



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIZER O DIREITO:

a interpretação e as pretensões de neutralidade no discurso jurídico

BERNARDO TENDLER LEIBEL BACELLAR

Rio de Janeiro

2021

BERNARDO TENDLER LEIBEL BACELLAR

DIZER O DIREITO:

a interpretação e as pretensões de neutralidade no discurso jurídico

Monografia de final de curso, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob orientação do Professor Fábio Perin Shecaira

Rio de Janeiro

2021

BERNARDO TENDLER LEIBEL BACELLAR

DIZER O DIREITO:

a interpretação e as pretensões de neutralidade no discurso jurídico

Monografia de final de curso, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob orientação do Professor Fábio Perin Shecaira

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

A título de dedicatória, manifesto minha mais sincera consideração a todos que me incentivaram e possibilitaram a realização da presente monografia. Em meio a tempos tão difíceis e conturbados, a possibilidade de dedicação aos estudos configura, a meu ver, um dos verdadeiros privilégios da contemporaneidade.

Nesse sentido, o incansável estímulo e a contínua insatisfação fizeram parte do trabalho de elaboração da presente tese de conclusão de curso. Conciliar o irreduzível tempo, de modo a ser proveitoso e prazeroso, combinando obrigações e lazeres, também demonstrou ser uma das lições aprendidas ao se chegar no final da graduação de direito.

Agradeço, ainda, pela existência do ensino superior público e gratuito. O contato com diversas realidades diferentes daquela em que me insiro possibilitou a expansão de certos horizontes, moldando toda a minha formação enquanto sujeito e indivíduo. Oportunidades e adversidades sempre estarão presentes quando se defende a livre divulgação de conhecimento, notoriamente em contextos capitalistas predatórios que pregam pela existência de uma suposta meritocracia.

RESUMO

A presente monografia teve como primeiro objetivo a abordagem do fenômeno da interpretação. Entendido como um fator de legitimação do discurso, é utilizado para a resolução de questões de natureza valorativa dentro da perspectiva interna da linguagem jurídica. Assim, a partir da hipótese de que a neutralidade discursiva pode ser pretensiosa, suscita-se a possibilidade de manipulação dos materiais jurídicos disponíveis, mascarando as verdadeiras razões de substância existentes. Para tal, realizou-se a análise exploratória de bibliografia, visando compreender a semiologia da linguagem e do raciocínio jurídico por de trás das teorias interpretativas. Com essa finalidade, os resultados apontam para a existência de certo ceticismo, porém, também demonstram que o ceticismo demasiado pode ofuscar e até negligenciar a maleabilidade dos materiais e convenções jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: LINGUAGEM JURÍDICA; INTERPRETAÇÃO; PRETENSÕES DE NEUTRALIDADE; MALEABILIDADE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUA LINGUAGEM	12
1.1. O que é interpretação jurídica?.....	12
1.1.1 A atividade interpretativa	13
1.1.2. Métodos de interpretação jurídica	15
1.2. Por que se diferencia a interpretação constitucional?	17
1.2.1. Diferentes normas ou alterações específicas de sentido?	19
1.2.2. Métodos	20
1.2.3. Princípios.....	23
1.3. Indeterminação prática?	25
1.3.1. O que legitima a interpretação?.....	26
1.3.2. Judicialização da política	27
1.3.3. Fundamentação.....	30
CAPÍTULO II – ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA	32
2.1. Razão e validade jurídica.....	32
2.1.1. Qual o papel do silogismo dentro da argumentação jurídica?	35
2.1.2. A argumentação silogística é isenta de parcialidade?	37
2.2. Diferentes pontos de partida	38
2.2.1. A interpretação e o fenômeno da decisão judicial em foco	39
2.2.2. O giro linguístico e os estudos jurídicos	42
2.2.3. Conclusões preliminares.....	44
2.3. Pretensões Científicas.....	45
2.3.1. Paradoxo do dogmatismo jurídico	45
CAPÍTULO III – INDETERMINAÇÃO E NEUTRALIDADE	51
3.1. Contribuições do realismo jurídico	51
3.1.1. Ceticismos e ceticismos.....	52

3.2. O que dizem os estudos jurídicos críticos?.....	55
3.2.1. Análises fenomenológicas	56
3.3. Pretensões de neutralidade.....	57
3.3.1. Direito e política	58
3.3.2. Ideologia e adjudicação.....	60
3.3.3. Raciocínio e linguagem jurídica.....	65
3.3.3.1. Símbolos e artefatos.....	67
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

No final da graduação, o “direito”, que até então demonstrava-se intragável, passa a ser palatável e até interessante. Não se trata de uma impressão geral, é claro. Enquanto alguns gostam desde o início, outros nunca chegam a gostar.

Ao longo de nossa formação, aprendemos a reconhecer o direito como um fenômeno social. Compreendendo a organização de determinado tempo e espaço, o “direito” também adquire uma estrutura peculiar de funcionamento, apresentando-se como um autêntico sistema, mas limitado ao contexto histórico-geográfico em que se insere.

A partir da constatação de que os sistemas jurídicos constituem, na verdade, sistemas normativos,¹ começamos a reconhecer a importância da linguagem discursiva e coercitiva do direito. Palavras no papel não seriam apenas “letra morta”, quando aplicadas, possuem a capacidade de produzir efeitos reais no mundo concreto. Assim, podemos dizer que a faculdade legítima de se atribuir imposições, ou de se “dizer o direito”, constitui a essência do poder normativo.²

Relacionando questões de validade e de legitimidade no discurso jurídico, a análise das perspectivas discursivas, pelo menos para a teoria, pode ser interessante. Na literatura jurídica, já encontramos considerações importantes sobre as perspectivas discursivas dos “observadores” e dos “participantes”³, e de forma

¹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**, São Paulo, p.165, WMF Martins Fontes, 2015. Isso porque, entre outras coisas, estipulam condições em que o uso da força é proibido e permitido, e instituem órgãos centralizados responsáveis por aplicar essas normas em casos particulares.

² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, p. 102, WMF Martins Fontes, 2015; e HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo, p. 27, WMF Martins Fontes, 2009.

³ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés. et al. tradução Gercélia de Oliveira Mendes. São Paulo, p.29-31, WMF Martins Fontes, 2009. Para Alexy, “observador” é aquele que, considerando o sistema jurídico como resultado de produtos de procedimentos que criam regras, e não questionando o que é considerado “correto”, apenas diz como de fato se decide. Por sua vez, “participante” é

analógica, também há análises que apontam para a distinção entre essas perspectivas e a sua correspondência com os modos de se argumentar – “substantivos” e “institucionais”.⁴

Podemos dizer que a perspectiva “externa” é realizada por terceiros que, embora conversem sobre como o sistema é, ou como ele deve ser, não possuem o poder normativo de “dizer o direito”; já a “interna”, corresponderia à comunicação que se diz “formalmente” responsável para regular o sistema, ou seja, legitimada em se “dizer o direito”.

Diante disso, é forçoso reconhecer que as ciências jurídicas passaram a tentar criar formas de justificar e explicar as convenções existentes, principalmente aquelas discricionárias e indeterminadas. Preocupando-se, então, com o discurso na linguagem interna, a busca da neutralidade passa a nortear toda a dogmática jurídica.

É nesse contexto, então, que surge a presente dissertação.

O “dizer o direito” é muitas vezes utilizado para solucionar questões de natureza valorativa e, dentro de uma perspectiva discursiva interna, a capacidade de interpretar normas passa a representar o próprio fator de legitimação do direito. Diante das necessidades dogmáticas e metodológicas surgem as denominadas “teorias interpretativas”, que tentam minimizar a eterna tensão existente entre normas jurídicas manifestadas e seu verdadeiro propósito.

Posto o problema: para que servem as teorias interpretativas? Para justificar e legitimar juízos de valor, tornando o discurso jurídico neutro? Como opera a legitimação do “dizer o direito” no controle das razões de substância? A neutralidade discursiva seria uma mera pretensão?

aquele que, considerando o sistema jurídico como um conjunto de ações baseadas e direcionadas por regras, participa da argumentação sobre o que é ordenado, proibido, permitido e autorizado pelo “direito”.

⁴ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.35-37 e pp.47, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016. Em suma, a distinção sobre a perspectiva dos “cidadãos” e dos “advogados” cinge na utilização de recursos/premissas/razões de substância ou não na argumentação jurídica.

Na monografia, procurarei responder essas perguntas partindo da hipótese que a neutralidade discursiva, além de configurar-se como uma pretensão científica, ocorreria mediante a utilização de mecanismos dogmáticos e argumentativos verdadeiramente maleáveis, uma vez já naturalizados na linguagem e no raciocínio jurídico.

A orientação metodológica do trabalho se dará, principalmente, pela via da pesquisa exploratória de bibliografia. A partir de minha formação enquanto sujeito, não posso negar que possuo perspectivas próprias, espero, então, não perpassar pensamentos hegemônicos que transformam o “direito” em um sistema injusto que agrava distorções sociais ao invés de servir como ferramenta de emancipação.

Como diz Nino, muitas das questões filosóficas e científicas podem ser resolvidas quando analisadas sobre uma perspectiva expressiva da linguagem.⁵ Assim, não pretendo apenas defender a necessidade de fundamentações mais explícitas, pois, para tentar desenvolver o discurso jurídico no tempo em que vivemos, devemos fomentar que diferentes esferas sociais, principalmente as mais sensíveis e marginalizadas, também possam “dizer o direito”.

No primeiro capítulo, serão investigados os motivos que levam à necessidade de uma atividade interpretativa dentro da realidade jurídica. Ainda, considerando a relevância do debate sobre a atuação da Suprema Corte brasileira, será questionado o porquê de o âmbito da interpretação constitucional ser tratado de forma especial. Por fim, aspectos da fundamentação das decisões interpretativas também serão levantados.

Por sua vez, o segundo capítulo abordará a relação da interpretação com a argumentação jurídica, discorrendo sobre a razão, a validade e a estrutura lógica silogista. De tal forma, algumas questões continuarão em aberto e, por isso, será feita uma investigação na literatura jurídica brasileira sobre a convergência desses assuntos expostos com a tópica da linguagem.

⁵ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**, São Paulo, pp.295-296, WMF Martins Fontes, 2015

Por fim, o terceiro e último capítulo, retomando o que foi antes apresentado sobre a convergência entre interpretação e linguagem, procurará discorrer sobre as pretensões de neutralidade presentes no discurso jurídico, correlacionando esse assunto com a legitimidade do “dizer o direito”.

CAPÍTULO I – INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUA LINGUAGEM

1.1. O que é interpretação jurídica?

Na clássica teoria ocidental da produção legislativa, normas jurídicas são elaboradas, através do uso da linguagem corrente, para serem lidas e evocadas quando diante das situações nelas previstas. Mesmo que os sistemas jurídicos possam se valer de fontes jurídicas consideradas como não formais, a exemplo dos costumes e da jurisprudência, a composição das fontes ditas formais (“legais”) continua prevalecendo.

John Merryman esclarece que essa “codificação do direito” representa, na verdade, uma certa composição de países de tradição jurídica “continental europeia”. De forma genérica, ao invés de depositar o poder de criação jurídica nas mãos dos juízes, direciona-se o “dizer o direito” para os processos legislativos, reproduzindo códigos explícitos que se reforçam com “correções”.⁶

Contudo, o uso da linguagem corrente na formulação de normas jurídicas sujeita-se às implicações da denominada “figura aberta de linguagem”. Em sua abordagem, Noel Struchiner demonstra que as representações linguísticas, inclusive no âmbito jurídico, não são exaustivas por natureza, pois sempre podem surgir situações imprevisíveis, uma vez que a ambiguidade e a imprecisão são inerentes a própria linguagem.⁷

A “textura aberta” da linguagem implica, naturalmente, em consequências práticas, semânticas e metodológicas, principalmente no que tange à

⁶ MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**. Porto Alegre, Capítulo IV, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

⁷ STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

imprecisão jurídica.⁸ Por isso, os aspectos linguístico-contextuais do direito, implícitos ou explícitos, não podem ser ignorados. Em outras ocasiões, inclusive, é a carga afetiva da linguagem que traz problemas práticos para o direito. A finalidade em que é utilizada e/ou a própria formulação realizada podem suscitar dúvidas sobre o que realmente se pretendia dizer, dificultando os processos de comunicação e compreensão de significados.

Nesse mesmo sentido, Carlos Santiago Nino já havia apontado para o fato de os sistemas jurídicos serem constituídos de imperfeições. Discorre que estas imperfeições dos sistemas normativo-jurídicos podem se dar pela existência de contradições normativas, de redundâncias, de lacunas e até da inoperância prática de determinadas normas.⁹

Com a pretensão de serem universalizadas, mas sem tecer nuances e minúcias, fixam-se regras, consolidam-se princípios e estabelecem-se normas. Segundo Lloyd Weinreb, o caráter normativo consiste, justamente, no fato de o texto especificar circunstâncias de modo abrangente e universal, não podendo especificar todos os fatos a serem aplicáveis nos casos concretos sem que perca a sua qualidade “jurídica”.¹⁰

Assim, fica mais claro que mesmo direcionando o “dizer o direito” para formas codificadas, as normas jurídicas podem não possuir uma determinação de correspondência tão simples. Havendo, então, uma natural falta de precisão nas soluções normativas genéricas, o significado destes discursos e enunciados pode ser, consideravelmente, influenciado pela atribuição de sentidos e significados.

1.1.1 A atividade interpretativa

⁸ Ibid.

⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo, p.321-346, WMF Martins Fontes, 2015.

¹⁰ WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico**. São Paulo, p. 64, WMF Martins Fontes, 2008.

Começa a transparecer que, dentro desses cenários de indeterminação jurídica, a atividade interpretativa torna-se particularmente relevante. Para que as normas jurídicas sejam efetivas, a atribuição de significado pelos seus destinatários não é sempre opcional, trata-se de uma demanda linguística que impera sobre a devida atuação e funcionamento dos ordenamentos normativos, e, notoriamente, dos jurídicos.

