é construído por processos discursivos enquanto ator ideológico. Ela preocupa-se em entender o discurso como instrumento de poder, de controle e de construção social da realidade. Está

voltada, sobretudo, para a investigação do uso da linguagem na expressão, sinalização, constituição e legitimação da desigualdade social (Colares, 2011).

Ela oferece então, através da percepção de relações não evidentes entre linguagem, poder e ideologia, um instrumento de análise do Judiciário para encontrar nos textos jurídicos a relação entre a escolha dos elementos lingüísticos e as estruturas e práticas sociais, percebendo como estas determinam e afetam a escolha daqueles e os efeitos dessas escolhas nelas. (Colares, 2010)

O esforço da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) está em construir “procedimentos teórico-metodológicos para análise crítica dos textos produzidos na justiça, observando a construção do discurso jurídico nas diferentes situações de interação durante a realização dos atos processuais.” (Colares, 2011, p. 101.) Isso se dá através da identificação das estratégias lingüísticas discursivas dos textos jurídicos, considerando-se as suas condições de produção. A ACDJ visa à descortinar as relações de poder, legitimação e dominação que influenciam a linguagem e são por ela construídas, no âmbito das institucionalidades jurídicas, através da análise dos textos, das práticas discursivas e da prática social (Colares, 2009, p.104)

No discurso jurídico, são estudados os usos da linguagem em sua relação com os princípios jurídicos, assim como a compreensão de que os atos processuais e o sistema probatório são objetos de discurso que variam de significado de acordo com a subjetividade do juiz (Colares, 2010). E ainda :

A produção de textos orais e escritos constitui a atividade profissional – a “tecnologia” - do operador do Direito. Caso desenvolva uma concepção distorcida de língua, ou a idéia do senso comum, compromete fortemente a ação da Justiça na interpretação e produção de seus documentos, acarretando conseqüências na eficácia e aplicabilidade do Direito. Do ponto de vista da aplicação, na sua relevância social, o material analisado pode contribuir como subsídio para a revisão do funcionamento da justiça brasileira na medida em que contribui para o aprofundamento dos estudos hermenêuticos. (Colares, 2010, p. 351)

O método se diferencia, por exemplo, da proposta de Virgílio Afonso da Silva (2002) de analisar o problema da fundamentação judicial, a partir do uso inadequado dos elementos da regra da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>6</sup>. Em estudos empíricos sobre o tema, Silva utiliza

---

<sup>6</sup> O autor segue a lição de Alexy, que diferencia normas e princípios pela sua estrutura e classifica proporcionalidade como regra para interpretação e aplicação do Direito em caso de colisão de direitos fundamentais, de modo que nenhum deles seja restringindo desproporcionalmente.

a teoria da ponderação de Alexy para concluir que o Supremo Tribunal Federal decidiu incorretamente nos casos concretos veiculados na ADC 9-6, sobre racionamento de energia e ADI 855-2, sobre pesagem de botijão de gás.

Silva afirma que as sub-regras da proporcionalidade devem ser analisadas segundo a ordem lógica enunciada acima e também de modo subsidiário, ou seja, se a medida não é adequada, não é preciso analisar se é necessária, pois já será inconstitucional. O autor demonstra que isso não foi feito no STF nos casos referidos e esse seria um fator determinante para se chegar a uma conclusão contrária a que foi tomada caso a regra da proporcionalidade tivesse sido aplicada corretamente. Ocorre que a percepção do que é adequado, necessário e proporcional passa por avaliações subjetivas desconsideradas pelo autor, que trata a sua própria avaliação como a correta.

Na ACDJ, a análise da fundamentação das decisões não objetiva, então, a descoberta da adequação formal do texto à legislação, pois a própria ideia de linguagem adotada não se coaduna com isso. Busca-se analisar os textos jurídicos e compreender o discurso construído e a sua interface com as relações sociais e de poder subjacentes. Isso se dá através da análise dos recursos lingüísticos utilizados, como por exemplo, os operadores argumentativos, que “funcionam anunciando as palavras que irão revelar-se como argumentos” ou as modalizações, que “evidenciam a atitude do enunciador ante aquilo que diz” (Colares, 2011, p. 105)<sup>7</sup>.

Assim, temos outro paradigma de relação entre linguagem, poder e produção normativa que podem orientar a análise crítica da atuação estatal e contribuir na reformulação da ideia de Direito.

