

PROLEGÔMENOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LINGUAGEM

PROLEGOMENA ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND LANGUAGE

*Felipe Rodolfo de Carvalho**

RESUMO

Este artigo pretende oferecer uma primeira aproximação sobre as discussões que norteiam o tema da relação entre direito e linguagem. Assim, depois de expor, de maneira geral, algumas visões sobre tal relação, assinala que o direito, apesar de ser, ontologicamente, um fenômeno plural, também se manifesta enquanto linguagem. Em virtude disso, passa a investigar a especificidade da linguagem jurídica e os problemas que apresenta. Defende a tese de que, em grande parte, problemas jurídicos são problemas linguísticos. Ao final, põe em relevo o papel do poder na relação entre direito e linguagem, a fim de enfatizar que certas soluções para os problemas jurídicos, na qualidade de problemas linguísticos, são dadas em detrimento de outras (e, portanto, certas significações são postas e as demais, excluídas), em virtude do exercício do poder simbólico.

Palavras-chave: Direito; Linguagem; Poder.

ABSTRACT

This article intends to provide a first approximation of the discussions that guide the theme of the relationship between law and language. So, after explaining, in general, some views on this relationship, asserts that the law, despite being ontologically plural phenomenon, also manifests itself as language. As a result, begins to investigate the specificity of legal language and the problems it presents. Defends the thesis that, in large part, legal problems are linguistics problems. At the end, emphasizes the role of power in the relationship between law and language, in order to accentuate that certain solutions to legal problems, as language problems, are given at the expense of others (and therefore certain significations are put and the others are excluded), by reason of the exercise of the symbolic power.

Keywords: Law; Language; Power.

* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). feliperodolfodecarvalho@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar um estudo preliminar sobre o tema da relação entre direito e linguagem, de maneira que permita, de algum modo, abrir o horizonte da discussão. Daí, pois, a opção por falar precisamente em *prolegômenos*. A premissa de que parte é a de que, sobretudo após a reviravolta linguística verificada na filosofia no século XX, não se pode mais compreender o direito sem considerar sua inexorável conexão com a linguagem. A filosofia contemporânea, que erigiu, em grande medida, a linguagem enquanto problema fundamental das suas investigações, tendo por expoentes pensadores como Ludwig Wittgenstein, Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, tem repercutido no mundo jurídico. Desde então, a compreensão do direito tem demandado, cada vez mais, investigações sobre o seu aspecto necessariamente linguístico, cujas complexidades semântica, sintática e pragmática requer do jurista uma abertura especulativa a questões que ultrapassam o seu cotidiano burocrático, reclamando, portanto, a colocação de problemas que extrapolam o senso comum teórico que pauta grande parte do seu agir.

Registrando esse ponto de partida, a investigação, depois de acentuar que direito e linguagem são instrumentos essenciais para o processo de comunicação humana, debruça-se justamente sobre a questão que interessa: de que modo se relacionam o direito e a linguagem? Não há, por certo, consenso sobre a resposta. Algumas visões, entretanto, existem. Um quadro geral as divide em duas: a visão instrumentalista e a visão constitutiva: para a primeira, o direito *usa* a linguagem; para a segunda, o direito *é* linguagem. Para além da dicotomia, no entanto, o importante é destacar que o direito também se manifesta como linguagem, de modo que, em grande medida, os problemas jurídicos são problemas linguísticos.

A afirmação de que problemas jurídicos são, em boa parte, problemas linguísticos exige que se compreenda a especificidade da linguagem jurídica. Afinal, seria ela uma linguagem natural, técnica ou formal? Isso importa porque, caso se considere que a linguagem jurídica é totalmente formalizada, estaria ela imune a quaisquer das dificuldades apresentadas pela linguagem natural. É que a linguagem natural (como também, em menor proporção, a linguagem técnica), além de se valer de palavras ambíguas e vagas, está recheada de variados usos linguísticos, muitas vezes exercidos de maneira dissimulada, que engendram sérias dificuldades. Se, no entanto, a linguagem jurídica não chega a constituir uma linguagem formal, é preciso admitir que tais dificuldades, próprias à linguagem natural, sempre exsurtem no campo do direito, a demonstrar que, de fato, considerável parcela dos problemas jurídicos são problemas linguísticos.

Por fim, resta, então, explicar por que certos problemas jurídicos, na qualidade de problemas linguísticos, são resolvidos de uma forma, e não de outras.

É aqui que entra o problema do poder na relação entre direito e linguagem. A resolução dos problemas jurídicos, com a adoção de determinadas significações em prejuízo de outras, decorre do exercício do “poder simbólico”.

O DIREITO E A LINGUAGEM COMO OBJETOS DE REFLEXÃO

O direito e a linguagem fazem parte do nosso mundo, e valemo-nos incessantemente deles. De um lado, o “direito”, em suas mais variadas facetas, é evocado com constância pelo jurista e pelo leigo; basta ver as correntes afirmações encontradas no cotidiano forense, como aquela em que se diz: “é possível verificar, no caso, uma evidente violação do *direito* à liberdade”, ou, no cenário comum, quando um sujeito, indignado pelo fato de um espertalhão ter atravessado a fila, reclama ter o *direito* de ser atendido com prioridade. De outro, a “linguagem” é algo de que nos apropriamos com o fim de compartilhar informações, expressar sentimentos e sensações, provocar condutas etc.

O direito e a linguagem marcam, portanto, a nossa própria experiência humana. Tão necessários e fundamentais para o nosso existir no mundo, lidamos cotidianamente com ambos, no entanto, sem que apareçam, *em nosso agir habitual*, como objetos tematizados, isto é, como questões em torno das quais nos propomos a refletir. Assim, a despeito de atravessarem nossas ações, não se colocam normalmente como problemas sobre os quais pensamos um pouco mais profundamente.