Carlos Maximiliano defende que uma das principais tarefas dos aplicadores do direito é o estabelecimento da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre “a norma jurídica e o fato social”.¹¹

Diante da construção teórica do Estado Democrático de Direito, para que os processos/procedimentos jurídicos sejam considerados legítimos, devem ser, ao mesmo tempo, racionais, objetivos e controláveis. Para Mártires, esta demanda não se limitaria apenas aos processos hermenêuticos, mas estender-se-ia, também, aos processos legislativos e aos processos de aplicação do direito.¹²

Toda esta elevação, supostamente, racional perante as hipóteses normativas constitui a tarefa dos intérpretes que, representando uma valoração de fatos sociais significativos dentro da linguagem jurídica, também deve ser utilizada de modo legítimo. Mártires enfatiza, ainda, que, quanto maior for a capacidade do intérprete para analisar e convencer, maior deverá ser seu dever de fundamentação, pois o alcance prático de algumas expressões jurídicas prescinde, invariavelmente, de tarefas de recomposição, compreensão e construção.¹³ Entretanto, Nino já adverte que as

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro, Introdução, Forense, 2011.

¹² MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.230, p. 163-186, 2002

¹³ MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.230, p. 163-186, 2002.

possibilidades/margens interpretativas podem variar de acordo com determinadas regras semânticas e sintáticas de linguagem.¹⁴

1.1.2. Métodos de interpretação jurídica

Preocupando-se, assim, com as possibilidades interpretativas, surgem, dentro do âmbito dogmático da ciência jurídica, os denominados “métodos de interpretação jurídica”. A título de esclarecimento, o elenco e descrição dos métodos empregado tomou como base a classificação feita por Dimitri Dimoulis, presente em seu Manual de Introdução ao Estudo do Direito¹⁵, o que não exclui a possibilidade de haver outros métodos, ou ainda, outras formas de classificar e conceituar os métodos aqui empregados.

Inicialmente, há o “método gramatical”, que consiste na captação do que há, literalmente, no conteúdo textual em análise. Neste método, deve-se observar a linguagem empregada pelo legislador para buscar o significado literal das palavras utilizadas na prescrição normativa.

Já no “método sistemático”, busca-se uma compreensão além do texto de cada dispositivo isolado. Tenta-se estabelecer, aqui, uma conexão do dispositivo em questão com o sistema em que se insere, havendo uma preocupação com a integração e a harmonização contextual, de forma a se prestigiar o conjunto normativo, e não apenas o comando literal individualizado.

Adiante, temos o “método histórico”. Também se tratando de uma análise contextual, o processo hermenêutico deve focalizar nas conjunturas sociais, políticas e econômicas que precederam, temporalmente, a formação do texto normativo em análise. Diferentemente do “método sistemático”, a interdisciplinaridade temporal seria o fator relevante.

Por sua vez, o “método teleológico” busca a analisar da finalidade normativa em questão. Como o “direito” tem o enfoque na atuação prática, o

¹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo V, WMF Martins Fontes, 2015.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª edição, São Paulo; RT, pp.143-152, 2010.

“dizer o direito”, a essência deste método consistiria na escolha interpretativa que melhor atenda a finalidade objetiva tutelada pelo legislador e sua criação normativa.

Por fim, temos o “método sociológico”, que muito se assemelha com o anterior (teleológico). No presente método, assenta-se para as exigências sociais do caso em questão, não se limitando à finalidade objetiva do legislador, mas à efetiva concretização de valores de justiça social.

De modo geral, podemos fazer uma seguinte esquematização: o método “gramatical” impõe limites interpretativos aos termos literais utilizados pelo legislador, o “sistemático” privilegia uma harmonia jurídica conjuntural, o “histórico”, uma harmonia conjuntural específica no tempo, o “teleológico” e o “sociológico”, embora pareçam semelhantes, distinguem-se pela finalidade objetivada, “normativa” e “social” respectivamente, o que possibilita diferentes desfechos.

Aparentemente, enquanto alguns métodos dão, ou conferem, menos liberdade para os intérpretes, outros realizam o contrário. Também, pelo fato de as metodologias não serem codificadas, mas possuírem uma caracterização dogmática, uma “superveniência interpretativa” pode florescer, de modo que a fundamentação na interpretação jurídica possa servir como um “símbolo” que legitima o “dizer o direito”, mascarando determinados juízos de valor e conferindo uma aparência de neutralidade substantiva.

Fábio Shecaira e Noel Struchiner já haviam constatado essa capacidade “criativa” da ciência jurídica na formulação de diferentes métodos interpretativos. Classificam, assim, os métodos como “formalistas” e “não formalistas”, articulando esta diferenciação de grau com as estratégias argumentativas institucionais e substantivas utilizadas.¹⁶ Evidenciam, ainda, que a possibilidade de escolha metodológica a ser empregada, implica, conseqüentemente, na escolha do sentido textual-normativo, pois, apenas

¹⁶ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.71-83, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

quando não houver “desencontro” entre “texto e intenção”, é que o intérprete fica “engessado”.¹⁷

Já transparece, então, que o estabelecimento de parâmetros objetivos de controle interpretativo representa uma tentativa de limitação da discricionariedade pela ciência/dogmática jurídica. Uma crença, ao menos, na possibilidade de solucionar as naturais e eventuais valorações substantivas pelo aspecto “formalista” da relação entre texto e norma.

1.2. Por que se diferencia a interpretação constitucional?

A tópica irá se desenvolver na medida em que as demandas sociais se tornam mais complexas. Concebida como uma ciência da experiência, a Constituição vincula-se à formação do espaço público, atua no espaço-tempo, suscita possibilidades, estreita a relação com as necessidades sociais existentes e, por isso, possui uma dimensão valorativa naturalmente acentuada.

As normas constitucionais possuem uma peculiaridade semântica pelo fato de serem, frequentemente, expressas em linguagem vaga e aberta que, em sua maioria, representam valores, garantias e concepções “fundamentais”. A título exemplificativo, o artigo 5º da Constituição de 1988, composto por um extenso rol de 78 incisos, dispõem sobre questões que vão desde a igualdade jurídica até a duração do devido processo legal.¹⁸

Refletindo o marco histórico em que se insere, o texto constitucional de 1988, após um prolongado regime de supressão de direitos considerados fundamentais, positiva essas diversas concepções e valores. Assim, não se pode negar que a realização de uma tarefa interpretativa da Constituição

¹⁷ Idem, pp.90-91.

¹⁸ BRASIL, Constituição (1988), **TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS; Capítulo I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**, Art. 5º, I - LXXVIII. Editora Saraiva, 53ª ed. atual. e ampliada, 2016.

opera, especificadamente, na atribuição de significados à normas que versam sobre direitos fundamentais e valores políticos elementares.

Outro considerável fator de diferenciação é a ideia da força normativa da Constituição. Segundo Konrad Hesse, o significado do texto constitucional representa o próprio alcance de suas normas, o que confere validade não só ao texto maior, mas, como dito anteriormente, a todo o ordenamento jurídico. Em suma, a Constituição tanto influencia quanto conforma e determina a realidade político-social.¹⁹

Dito isso, a perspectiva linguística interna do direito passa a determinar os “valores constitucionais”, i.e., conteúdos os axiológicos que fundamentarão a interpretação de todo ordenamento jurídico. Ainda, com o advento do fenômeno doutrinário e jurisprudencial da “constitucionalização do direito”²⁰ cresce, sobretudo, o argumento da necessidade de uma leitura moral da Constituição.

Permite-se, assim, que, dentro do âmbito constitucional, os intérpretes possuam uma maior participação nos processos construtivos de sentido normativo. Todavia, se o significado textual pode e, muitas vezes, deve ser decifrado caso a caso, há sempre a possibilidade de haver discordâncias no momento de aplicação aos casos concretos.

Fábio Shecaira e Noel Struchiner, nesse sentido, já sinalizaram que a argumentação constitucional se diferencia da “jurídica tradicional” caracteristicamente, uma vez que é calcada, majoritariamente, em razões de substância.²¹ Inclusive, constata-se a presença de terminologias vagas e moralmente carregadas no âmbito da linguagem constitucional, afirmando que,

¹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre, pp.24, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Quaestio Iuris, vol. 02, nº 01, Rio de Janeiro, p. 1-48, 2006.

²¹ SHECAIRA, Fábio Perin; e STRUCHINER, Noel. **A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito**. Revista de Direito do Estado, vol. 22, p. 135-145, 2012.

além de ser um tanto quanto banal o reconhecimento de uma interpretação naturalmente mais substantiva, o emprego desses termos tende a gerar controvérsias práticas.²²

1.2.1. Diferentes nomas ou alterações específicas de sentido?

Não obstante, as alterações interpretativas de sentido das normas constitucionais podem ocorrer de um ponto de vista “formal” ou “informal”. A doutrina de Pedro Lenza ensina que as alterações em sentido “formal” também podem ser classificadas como “reformas constitucionais”, pois ocorrem modificações do texto mediante procedimentos estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário, alterando, suprimindo ou acrescentando dispositivos ao texto original.²³

Por sua vez, a doutrina de Uadi Lamego Bulos leciona que a “informal” traduz o fenômeno também denominado de “mutação constitucional”. Nesses casos, as alterações de significado do texto maior ocorrem mediante processos interpretativos, que atribuem novos sentidos aos seus preceitos para aderir às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas da sociedade.²⁴

Na seara da legitimidade, a avaliação contínua dos poderes constituídos também se faz importante perante a ordem constitucional. Por isso, submeter a lei fundamental ao viés interpretativo indeterminado e indiscriminado, além de ofender, poderia comprometer a própria finalidade estabilizadora que o texto constitucional propõe.

Vimos que, nas teorias interpretativas “tradicionais”, há uma certa crença na existência e possibilidade de uma limitação “formal” da discricionariedade, lastreada principalmente na relação texto e norma. Nos interessa, então, diante

²² SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, p.93, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

²³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, p.162, 2018.

²⁴ BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo, p.435, Editora Saraiva, 2015.

das peculiaridades suscitadas, analisar se os métodos e princípios que regem o âmbito científico e dogmático da interpretação constitucional incorrem nas mesmas premissas.

1.2.2. Métodos

No pensamento moderno, a “ciência” por trás da interpretação constitucional tende a apresentar especificidades próprias. Virgílio da Silva apontou para o fato de que, muito proveniente da escola jurídica alemã de Konrad Hesse, acredita-se que as teorias interpretativas “constitucionais” possam ser consideradas distintas e exclusivas com relação às teorias “tradicionais”.²⁵

Nesse sentido, recorrer a valores políticos só se demonstraria “legítimo” na medida em que se utilizassem de valores “positivados”. Isso porque, se a integração de significados deve operar no conteúdo das próprias normas constitucionais, seria imprópria qualquer referência ideológica que perpassasse os valores estabelecidos na Constituição. O argumento da necessidade de uma certa previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, políticas, econômicas e sociais também sustenta esse tipo de premissa, pois o funcionamento da ordem constitucional não pode ficar à mercê de forças políticas hegemônicas e momentâneas.

As rotulações e descrições utilizadas a seguir não pertencem a um autor específico, mas são resultado de uma consulta a doutrinas de cunho

²⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. São Paulo: Malheiros, pp.115-143, 2005.

dogmático²⁶, não dogmático²⁷ e artigos científicos que, de certa forma, já levantaram algumas considerações sobre o tema.²⁸

De antemão, temos o denominado “método jurídico” ou “hermenêutico clássico”. Este método, partindo daquela premissa normativa da Constituição, diz que as regras tradicionais da hermenêutica jurídica devem se articular e se complementar, revelando, assim, os sentidos contidos por de trás das normas constitucionais. Aqui, a tarefa do intérprete consiste em aplicar aqueles métodos “tradicionais” da interpretação jurídica para “descobrir” o verdadeiro significado das normas presentes no texto maior.

O “método tópico-problemático”, por sua vez, propõe o reconhecimento da Constituição como um sistema naturalmente aberto de regras e princípios. Admitindo a exigência de diferentes interpretações, orienta-se que o intérprete se volte para o problema, pois a lei fundamental serve como um instrumento de orientação, ordenação, conformação e estabilização das dinâmicas sociais existentes.

Temos, também, o “método hermenêutico concretizador”. Este, que não se apresenta de uma forma tão diferente da anterior, defende a leitura do texto normativo-constitucional a partir de uma pré-compreensão do problema em análise. Em outras palavras, a partir do ambiente em que a questão problemática se apresenta, o intérprete deve realizar sua tarefa de modo a concretizar os preceitos normativos presentes na Constituição.

Outro método existente, é o denominado “científico espiritual”. Traduzindo a ideia da Constituição como um instrumento de integração, deve-se ir além

²⁶ LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**, 22ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, pp.173-175, 2018.

²⁷ BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo, pp.455-458, Editora Saraiva, 2015

²⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. São Paulo: Malheiros, pp.115-143, 2005. e MÁRTIRES, Inocência Coelho. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.230, p. 163-186, 2002.

do ponto de vista jurídico-formal, pois a perspectiva constitucional deve ser política, de modo a regular conflitos e preservar a unidade social. Aqui, a tarefa do intérprete é entendida como um fenômeno cultural valorativo que objetiva a integração.

Em seguida, o “método normativo estruturante” prega a não limitação da atividade interpretativa aos elementos puramente textuais das normas. Deve-se, então, recorrer a uma investigação da realidade social que o dispositivo normativo escolhe como âmbito, ou objeto, de regulamentação e tutela.

Por fim, há ainda o denominado “método da comparação constitucional”. Defende-se que a interpretação dos institutos deve ser realizada e implementada mediante uma comparação com outros ordenamentos jurídicos, ou seja, prega-se pela utilização de um “direito constitucional comparado”.