### **3. O SURREALISMO PARA A ALTERIDADE**

É difícil reproduzir ou buscar inspiração em Warat sem mencionar seu caráter subversivo e poético em relação às construções teóricas predominantes. Sem qualquer apelo piegas, é possível sentir em cada linha da sua escrita o amor pela vida que guia sua construção teórica tocando as dimensões mais concretas da nossa existência e que são comumente ignoradas pelo Direito: a memória, a intimidade, as relações afetivas, a subjetividade, a sexualidade, a condição étnica e de gênero. É a preocupação com o que

---

<sup>7</sup> Não é possível explorar neste artigo a riqueza e complexidade do uso da lingüística aplicada ao Direito, repleta de conceitos e recursos próprios.

nos faz existir materialmente e ter dignidade que o move na compreensão sobre qual é e deve ser o papel do Direito.

No seu compromisso com a emancipação, temos a idéia de alteridade como objetivo fundamental do Direito e como “centro de gravidade dos Direitos humanos” (Warat, 2010, p. 116). Alteridade é entendida como a relação com o outro, porém uma relação de colocar-se no lugar do outro, de preocupação e compreensão, para respeito às diversidades e luta por igualdades.

É com base numa “filosofia surrealista”, definida como atitude de questionamento e fuga dos lugares comuns como estratégia de emancipação, que o autor defende as suas propostas de rompimento com a visão moderna ainda predominante no Direito.

Em contraposição à concepção normativa de Direito e à idéia de possibilidade de controle racional da argumentação, Warat propõe a construção de uma retórica “psico-semiótica da alteridade”. A ousada proposta organiza-se basicamente em três eixos de estudo: a razão, a linguagem e a psique.

Para Warat (2010), a razão abstrata moderna que fundamenta a normatividade do Direito funcionaria como uma segunda Torre de Babel, em que esta representa um horizonte utópico de infinitude a ser desbravada por meio de uma linguagem universal que possibilitaria o conhecimento da verdade única. No entanto, o jurídico não se define por essa razão abstrata e totalizante da vida social, mas pelo próprio direito a ter direitos:

A questão do jurídico não passa pela necessidade de simular um Estado absolutamente controlado pela lei, graças à previsão da existência de uma razão com suficiente força para garantir o caráter ético do Estado, e sim pela compreensão de que o homem tem direito a ter direitos como resultado de suas lutas e antagonismos. (Warat, 1994, p. 24/25)

Em crítica direta a Alexy, considera que o atual momento neoconstitucional apresenta retrocessos no universo jurídico que havia avançado ao reconhecer as construções ideológicas e as funções ilusórias de suas narrativas. Uma dessas ameaças é existência de uma teoria da argumentação que não se preocupa em “revelar os mecanismos persuasivos da fundamentação jurídica e o caráter da verossimilitude retórica das verdades processuais” como forma de “garantir objetividade racional para a fundamentação argumentativa do Direito”. (Warat, 2010, p. 59) Ou seja, a verdade, ou sensação de verdade de uma resposta jurídica faria parte de um discurso retórico e não

objetivo. Entende ainda que a verossimilitude da conclusão depende da sensação de adequação dela com certos pressupostos ideológicos tomados como indiscutíveis e que o mundo do Direito não é o mundo das normas:

Logo somei o pós-estruturalismo francês e suas obsessões de fuga do sujeito – como os entendi – como aporte à minha retórica da alteridade, que a identidade de um homem está construída de fragmentos de memória, marcas de um devir temporal e uma cartografia espacial que configura o pano de nossa geografia bibliográfica, sendo precisamente essas marcas as que devem ser atacadas persuasivamente para obter, com meus argumentos, o convencimento do outro para lograr a aceitabilidade de minhas falas conclusivas (Warat, 2010, p. 66)

Entendo que o seu objetivo é questionar a cristalização do mundo jurídico, negar a noção de que seu conteúdo sejam apenas as normas abstratamente postas. É introduzir nele a subjetividade, as relações sociais, a experiência humana, sempre a partir de uma lógica de alteridade.