Não é, portanto, de se estranhar, por exemplo, que a pergunta “o que é o direito” possa colocar em situação embaraçosa não só bacharéis em direito recém-formados como também juristas muito experientes. Isso, por ser óbvio, não significa dizer, no entanto, que não tenham condições de utilizar as ferramentas da dogmática jurídica ou que não conheçam as leis vigentes em determinado país. O problema está em que conhecer o “direito”, e empregá-lo não é idêntico a saber algo *sobre* ele.¹

A mesma situação se passa com a linguagem (talvez até de modo mais incisivo). Como ressaltam Watzlawick et al.²

¹ Quem, há algum tempo, já assinalava para essa dificuldade era Kant: “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade’, a questão ‘o que é direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quisesse cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescreveram. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar e num certo tempo dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele (...)”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 75-76).

² Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 31.

(...) conhecer uma linguagem e saber algo *sobre* uma linguagem são duas ordens de conhecimento muito diferentes. Assim, uma pessoa pode saber usar correta e fluentemente a sua língua materna e, no entanto, não possuir um conhecimento de gramática e de sintaxe, isto é, desconhecer as *regras* que ela respeita ao falar da língua.

Essa circunstância, em síntese, coloca-nos diante de um problema inicial: apesar de lidarmos, dia a dia, com o direito e a linguagem, temos uma imensa dificuldade de nos comunicar sobre eles na sua individualidade e na sua relação. Essa dificuldade, todavia, revela a importância da discuti-los, porque nos incita a pensar sobre os padrões a que obedecem, de que modo se interseccionam e em que medida nos dizem respeito.

Não se pode, em todo caso, ignorar que a reflexão sobre o direito e a linguagem requer que o plano da atitude natural, isto é, o da postura irrefletida diante do mundo e das coisas – em especial, aqui, diante do direito e da linguagem –, seja superado por uma postura questionadora que extrapole o nosso agir um tanto quanto espontâneo e mecânico, de modo que seja possível trilhar os caminhos abertos, em grande medida, pela reviravolta linguística operada no século XX no âmbito filosófico e que têm impactado fortemente as investigações jurídicas,³ sob o seguinte pressuposto fundamental:

(...) é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário e constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.⁴

AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E LINGUAGEM

Não é nosso objetivo analisar, de forma isolada, o direito e a linguagem; pelo contrário, ao se colocar a questão “direito e linguagem” como foco de pesquisa,

³ A repercussão da filosofia contemporânea, marcada pela preocupação fundamental com o problema da linguagem, pode ser notada em teóricos do direito importantes, como, v. g., H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Joseph Raz. Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. No Brasil, é de se destacar o trabalho de Luis Alberto Warat, Tercio Sampaio Ferraz Jr., Lenio Luiz Streck e Eduardo C. B. Bittar. Cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 13.

parece-nos que a preocupação central é a de entender em que medida eles se interagem e que tipo de consequências daí advêm.

Para tanto, a seguir, assinalaremos, em primeiro lugar, que direito e linguagem podem ser vistos como instrumentos essenciais para o processo de comunicação humana, sem os quais essa não pode ocorrer com sucesso. Depois, examinaremos como, em geral, se tem compreendido a relação entre eles, para, ao final, estabelecer como proposta que problemas jurídicos são também problemas de linguagem, embora não exaustivamente.

Direito, linguagem e comunicação

Podemos partir de um axioma conjectural da comunicação humana: é impossível não se comunicar.⁵ Não estamos sozinhos no mundo. Mais do que isso: encontramos-nos sempre em interação com o outro, para quem o nosso comportamento inexoravelmente se dirige e com o qual trocamos, a todo momento, mensagens. Assim, por estarmos em uma permanente situação interacional, comunicamo-nos, queiramos ou não. A tentativa de não se comunicar não passa de uma comunicação por intermédio da qual se transmite a outrem a informação de que “não se quer comunicar”.

Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui valor de mensagem; influenciam outros, e estes outros, por sua vez, não podem *não* responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando. (...) a mera ausência de falar ou de observar não constitui exceção ao que acabamos de dizer. O homem que num congestionado balcão de lanchonete olha diretamente em frente ou o passageiro de avião que se senta de olhos fechados estão ambos comunicando que não querem falar a ninguém nem que falem com eles; e, usualmente, os seus vizinhos ‘recebem a mensagem’ e respondem adequadamente, deixando-os sozinhos. Isto, obviamente, é tanto um intercâmbio de comunicação como a mais animada das discussões.⁶

Ora, se é impossível não se comunicar, é preciso conceber de que forma a comunicação concretamente se estabelece. É aí que os fenômenos da linguagem e do direito ganham importância.

Quando comunicamos, selecionamos mutuamente expectativas de comportamento.⁷ Porque há sempre uma multiplicidade de ações possíveis que, em

⁵ Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, p. 44-47.

⁶ Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, p. 45.

⁷ Para os delineamentos a seguir, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102-104.

número, supera aquelas que virão, concretamente, a ocorrer, diz-se que a comunicação humana é complexa; além disso, a se considerar que a expectativa selecionada poderá ou não se verificar, acrescenta-se que ela é contingente. A contingência, portanto, revela-nos que a interação humana é passível de desilusão. Para conter essa possibilidade de desilusão e, portanto, subministrar confiança nas relações humanas, são criados mecanismos destinados a fornecer uma certa estabilidade no trato social. Desse modo, os sistemas comunicativos sociais são dotados de estruturas que aliviam os agentes das cargas da complexidade e da contingência, garantindo-lhes expectativas duráveis. Isso se dá por meio de dois mecanismos estruturais: atitudes cognitivas e atitudes normativas.

As atitudes cognitivas provêm da observação: partem de uma verificação da realidade, que, ao ser generalizada, fornece uma regra empírica. Assim, ao se observar que os alunos da turma costumam se levantar quando da chegada do professor, pode-se formular a regra de que “toda vez que qualquer professor adentrar à sala de aula, deve-se, num sinal de reverência, pôr-se em pé”. Essa espécie de atitude, no entanto, se adapta aos fatos, podendo modificar-se, desarte, a partir de novas observações: na situação descrita, é possível constatar-se que os alunos não se levantam quando da entrada de professores jovens. A regra, nesse caso, altera-se para prescrever que os alunos levantem quando da entrada dos professores à sala de aula, salvo em caso de professores jovens.