Aparentemente, aquela constatação feita por Shecaira e Struchiner sobre a criatividade “metodológica” no âmbito da interpretação jurídica tradicional, também se estende às teorias interpretativas constitucionais.²⁹ Nesse sentido, Virgílio da Silva formula uma crítica semelhante, insinuando a existência de um certo “sincretismo metodológico”³⁰ na seara dogmática da interpretação constitucional.

Os autores da teoria da argumentação jurídica apontam, ainda, que a existência e utilização desses métodos mais “substantivos” muito se dá pelas próprias características de estabilidade e rigidez do texto constitucional.³¹ Conforme mencionamos anteriormente, as alterações interpretativas de sentido constitucional são consideradas “informais”, pois as “formais” seriam

²⁹ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.71-83, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

³⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. São Paulo: Malheiros, pp.115-143, 2005.

³¹ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.99, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

aquelas que ocorrem no âmbito dos trâmites legislativos, ou seja, onde as reformas são, literalmente, textuais.

Assim, diferentemente das teorias interpretativas “tradicionais”, todos os métodos constitucionais aqui elencados parecem conferir uma maior liberdade/flexibilidade aos intérpretes. Isso porque, além da distinção entre metodologias “formalistas” e “não formalistas” não ser aplicável, há uma certa tendência de se encarar o âmbito constitucional como mais dinâmico do que estático, uma vez que aquelas expectativas de controle da discricionariedade e da indeterminação, na relação entre “texto e norma”, parecem se esvaziar diante das peculiaridades normativas apresentadas.

1.2.3. Princípios

A ideia da utilização de princípios é a própria complementação “não formal” das fontes jurídicas “formais”. Como apresentado, as atribuições de sentido são realizadas pelo emprego/uso dos métodos existentes, mas podem, também, ser complementadas de modo principiológico.

Sobre os princípios da interpretação constitucional, e suas respectivas rotulações e descrições, realizou-se a mesma pesquisa daquela dos métodos, abarcando, inclusive, as mesmas referências.

De antemão, temos o “princípio da unidade da constituição”. O intérprete, aqui, deve considerar as normas constitucionais como preceitos integrados, e não como dispositivos isolados e dispersos, evitando-se, com isto, contradições constitucionais internas.

A ideia por de trás deste princípio é a não hierarquização das normas constitucionais. Sendo incerto a definição de qual norma deva “prevalecer” nas aplicações caso a caso, competiria ao intérprete realizar, ainda, uma ponderação e sopesamento, englobando a noção oriunda do famoso “teste de proporcionalidade”.

O denominado “princípio da proporcionalidade” consiste, assim, no procedimento em que o intérprete, de modo, aparentemente, objetivo, estabelece uma solução para o conflito normativo em tela. Contudo, mesmo

que se estabeleçam parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sendo a “sequência procedimental”, justamente, esta), Shecaira e Struchiner já alertam que a “organização e transparência” aparente não significa a ausência de discricionariedade interpretativa.³²

Em seguida, há o “princípio da concordância prática” ou da “harmonização”. Neste, quando realizada a interpretação, a aplicação contextual deve ser feita de forma coordenada, de modo a ponderar e conciliar os valores constitucionais que podem estar em conflito.

O “princípio da conformidade funcional”, por sua vez, dita uma estrita observância da repartição de poderes estabelecida pela ordem constitucional. Não poderiam os aplicadores do direito perturbar o esquema orgânico estabelecido pela Constituição. Curiosamente, este princípio pode se apresentar como um bom argumento para aqueles que são contra posturas judiciais mais ativistas.

Temos, também, o “princípio do efeito integrador” ou da “eficácia integradora”. Exige, que no momento de resolução de problemas jurídico-constitucionais, os intérpretes devem priorizar a unidade político-constitucional e a integração social.

Outro, é o “princípio da máxima efetividade”, que sinaliza uma direção, uma ideia reguladora a ser seguida. Neste sentido, dever-se-ia otimizar a eficácia constitucional sem que ocorram grandes alterações no seu conteúdo. Assemelha-se assim, com o “princípio da força normativa da Constituição”, que prega a preferência, na solução de problemas jurídico-constitucionais, dos pontos de vista que levem as normas constitucionais uma eficácia ótima.

Por último, temos o “princípio da interpretação conforme a Constituição”. Este faz sentido apenas quando direcionado à interpretação de leis

³² SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.99, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

infraconstitucionais, revelando-se uma espécie de prudência política a ser seguida.

Assim como no caso dos métodos, se os princípios aqui elencados não se confundem, ao menos em muito se assemelham. Os conceitos elaborados parecem possuir uma tendência dogmática, pois, mesmo estando sujeitos a contradições e conflitos, apresentam-se como verdadeiras “soluções” para o problema da discricionariedade e da indeterminação jurídica.

Nesse sentido, Shecaira e Struchiner afirmam que a utilização desses princípios não seria o problema em si, mas sim quando utilizados sem a devida fundamentação em regras positivadas, pois descaracterizaria, assim, a argumentação “institucional” da prática jurídica. Para eles, seriam critérios abertos que justificam normas abertas, potencializando exponencialmente as considerações substantivas.³³

1.3. Indeterminação prática?

Sobre essa indeterminação prática dos métodos e princípios, Virgílio da Silva, Inocêncio Coelho e Uadi Bulos haviam feito apontamentos semelhantes aos de Shecaira e Struchiner.³⁴ Coelho argumenta, ainda, que podem funcionar como “fórmulas persuasivas”, por serem utilizadas pelos aplicadores do direito para justificar suas pré-decisões, pois, caso contrário, estas mesmas decisões careceriam da fundamentação necessária e ganhariam o indesejado formato da discricionariedade.³⁵

³³ STRUCHINER, Noel; e SHECAIRA, Fábio. **A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito**. Revista de Direito e Estado, Rio de Janeiro, nº 22: 131-145, 2012.

³⁴ Neste sentido, DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. São Paulo: Malheiros, pp.115-143, 2005; COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.230, p. 163-186, 2002; BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo, p.449, Editora Saraiva, 2015

³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro, R. Dir. Adm. 230: p.177, 2012.

Ainda, se estes métodos e princípios não possuem vínculo normativo, não seriam, conseqüentemente, de observância obrigatória. Diferentemente do esperado em tradições jurídicas de “codificação”, as teorias interpretativas apresentam-se mais como uma forma, uma estratégia, de argumentação do que como meios de se estabelecer procedimentos legítimos de interpretação na resolução de conflitos.

Por meio dessa roupagem formal, parecem representar um fim em si mesmo. Ao invés de serem aplicados para justificar de forma objetiva as decisões, acabam confundindo o que haveria de racional, na argumentação, com o que na realidade é uma valoração moral ou substantiva. Dessa forma, pouco revelam e nada alcançam, demonstrando que o “dizer o direito” não se aplica através de exercícios de pura lógica, mas sim através da experiência de uma realidade social em permanente transformação.

Dessa forma, mesmo que a distinção entre os campos interpretativos possa ser imperiosa, a ciência do direito parece ainda não ter sido capaz de resolver as questões que a própria inferência dogmática levanta. Se não todas, a maioria das ferramentas interpretativas disponíveis em nada se diferenciam, principalmente no âmbito constitucional, em que todos os métodos são evidentemente “substantivos”.

1.3.1. O que legitima a interpretação?

Vimos que a interpretação constitucional pode servir para descobrir o significado, o conteúdo e o alcance dos preceitos normativos. Esse “dizer o direito”, que explica e esclarece os vocábulos, antecede a aplicação normativa, e só ganha força na medida em que se demonstra legítimo.

Nos procedimentos ditos “informais”, a subversão das “ferramentas dogmáticas” pode representar um considerável problema prático. Como exposto, não há um modo específico, ou um vínculo normativo que regule a operação das atividades interpretativas.

Peter Haberle, defensor de uma postura mais abrangente da interpretação constitucional, defende que não deveria haver uma limitação dessa

prerrogativa às atividades exclusivamente estatais, pois todos seriam possíveis e potenciais intérpretes da Constituição, configurando-se como um verdadeiro potencial de acesso para todas as forças da comunidade política.³⁶

Esse levantamento de Habermas, concedendo a legitimidade do “dizer ao direito” mais para as perspectivas “externas”, pode ser relevante na medida em que passemos a reconhecer o direito e a política como duas faces de uma mesma moeda.

Contudo, mesmo que se pregue por procedimentos mais abertos da interpretação, há um contínuo conflito sobre a quem cabe a última palavra em realização de direitos e garantias fundamentais na perspectiva “interna”, constituindo parte do estudo das teorias normativas contemporâneas a questão de a quem pertence a função de dizer o direito em matérias jurídico-constitucionais.

1.3.2. Judicialização da política

Muitas vezes visualizamos uma judicialização da política, principalmente, em questões de larga repercussão político-social, que retiram o poder de decisão das instâncias políticas tradicionais (legislativas) e alocam-se para o poder judiciário. Não seria uma falácia dizer que a esfera executiva também pode representar uma raiz problemática na tripartição de poderes, mas para isso precisaríamos destrinchar o Estado-instituição, o que não constitui objeto da presente análise.

Estando diante de um texto constitucional abrangente, que se desenvolve na medida em que a sociedade se modifica, as próprias “ferramentas dogmáticas” passam a legitimar as interpretações no âmbito “interno” do “dizer o direito”.

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Revista oficial do programa de mestrado em direito constitucional da Escola de Direito de Brasília - Instituto Brasiliense de Direito Público. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, ano 9, n. 60, p. 25-50, nov-dez/2014.

Até então, em um sentido horizontal da interpretação constitucional, havia um entendimento não uníssono sobre a última palavra pertencer à Suprema Corte. A partir do caso da “vaquejada”³⁷, instaurou-se o precedente da denominada “teoria dos diálogos”, que abriu a possibilidade de uma discussão mais horizontal sobre a interpretação final em matérias constitucionais controvertidas, o que também não é muito diferente do fenômeno da superação legislativa de jurisprudência.³⁸

Considerando o sentido vertical, ou nos casos *sub judice*, a guarda da Constituição pertence, precipuamente, à Suprema Corte.³⁹ Dessa forma, o entendimento final, em matérias interpretativas constitucionais, também será dela. Por isto, a questão da legitimidade das decisões passa a ser um fator fundamental para a vinculação interpretativa, ou seja, das mutações informais de sentido.

É inegável que o entendimento final de determinadas matérias seja dos tribunais superiores, sendo, até, muitas vezes esperado. Isso porque, podem constituir uma forma alternativa de efetivação de direitos e garantias fundamentais que, ou não se encontram tutelados por outras instituições, ou são suprimidos quando a vontade de determinadas majorias prevalece sobre a de minorias nos procedimentos legislativos “formais”.

A supressão da liberdade legislativa em prol dos preceitos normativos constitucionais é a questão que se impõe nos procedimentos ditos “informais”. Em países de tradição jurídica “codificada”, podemos considerar que os agentes responsáveis por isto são os juízes (ministros, no caso do Supremo),

³⁷ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4983/CE-Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em 12 de jul. 2020.

³⁸ LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**, 22ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, pp.81-83, 2018.

³⁹ BRASIL, Constituição (1988), **TÍTULO IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES; Capítulo III – DO PODER JUDICIÁRIO, SEÇÃO I**, Art. 102. “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)*”

pois sua legitimidade não decorre da soberania popular, mas sim de sua efetiva correspondência à salvaguarda da ordem jurídica, uma evidente exceção.

Assim, o debate sobre “ativismo judicial” transparece aqui. Pode não ser a medida mais benéfica para a coletividade, pois sem a implementação de determinadas políticas públicas, a realização da “macro justiça”, beneficiam-se apenas aqueles que podem recorrer à justiça, realização da “micro justiça”. Independentemente disso ser considerado bom ou ruim, é necessário reconhecer apenas que o fenômeno ocorre invariavelmente.

Em paralelo, no cenário jurídico brasileiro, vislumbramos o advento do fenômeno crescente denominado de “neoconstitucionalismo”. Luís Roberto Barroso, ocupante de uma das cadeiras ministeriais da Suprema Corte, é um de seus principais vanguardistas. Para ele, a Constituição representaria uma “lente”, um modo não apenas de se olhar e interpretar os demais ramos do direito, mas uma forma de resolver a maioria dos problemas jurídicos existentes.⁴⁰

Para Daniel Sarmento, outro influente jurista brasileiro, a “constitucionalização do direito”, permeada de critérios morais, passa a provocar profundas alterações nos demais ramos jurídicos, mesmo que haja um acentuado hiato entre a “norma” e o “fato social” na realidade social brasileira.⁴¹

É inegável que interesses e processos políticos possam permear a estruturação de significado normativo, sendo exatamente o que ocorre nas reformas legislativas, mas, nas reformas “informais” de sentido, é a utilização das ferramentas interpretativas que legitima o dizer o direito.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Quaestio Iuris, vol. 02, nº 01, Rio de Janeiro, p. 1-48, 2006.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

1.3.3. Fundamentação

No âmbito da interpretação constitucional, seria contraditório argumentar em favor da exclusão de orientações valorativas por parte dos julgadores. Afinal, se não adotarem os critérios axiológicos previstos nas normas constitucionais, irão fundamentar-se em que critérios? Com uma intensidade menor, é claro, tal questionamento também pode se aplicar à interpretação “tradicional”.

Embora haja disposição constitucional no sentido de que as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devam ser fundamentadas ⁴², não há, no ordenamento jurídico brasileiro, muitos dispositivos “formais” que dizem sobre como é, ou como deve ser, o legítimo procedimento interpretativo. Aparentemente, o comando constitucional exige, apenas, que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Recentemente, com o advento do denominado “pacote anti-crimes”, surge uma nova codificação sobre a fundamentação judicial, mesmo que limitada ao contexto das prisões preventivas:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a

⁴² BRASIL, Constituição (1988), **Capítulo III – DO PODER JUDICIÁRIO**, Art. 93, IX. Editora Saraiva, 53ª ed. atual. e ampliada, 2016.

existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁴³ (grifos meus)

As hipóteses elencadas parecem se limitar aos cenários de decisões judiciais “não motivadas” ou “imotivadas”. Ainda, mesmo que esse dispositivo traga possíveis parâmetros de avaliação, a tópica do controle das razões de substância por parte das teorias interpretativas permanece em aberto.