No campo da argumentação jurídica e da persuasão, importante é o conceito de “condição retórica de sentido”, como um conjunto de regras que “informar-nos-á as condições sobre as quais um enunciado surge como retoricamente significativo” (Warat, 1994, p.115). Em linhas gerais a condição retórica do sentido traça as relações entre o potencial persuasivo do argumento conforme sua adequação a base ideológica predominante, que se relaciona com o poder e com a cultura. Esses fatores permitem a sensação de homogeneização de uma mensagem perante o receptor que legitima a decisão. Ela pode ser vista como uma teoria da *práxis* argumentativa, que aproxima a retórica da epistemologia.

Outro conceito trazido por Warat, intrinsecamente associado a essa ideia, é o de “senso comum teórico dos juristas”, que também serve para descortinar a ideologia na produção de verdades no mundo jurídico. O senso comum teórico está presente nas atividades teóricas e práticas e é representado por uma linguagem invisível ou uma “para-linguagem” (Warat, 1994, p.15), que estabelece veladamente, secretamente a verdade de uma minoria dominante:

Os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. (...) Visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o

discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da ideia do “senso comum teórico dos juristas”.(Warat, 1994, p.13-4)

Para o autor, a argumentação não é científica e muito menos é possível obter garantias da linguagem. No entanto, é preciso que os juízes reencontrem a sensibilidade, perdida nos espaços acadêmicos e institucionais que rodeiam o universo jurídico. Warat defende então, em contraposição à lógica dêontica, o pensamento retórico ou tópico para “o conjunto dos discursos e modos de pensar o Direito” (2010, p. 65).

Ainda em relação à linguagem, Warat alerta para alguns pontos cruciais ao entendimento do Direito. O primeiro é a relação arbitrária entre os significantes e os seus conteúdos, em rejeição a uma relação essencial entre signo e coisa, o que implica numa abertura constante do significante a elementos inéditos. O segundo é que a linguagem jurídica foi construída como um suporte do sistema de ilusões típico ao mundo jurídico autorreferenciado, alimentando “a crença de contar com uma linguagem formal de natureza sígnica similar à das formalizadas. Nada de linguagem natural em seus produtos interpretativos e em seus discursos decisórios.” (Warat, 2010, p. 76)<sup>8</sup>. Assim, signos são substituídos por “palavras da lei” e as simbolizações por “formalizações”. Warat ressalta a necessidade de reconstruir o sentido de símbolo jurídico: “começar a falar, por exemplo, do simbólico como sentido deôntico da conduta, etc, o simbólico como o que escapa da palavra da lei”. (p. 77)

O sentido de símbolo a que o autor se refere está na epistemologia psicanalítica de Lacan, para quem o símbolo estabelece uma relação entre o significante e o significado, mas não se limita a ela, adentrando em âmbitos que não são possíveis de precisar. O simbólico não é apenas exterior ao homem, mas também interior, chegando inclusive ao inconsciente, que não pode ser desvendado por métodos lingüísticos, pois não responde a regras comunicacionais. Como explica Warat, que não admite que o Direito ignore as descobertas freudianas da psicanálise, essa noção é incômoda ao racionalismo, pois é incompatível com sua própria definição, já que não se trata apenas de impressões de vagueza ou ambigüidade lingüística, mas da existência de territórios de identidade desconhecidos.

Pelas aproximações e distâncias entre as propostas é importante mencionar a tese da legislação simbólica de Marcelo Neves (2007), que rejeita essa concepção lacaniana

---

<sup>8</sup>A língua natural é a linguagem humana, construída sem regras premeditadas, enquanto a formal é, por exemplo, a língua escrita, a matemática a computacional.

de símbolo, pois nela toda produção humana seria simbólica, inclusive toda a legislação, o que não é aceito por ele.

Com base em Gusfield, Neves distingue as variáveis simbólicas, instrumentais e expressivas existentes em todos os sistemas sociais. A variável instrumental refere-se a uma ação consciente para alcançar resultados objetivos. Na variável expressiva há uma confusão entre o agir e a satisfação de necessidades, ela é um meio de catarse. A variável simbólica relaciona-se com a resolução de conflito de interesses, “mas não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente” (Neves, 2007, p. 22). A legislação simbólica “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico instrumental” (Neves, 2007, p.23). Ou seja, a legislação simbólica é aquela feita para solucionar apenas um conflito de interesses apenas no plano das expectativas, mas não da realidade. Ela tem um sentido imediato, declarado, e um latente, que é seu verdadeiro objetivo<sup>9</sup>.