As atitudes normativas, diferentemente, garantem a durabilidade de expectativas mediante uma generalização não adaptativa, ou seja, de modo contrafático: embora as desilusões possam ocorrer, elas são irrelevantes. As atitudes normativas, como a própria expressão sugere, manifestam-se a partir de normas. Estas não simplesmente referem à regularidade do comportamento, mas à normatividade do comportamento prescrito: por mais que os motoristas tendam a dirigir após beber álcool, tal conduta continuará a ser normativamente proibida.

Do que foi dito, percebe-se que o sucesso da comunicação depende, em grande medida, do direito, porque é ele que, preponderantemente, por intermédio das suas normas, garante uma certa estabilidade nas expectativas dos atores sociais. Além disso, é de se ressaltar que a comunicação só se estabelece porque os interlocutores se valem de uma ferramenta especial: a linguagem.⁸ Algumas vezes, porém, a comunicação pode resultar frustrada, e isso em decorrência de

⁸ Vale, aqui, a observação de Mendes: “Assim como podemos dizer que todo o Universo é um processo contínuo de intercomunicação (de energia, de processos, de resultados), o ser humano é, por excelência, um ser que testemunha e ativa esta comunicação. A sua essência é, mesmo, a comunicação com todo o universo, dada a natureza do seu espírito. Ora, como não poderia deixar de ser, este intercâmbio com tudo e com todos se faz através de símbolos, dos quais a linguagem humana é exemplo dos mais notáveis” (MENDES, Antonio Celso. *Direito: linguagem e estrutura simbólicas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba; Associação de Ensino Novo Ateneu, 1994, p. 15).

patologias no direito ou na linguagem, ou propriamente em ambos. O que é de se registrar, de toda forma, é que tanto direito como linguagem constituem fatores indispensáveis no processo de comunicação humana.

Visões acerca da relação entre direito e linguagem

Não há um consenso acerca da forma com que direito e linguagem se integram. As abordagens são plúrimas e diferenciadas a partir da perspectiva de cada autor em particular, cuja exaustiva explicitação foge, evidentemente, aos limites deste trabalho. Assim, qualquer tentativa de enumerá-las não pode ter outra pretensão senão a de expor um quadro mais ou menos esquemático, que se nos permita visualizar, num aspecto geral, como a relação é observada.

Ferraz Jr.,⁹ por exemplo, diz-nos que há uma relação básica entre eles que pode ser encarada dos seguintes modos: a) o direito, enquanto fenômeno empírico, *tem* uma linguagem, o que autoriza falar de uma *linguagem do direito* ou uma *linguagem jurídica*, objeto de disciplinas como a semântica, a hermenêutica etc.; b) invertendo a perspectiva, é possível falar em *direito da linguagem*, quando esta, a linguagem, aparece como objeto da disciplina do direito, ao tratar de questões pertinentes à disciplinação da língua não no seu sentido lógico ou gramatical, mas jusnormativo, como a linguagem processual, protocolar etc.; e c) por fim, fala-se do *direito enquanto linguagem*, ao se pretender assimilar o direito à linguagem e afirmar que o jurista, em suas atividades (legislação, jurisdição, teorização), jamais ultrapassa os limites linguísticos.

Outra proposta é dada por Román,¹⁰ que, sem desconsiderar o amplo espectro de maneiras que têm sido apresentadas para definir e interpretar a realidade em questão, distingue-as, genericamente (ciente do problema de que disso resulta – a homogeneização de ideias díspares – mas também da vantagem – organização do pensamento para a reflexão), em duas: a teoria instrumentalista e a teoria constitutiva.

Sob o enfoque instrumentalista, direito e linguagem encontram-se em uma relação utilitária: *o direito usa a linguagem*. O uso da linguagem tem, aqui, uma finalidade primordial, qual seja, fazer o direito chegar aos seus destinatários, na medida em que o torna apreensível cognoscitivamente e capaz, por conseguinte, de suscitar condutas conformes. A linguagem é vista, então, como algo necessário para a efetiva aplicação do direito e, em todo caso, dele se diferencia. O direito, concebido com independência da linguagem, parece ser algo que a ela é anterior e que se nota enquanto instrumento de controle social, como prática

⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 6.

¹⁰ Román, Javier Orlando Aguirre. *La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, v. 7, n. 13, p. 139-162, enero-junio de 2008. Os desenvolvimentos a seguir estão todos contidos no referido ensaio.

social estabelecida, como vontade do legislador, como espírito da lei ou até mesmo como princípios do direito natural. Por detrás dessa concepção acerca da relação direito-linguagem, jazeria uma ideia segundo a qual a linguagem é um meio de expressar a realidade do mundo e transmitir informação sobre ela.

Essa visão procurará estabelecer uma distinção entre a linguagem natural ou vulgar, própria da comunicação humana, e uma espécie de linguagem técnica, pertencente ao direito, criada a partir das definições e dos conceitos jurídicos. Conscientes de que, no entanto, problemas próprios da linguagem natural, como a vagueza, a ambiguidade, a carga emotiva, invadem a linguagem jurídica, os autores pertencentes a esse enfoque (Von Savigny, Von Ihering, Kantorowicz, Heck, Pound, Austin, Kelsen, Alf Ross e Jerome Hall) se preocuparão em formular técnicas, métodos e argumentos que permitiriam fazer um uso mais aprimorado da linguagem com vista a obter um direito melhor. A crítica que se faz, nesse contexto, é que tal enfoque, ao colocar como centro de suas teorizações os citados problemas da linguagem natural, acaba por tomar os signos linguísticos como fonte exclusiva e lugar de encontro privilegiado do direito, esquecendo-se do papel da experiência na elucidação das palavras da lei.

Ainda sob a perspectiva instrumentalista, os exercícios de interpretação do direito, seja pela via judicial ou da doutrina, são tomados como posteriores à sua criação, que é a eles preexistente. Nessa prática de apreensão do direito, o intérprete precisa se utilizar da linguagem e prestar atenção particular às regras semânticas e sintáticas.