Nesse mesmo sentido, Fábio Shecaira já havia apontado para a importância dos debates acadêmicos não se voltarem, apenas, para a existência de uma suposta “forma genuína” de interpretação jurídica, mas para a diferenciação conceitual “formalista” e “não formalista” das metodologias existentes.⁴⁴

⁴³ BRASIL, Código de Processo Penal (1941), **Capítulo III – DA PRISÃO PREVENTIVA**, Art. 315, §2º (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em, 27 de maio de 2020.

⁴⁴ SHECAIRA, Fábio Perin. **A quem cabe a escolha? Sobre a importância de distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica**. Revista Direito, Estado e Sociedade, pp. 21-22, n.36, jan/jun, 2010.

CAPÍTULO II – ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA

Como apresentado no capítulo anterior, a maior preocupação das teorias interpretativas parece residir, justamente, no controle da discricionariedade e da indeterminação. Acredito, ainda, que não seria exagero afirmar que a maioria das elaborações científico-jurídicas sejam voltadas para esse controle dos juízos de valor. É inerente à própria noção de “ciência” a linguagem aparentemente neutra e metodologicamente rigorosa diante da constituição dos juízos de fato.

Particularmente, embora acredite que a observação dos objetos metodológicos possa ajudar nas análises argumentativas, não acredito que resolvam, definitivamente, o problema da discricionariedade ou da indeterminação. Como vimos no capítulo precedente, no âmbito da interpretação constitucional, por exemplo, a maioria dos “métodos” existentes, se não todos, são “não formalistas”, e até os “formalistas” se tornam “não formalistas” diante da textura aberta inerente ao texto constitucional.

Assim, diante da tese aqui perseguida, esse capítulo buscará abordar como a utilização das “ciências interpretativas”, com seu caráter predominantemente neutro e dogmático, pode ser um dos próprios fatores que legitima as fundamentações discricionárias. Afinal, as estratégias argumentativas utilizadas, em conjunto com as “metodologias”, dentro de um aspecto interno da linguagem jurídica, superam o comando normativo constitucional de uma “decisão judicial não fundamentada”, corroborando as justificações realizadas.

2.1. Razão e validade jurídica

Dando sequência, aspectos teóricos do estudo, do raciocínio e da argumentação jurídica podem ser relevantes. Considerando que a linguagem

jurídica sempre se preocupou com a neutralidade dos juízos de valor, acreditando que a existência, apenas, de juízos de fato resolveria os problemas de discricionariedade e da indeterminação, parece que, para serem legítimos, os discursos devem ser neutros e racionais.

De acordo com Noel, a corrente jusnaturalista traduziria uma obediência ao direito decorrente apenas do conteúdo moral das normas jurídicas, uma vez que para os jusnaturalistas a expressão “direito justo” seria um pleonasma e a expressão “direito injusto”, uma contradição.⁴⁵

Não obstante, as proposições do juspositivismo também podem elucidar algumas questões. A que julgo mais relevante é a constatação cética a respeito da existência de critérios de controle sobre as razões de substância. Para Noel, embora não se resolva a questão da validade do direito, apresentando-se, a meu ver, um tanto quanto tautológica, serve como um contraponto à tese jusnaturalista, pois apenas nega a existência e possibilidade de conhecimento de princípios morais universais.⁴⁶

Retomando àquela questão das perspectivas discursivas, uma outra proposição do juspositivismo jurídico, a ideológica, parece configurar uma afeição, uma expectativa inerente à perspectiva linguística interna do direito, pois legitima o dizer o direito.

Struchiner já alertara que, mesmo prescrevendo o dever moral de obediência ao direito de diferente do jusnaturalismo, ou seja, decorre exclusivamente da validade do próprio direito positivo e não do conteúdo moral

⁴⁵ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.401, Rio de Janeiro, 2005.

⁴⁶ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.405, Rio de Janeiro, 2005.

das regras jurídicas, essa preposição não é realmente neutra. Isso porque, prescreve e privilegia certos valores em detrimento de outros.⁴⁷

A argumentação jurídica passou, então, a se legitimar através da utilização de uma linguagem mais “formalista”, inclusive na identificação e interpretação de fontes jurídicas.⁴⁸ A utilização de argumentos “não formais” caracterizaria, usualmente, a linguagem não jurídica, a linguagem dos “não advogados”, a linguagem “externa”. Surge, aqui, a tese do positivismo jurídico como formalismo jurídico. Noel, concluindo pela proximidade desta com a tese do positivismo ideológico, explica que o formalismo se apresenta como uma forma possível de aplicação do direito vigente, presumindo ele ser completo, consistente e preciso.⁴⁹

Por fim, a tese que, de acordo com Noel, subjaz toda e qualquer versão do positivismo jurídico seria a tese do positivismo conceitual, segundo a qual, o direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas critérios fáticos, empíricos e objetivos, sendo seu traço marcante, a neutralidade com a qual seria possível identificar e descrever o direito sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas.⁵⁰

De tal modo, Noel explica que a tese do positivismo conceitual, apesar de ser normativamente inerte, fornece os meios para se identificar qual o direito

⁴⁷ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.407, Rio de Janeiro, 2005.

⁴⁸ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Rio de Janeiro, pp.47, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

⁴⁹ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.408, Rio de Janeiro, 2005.

⁵⁰ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.409, Rio de Janeiro, 2005.

válido.⁵¹ Ainda, diz que atribuir validade não significa, automaticamente, atribuir aplicação ou utilização, pois, assim como os jusnaturalistas, também se avaliam as normas de um ponto de vista moral, mas em um momento diferente.⁵² Contudo, do ponto de vista prático, não haveria diferença em que momento se faz a avaliação moral, pois também dependerá da utilização de alguma concepção ou critério valorativo.⁵³

Por isso, evidencia-se que a questão da validade do direito dependerá, invariavelmente, de um debate ético analítico. Então, se nem as concepções juspositivistas resolvem o problema dos juízos de valor, onde residiriam as prerrogativas justificadoras do discurso jurídico? Configurar-se-iam em operações argumentativas estratégicas?

2.1.1. Qual o papel do silogismo dentro da argumentação jurídica?

A estrutura silogística argumentativa, ou dedutiva, compreende a fundamentação e/ou justificação da conclusão derivando-se da veracidade das premissas ou proposições menores e maiores⁵⁴. Sua aparente vantagem lógica seria que todos os termos envolvidos nas premissas estabelecem relações de veracidade que podem ser encontradas na conclusão. Isso porque, procedendo de proposições mais universais, chega-se à demonstração das proposições mais particulares – a de menor extensão pode ser compreendida na de maior extensão.

⁵¹ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.411, Rio de Janeiro, 2005.

⁵² STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.412-413, Rio de Janeiro, 2005.

⁵³ STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo.** Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, pp.414, Rio de Janeiro, 2005.

⁵⁴ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Rio de Janeiro, pp.25, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016

Fundamentando-se dessa forma, o raciocínio silogístico é muito utilizado na linguagem jurídica e se faz extremamente relevante. Uma vez que as estruturas normativas possuem, naturalmente, um caráter universalista e genérico, como exposto no início do primeiro capítulo, a operação lógica de subsunção dos casos concretos às normas jurídica ocorre, invariavelmente, dessa forma.

Não pretendo entrar em debates teóricos sobre a hierarquia normativa ou sobre a resolução de conflitos normativos, não haveria espaço para esse tipo de abordagem na presente tese de conclusão de curso. Meu objetivo, aqui, é demonstrar como essa estrutura silogística se relaciona com a interpretação e com a pretensão de neutralidade dos discursos.

Vimos, também no primeiro capítulo, que a legitimidade de determinados atos depende da sua conformidade com aquilo que o ordenamento jurídico dispõe. Assim, a argumentação utilizada, na linguagem interna do direito, utiliza-se desse raciocínio silogístico para conferir validade ao discurso. A partir do momento em que uma premissa menor é fundamentada em outra que, na maioria das vezes, pode ser considerada como maior, a lógica argumentativa passa a favorecer a inclusão da premissa menor na maior. A inferência lógica, muitas vezes, não é direta e nem necessária, ela é indireta e presumida.

Importante ressaltar que, quando se fala do atributo da veracidade, está se considerando as premissas/proposições de forma isolada e separadamente. O atributo da validade, por sua vez, está relacionado à estrutura argumentativa como um todo, compreendendo a lógica construída a partir das premissas/proposições estabelecidas, mesmo que alguma das premissas/proposições seja falsa, ou seja, não possua o atributo da veracidade.

Pretendo ilustrar meu ponto sobre a lógica argumentativa e das metodologias interpretativas com o clássico exemplo - “proibido a circulação de veículos no parque”. Imaginemos que determinado conflito foi instaurado no parque quando do trânsito de bicicletas elétricas. Diante do caso de penumbra

elencado, caberia ao eventual julgador (ou administrador do parque) decidir como regular o conflito de forma mais razoável.

Contudo, percebe-se que, a depender da interpretação deste, o desfecho pode ser diferente, ou melhor, não será sempre o mesmo. Caso se utilize das metodologias interpretativas “formalistas”, poder-se-ia construir uma argumentação no sentido de que as bicicletas elétricas são consideradas “veículos” e, portanto, passíveis da proibição a partir do silogismo. Curiosamente, também poderia ser firmado o entendimento de que, a partir de uma interpretação formalista, não se deve considerar semanticamente as bicicletas como “veículos”, permitindo-se, assim, a sua circulação.

Por outro lado, ao invés de se ater às questões mais gramaticais, o eventual julgador poderia se utilizar dos métodos “não formalistas” de interpretação. Nesse caso, o desfecho seria ainda mais maleável, pois a construção argumentativa ficaria à mercê da discricionariedade do julgador. De qualquer forma, torna-se evidente que não há uma única solução determinável para o conflito dado no exemplo.

2.1.2. A argumentação silogística é isenta de parcialidade?

Admito que a presente tese pode parecer um pouco circular e tautológica, mas é justamente nessa circularidade que reside o problema. Realmente, muitas vezes a argumentação silogística pode ser satisfatória, devido a simplicidade da questão. Ocorrendo, assim, aquilo que Shecaira e Noel denominam de “modo automático de operação do direito”.⁵⁵

Todavia, precisamos recordar que a textura aberta da linguagem, inerente à própria linguagem ordinária, também está presente em grande parte dos acontecimentos jurídicos. Embora essas implicações já tenham sido apresentadas no capítulo primeiro, elas voltam a demonstrar relevância aqui.

⁵⁵ SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, pp.180, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

Como foi dito, muitas vezes a argumentação silogística pode apresentar-se imparcial e ser extremamente eficiente na resolução de problemas, pois não são todos os casos que apresentam grandes elucidações teóricas relevantes e aberturas/imprecisões conceituais significativas.

Contudo, a justificação de normas não é isenta de parcialidade. A escolha de qual norma aplicar, de qual norma fundamentar e de qual norma utilizar é recheada de juízos de valor, e não apenas de juízos de fato. Isso se dá, principalmente, na crença de que a linguagem “formal” / “interna” / “dos advogados” possui uma neutralidade valorativa, uma neutralidade científica, mas que, na verdade, é meramente aparente.

Diante da infinidade de casos concretos que podem surgir, as hipóteses normativas elaboradas, universais por natureza, embora sejam insuficientes na resolução dos problemas, servem como fundamento maior que embasam a estrutura silogística de argumentação.

O exemplo aventado anteriormente, dos veículos no parque, demonstra que a textura aberta de conceitos, sejam eles normativos ou não, abre invariavelmente uma margem para a discricionariedade. Enquadrar, silogisticamente, a premissa de que a utilização de bicicletas elétricas figura uma das hipóteses de proibição de circulação veicular no parque não é uma operação automática. Da mesma forma, a premissa da utilização estará sujeita a certa margem de parcialidade do(s) sujeito(s) responsável(s) pela aplicação e supervisão do parque.

Ainda, dependendo da teoria/metodologia interpretativa a ser utilizada no exemplo anterior, seja ela “formalista” ou “não formalista”, serviriam apenas para conferir legitimidade às escolhas discricionárias de proibição e permissão. Argumentando e fundamentando no sentido fechado e/ou aberto das normas, essas escolhas aparentemente neutras corroboram a utilização do raciocínio silogístico, levando a conclusões não necessariamente lógicas.

2.2. Diferentes pontos de partida

Diante dos questionamentos anteriores sobre as prerrogativas justificadoras do discurso jurídico, percebe-se que alguns pontos ainda se encontram sem resposta. Assim, a presente seção buscará investigar, na literatura jurídica brasileira, pontos de convergência entre a interpretação, argumentação e linguagem, objetivando realizar algumas conclusões preliminares e relacionadas ao próximo capítulo.

2.2.1. A interpretação e o fenômeno da decisão judicial em foco

Sobre o fenômeno da decisão judicial e a sua relação com a interpretação, encontrei quatro recentes artigos publicados no Brasil no ano de 2020.⁵⁶ Desses quatro, três possuem foco principal na análise da atuação da Suprema Corte brasileira, sinalizando a relevância, conforme abordado no primeiro capítulo, não só jurídica, mas também a política desse tema.