Há então um distanciamento entre a concepção de Neves e Warat, pelas suas próprias definições de norma e de Direito, já que o primeiro se apóia numa adaptação da teoria dos sistemas sociais de Luhmann para a modernidade periférica. Para Warat, as normas são textos transformados em ordem simbólica, são espaços de sentidos abertos às multiplicidades das narrativas. Neves circunscreve o problema do “simbólico” a uma determinada parcela da legislação que carece de efetividade e eficácia em relação à sua função manifesta, declarada, mas que atende a um efeito latente, não declarado, muito mais interessante para os que estão no poder.

No entanto, a tese da constitucionalização simbólica cria um espaço de reflexão para o questionamento sobre o Estado de Direito de Warat que será exposto a seguir. Neves diferencia a legislação simbólica da constitucionalização simbólica pelo maior grau de abrangência nas dimensões social, espacial e temporal da constitucionalização

---

<sup>9</sup> De acordo com Marcelo Neves (2007, p. 31 a 46), três seriam os efeitos latentes da legislação simbólica: a de confirmação de valores sociais, a legislação álibe e a fórmula de compromisso dilatório. A primeira está relacionada ao conflito moral em que um grupo sente que impôs os seus valores pela expedição da lei, mesmo que essa não tenha eficácia, como por exemplo, a Lei Seca, no EUA e a proibição do aborto na Alemanha. A segunda diz respeito a uma resposta do Legislativo para satisfazer a expectativa dos cidadãos diante de determinado problema ou de situação de emergência e pressão social mesmo quando a lei não será suficiente para resolvê-lo, como exemplo, o recrudescimento da lei penal no Brasil no final século XX. A terceira ocorre quando se aprova ato legislativo por consenso, mesmo quando não há resolução das disputas dos grupos políticos, pois se sabe que haverá ineficácia da lei, por exemplo, a Lei Norueguesa (1948) sobre empregados domésticos que garantia diversos direitos, mas não os meios de coerção aos patrões para efetivá-los.

simbólica. Diferencia também esta última da ineficácia de alguns dispositivos constitucionais, ainda que relacione a ausência de concretização deles com a função simbólica. Para o Neves (2007, p. 99-101), a constitucionalização simbólica ocorre

quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis políticos e sociais), a “separação de poderes” e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. (...) Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito que decorria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne a prática dos órgãos estatais.

Admite então, Marcelo Neves, que toda a configuração constitucional pode ser simbólica, negando, então, em alguns casos específicos, a promessa abstrata do Estado de Direito pela sua simples afirmação. Indo além no questionamento da legitimidade democrática dos Estados Modernos, Warat põe em xeque as noções de Estado de Direito, Estado de exceção, cidadania e do garantismo. É que, como ele afirma, os grupos em mais alta vulnerabilidade social vivem em um permanente estado de exceção, enquanto a tutela dos direitos fundamentais pressupõe que os sujeitos garantidos sejam cidadãos. Os excluídos vivem fora do “sistema de ilusões” do garantismo constituitucional.

Um exercício dessa constatação é pensar na vida de pessoas em situação de rua, que sofrem violência estatal e privada pelo simples fato de permanecerem em um local público, ou mesmo dos sem-teto que lutam por terra para moradia e sofrem com despejos clandestinos ou judiciais para manutenção da propriedade privada sem utilização. É pensar na situação das mulheres pobres que morrem ou sofrem danos graves ao fazer abortos em clínicas clandestinas, enquanto as que podem pagar praticam o aborto ilegal, porém seguro. É pensar na população carcerária – na maioria jovem e negra – que permanece enclausurada na condição de animais por crimes patrimoniais, muitas vezes sem defesa e sem julgamento, enquanto os tribunais superiores discutem o garantismo penal para os que tem foro por prerrogativa de função. É pensar na legitimação da destruição ambiental e de territórios tradicionais por grandes obras governamentais em nome do desenvolvimento, enquanto o sertanejo é autuado por fazer a “broca” (queima) do terreno sem a autorização ambiental.