Se, no enfoque instrumentalista, a linguagem é, portanto, compreendida como um instrumento subordinado do direito, tendo em vista que este se apropria daquela para se expressar, no enfoque constitutivo, por sua vez, a linguagem ganha um *status* especial. Agora, o direito não simplesmente *usa* a linguagem, mas *é* linguagem, ou seja, se constitui em linguagem e pela linguagem. Subjacente a essa concepção, também é possível visualizar, em alguns casos, uma ideia específica sobre a dicotomia linguagem-realidade. Aqui, vingar-se-á a noção de que é a linguagem que constrói o real. Ora, como afirma Román, “se o mundo advém, como tal, tão somente através da linguagem e se o direito é um mundo (ou ao menos parte dele), por consequência o direito advém, como tal, apenas através da linguagem”.¹¹

A preocupação desse enfoque não é mais com os aspectos semânticos e sintáticos da linguagem; a própria distinção linguagem natural/linguagem técnica perde relevo. Se bem que a linguagem tenha um caráter de “descriptor da realidade”, mais importantes são os seus aspectos emotivo e valorativo, preponderantes na linguagem jurídica. A reflexão, pois, se concentra na análise das características específicas da linguagem que é o direito e dos seus *efeitos* sobre a realidade.

¹¹ Román, Javier Orlando Aguirre. La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico, p. 146.

Finalmente, para essa corrente (que engloba autores como Perelman, Aarnio e Calvo, Alexy, Bourdieu e Cover) interpretar e criar o direito não são exercícios dissociados, mas se confundem, além do que o próprio ato interpretativo-criador é um ato comunitário, que não se reduz à relação das figuras de quem dita o texto legal (o legislador) e de quem o interpreta (o juiz ou o servidor da Administração), mas que leva em conta a relação do intérprete com outros membros da audiência interpretativa ou da comunidade jurídica.

Problemas jurídicos como problemas de linguagem

Embora as várias formas pelas quais se têm concebido a relação entre direito e linguagem não nos ofereça uma ideia segura de como se dá tal relacionamento, ao menos nos sugerem que, de fato, não podem ser examinados de maneira isolada: de alguma maneira a linguagem atravessa o direito, ao mesmo tempo em que o direito invade a linguagem.

Assim, a se considerar o seu necessário entrelaçamento, não podemos deixar de referir que os problemas jurídicos envolvem, em grande parte, problemas de linguagem, sem que isso signifique, por outro lado, que problemas de linguagem não suscitem problemas de outra ordem, como políticos e ideológicos. Nesse sentido, é que, segundo Carrió, “sem pecar por exagero, a maior parte das agudas controvérsias que (...) agitam o campo da teoria jurídica deve sua origem a certas peculiaridades da linguagem e a nossa falta de sensibilidade perante elas”.¹²

Nossa proposta, doravante, será, portanto, apenas analisar alguns problemas jurídicos na medida em que estejam rodeados por problemas de linguagem, sem pretender, todavia, reduzir uns aos outros. A intenção, aqui, assemelha-se a de Ferraz Jr.,¹³ que, a despeito de reconhecer ser o direito, ontologicamente, um fenômeno plural, não redutível ao aspecto linguístico (por abranger relações de força, conflitos de interesse, instituições administrativas etc.), afirma ser esta uma das suas formas de manifestação, que vale a pena ser examinada.

A LINGUAGEM JURÍDICA

Como adverte Victoria Sesma, “é um fato patente o suporte linguístico do direito”.¹⁴ A questão que, de plano, aparece consiste em saber que espécie de linguagem é a linguagem do direito; em outras palavras, a linguagem do direito

¹² CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3. ed. aument. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 91.

¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XIII. Cf. também: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 5-10.

¹⁴ SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley*. Madrid: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Tecnos, 1989, p. 29.

é a linguagem natural ou uma linguagem formalizada, apartada dos vícios pertencentes à primeira? Afinal, que linguagem é essa que se denomina “linguagem jurídica”?

“Linguagem jurídica” é uma expressão ampla que encobre, de acordo com Sesma, a “linguagem da lei” e a “linguagem dos juristas”.¹⁵ A “linguagem da lei” é, ainda segundo a autora, aquela por meio da qual vêm formuladas as leis e demais fontes do direito, enquanto a “linguagem dos juristas” compreende a empregada por juízes, advogados, juristas de maneira geral, quando se referem à “linguagem da lei”. Nesse viés, a “linguagem dos juristas” se constitui em uma metalinguagem da “linguagem da lei”, ao tomá-la como uma linguagem-objeto.¹⁶

Entendido em que sentidos se pode empregar a expressão “linguagem jurídica”, resta-nos, portanto, investigar sua “natureza”. O positivismo lógico, corrente que, ao se deparar com certas perplexidades de cunho linguístico, capazes de obstaculizar o acesso ao conhecimento, entendia que a produção científica dependia da tradução dos dados do mundo numa linguagem rigorosa, formulou a seguinte tipologia das linguagens:¹⁷ a) naturais ou ordinárias; b) de estrutura especificada ou técnicas; e c) formais.

A linguagem natural é caracterizada pelo processo de enunciação constituído de componentes sîgnicos dotados de alta carga de imprecisão significativa, multiplicidade de regras de formação e carência, em sua maior parte, de uma transmissão organizada, de tal sorte que a produção dos seus sentidos restam intensamente dependentes do contexto comunicacional em que ocorre. A linguagem técnica ou de estrutura especificada, por sua vez, é aquela criada com o objetivo de expurgar todas as perplexidades da linguagem natural, tal como componentes políticos, representações ideológicas e incertezas comunicacionais. O resultado é a construção de uma linguagem especializada, que requer precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições, ou seja, como passíveis de apresentarem o sentido de verdade ou falsidade. A linguagem formalizada, por sua vez, é uma variação gradativa da linguagem técnica, em que a pretensão de precisão e univocidade alcança o mais alto grau (é, por exemplo, o caso das linguagens da lógica e da matemática).¹⁸

Para Warat,¹⁹ a linguagem da lei é comumente vista pelos juristas como se linguagem formal fosse, crendo, por conseguinte, tratar-se o direito positivo de

¹⁵ SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*: cuestiones relativas a la aplicación de la ley, p. 30.