Na exposição de Neto⁵⁷, percebe-se a preocupação do autor com o avanço contramajoritário dos órgãos judiciais, principalmente nos espaços e ambientes reservados às instituições políticas representativas.⁵⁸

Primeiramente, relaciona o comportamento judicial com categorias jurídicas (“legalistas”), que veem o ato de julgar como uma atividade neutra e técnica, baseando-se estritamente naquilo que é disposto nas fontes jurídicas

⁵⁶ NETO, José Wanderley Gomes. **COMO DECIDEM OS JUÍZES? COMPARANDO OS MODELOS FORMAIS EXPLICATIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p.228-255, jan/abr. 2020; NIGRO, RACHEL. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional**. Direito, Estado e Sociedade, n. 41, p. 157-183, jul/dez, 2020; DE LIMA, Rafael Bellem. **PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO: UMA IDEIA FORA DO LUGAR**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.184-206, jan./abr., 2020; e ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **ONZE ILHAS OU UMA ILHA E DEZ ILHÉUS? A PRESIDÊNCIA DO STF E SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.129-155, jan./abr., 2020

⁵⁷ NETO, José Wanderley Gomes. **COMO DECIDEM OS JUÍZES? COMPARANDO OS MODELOS FORMAIS EXPLICATIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p.228-255, jan/abr. 2020

⁵⁸ NETO, pp.229-230

positivas.⁵⁹ Segundo, relaciona o processo da tomada de decisão com características prévias do julgador (“atitudinais”), no qual se reconhece a existência de preferências ideológicas individuais dos juízes que influenciam no processo de tomada de decisão.⁶⁰ Por último, apresenta a influência de fatores contextuais (“estratégicos”), afirmando existirem preferências ideológicas, mesmo que não transpareçam com tanta facilidade na argumentação.⁶¹

Os modelos de análise dos comportamentos judiciais, sugeridos por Neto, servem para corroborar as constatações de que a argumentação substantiva/moral se esconde dentro da argumentação institucional/jurídica. Sinaliza-se, assim, que, na prática, há um vazamento inevitável no discurso desses agentes institucionais.

O recente trabalho de Nigro⁶², por sua vez, analisando a decisão do Supremo sobre a união homoafetiva, traz importantes constatações sobre a relação da interpretação com aspectos linguísticos, revelando uma função que vai além da mera descrição da realidade.⁶³

Nigro defende ser impossível a realização de uma argumentação constitucional sem se realizar, ao mesmo tempo, uma argumentação moral.⁶⁴ Para ela, os limites da interpretação constitucional seriam a própria valoração moral da Constituição, na medida em que os intérpretes podem determinar o sentido e alcance dos dispositivos constitucionais, envolvendo, assim, uma definição moral de democracia.⁶⁵

⁵⁹ NETO, pp.233-236

⁶⁰ NETO, pp.237-242

⁶¹ NETO, pp. 242-248

⁶² NIGRO, RACHEL. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional.** Direito, Estado e Sociedade, n. 41, p. 157-183, jul/dez, 2020

⁶³ NIGRO, PP.157-158

⁶⁴ NIGRO, pp.163

⁶⁵ NIGRO, pp. 165

Nesse sentido, diante da abertura textual presente nos direitos fundamentais, Nigro diz que interpretar a Constituição implica no desenvolvimento do direito a partir de uma produção normativa.⁶⁶ Considerando, ainda, que os casos difíceis se concentram no STF, a propriedade argumentativa justificadora das decisões vem à tona⁶⁷, consistindo, a interpretação, não como uma mera tarefa de descrição de significado, mas de constituição do próprio significado textual.⁶⁸

As questões de “vazamento ideológico” colocadas por Neto e as afirmações feitas por Nigro sobre a valoração convencional realizada a partir da interpretação constitucional corroboram-se e se tornam ainda mais evidentes com a exposição da utilização do método da proporcionalidade feita no artigo de De Lima.⁶⁹

Inicialmente, já afirma ser uma das principais técnicas utilizadas na argumentação constitucional, mas que, como uma ferramenta retórica, distorce as estruturas e as exigências argumentativas, conferindo um caráter “jurídico” e legitimando as posições ideológicas individuais dos Ministros.⁷⁰ A invocação da proporcionalidade cumpriria uma única e exclusiva função, a de conferir uma sofisticação teórica pretenciosa que aumenta o poder de convencimento daquele que dela se utiliza.⁷¹

Ainda, afirma que a técnica em referência deveria servir para o controle de medidas tomadas por outros, e não para auxiliar julgadores a encontrar decisões ótimas, como no caso dos juízes constitucionais.⁷² De tal forma, o

⁶⁶ NIGRO, pp. 175

⁶⁷ NIGRO, pp. 169-170

⁶⁸ NIGRO, pp. 172

⁶⁹ DE LIMA, Rafael Bellem. **PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO: UMA IDEIA FORA DO LUGAR**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.184-206, jan./abr., 2020

⁷⁰ DE LIMA, pp. 184

⁷¹ DE LIMA, pp. 186-187

⁷² DE LIMA, pp. 188-189

interessante do artigo de De Lima é a desvirtuação de “métodos jurídicos”, da utilização de “ferramentas retóricas” por parte dos agentes que compõem a perspectiva linguística interna do direito.

Não obstante, há o artigo de Esteves⁷³, que, com o enfoque mais pragmático na análise sobre os poderes atribuídos à presidência do Supremo, tece considerações interessantes sobre os arranjos institucionais e a intensa participação política da figura do presidente.⁷⁴ Para ele, os poderes concentrados, ou os poderes em si, não seriam o problema, mas sim o que os arranjos institucionais podem fazer.⁷⁵ Em suma, representam o risco de captura política da cadeira da presidência da suprema corte brasileira.⁷⁶

Julgo relevante as análises feitas pelos autores acima, pois sinalizam a elevada carga política do discurso jurídico, principalmente no âmbito de atuação da corte constitucional que, embora não seja novidade, evidencia a mistura e diluição de aspectos ideológicos e políticos, na retórica do direito, através de um instrumentalismo simbólico.

2.2.2. O giro linguístico e os estudos jurídicos

Os artigos seguintes da revisão de literatura não objetivam analisar o comportamento judicial em si, mas voltam-se para aspectos linguísticos importantes para os estudos da teoria do direito.

⁷³ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **ONZE ILHAS OU UMA ILHA E DEZ ILHÉUS? A PRESIDÊNCIA DO STF E SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL.** Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.129-155, jan./abr., 2020

⁷⁴ ESTEVES, pp. 130-131

⁷⁵ ESTEVES, pp. 131-134

⁷⁶ ESTEVES, pp. 144-145

O trabalho de Pedron⁷⁷ também tem muito a acrescentar. Além de remeter à perspectiva do giro linguístico da filosofia, demonstra a importância da formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos, condição esta que não se trata de uma racionalidade epistemológica, mas na constatação de que falantes de uma determinada comunidade linguística tendem a atribuir significados semelhantes a determinadas expressões linguísticas.⁷⁸

Ainda, afirma que o direito pressupõe naturalmente a prática argumentativa, pois a exigência de uma observação pragmática da linguagem provém da própria compreensão, que se faz por meio de processos dialógico-linguísticos.⁷⁹ Citando Gadamer⁸⁰, Pedron enfatiza que os enunciados da razão são suscetíveis de interpretação, uma vez que os sentidos verdadeiros/reais são apresentados “mascarados” e/ou “deformados” por ideologias.⁸¹

Evidencia-se, assim, que a prática discursiva se relaciona tanto com a ideia de interpretação quanto com as noções de validade jurídica. O limiar entre compreensão e aplicação demonstra-se mais tênue do que se aparenta.

Por sua vez, o trabalho elaborado por Grotti⁸², em uma pegada mais empírica e voltada para o denominado ramo do direito administrativo, aborda a questão dos conceitos jurídicos indeterminados circunscrita na tópic da discricionariedade administrativa. Inicialmente, a autora afirma que assim

⁷⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. **O Giro Linguístico e a Auto-Compreensão da Dimensão Hermenêutico-Pragmática da Linguagem Jurídica**. Vox Forensis, pp. 199-213, Espírito Santo do Pinhal, vol. 01, nº. 01, 2008

⁷⁸ PEDRON, pp.201

⁷⁹ PEDRON, pp.204-206

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Ênio Paulo Giachini, Petrópolis, Editora Vozes, 2001

⁸¹ PEDRON, pp.207

⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, pp. 84–115, vol. 12, jul/set, 1995;

como não há pensamento sem linguagem, não há direito sem linguagem, pois a linguagem seria um sistema, um conjunto de símbolos convencionais, mas sem haver uma relação estritamente necessária entre as palavras e os objetos que elas descrevem.⁸³

Sobre a precisão da linguagem caracterizável no direito e no ramo das ciências exatas, Grotti enfatiza que, justamente pela utilização da linguagem comum, a figura da textura aberta torna os significados e conceitos jurídicos mutáveis conforme o tempo e espaço em que são apreendidos.⁸⁴ Já sobre a discricionariedade, a autora afirma que caberia aos intérpretes encontrar as possíveis soluções quando a lei usa noções imprecisas.⁸⁵

A meu ver, a maior contribuição da autora reside nas considerações sobre os conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando que há divergências doutrinárias sobre a margem à discricionariedade.⁸⁶ Para ela, mesmo que se recorra à meios que tentem delimitar o âmbito de uma expressão vaga, se os conceitos são imprecisos, não haveria interpretação suficiente que afaste sua indeterminação.⁸⁷

2.2.3. Conclusões preliminares

Após essa exposição, torna-se evidente que o exposto no primeiro capítulo sobre a interpretação é corroborado, ou seja, não há metodologia que possa “racionalizar” a interpretação. Isso se dá não apenas pela existência invariável das razões de substância no discurso jurídico, mas pelo fato de que a separação entre direito e linguagem é mais tênue do que se apresenta.

⁸³ GROTTI, p.84

⁸⁴ GROTTI, p.86

⁸⁵ GROTTI, p.90

⁸⁶ GROTTI, p. 104

⁸⁷ GROTTI, pp. 105

Dessa forma, o denominado “giro linguístico” da filosofia e o estudo da semiologia linguística corroboram a constatação de que não há hipóteses exaustivas de alcance de significado das palavras, quiçá nos termos teóricos abertos. Assim, sendo o direito formulado e criado a partir de termos teóricos abertos, o alcance de significados não pode ser limitado.

Realmente, penso que muito dos problemas, ou carência, de justificação racional dos juízos de valor sejam resultados da imprecisão dos termos teóricos abertos. A linguagem “jurídico-científica” preza ser uma coisa que não é – neutra, o que dá margem para construções/convenções de significados que mascaram as verdadeiras intenções.

2.3. Pretensões Científicas

Na final deste segundo capítulo, retomo e aprofundo alguns pontos que antes foram levantados de forma mais superficial. Como principal base teórica e referência, faço uso do capítulo VI – “A ciência do direito”, do livro “Introdução à Análise do Direito, do jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino.

Encontro, pontos críticos de convergência sobre as pretensões de verdade dentro da linguagem jurídica, que por sua vez servem para corroborar as pretensões de validade desta, evidenciando-se, assim, elementos e/ou conceitos legitimadores do discurso através da “neutralidade” e do “dogmatismo”.

2.3.1. Paradoxo do dogmatismo jurídico

Como venho querendo demonstrar ao longo dessa monografia, há uma diferença entre as perspectivas interna e externa do discurso jurídico. Sua característica normativa, ou sua pretensão coercitiva, é naturalmente associada à linguagem interna, pois possui uma relação de afetividade com o próprio conceito de direito.

Como vimos no início deste capítulo, algumas proposições do juspositivismo jurídico associam o conceito de direito a uma forma ideologicamente neutra de resolução de conflitos, problemas e litígios. Contudo, essa crença na neutralidade dos discursos não provém apenas do prisma “interno”, mas também das perspectivas “externas”. Não apenas os juristas, mas toda a sociedade, de certa forma, espera que os discursos jurídicos sejam neutros.

A separação das perspectivas discursivas, interna e externa, não pode ser realizada a partir do termômetro da neutralidade, ela é um fator aparente, mas não real do discurso. A conclusão preliminar de que a separação entre direito e linguagem não é tão explícita quanto se apresenta, o cumprimento de determinadas funções não pode ser desconsiderado quando se analisa o discurso jurídico. O dissenso funcional do discurso jurídico será deixado para o terceiro e último capítulo, pois, por ora, interessa para a conclusão do presente segundo capítulo as considerações da pretensa linguagem científica do direito,

Inicialmente, discorrendo sobre possíveis modelos da ciência do direito, Nino realiza uma importante e oportuna constatação. Para ele, infelizes equívocos ocorrem, pois, haveria uma confusão conceitual entre a “ciência do direito” e a própria palavra “direito”.⁸⁸ Ainda, afirma que uma das falhas mais graves da palavra “ciência” é seu caráter vago na linguagem ordinária.⁸⁹ Retoma-se, aqui, aquilo que já foi dito na presente monografia sobre o problema dos conceitos abertos/indeterminados, consequência lógica da figura aberta da linguagem.

De tal modo, Nino constata que a atração das atividades jurídicas, como se científicas fossem, não possui outro propósito além de conferir o prestígio e

⁸⁸ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 371, WMF Martins Fontes, 2015.

⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 375, WMF Martins Fontes, 2015.

a aprovação que cercam as atividades designadas como científicas.⁹⁰ Em contrapartida, a crítica do jurista argentino se refere às manipulações verbais, que conferem uma suposta importância para o estudo do direito, ao invés de avaliar a satisfação das verdadeiras necessidades sociais.⁹¹

Dando continuidade, Nino começa a adentrar naquilo que se entende por “dogmática jurídica”. O importante a ser destacado é a relação dessa suposta “modalidade de ciência jurídica” com as atitudes ideológicas e racionais quanto ao direito positivo, com as funções que cumpre em relação a ele e com relação as técnicas de justificação das soluções que ela mesmo propõe.⁹²

Mesmo que seja redundante, faço questão de discorrer mais um pouco, de modo a corroborar a presente tese com esses excelentes argumentos de autoridade que o jus filósofo argentino proporciona. Principalmente sobre a aceitação dogmática e/ou racional da força obrigatória do direito positivo.⁹³

Nino afirma que essa atitude de adesão é apoiada não apenas na aceitação valorativa do conteúdo das normas vigentes ou em suas qualidades de caráter lógico, mas sim pelo fato de que a sanção dessas normas fora realizada por órgãos dotados de eficácia geral.⁹⁴

Contudo, a maior colaboração do jurista argentino, como referência para demonstrar o uso da dogmática como estratégia argumentativa, se dá na seguinte passagem:

⁹⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 376, WMF Martins Fontes, 2015.