Essa condição de imensa desigualdade impede a real existência da cidadania, pois essa não pode existir sem alteridade. A ideia do normativismo ligado ao Direito e

ao Estado – entes que se baseiam na força - tem um papel de legitimação simbólica do monopólio da coerção estatal e por isso

Toda decisão é um estado de exceção produzido em nome do Estado de Direito, que é também um estado de exceção. O Direito é um estado de exceção com relação ao conflito entre as pessoas. Quando aquele que decide é um terceiro distante do conflito, que decide porque é um órgão do Estado que tem a possibilidade delegada de exercer o monopólio da coerção devida, estamos diante de um órgão executor de um Estado de exceção camuflado. O louco é que nenhum operador do Direito vê esse Estado de exceção. Conseguem ver outras coisas muito próximas a um delírio de grandeza. Inclusive muitos vão ficar profundamente indignados ao lerem isto. Para todos eles, para a grande maioria dos operadores tradicionais, eu serei, sem nenhuma dúvida, o único delirante. (Warat, 2010, p. 83-4)

A proposta de Warat é de reposicionamento do Direito de uma perspectiva individualista, para uma de alteridade, através de um processo de “altericação”, neologismo criado por ele para pontuar essa transição.

Percebe-se que Warat não nega as ideias do Direito ou de norma, ou mesmo se conforma a taxá-los em abstrato como uma forma de dominação, mas refuta veemente a compreensão moderna desses institutos e busca uma redefinição para um projeto emancipatório. A abertura de sentido que propõe à norma jurídica não se confunde com o ceticismo das correntes realistas<sup>10</sup> sobre a interpretação judicial. Embora reconheça o valor relativamente progressista dessas concepções por discutirem o papel da ideologia na decisão e deixarem de associar o justo ao legal, dando mais espaço à equidade, considera que elas inflam os poderes do juiz e substituem os mitos das correntes formalistas quando propugna a completa irracionalidade das normas jurídicas.

Na “altericação”, as normas são “processos de semantização de espaços biográficos compartilhados”, (2010, p. 83), ou seja, são construções de sentido – não de verdades – a partir da alteridade, do compartilhamento de vidas e experiências.

---

<sup>10</sup> Warat, 1994, p. 51-64, classifica as teorias sobre interpretação e função judicial em duas grandes tendências: as formalistas e as realistas. Entre as últimas estão a jurisprudência dos interesses, a escola da livre investigação científica, as concepções de Pound, de Cardoso e de Ross, em vertentes moderadas; a concepção alemã de direito livre, o realismo jurídico norte-americano, entre as escolas extremas. Warat cita ainda o surgimento das tendências intermediárias, dentre as quais cita as concepções de Kelsen e Hart e as contribuições da lingüística contemporânea.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo hegemônico, a crise da modernidade que revolucionou diversas áreas do conhecimento parece ainda não ter provocado as mudanças necessárias nos estudos jurídicos. Em tempos em que a complexidade e pluralidade das relações humanas e sociais, a crise da verdade e o imperativo da transdisciplinariedade para compreensão dos fenômenos sociais assolam a ciência, ainda há insistência em perceber o Direito como um sistema autônomo, capaz de oferecer respostas seguras e corretas que correspondam a um interesse social generalista.

O dogmatismo que imperou no mundo jurídico até meados do século XX ainda deixa suas marcas mesmo quando se preconiza a flexibilidade do sistema. Parece que vivemos uma abertura “lenta e gradual”. A base filosófica e sociológica que sustenta a ciência jurídica ainda está predominante associada à ideia iluminista de contrato social materializada na Constituição. No entanto, os dilemas envolvidos na interpretação judicial ameaçam a ideia de Direito como um conjunto de normas que podem – por si só - oferecer segurança para o desenvolvimento pacífico da sociedade.

A judicialização da política, com a intervenção do Judiciário na definição de dimensões do poder que não poderiam ser ditadas por ele, incluindo-se a proatividade jurisdicional na garantia de direitos sociais e no julgamento de políticas públicas são temas inscritos neste debate.