¹⁶ No mesmo sentido, CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*: un análisis lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968, p. 29-34.

¹⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 37-38; 52-55.

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 52-53.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 54-55.

um sistema fechado e completo. De outro turno, conforme acrescenta, a linguagem da teoria jurídica tradicional é concebida pelos seus produtores como uma linguagem técnica, que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem encarada como formal: a linguagem da lei. Na sua opinião, porém, tanto a linguagem da lei como a linguagem da teoria jurídica tradicional (que, aqui, podemos inserir na categoria “linguagem dos juristas”) são, no fundo, apenas variantes da linguagem natural, que, ao se assumirem como técnica ou formal, cumprem importantes funções políticas e ideológicas.²⁰

O que nos parece importante sublinhar é que, como acentua Olivecrona, se, por um lado, “algumas zonas da linguagem jurídica são altamente técnicas e, por conseguinte, incompreensível para o leigo”, por outro, “seus elementos mais importantes nos são familiares e necessários para a nossa orientação no mundo”.²¹ Isso se justifica, porque, se diverso fosse, o direito não funcionaria bem como técnica de controle social. Consoante Carrió, “para possibilitar ações humanas concretas e julgar ações humanas concretas, suas regras têm de estar formuladas em linguagem natural ou ser definíveis em palavras pertencentes a essa última”.²² Tal peculiaridade, obviamente, tem por consequência o fato, já mencionado, de que muitos problemas jurídicos sejam, também, problemas de linguagem, ou, invertendo-se, problemas de linguagem tornem-se problemas jurídicos. A existência de uma linguagem técnica, é de se ressaltar, embora reduza a complexidade da linguagem natural, certamente não a elimina, pois, como veremos, não impede o aparecimento de problemas linguísticos.

Partindo-se, pois, da premissa de que, por se valer da linguagem natural ou de uma linguagem que não chega a ser totalmente formalizada, o direito enfrenta problemas linguísticos, passemos, de agora em diante, a examiná-los a partir de dois grupos: i) os distintos usos da linguagem; e ii) as incertezas significativas.

USOS DA LINGUAGEM

Os diferentes usos da linguagem revela-nos, desde logo, a sua riqueza e flexibilidade. A linguagem, enquanto ferramenta comunicacional, serve aos fins os mais variados.²³ Esses fins determinam, em grande medida, a significação das

²⁰ É importante destacar, como acentua Capella, que a tentativa de separação entre linguagem natural e linguagem jurídica (de caráter técnico ou formal) advém de um processo secular de adaptação e depuração dos termos desta, de modo a adquirir um sentido especializado. Assim, a primitiva linguagem jurídica (a referência é feita a Roma) não é uma linguagem rigorosa, mas comum. Cf. CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: um análisis lógico*, p. 243-244.

²¹ OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 7.

²² CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 135.

²³ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 19.

palavras e dos discursos. Assim, para compreender o seu sentido não basta, para utilizar uma distinção proposta pela Filosofia da Linguagem Ordinária, recorrer-nos ao *significado de base*; é preciso, acima de tudo, ater-nos ao *significado contextual*, que leva em consideração as “evocações provenientes do contexto de uso”, de modo a superar o sentido congelado adveniente das relações internas entre os signos pela consideração dos propósitos pragmáticos do emissor.²⁴

Esses fins ou propósitos, ao variarem, alteram, por consequência, o uso que se faz da linguagem. Quando se fala em usos da linguagem, costuma-se, embora a lista pudesse ser alargada, destacar, ao menos, quatro espécies básicas: a) descritiva ou informativa; b) expressiva ou emotiva; c) diretiva; e d) operativa ou performativa.

Pelo uso descritivo, utilizamos de unidades linguísticas para informar acerca de certos fenômenos ou estados de coisas. Nesse caso, é possível perguntar acerca da veracidade ou da falsidade da asserção produzida. Mediante o uso expressivo, externamos nossos sentimentos e, igualmente, os provocamos em outras pessoas, fazendo despertar nelas conexões valorativas e emoções. Aqui, não faz sentido questionarmos sobre o caráter verdadeiro ou falso das expressões. O seu paradigma é a linguagem poética: “Poesia é sensibilidade. Muito pouco de razão. Expansão da fala emocional que, às vezes, apenas balbucia palavras, mais pela beleza das palavras que pelo nexos dos significados. Não precisa de explicação. Só de empatia e simpatia”.²⁵ Se a intenção é provocar condutas, dirigir o comportamento de outrem, fala-se no uso diretivo da linguagem. O critério da verdade/falsidade também não se amolda nesta hipótese; em seu lugar, entra o critério da justiça/injustiça, oportunidade/inoportunidade etc. Finalmente, por meio do uso operativo ou performativo, realizamos com palavras atos que, segundo certas convenções em vigor, constituem uma situação fática (ao dizer a uma criança que lhe darei um presente, constituo uma *promessa*).²⁶

Warat aponta, ainda, um quinto uso básico da linguagem, normalmente negligenciado, consistente na *função de dominação*, a qual divide em duas subinstâncias: uma de “persuasão” e outra relativa às “relações de força (poder)”.²⁷

Ora, é claro que a linguagem jurídica também assume esses variados matices, a depender do contexto. Pode-se dizer, de maneira geral, que o uso da linguagem diretiva é primordial ao direito. Afinal, é mais do que sabido que, entre os principais papéis normativos, está justamente o de dirigir comportamentos. Não é à toa que se costuma assinalar, ao estudar as espécies de normas jurídicas, as “normas de conduta”.

²⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 65-66.

²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Para sempre e sempre*. 2. ed. Barueri: Minha Editora, 2012, p. 10.

²⁶ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 19-21.

²⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 67.

Da mesma forma, o direito está repleto de linguagem performativa. Quem, de maneira particular, anota para essa circunstância é Karl Olivecrona,²⁸ ao rechaçar a ideia de que a linguagem jurídica simplesmente teria a função de refletir uma realidade. Percebeu ele, e com propriedade, que, por intermédio do que chamou de “expressões realizativas”, não descrevemos nada, mas criamos direitos e deveres, relações e propriedades jurídicas. É como se, mediante simples palavras, criássemos efeitos invisíveis: é o que se dá, *verbi gratia*, quando, ao prestarmos um juramento, tomamos posse num cargo, adquirindo o *status* jurídico de funcionário.