⁹¹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 377, WMF Martins Fontes, 2015

⁹² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 378, WMF Martins Fontes, 2015

⁹³ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 379, WMF Martins Fontes, 2015

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 382-383, WMF Martins Fontes, 2015

No entanto, **a característica distintiva da dogmática** é que, assim como no caso dos juízes, essa **função de reconstrução do direito** se realiza não de modo aberto, mas de modo encoberto, **utilizando um aparato conceitual retórico eficaz** que cumpre a função de fazer surgir soluções originais por ela propostas como se derivassem, de alguma maneira, às vezes misteriosa, do direito positivo. Algumas dessas técnicas são interessantes demais e as indicaremos nos parágrafos seguintes; em geral, **elas cumprem a importante missão de adaptar o direito a certos ideais racionais e axiológicos**, ao mesmo tempo que dão a sensação de preservar a segurança jurídica ao permitirem afirmar que as soluções propostas não supõem modificação alguma do direito positivo, derivando, sim, implicitamente dele.⁹⁵ (grifos meus)

Evidencia-se, assim, que não são apenas as normas positivas que são utilizadas de forma silogística para corroborar estratégias argumentativas. A dogmática jurídica é utilizada para atribuir a característica afetiva da racionalidade, que também é inerente ao conceito de “ciência”. Por isso, Nino defende ser a estrutura formal do direito positivo o fator constitutivo do objeto em sentido estrito da dogmática, atribuindo-lhe essas supostas qualidades “científicas” e “universalmente válidas”.⁹⁶

Correlacionando, ainda, com o exposto no primeiro capítulo da presente monografia, Nino afirma que a inferência de uma suposta propriedade racional do legislador reside justamente na formulação de regras orientadoras da interpretação das leis.⁹⁷

Aproximando-se do final do sexto capítulo do seu livro de introdução à análise do direito, Nino começa a levantar reflexões mais críticas e profundas

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 384, WMF Martins Fontes, 2015

⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 397, WMF Martins Fontes, 2015

⁹⁷ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 389, WMF Martins Fontes, 2015

com relação ao rumo da “ciência” do direito. Para ele, a tensão que a dogmática sofre entre a descrição objetiva e axiologicamente neutra do direito e a eliminação das indeterminações fica cada vez mais evidente, pois são ideais incompatíveis entre si.⁹⁸ Nesse sentido, afirma que: “(...) paradoxalmente, quanto mais a dogmática jurídica se aproximar de algum dos modelos da atividade científica que foram propostos para o direito, menos inclinados estaremos a considerá-la uma verdadeira ciência.”⁹⁹

De tal sorte, Nino defende que essa dimensão da teoria jurídica não passa de uma especialização do discurso moral.¹⁰⁰ Isso porque, a validade dos juízos de valor realizados em uma determinada situação depende da sua possibilidade de extensão para qualquer outro caso que não seja distinto em aspectos morais relevantes.¹⁰¹

Ao final do capítulo, o jurista argentino realiza um gancho para o seu próximo e último capítulo, “VII – A valoração moral do direito”, onde o autor aborda reflexões sobre as maiores dificuldades que a jurisprudência normativa enfrenta, ou seja, os debates sobre os aspectos ético-analíticos e ético-normativos do direito.¹⁰²

⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 399, WMF Martins Fontes, 2015

⁹⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 402, WMF Martins Fontes, 2015

¹⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 405, WMF Martins Fontes, 2015

¹⁰¹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VI, pp. 405, WMF Martins Fontes, 2015

¹⁰² NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo, Capítulo VII, pp. 415-417, WMF Martins Fontes, 2015

CAPÍTULO III – INDETERMINAÇÃO E NEUTRALIDADE

Após a conclusão dos capítulos anteriores, percebe-se que as técnicas interpretativas, as estruturas argumentativas e a própria dogmática jurídica tentam servir a um propósito específico, o controle das razões de substância. Contudo, também ficou demonstrado que não alcançam satisfatoriamente a pretensão de neutralidade e acabam servindo como verdadeiras ferramentas retóricas.

Diante disso, correlacionando as considerações já realizadas, o presente capítulo procurará abordar as questões que norteiam essas pretensões dentro do discurso jurídico.

3.1. Contribuições do realismo jurídico

Novamente, a constatação da presença incontornável da textura aberta na linguagem jurídica expande os horizontes inicialmente propostos. Assim, a vertente denominada de “realista” tece importantes comentários com relação a determinação do direito, principalmente pelas suas rigorosas críticas ao formalismo.

Como referência bibliográfica da presente seção, será utilizado o escrito de Noel Struchiner e Fábio Shecaira, denominado de “Verbete sobre realismo jurídico”¹⁰³, e o artigo “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered” de Brian Leiter¹⁰⁴.

¹⁰³ STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. **Verbete sobre realismo jurídico**. “Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito” (Coordenação: Travessoni A.), pp.348-351, 2011.

¹⁰⁴ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivism reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.278-301, 2001.

De acordo com Shecaira e Struchiner, a preocupação dos realistas não é com a análise de categorias legais abstratas, mas com a observação da realidade prática jurisdicional. Isso porque, cientes da existência de lacunas e contradições nos sistemas jurídicos, afirmam que mesmo a existência de regras aparentemente coerentes aplicáveis aos casos concretos não oferece soluções únicas, pois a linguagem jurídica é flexível ao ponto de permitir diferentes interpretações e soluções.¹⁰⁵

3.1.1. Ceticismos e ceticismos

Aqui, as contribuições de Leiter também serão bastante proveitosas. Antes de mais nada, argumenta o autor que, embora não sejam doutrinas completamente antagônicas, o positivismo se diferencia do realismo por ser uma teoria do direito, e não sobre as teorias da decisão judicial¹⁰⁶. Caracteriza-se o realismo jurídico, então, pelo interesse na compreensão da formação das decisões judiciais, uma tese descritiva, que busca analisar como a adjudicação realmente funciona, uma vez que os juízes, ao decidirem os casos concretos, reagem mais fortemente às questões de fato do que às de direito.¹⁰⁷

De tal modo, argumenta-se que o direito é racionalmente indeterminável pois a tentativa de justificação das decisões judiciais à base de argumentos e de normas jurídicas não torna as decisões racionais, únicas e previsíveis. Pelo contrário, em muitos casos, a justificativa jurídica utilizada também corrobora desfechos diversos e contrários àqueles que se pretendiam justificar. Ainda,

¹⁰⁵ STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. **Verbete sobre realismo jurídico**. “Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito” (Coordenação: Travessoni A.), pp.348-351, 2011.

¹⁰⁶ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.279, 2001.

¹⁰⁷ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.280-281, 2001.

alerta que, embora possibilitem diferentes desfechos, são os argumentos valorativos que acabam por justificar as decisões.¹⁰⁸

Leiter também contribui com a constatação de que o critério da “legalidade”, dentro das posturas positivistas do direito, é articulado para distinguir e caracterizar as normas jurídicas, servindo para possibilitar a distinção entre as perspectivas discursivas e argumentativas, a interna da externa.¹⁰⁹

Sobre as posturas céticas existentes, Leiter realiza uma distinção interessante. A denominada de “normativa conceitual”, voltada ao conceito de direito em si, envolve uma negação à visão simplificada de que as normas jurídicas, sejam legislativas ou judiciais, constituam a definição de “direito”. Por sua vez, a postura cética “normativa empírica”, voltada às decisões judiciais, não acredita que as normas jurídicas estabeleçam uma relação causal que possibilite a diferenciação dos processos de tomada de decisão judicial.¹¹⁰

Nesse sentido, a postura cética dos realistas não poderia se encaixar na normativa conceitual. Isso porque, o ponto central das críticas realistas à indeterminação se volta para a ideia de “racionalização”, para o fato de que, embora sejam percebidos como “juridicamente válidos”, os argumentos e as normas jurídicas utilizados na fundamentação não justificam um único desfecho para os casos.¹¹¹ Dessa maneira, o ceticismo normativo empírico envolve as premissas da indeterminação das normas jurídicas e da

¹⁰⁸ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.284-285, 2001.

¹⁰⁹ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.286, 2001.

¹¹⁰ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.289, 2001.

¹¹¹ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.292-293, 2001.

consequência da impossibilidade de determinação e/ou constrangimento das decisões.¹¹²

Outro interessante ponto de Leiter, que conversa com a tese aqui perseguida, é a ênfase na existência de “núcleos” semânticos das palavras, delimitando de certa forma a extensão de significados, e de “penumbras”, casos em que a extensão de significado se torna incerta. Assim, esclarece que a crítica dos realistas à indeterminação não se limita às questões meramente linguísticas, mas à forma de caracterização, de interpretação, de delimitação do conteúdo das normas jurídicas, uma vez que as extensões de significado não são dadas, mas extraídas.¹¹³

Por consequência, Leiter afirma que seria fácil perceber a possibilidade de manipulação do material jurídico, uma vez que a textura aberta e as possibilidades interpretativas colocam a indeterminação em foco. O “dizer o direito” não segue uma raciocínio necessariamente lógico ou silogístico pois não é o material jurídico em si que evidencia a indeterminação da aplicação do direito, mas o que se entende que se deve fazer com esse material diante de determinados casos concretos.¹¹⁴

Não obstante, o ceticismo normativo empírico não é para ser tomado como uma crítica global ao direito e à adjudicação, mas serve como um importante alerta, uma ferramenta de avaliação de resultados, sendo necessário saber separar os casos com maior e menor grau de indeterminação.¹¹⁵ Consequentemente, a incidência da classificação de “indeterminado” ocorre quando os argumentos e normas, utilizados na fundamentação, justifiquem ou

¹¹² LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.294, 2001.

¹¹³ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.295, 2001.

¹¹⁴ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.296-297, 2001.

¹¹⁵ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.298-299, 2001.

consigam justificar desfechos diferentes, mesmo que reduzam o escopo de possibilidades.¹¹⁶

3.2. O que dizem os estudos jurídicos críticos?

A referência inicial da abordagem dos estudos jurídico críticos (“CLS”) será de Mark Tushnet, no artigo “Critical Legal Theory”¹¹⁷. Grosso modo, os CLS se propõem a realizar uma análise diferenciada das tradicionais teorias do direito e das decisões judiciais, a crítica se direciona às formas jurídicas tradicionais de resolução de conflitos.

Nesse sentido, a primeira grande contribuição que os CLS trazem é a noção de que a relação entre direito e política não se dá apenas pela propriedade corretiva do discurso, mas principalmente pela utilização da bandeira da “razão” como fundamento justificador da linguagem jurídica. Tushnet diz que os CLS apreciaram e se apropriaram do ceticismo normativo dos realistas como uma resposta ao formalismo, posicionando-se contra a lógica silogística da argumentação jurídica e evidenciando, nela, a existência de importantes questões institucionais relacionadas ao direito.¹¹⁸

De acordo com Tushnet, a tese da indeterminação dos CLS, então, não se diferencia muito do ceticismo normativo empírico dos realistas, pois continua representando a constatação de que os materiais jurídicos disponíveis podem ser utilizados para justificar qualquer resultado socialmente relevante. Isso porque, mesmo limitando de certa forma o resultado, não são determinantes,

¹¹⁶ LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, pp.300-301, 2001.

¹¹⁷ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.80-89, 2005.

¹¹⁸ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.80-81, 2005.

não é a partir deles que se pode determinar o desfecho das disputas de forma “racional”.¹¹⁹ Tudo no mesmo sentido das constatações feitas por Brian Leiter.

3.2.1. Análises fenomenológicas

Ainda utilizando Tushnet como referência, outra importante sinalização é no sentido de que a tese da indeterminação/ceticismo dos CLS converge com as teorias sociais fenomenológicas da dicotomia público/privada. Se experiências e preferências privadas transparecem nos discursos institucionais como se públicas fossem, componentes e elementos da justaposição entre dominação e subordinação também se mesclam na retórica jurídica.¹²⁰

Assim, Tushnet constata que os CLS encontram dificuldades em propor soluções políticas concretas. Distanciando-se do oferecimento de soluções jurídicas, acabam constituindo-se em críticas convencionais e/ou utópicas às formas de organização social, e não se apresentam como formulações próprias à teoria do direito ou à teoria das decisões judiciais.¹²¹

De tal forma, a tese da indeterminação e dos argumentos fenomenológicos evidencia certa problemática da crítica dos direitos. Segundo Tushnet, a utilidade das lutas e reivindicações dos direitos, além de serem reivindicações de duas facetas, diante da associação entre direito e política, tendem a privilegiar uma micro-justiça em detrimento da macro-justiça. Privilegiando a busca individual por direitos ao invés de buscar desenvolver uma solidariedade social como um todo, não se atinge um progresso social substancial. Por consequência, a crítica aos direitos, baseada na tese da indeterminação e do ceticismo, configura-se como um privilégio, pois, para os

¹¹⁹ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.81-83, 2005.

¹²⁰ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.84-85, 2005.