Ao mesmo tempo em que não se pode admitir um “governo de juízes”, admitindo um amplo e discricionário poder a eles, as supostas soluções de controle puramente racionalistas podem ser um meio de conter a atuação do Judiciário nos conflitos sociais estruturantes da sociedade que historicamente foram ignorados pelo Judiciário diante de uma concepção iluminista criada para justificar sua atuação. Com as mudanças políticas de concepção do Estado inevitavelmente esses conflitos chegam ao Judiciário e devem ter respostas dele. Naquele paradigma, o Judiciário tem papel apenas regulador das estruturas sociais que só poderiam ser modificadas pelo Legislativo e pelo Executivo. A regulação é feita sob a ótica da manutenção do *status quo*, a partir de um discurso construído que lhe exime da responsabilidade sobre as injustiças sociais na aplicação da lei, mas lhe autoriza a mantê-las através da força. Essa inércia faz parte de um jogo ideológico de manutenção de crenças um Estado que se organiza e organiza a sociedade de modo que os desfavorecidos não acessem o poder, seja no âmbito

estritamente político, seja no âmbito jurídico, se é que é possível delinear com clareza essa separação.

O problema da interpretação deve levar em conta abertamente os aspectos ideológicos, pois estes não são elementos externos ao Direito e muito menos à decisão. Silenciar sobre esse aspecto tentando mascarar a conveniência de um determinado argumento ou método com base em sua estrita racionalidade implica numa submissão muito maior e perigosa dos direitos à política, pois restringe a definição de sentidos da norma e criação de verdades à uma classe muito restrita de pessoas que tem o poder de ditar o que é o jurídico.

É preciso pensar o problema da interpretação como um problema de democratização da Justiça, assim entendida como a democratização dos direitos, do Judiciário e da capacidade institucional de criação compartilhada do conteúdo dos direitos e da norma jurídica. A democracia como valor e prática que deve ser irradiada no universo jurídico não é a democracia liberal burguesa, de representatividade e legitimidade meramente formal. Não se trata, por exemplo, de uma busca uma democratização simplesmente por meio de eleições.

Trata-se de repensar os sujeitos de direito, incluindo aí os sujeitos historicamente marginais. Pensar os sujeitos de direito enquanto sujeitos coletivos cuja vida e existência material requer resistência, transformação e empoderamento também através das práticas jurídicas acadêmicas e judiciais. Para isso, a Justiça precisa se reorganizar - desde o seu espaço físico, hábitos de tratamento e práticas culturais, ao regime processual de ações que lidem com questões coletivas e sociais. É preciso também repensar o modo primordial de solução de conflitos, dando espaço à mediação e a práticas que restaurem equitativamente relações corrompidas. É preciso transformar radicalmente a educação jurídica, voltada primordialmente para o conhecimento das normas (ainda que constitucionais) e pouco preocupada com a interferência institucional que elas promovem na realidade. É preciso destruir essa concepção mítica de juiz e de Justiça que assentam o poder sobre as relações interpessoais e sobre a vida social por serem Estado, para que a resolução dos conflitos se dê de forma legítima e justa.

Nesse sentido, tanto a proposta da Análise Crítica do Discurso é altamente relevante para retirar o problema da fundamentação de uma zona de conforto, quanto à proposta surrealista de alteridade é essencial para construir um novo núcleo e horizonte para os direitos humanos.

Sob pena de tão-somente reproduzir ideias e propostas que visam a manter o *status quo*, antes defender o encolhimento ou a expansão do Poder Judiciário é preciso compreender as bases em que ele se funda e que lhe permitem agir sem controle social ou correspondência aos direitos humanos. Uma dessas bases está fundada na relação entre linguagem, poder, ideologia, sobre a qual espero contribuir para a discussão com a sistematização das ideias aqui expostas.

## 5. REFERENCIAS

CHUAI, MARILENA. Convite à Filosofia. São Paulo: Editora Ática, 1994.

COLARES, Virginia. Análise Crítica do Discurso Jurídico: o caso da vasectomia.

In: TFOUNI, L.V., INDURSKY, F., INDURSKY, F, Monte-Serratn, D.M. A Análise do Discurso e suas Interfaces. São Carlos, SP : Pedro & João Editores, 2011. p. 97-124.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental à imagem e os jogos de linguagem : análise crítica do discurso jurídico. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Curitiba, 12, vol. 1, 2010, p. 347-370.

\_\_\_\_\_. Linguagem e Direito. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol.1. Salvador: JusPodivm, 2012.

HAGUETTE, André. Racionalismo e Empirismo na Sociologia. Revista de Ciências Sociais. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza: UFC, vol. 44,nº1, jan/jun.2013, p. 194-218.

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista do Tribunais, 798, 2002, p.23-50.

WARAT, Luis Alberto. A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Introdução Geral ao Direito: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.