Não se pode descurar, igualmente, que o uso emotivo da linguagem está presente no direito. A própria palavra “direito” está recheada de uma carga valorativa impossível de se apagar. É inexorável, além disso, apenas para se ter mais um exemplo, que, se é certo que o preâmbulo da Constituição não detém um caráter diretamente prescritivo, ao menos, expressivamente, exerce um papel relevantíssimo.

A função descritiva, no mesmo sentido, é, a todo momento, utilizada por juízes, advogados, doutrinadores, com o intuito de descrever o quadro do ordenamento jurídico.

Em resultado, o que se tem é uma multiplicidade de usos da linguagem pelo direito que reflete a diversidade de usos própria da linguagem ordinária. No entanto, é comum que problemas jurídicos, de ordem teórica e prática, apareçam em virtude de um certo uso enviesado dessas funções da linguagem, ocultando um uso principal, nem sempre fácil de ser desvelado, de consequências eminentemente negativas.

A ciência do direito, por exemplo, frequentemente se arroga um papel meramente descritivo, escondendo o papel prescritivo que lhe é inerente.²⁹ Situação corriqueira, outrossim, é a das chamadas “definições persuasivas”, consistentes naquelas definições em que o emissor, mediante cargas emotivas, sob a aparência de estar a formular definições empíricas (portanto, falsamente descritivas), encobre os seus juízos de valor, para fins de persuadir e ganhar a adesão dos seus receptores. As dificuldades, aqui, aparecem porque, sob o véu de um uso linguístico considerado legítimo, pretende-se ocultar outro que não é visto com bons olhos.

²⁸ OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 38-42.

²⁹ “Já houve quem dissesse (Ascarelli) que a ‘ciência do Direito’ evolui de modo diferente das demais ciências, pois não há uma *história* da ciência jurídica separada da *história* do próprio direito. (...) Isso porque, enquanto para as demais ciências o objeto de estudo é um *dado* que o cientista pressupõe como uma unidade, o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um *resultado* que só existe e se realiza numa prática interpretativa. Nesse sentido, se diz também que a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 39-40).

Nesse contexto, vale sublinhar a presença no discurso jurídico de *estereótipos*. Estereótipos são expressões que, ao nível da significação de base, apresentam uma certa *anemia significativa*, isto é, não contêm uma denotação clara, tal como “abuso de direito”. Seu sentido designativo é, portanto, sempre contextualmente estabelecido, por intermédio de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos. Na verdade, a transmissão de conteúdos ideológicos constituem seu elemento nuclear. Seu objetivo central, por isso mesmo, é o de influenciar e determinar opiniões e condutas de modo acrítico.³⁰ Na síntese precisa de Warat, a “estereotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada”.³¹ Quando os estereótipos conseguem, de maneira generalizada, forçar os receptores das mensagens a evocarem e a aceitarem certas opiniões, podem ser chamados de *tópicos*.³² Com o processo de estereotipação, criam-se as condições discursivas para o estabelecimento do que Warat chama de *senso comum teórico dos juristas*.³³ Podemos, no caso dos estereótipos, para adotar uma terminologia de Alf Ross, referir a uma função fabulatória da linguagem (que, obviamente, não deixa de estar permeada de outras funções: como a expressiva, diretiva e de dominação), cujo objetivo é fazer crer em situações inexistentes, concretizado mediante ficções.³⁴

³⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 70-72.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem* p. 72.

³² Como ressalta Viehweg, os tópicos ou *topoi* são pontos de vista gerais comumente aceitos pelos interlocutores, a serviço de uma discussão de problemas. Justamente em virtude dessa sua função de orientar a discussão de problemas, é que eles se constituem num repertório elástico, a tal ponto que, “em caso de necessidade, os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis. A observação ensina, contudo, que isto é muito mais difícil e raro do que se pode supor, pelo menos em determinados campos. Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 42).

³³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 72-73. O senso comum teórico dos juristas é composto, segundo Warat, pelas “representações, noções, crenças que governam a tomada de posição concreta dos juristas em relação ao processo judiciário e sua produção teórica. Chamar-se-á ‘senso comum teórico’ a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas. (...) Trata-se de um pano de fundo que condiciona todas as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir prática jurídica, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis” (WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 19).

³⁴ Cf. ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Tradução de Jose S.-P. Herro. Madrid: Tecnos, 1971, p. 37-40; WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 68. Outro exemplo de exercício da função fabulatória no direito é dado por Ross: “Constitui uma antiga convenção que a única tarefa de um juiz é aplicar a lei existente, e não criar uma lei nova aplicando a anterior às novas

Em síntese, ao falarmos em diversos usos da linguagem, queremos sublinhar que a linguagem jurídica serve a diversos propósitos, nem sempre abertos. O difícil é justamente fazê-los vir à superfície. Assim, frente a qualquer enunciado de uma norma jurídica ou de uma teoria jurídica, devemos, lembra Carrió, fazer as seguintes perguntas:

Que é isso? É uma asserção, isto é, um enunciado que se propõe a descrever um certo estado de coisas? Ou é uma recomendação disfarçada sob a forma de uma asserção, isto é, um enunciado que dissimuladamente trata de exaltar certo estado de coisas “descrevendo-o” com linguagem aprobatória? (...) Ou é uma definição que simplesmente recorre ao uso central ou típico de um vocábulo? Ou é uma definição persuasiva, isto é, um recurso técnico que o autor emprega para fazer com que o leitor aprove suas teses, colocando-as sob o manto protetor de alguma palavra rica em carga emotiva e pobre em significado descritivo? Ou é outro tipo de asserção ou de definição, caracterizado pelo uso de afirmações paradoxais que não têm outro fim senão o de sublinhar algo importante que até então os teóricos haviam ignorado?³⁵

Carrió³⁶ dá-nos um exemplo de como controvérsias jurídicas escondem, no fundo, problemas de linguagem: há muito que se discute em torno da afirmação de que “juízes criam direito”. Para o autor, equivoca-se quem pensa que o enunciado é usado, aqui, no sentido descritivo. Na verdade, não se pretende, com a polêmica, fornecer uma informação sobre o que, de fato, fazem os juízes; antes, o que se busca é suscitar ou promover certas reações. A discussão, propriamente, é sobre se os juízes *devem* ou não criar direito. Nesse jogo discursivo, naturalmente que o significado emotivo de palavras como “criar” e “direito” entram em cena.