¹²¹ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.85-86, 2005.

segmentos historicamente asfixiados, a utilização adequada dos materiais jurídicos pode servir como uma verdadeira ferramenta de emancipação.¹²²

Nesse sentido, Tushnet demonstra como as críticas raciais e feministas utilizaram-se dos materiais jurídicos como mecanismos de superação fenomenológica da dominação social em que se encontravam. Reitera-se, com isso, a noção de que as ferramentas jurídicas, ou materiais, servem como veículos para ideologias, evidenciando a interseccionalidade da complexa realidade social e possibilitando que grupos minoritários e socialmente subalternizados contextualizassem suas demandas.¹²³

Por fim, Tushnet explica que os CLS, assim como o realismo jurídico, não se propõem a trazer soluções teóricas para o conceito de direito ou para as teorias das decisões judiciais, mas se revela como uma forma de se engajar criticamente às análises e aos estudos do direito.¹²⁴

3.3. Pretensões de neutralidade

Na presente seção, a principal referência será a obra denominada “A Critique of Adjudication”, de Duncan Kennedy, a qual, embora integre a vertente dos CLS, merecerá destaque para os fins didáticos da presente monografia. O principal foco dessa obra é a detalhada análise da adjudicação como veículo ideológico, social e econômico, uma vez que a resolução de questões interpretativas pelos juízes, como trabalho retórico e estruturado,

¹²² TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.86-87, 2005.

¹²³ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.87-88, 2005.

¹²⁴ TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, pp.88, 2005.

justifica as próprias soluções encontradas, evidencia o comportamento estratégico da atividade de interpretação.¹²⁵

Kennedy argumentará que a ideologia influencia a adjudicação na estruturação jurídica do discurso e nas escolhas estratégicas de interpretação, uma vez que a negação da presença da ideologia na adjudicação leva a resultados políticos diferentes daqueles que ocorreriam caso houvesse uma maior transparência.¹²⁶

De modo individual, é difícil que os juízes assumam que estão trabalhando de forma ideológica, é mais comum que se declarem “neutros” em seus procedimentos discursivos, pois o debate sobre a objetividade dos procedimentos judiciais foi alavancado nos estudos jurídicos. Para Kennedy, contudo, mesmo quando há um comprometimento em não ser ideológico, há ideologia!¹²⁷

3.3.1. Direito e política

Kennedy afirma que a distinção entre adjudicação e legislação pode ser dada a partir da separação moderna de poderes. Se a clássica visão liberal estabelece uma distinção normativa, o processo legislativo é carregado de subjetividade, e, assim, político, o processo judicial seria reduzido à aplicação das normas jurídicas válidas e existentes. Contudo, na prática, esse processo judicial não é tão simples, existindo diferentes formas de indeterminação, uma vez que os sistemas jurídicos não são sistemas perfeitos, muitas vezes será

¹²⁵ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.01-02, Harvard University Press, 2009.

¹²⁶ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.19,2 Harvard University Press, 2009.

¹²⁷ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.23-25, Harvard University Press, 2009.

necessário realizar ponderações valorativas por meio da interpretação jurídica.¹²⁸

Diante dos “casos difíceis”, não há como os juízes serem objetivos se as análises semânticas e dedutivas das normas válidas existentes não conseguem resolver a questão. Assim, segundo Kennedy, a utilização de técnicas interpretativas define melhor a adjudicação do que a mera aplicação de normas jurídicas, o que desestabilizaria a concepção liberal de separação dos poderes, a separação de direito e política.¹²⁹

Kennedy explica que a ideologia representa um comprometimento na forma de se trabalhar determinados corpos complexos de textos, um discurso específico que gera limitações e vantagens através desse comprometimento. Desse modo, o conflito ideológico pressupõe a possibilidade de persuasão, a qual, quando alarga demais a extensão de significados normativos, cria conflitos entre integrantes de determinada sociedade, uma vez que as visões de ordem social de grupos podem divergir.¹³⁰

O objetivo de sua crítica é no sentido de que quando há questões ideológicas em risco, os atores jurídicos devem escolher entre duas ou mais possíveis interpretações ou definições de determinada norma, o que irá ser importante na disputa ideológica que acontece. No âmbito judicial, as disputas ideológicas são traduzidas em escolhas dentro de padrões presumidos de consentimento, modificando a textura aberta para mudar o desfecho de determinado conflito ideológico de grupo.¹³¹ Assim, a interpretação não

¹²⁸ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.26-29, Harvard University Press, 2009.

¹²⁹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.36-37, Harvard University Press, 2009.

¹³⁰ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.42-44, Harvard University Press, 2009.

¹³¹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.60-61, Harvard University Press, 2009

configuraria um juízo de fato, mas um juízo de valor ideologicamente motivado.¹³²

Dessa forma, propõe que, ao invés de se classificar normas jurídicas, busque-se classificar os motivos ideológicos que suscitam interesse em determinadas normas. Isso porque, demonstrando-se contra o ceticismo normativo, argumenta que entender quais são as normas jurídicas é identificar e compreender como elas afetam o comportamento quando aplicadas, seja por meio da coerção, seja pela legitimação.¹³³

Diante disso, Kennedy afirma que a validade opera de forma ideológica, pois a crença na validade reside em argumentos morais, políticos e valorativos que consideram correta a norma apenas por ter sido promulgada como “lei”. Nessa “obediência cega” às normas, contudo, não se avaliam as razões oferecidas para se considerar válida tal norma. Outrossim, representa uma visão modesta de que os sistemas jurídicos servem e são constituídos para resolver conflitos de forma neutra, e a crença nessa específica função também configura uma ideologia discursiva de grupo, que enxerga o direito como uma forma objetiva e até algorítmica de resolução de conflitos.¹³⁴

3.3.2. Ideologia e adjudicação

As análises e abordagens de Kennedy sobre a ideologia na adjudicação começam a se demonstrar mais profundas e complexas, convergindo e demonstrando interessantes reflexões sobre o direito e sua linguagem, principalmente na forma predominantemente política do discurso.

¹³² KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.55, Harvard University Press, 2009.

¹³³ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.59, Harvard University Press, 2009.

¹³⁴ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.65-70, Harvard University Press, 2009.

Para ele, o discurso jurídico é distintivo não apenas por ser sobre “o que é direito”, mas porque sua linguagem retórica, quando produzida pelos juízes, será em favor de uma escolha normativa para resolver as questões de direito. Aspectos do discurso jurídico, então, sugerem uma influência ideológica mesmo quando não se demonstra preferências ou intenções ideológicas na argumentação, consciente ou inconscientemente. Isso porque, há uma descontinuidade entre o falante e seu discurso, uma vez que o discurso não consegue ser totalmente controlado por quem fala.¹³⁵

Há de se analisar, ainda, a distinção entre as normas jurídicas e as razões para adotá-las. Como as normas jurídicas não se sustentam sem uma autoridade por de trás, as razões para se obedecer a essa autoridade se diferenciam daquelas consideradas para se adotar as normas jurídicas em particular. Nesse sentido, afirma que as razões para se adotar uma norma podem ser dedutivas (sobre normas abstratas consideradas mais válidas) e/ou políticas (melhor escolha dentre as demais normas disponíveis).¹³⁶

Contudo, Kennedy alerta que a distinção entre as normas e as razões para se adotarem as normas não é sempre tão evidente. Além de certas normas possuírem a capacidade de se auto justificarem, nem sempre se justifica a escolha de forma dedutiva e/ou política, mas por meio de uma norma interpretativa, o que relativiza a distinção entre as normas e as razões para adotá-las. Desse modo, Kennedy diz que as normas interpretativas constituem o sub-discurso da autoridade, uma vez serem o primeiro recurso utilizado diante de uma indeterminação, proporcionando o senso de obviedade jurídica que se propõe a ser politicamente neutro.¹³⁷

¹³⁵ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.134, Harvard University Press, 2009.

¹³⁶ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.135, Harvard University Press, 2009.

¹³⁷ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.139-140, Harvard University Press, 2009.

Não obstante, Kennedy reafirma a existência de vários aspectos do discurso jurídico que suportam sua abertura, ou potencial abertura, como veículo de preferências ideológicas.¹³⁸ Embora o discurso jurídico seja, por um lado, orientado pela noção subjacente de oposição de interesses ideológicos, ele reage à ideologias e interesses e os transforma. O trabalho jurídico que suporta projetos ideológicos cria significados, estruturando a influência da interpretação de normas jurídicas em situações mais abertas.¹³⁹

Portanto, dotados de certa organização ideológica, fica fácil para os juízes adaptarem esses materiais jurídicos nos casos de disputa ideológica, desenvolvendo-se argumentos potencialmente justificadores para cada lado da disputa. Assim, o “juiz neutro” é, também, um ator ideológico, pois primeiro desenvolve a solução do problema jurídico e, então, a justifica em uma linguagem jurídica que também é ideológica.¹⁴⁰

Dentro da perspectiva linguística interna, o trabalho jurídico envolve a escolha estratégica de decidir como se utilizar dos recursos jurídicos disponíveis. Kennedy propõe, assim, um meio termo entre os modelos extremos de trabalho judicial (o puramente ideológico e o dotado de uma técnica jurídica neutra), o juiz que possui projetos ideológicos e trabalha de forma inclinada àquilo que ele pensa ser justo.¹⁴¹

Nesse sentido, os juízes querem, socialmente, transparecer estarem seguindo as normas jurídicas existentes, ao invés de estarem se apropriando

¹³⁸ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.147-, Harvard University Press, 2009.

¹³⁹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.152-154, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁰ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.155-156, Harvard University Press, 2009.

¹⁴¹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.157-159, Harvard University Press, 2009.

da faculdade de criar normas jurídicas, pois o que a audiência pensa do trabalho dos juízes é importante para os próprios juízes.¹⁴²

Contudo, Kennedy esclarece que há tipos de situações que constroem o trabalho jurídico dos juízes, como a inconsciente adoção de normas e o constrangimento pelo texto. A aplicação inconsciente de normas e o constrangimento pelo texto fazem a conclusão caminhar de uma forma aparentemente determinada, mas a realidade da experiência realizada pelo juiz e a posterior descrição do caso potencializam a indeterminação, uma vez que a conclusão discursiva apresentada representa apenas uma superfície de todo o processo.¹⁴³

Em outras palavras, não é como se o direito fosse completamente indeterminável, mas a inerente natureza da linguagem jurídica e seus momentos de indeterminação que permitem a ocorrência de influências ideológicas nessas aberturas.¹⁴⁴ O argumento de Kennedy é no sentido de que a influência ideológica ocorre pois o próprio material jurídico espera ser trabalhado dessa forma orientada.¹⁴⁵

Em virtude das falhas lógicas da dedução, dos riscos de conflitos ideológicos de grupos e da inevitável convergência política, Kennedy afirma ser plausível admitir que as preferências ideológicas dos juízes influenciem no resultado das decisões judiciais. Contudo, mesmo que sempre seja possível se comportar de forma estratégica, fazendo uma interpretação jurídica em

¹⁴² KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.160-162, Harvard University Press, 2009.

¹⁴³ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.164-171, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁴ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.172, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁵ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.177, Harvard University Press, 2009.

particular parecer boa, não é necessário se comportar de forma estratégica para que haja um comportamento ideológico no trabalho jurídico.¹⁴⁶

A título de exemplo, Kennedy estabelece três estereótipos sobre as posturas ideológicas estratégicas no trabalho judicial. O ativista constrangido, que se utiliza de qualquer norma jurídica que encontrar para representar a melhor interpretação jurídica que encontra nos materiais.¹⁴⁷ O juiz meio termo, que tenta evitar uma realização integral da ideologia, se colocando em posições moderadas.¹⁴⁸ E o juiz bipolar, que trabalha com afinco, ideologicamente, cada caso, preocupando-se, assim, mais com a própria carreira pessoal.¹⁴⁹

Nesse sentido, mesmo que se demonstre metodologicamente incoerente e praticamente impossível para os juízes realizarem tarefas puramente interpretativas, as ideologias também são convicções abstratas que não determinam necessariamente as decisões.¹⁵⁰

Não obstante tudo isso, Kennedy constata um importante aspecto psicológico por de trás desse comportamento estratégico, o negacionismo dos atores jurídicos. Do ponto de vista empírico, há uma dissonância cognitiva em torno da atividade interpretativa judicial, pois, a crença da não ideologia, independentemente do estereótipo, trata-se de uma visão afetiva ao conceito de direito, característica essa que inclusive é compartilhada por ambas as

¹⁴⁶ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.180-181, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁷ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.182-184, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁸ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.184-185, Harvard University Press, 2009.

¹⁴⁹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.185-186, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁰ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.187, Harvard University Press, 2009.

perspectivas linguísticas.¹⁵¹ Assim, a negação ideológica se demonstra como um processo semiconsciente¹⁵² e como uma forma prática de se resolver, ou ao menos contornar, o problema da influência ideológica¹⁵³.

Retoma-se, aqui, aquela crítica feita por Kennedy sobre a negação ideológica possuir uma profunda relação com a crença e ideia do Estado Democrático de Direito, pois a noção de uma jurisdição não ideológica é uma mera ficção jurídica.¹⁵⁴ Contudo, mesmo que nem todos os juízes persigam agenda ideológicas, a atenção ao vocabulário é o mais importante, pois a “linguagem dos direitos” é a responsável por fornecer roteiros às agendas ideológicas.¹⁵⁵

3.3.3. Raciocínio e linguagem jurídica

A coerência do raciocínio jurídico dos “direitos” nada mais é do que uma forma de vocabulário, que pode ir de direitos concretos até os direitos constitucionais mais abstratos, o que representa, para Kennedy, a interseção entre direito e política.¹⁵⁶

O discurso jurídico só possui sentido e efeito a partir de sua utilização, mesmo que os porquês de sua utilização não sejam necessariamente

¹⁵¹ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.191-196, Harvard University Press, 2009.

¹⁵² KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.200-202, Harvard University Press, 2009.