INCERTEZAS SIGNIFICATIVAS

É possível que, em uma determinada situação, estejamos certos dos usos linguísticos empregados. Isso, por si só, elimina qualquer outro problema de linguagem? Não. “Os termos da linguagem natural apresentam de um modo geral, ao nível de sua significação de base, algumas características de sua estrutura designativa e denotativa que, por si só, determinam a impossibilidade de

condições. Mas qualquer um que tenha algum conhecimento real do funcionamento dos tribunais, especialmente os juízes mesmos, sabe que os tribunais têm parte na modificação da lei. (...) Apesar de tudo, os juízes nunca admitem abertamente que a referida convenção seja quebrada. Quando, de fato, um juiz cria uma nova lei, ele *pretende em seus atos* (em seus atos verbais, isto é, usando o artifício legal em questão) que a lei não tenha mudado. (...) O juiz faz crer que ele não está mudando a lei, ainda que, de fato, o está, e sabe que o está.” (ROSS, Alf. *Lógica de las normas*, p. 39).

³⁵ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 26.

³⁶ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 105-114.

uma significação plena”.³⁷ Desse modo, ainda que cientes do propósito (diretivo) utilizado pelo legislador ao estatuir uma norma que obriga todos a se recolherem em suas casas à noite, podemos nos questionar: a quem se quer referir ao empregar a palavra “todos”? Os mendigos também estariam obrigados a deixar as ruas? Em que momento começa a noite? Às dezoito, dezenove horas?

Assim, estamos inexoravelmente às voltas com certas incertezas significativas de dois tipos: designativas (ou conotativas) e denotativas.³⁸ Por conotação, devemos entender o conjunto de caracteres ou propriedades que predicamos a uma palavra, de modo a constituir a sua *intensão*. Por denotação, referimos ao conjunto de objetos que, por exibirem as mesmas características ou propriedades, são compreendidos por uma mesma palavra, constituindo a sua *extensão*. Em resumo, nas palavras de Carrió, “as palavras têm um significado denotativo ou extensão (o conjunto de objetos aos quais se as aplica) e um significado conotativo ou intensão (as propriedades em virtude das quais aplicamos a certos objetos uma mesma palavra)”.³⁹

Os problemas aparecem porque nem sempre o campo de aplicação de uma palavra está definido ou porque ela não é usada para designar, em todos os contextos, as mesmas propriedades: ao primeiro caso damos o nome de vagueza (ou incerteza denotativa); ao segundo, de ambiguidade (ou incerteza designativa).

O problema da ambiguidade aparece, por exemplo, nas seguintes situações: i) *homonímia*: sob um mesmo rótulo ou significante, veiculamos propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos diversos (manga é termo ambíguo porque designa tanto uma fruta quanto uma parte do vestuário); ii) *polissemia*: um mesmo termo designa um conjunto de significados designativos conectados de maneira metafórica ou figurativa (podemos falar de uma cor clara e de uma ideia clara).

A vagueza, de seu turno, acontece, conforme referido, quando se tem dificuldade em aferir precisamente o campo de aplicação de uma determinada palavra. Para compreendê-la, podemos pensar em três zonas de aplicação da palavra: a) zona de intensa luminosidade; b) zona de total escuridão; e c) zona de penumbra. A primeira indica existir casos em que não há dúvida de que a palavra se aplica; a segunda, casos em que não há dúvida de que a palavra *não* se aplica; a terceira, por fim, casos em que não se sabe, com certeza, se a palavra se aplica ou não. É nessa última zona que se verifica o fenômeno da vagueza. Um dos exemplos mais comuns para explicitar essa situação é a do termo “calvo”. Um indivíduo que não tenha um fio sequer de cabelo na cabeça é, sem dúvida, calvo.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 76.

³⁸ Os delineamentos a seguir encontram-se em: SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, p. 31-35; CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 28; WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 76-79.

³⁹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 28.

Aquele, de seu turno, que carrega consigo uma enorme cabeleira não pode, é certo, ser chamado de calvo. Mas e aquele que, apesar de não ser cabeludo, possui uns fios aqui e outros acolá? Essa é a situação de penumbra ou incerteza que caracteriza a vagueza: “não há um ‘calvômetro’ apto para decidir quantos cabelos deve um homem perder para ser chamado ‘calvo’”.⁴⁰

Caso admitamos, no entanto, que existem muitas palavras que utilizamos, sem que haja qualquer dúvidas quanto à sua aplicação, ainda assim, não obstante, podemos dizer que continuam apresentar um aspecto de vagueza, embora noutro sentido. É que o fato de não serem *atualmente* vagas não retira o seu caráter *potencial* de apresentar vagueza. A essa característica Waismann deu o nome de “textura aberta da linguagem”, que decorre da circunstância de que, ainda que pretendamos esgotar o critério de aplicação de uma palavra, nunca o conseguiremos: “Não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir *todos* os casos possíveis, pela simples razão de que não podemos prever todos os casos possíveis”.⁴¹

Compreendido isso, não é preciso muito esforço para se concluir que o direito está recheado de palavras ambíguas e vagas, a começar pelo próprio termo “direito”: de um lado, “ele é denotativamente vago, porque tem muitos significados (extensão)”; de outro, “ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa”.⁴²

Os caracteres da vagueza e da ambiguidade trazem problemas particulares para o direito. Por algum tempo, pretendeu-se que, ao se fixar, por escrito, normas gerais, estar-se-ia, por conseguinte, a tornar segura a orientação dos cidadãos e dos aplicadores do direito. A ideia de legalidade e tipicidade⁴³ representam bem esse ideário, que, sem ser colocado em pauta, continua presente no senso comum teórico dos juristas. Ora, se se admite que, por mais que se tente tornar técnicas as palavras da linguagem natural, haverá sempre zonas de incertezas significativas, atual ou potencial, cai por terra os mitos liberais da segurança e da certeza.