¹⁵³ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.202-205, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁴ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.205-209, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁵ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp.212, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁶ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp. 315-316, Harvard University Press, 2009.

aparentes.¹⁵⁷ Isso porque, corroborando aquilo que já se levantou anteriormente, considerações políticas muitas vezes se disfarçam no discurso jurídico, tanto quando o direito está “positivado”, como quando o direito é “aberto”, decisões puramente “técnicas” não existem, uma vez que sempre haverá, ao menos, a realização de escolhas.¹⁵⁸

Perde-se a fé na capacidade do direito de gerar conclusões objetivas pelo simples fato de as interpretações jurídicas serem interpretações de materiais jurídicos. Materiais jurídicos proporcionam um raciocínio sobre “regras” que sempre será aberto, o direito sempre pode ser direcionado de formas distintas, tudo a depender da “rota” a ser traçadas pelas ideologias e escolhas.¹⁵⁹ Conflitos jurídicos terminam e/ou são resolvidos pelo balanceamento, e não pelos próprios direitos que estão em jogo, uma vez que as formulações podem se dar de formas variadas, as escolhas são direcionadas pelas preferências ideológicas/políticas dos sujeitos que integram e participam desses conflitos.¹⁶⁰

Assim, Kennedy reafirma, mais uma vez, a questão da perda da fé, ou do ceticismo, enfatiza a existência de “técnicas manipulativas”, que podem reduzir qualquer questão de direito a uma questão de política.¹⁶¹ As promessas de neutralidade e objetividade, como critérios de correção, parecem representar a característica normativa do discurso jurídico, uma propriedade difícil, se não impossível, de se contornar.

¹⁵⁷ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp.316, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁸ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 317, Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 317-318, Harvard University Press, 2009.

¹⁶⁰ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 318-319, Harvard University Press, 2009.

¹⁶¹ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 320, Harvard University Press, 2009.

Contudo, enquanto técnica e dogma, essa propriedade investe certos grupos na qualidade de detentores da verdade e constroem a subjetividade, como se ela não existisse. Essa forma de imposição corretiva, que o discurso jurídico denota, perpassa uma ideia de que haveria uma garantia de se resolver conflitos de uma forma correta, racionalmente objetiva e não ideológica.

Aderências ideológicas são dotadas de estratégias, mascarando projetos ideológicos na linguagem do discurso jurídico. Não há como defender uma linguagem jurídica neutra, pois sempre haverá uma construção social relacionada às convenções linguísticas, e, de forma silogística, as demandas políticas também serão relacionadas às convenções jurídicas existentes.

3.3.3.1. Símbolos e artefatos

Por fim, Kennedy realiza uma curiosa justificativa para sua crítica à adjudicação e aos direitos em particular, enfatiza-se a importância daquilo que é denominado, dentro das intenções modernas pós-modernas (“mpm”), de “artefatos transgressivos”.¹⁶² Grosso modo, os artefatos transgressivos possuem como característica principal a capacidade de servirem como veículos que, por meio de uma performance disruptiva, expressam aquilo as formas tradicionais de expressão suprimem, podendo ser adaptados e adotados para propósitos específicos.¹⁶³

Kennedy argumenta, ainda, que a aplicação de normas resulta invariavelmente no desfecho, na decisão, de casos concretos através de proposições abstratas. Assim, se até mesmo as proposições menos abstratas geram controvérsias – como o caso do “proibido veículos no parque” - a razão

¹⁶² KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp. 339-341, Harvard University Press, 2009.

¹⁶³ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication [fin de Siècle]*. pp. 342-343, Harvard University Press, 2009.

dedutiva das proposições mais abstratas desconstrói a validade de representações objetivas, racionais e neutras.¹⁶⁴

Contudo, assim como Tushnet, Kennedy integra a vertentes dos CLS e faz uma importante ressalva sobre a crítica cética à objetividade, racionalidade e neutralidade. Minorias e grupos sociais historicamente asfixiados revivem a questão das consequências políticas das diferentes escolhas retóricas.¹⁶⁵ Assim, mesmo que a negação da razão seja proveniente de um compromisso excessivo com a razão, a interseccionalidade dos discursos jurídicos deve ser considerada.¹⁶⁶

A responsabilidade da operação disciplinar e mecânica da educação jurídica, como produtora de uma atitude focada na capacidade de se estar correto sobre o exercício da força do aparato estatal, representa o desejo de colocar essa capacidade à disposição de alguém. O objetivo é a indução de uma capacidade em particular – o dizer o direito - que é voltado para um comprometimento “interno” da perspectiva discursiva do direito, diferenciado da perspectiva “externa” pela sua tecnicidade e retórica.¹⁶⁷

¹⁶⁴ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 348-349, Harvard University Press, 2009.

¹⁶⁵ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 356-357, Harvard University Press, 2009.

¹⁶⁶ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 363, Harvard University Press, 2009.

¹⁶⁷ KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. pp. 364-367, Harvard University Press, 2009.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou analisar o fenômeno da interpretação enquanto objeto de estudos jurídicos. A proposta timidamente interdisciplinar da linguagem e da semiologia foi e é uma forma de tentar ampliar os horizontes filosóficos, sociológicos e jurídicos que circunscrevem o tema.

Dessa forma, considerando que o fenômeno social do direito é peculiarmente caracterizado pelas propriedades designativas da validade e legitimidade, a capacidade de se “dizer o direito” constitui a essência do poder normativo, o que produz efeitos reais no mundo concreto.

Surgiu, assim, a preocupação da capacidade interpretativa como um fator de legitimação jurídica, uma vez que certa indeterminação sempre estará presente na linguagem e, portanto, certa discricionariedade sempre estará presente na sua aplicação. A hipótese buscou questionar se a legitimidade necessária ao direito provém da neutralidade valorativa do discurso ou se ela provém da utilização das formas e ferramentas jurídicas existentes.

A relevância do tema pode se dar na expansão de horizontes teóricos jurídicos, evidenciando a capacidade de emancipação, expressão e imposição que o próprio discurso jurídico possui. Por mais complicada que possa parecer, essa capacidade é inerente aos materiais jurídicos, que só adquirem significado a partir da utilização.

A hipótese foi inicialmente trabalhada nas considerações sobre a necessidade da interpretação jurídica. Nesse sentido, buscou-se, nas metodologias e principiologias, eventuais propostas para a solução do problema da neutralidade discursiva da interpretação. Em seguida, considerando a latente pertinência do âmbito de atuação da Suprema Corte brasileira, estendeu-se a pesquisa para o âmbito da denominada “interpretação constitucional”.

Contudo, diante de certa tautologia dogmática sobre a temática existente da interpretação, além da considerável ausência de “codificação”, surge uma possibilidade de manipulação retórica diante das primeiras constatações.

Suscitando, assim, a tangência do debate da interpretação com a retórica argumentativa, a segunda parte da pesquisa orientou-se para a reflexão da lógica silogística como fundamento de validade do discurso jurídico. Como a busca da neutralidade é inerente a ambas as perspectivas da linguagem – externa e interna, esgota-se a análise apenas dos conceitos e converge-se para o aspecto prático.

Combinando novas revisões de literatura, o fenômeno da fenomenologia da linguagem e da decisão judicial reascenderam a possibilidade de aprofundamento da tese perseguida. O estudo da “interpretação” como objeto da ciência jurídica torna latente o paradoxo do dogmatismo jurídico, ainda mais se não forem observadas certas propriedades do próprio discurso.

O último momento da monografia se propôs a trabalhar em cima desse paradoxo. As constatações céticas diante da linguagem jurídica, tanto em um plano conceitual quanto prático, evidenciam a transgressividade da utilização do discurso jurídico, independentemente da neutralidade valorativa. Os materiais jurídicos já são flexíveis por natureza e a atividade interpretativa exponencia essa questão.

Nesse mesmo sentido, a utilização dos materiais jurídicos é o que determina a sua subsequente validade e aplicabilidade. Servem de veículo para as ideologias, seja na perspectiva externa seja na perspectiva interna da linguagem jurídica. Participantes e observadores possuem a prerrogativa de se utilizarem das formas jurídicas existentes, mesmo que o entrave se dê na operação desse discurso, diferenciando questões de legitimidade.

Assim, a hipótese de que a neutralidade discursiva é uma pretensão não parece ter sido completamente refutada. Servindo apenas para mascarar as razões de substância e valorativas que operam na linguagem e no raciocínio jurídico, sinalizam também as aparências dogmáticas que foram naturalizadas

nas ciências do direito, o que contradiz a própria validade esperada para a operação dos sistemas jurídicos.

Contudo, o ceticismo exagerado também se demonstra como um equívoco teórico. O problema não é que o discurso não seja neutro, indeterminado e discricionário, mas sim o porquê dele se apresentar como neutro, indeterminado e discricionário caso a caso. Os materiais jurídicos, a exemplo das “ferramentas” interpretativas, são veículos ideológicos mesmo que se diga o contrário. A capacidade de modulação é esperada da linguagem jurídica, uma vez que ela se encontra em constante tensão com a realidade a sua volta ela tanto constrói quanto é construída por ela.

Embora satisfeito com os resultados alcançados e elencados até aqui, percebo que não há uma resposta atual e definitiva para a hipótese aqui trabalhada. No campo teórico, o debate jurídico possui uma forte tendência tautológica, mas para ingressar no campo prático deve haver uma certa pré-determinação de entendimentos e convenções jurídicas, assim como reconhecer a incidência de inclinações pragmatistas quando se busca a utilidade.

A distância entre os materiais jurídicos e o mundo dos fatos é natural, mas é uma distância que gradualmente se alarga ou se retrai conforme maleabilidades e previsibilidades linguísticas. Por isso, se a presente monografia alcança alguma coisa, é no reconhecimento da necessidade analítica do discurso. Sempre haverá uma valoração pragmática na linguagem, e a linguagem jurídica não pode se dar de forma diferente. Até mesmo as convenções menos abstratas podem suscitar grandes embates argumentativos.

Encerrando o presente trabalho, acredito ser necessário levantar algumas breves sugestões que, conseqüentemente, transbordarão certas influências ideológicas pessoais. Primeiro, buscar uma maior transparência na linguagem, pois, diante da figura aberta, a negação da influência de razões de substância não desenvolve e nem aprimora o debate e o discurso jurídico. Afirmar a neutralidade é corroborar o pensamento dogmático que a muito vem

acompanhando a ciência jurídica e o pensamento moderno. Torna-se preciso reconhecer que não existe a verdade, apenas as verdades (FOUCAULT, 2013).

Em segundo lugar, reformulações nas formas de ensino jurídico também podem se demonstrar pertinentes e interessantes. As formas expositivas adotadas, de elevado cunho dogmático, reiteram as pretensões de neutralidade do discurso acadêmico. Inclusive, o conteúdo que é abordado e disponibilizado pela academia deve ser reconhecido como ideológico, pois não há escola sem partido. Ainda, uma abordagem mais política, engajada e crítica do ensino jurídico pode ajudar a aprofundar melhor a relação entre o direito posto, os materiais jurídicos existentes e as atribuições de sentido realizadas diante dos casos concretos. Afinal, a educação jurídica verdadeiramente pretende ser narcisista ou emancipatória?

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés. et al. tradução Gercélia de Oliveira Mendes. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

BARRETO, Vicente. **Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Rev. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 203: 11-23. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O trinfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, v.240: 1-42, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo, Malheiros, 2005, 115-143.

DE LIMA, Rafael Bellem. **PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO: UMA IDEIA FORA DO LUGAR**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.184-206, jan./abr., 2020

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª edição, São Paulo; RT, 2010.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **ONZE ILHAS OU UMA ILHA E DEZ ILHÉUS? A PRESIDÊNCIA DO STF E SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, pp.129-155, jan./abr., 2020.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro, NAU Editora, 2013.

FRANGIOTTI, Marco Antonio. **Os termos teóricos nas relações entre teoria e observação**. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, v. 5, n. 8, p. 63-74, jan. 1986. ISSN 2178-4582. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23545>>. Acesso em: 29 jun. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Ênio Paulo Giachini, Petrópolis, Editora Vozes, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, pp. 84–115, vol. 12, jul/set, 1995

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Revista oficial do programa de mestrado em direito constitucional da Escola de Direito de Brasília - Instituto Brasiliense de Direito Público. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, ano 9, n. 60, p. 25-50, nov-dez/2014.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication [fin de Siècle]**. Harvard University Press, 2009.

LEITER, Brian. **Legal realism and legal positivismo reconsidered**. The University of Chicago Press, Ethics, vol.111, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Linguagem e Método: abordagem hermenêutica do direito como alternativa ao purismo metodológico**. Revista Opinião Jurídica, nº 11, 2009.

MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.230, 2002

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da civil law**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

NETO, José Wanderley Gomes. **COMO DECIDEM OS JUÍZES? COMPARANDO OS MODELOS FORMAIS EXPLICATIVOS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL**. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p.228-255, jan/abr. 2020.

NIGRO, RACHEL. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional**. Direito, Estado e Sociedade, n. 41, p. 157-183, jul/dez, 2020.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Editora WMF Martins Fontes, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. **O Giro Linguístico e a Auto-Compreensão da Dimensão Hermenêutico-Pragmática da Linguagem Jurídica**. Vox Forensis, pp. 199-213, Espírito Santo do Pinhal, vol. 01, nº. 01, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil - Volume I**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, , Forense, 2016.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

SHECAIRA, Fábio Perin. **“A quem cabe a escolha?” Sobre a importância de distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.36, p. 06-23, 2010.

SHECAIRA, Fábio; e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro, ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo**. Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

STRUCHINER, Noel., & HANNIKAINENN, Ivar. **A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental**. *Civilistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, 5(1), 1-25, 2018.

STRUCHINER, Noel; e SHECAIRA, Fábio. **A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito**. *Revista de Direito e Estado*, Rio de Janeiro, nº 22: 131-145, 2012.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. **Verbete sobre realismo jurídico**. “Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito” (Coordenação: Travessoni A.), pp.348-351, 2011.

TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Theory**. The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2005.

VASCONCELOS, Francisco José Mendes e ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. **Metalinguagem, Semiologia e Direito: Resenha à obra “O Direito e sua linguagem”, de Luis Alberto Warat**. *Revista eletrônica de direito civil*, a.8.n.2.2019.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico**. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.