Isso tem repercussões imediatas no campo da interpretação jurídica. Haverá, é certo, em boa parte das situações, casos típicos, que, por terem sido previstos pelo legislador e inscritos num texto legal, serão de fácil solução, quando, então, o papel do interprete será o de *descobrir* um sentido já existente na norma. Outros casos, porém, por serem atípicos ou marginais (isto é, estão situados numa zona de penumbra), exigirão do intérprete uma postura mais ativa, no sentido de *adjudicar* um sentido inexistente ou que, ao menos, se encontrava em estado

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 77.

⁴¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 36.

⁴² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 38.

⁴³ Alguns chegam mesmo a advogar a concepção de uma tipicidade cerrada, numa tentativa de controlar ainda mais as palavras da lei.

latente.⁴⁴ Assim, fica evidente, a essa altura, nos dizeres de Hart,⁴⁵ que “a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta”, problema que não pode ser resolvido definitivamente nem mesmo pelos cânones interpretativos, embora possam minorá-lo: “esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação.”

O que se tem, em resultado, é que dilemas jurídicos estão sempre envolvidos por problemas linguísticos. Resta-nos ver mais de perto em que medida problemas jurídico-linguísticos são também problemas de poder, ou, em outras palavras, como o poder atravessa o direito pela linguagem.

DIREITO, LINGUAGEM E PODER

As análises feitas até aqui nos dão conta das perplexidades que a manifestação do direito pela linguagem acarreta. Afinal, o direito, ao traduzir-se em linguagem, transforma, como temos repetido, problemas jurídicos em problema linguísticos. De que modo, porém, concretamente, não obstante os “defeitos” da linguagem, algumas significações são postas e outras excluídas? Essa questão traz para a relação direito/linguagem um novo componente: o poder.

Quando examinamos a relação entre direito, linguagem e poder, ultrapassamos o terreno do enunciado (concebido como simples sequência de palavras tomada desde um ponto de vista estático) e da enunciação (restrito ao plano da fala) para adentrar ao mundo dos *discursos*. O discurso é pensado, aqui, de maneira ampla, de modo a abranger o processo de enunciação dos enunciados, sem descurar, contudo, dos influxos extralinguísticos que nele adentram e o condicionam.⁴⁶ Assim, releva refletir sobre a “formação discursiva dos discursos”, ou seja, sobre aquilo que Warat chama de “condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham uma dada significação e não

⁴⁴ Vale salientar, aqui, que é antiga a discussão quanto à possibilidade ou não de os juízes criarem direito. Bobbio, por exemplo, nos mostra que os redatores do projeto do Código Civil de 1804, o Código Napoleônico, tinham como evidente que, em certos casos, quando a lei civil não previsse certa matéria ou não a disciplinasse com precisão, o papel ativo do juiz na solução do caso seria inevitável. A essa concepção, no entanto, não correspondeu a dos primeiros intérpretes do Código, representantes da Escola da Exegese, que pregavam uma postura passiva do intérprete, em obediência ao princípio da onipotência do legislador, que teria previsto a solução para todos os casos. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73-89. A discussão, hoje em dia, tem enorme relevância e tem merecido a atenção de importantes filósofos do direito, como é o caso de Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203.

⁴⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 164-165.

⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 81-84.

outra”.⁴⁷ Por esse ângulo, problemas de ambiguidade, de vagueza, de estereotipação, entre outros, não se apresentam simplesmente como querelas jurídico-linguísticas, mas políticas.⁴⁸ Em outras palavras, o que se deve assentar é que, no final das contas, o privilégio de determinadas significações jurídicas sobre outras é fruto, sobretudo, de um exercício de poder.

Não é nossa intenção, aqui, examinar exaustivamente como se dá esse controle político de significações. Basta-nos salientar que ele pode ser compreendido como prática daquilo que Pierre Bourdieu denomina de *poder simbólico*.⁴⁹

Bourdieu salienta que, no interior do campo jurídico, instaura-se uma disputa em torno do monopólio de dizer o direito, isto é, uma concorrência que visa ao monopólio do poder de apropriar a força simbólica existente nos textos jurídicos em estado potencial.⁵⁰

As decisões jurídicas, que implicam a seleção de determinadas significações com exclusão de outras, devem aparecer como resultado necessário da obediência a um processo codificado de resolução de conflitos. Tudo deve proceder como se a luta em torno do poder de dizer o direito e a sua resolução ocorresse em quadros estritamente racionais, dentro dos quais a linguagem da pessoalidade e a linguagem dos interesses particulares não têm cabimento. Daí o emprego de vários recursos, como os da *apriorização*, da *neutralização* e da *universalização*.⁵¹ Dessa forma, a lide pelo controle do poder simbólico suscita um trabalho científico de racionalização jurídica, fazendo com que o sistema de normas jurídicas apareça como fundamentado e construído coerentemente, o que contribui para dissimular as relações de força que lhe subjazem.

A luta pelo poder simbólico não se dá, contudo, entre adversários materialmente iguais. As *armas* simbólicas variam na proporção da desigualdade das competências técnicas e sociais, que os coloca em um patamar de desequilíbrio na exploração do “espaço dos possíveis”. Pierre Bourdieu critica, aqui, o fato de o trabalho de racionalização do direito contribuir decisivamente para a *eficácia simbólica* de certas interpretações prevaletentes, que passam a ser ignoradas naquilo que têm de arbitrário e admitidas como legítimas. A impressão, por exemplo, da necessidade lógica do argumento apresentado pelo juiz coloca em segundo plano a justiça do conteúdo da decisão. Ela parece não decorrer da vontade pessoal do magistrado, da sua visão de mundo ou dos interesses da sua classe, mas de uma *voluntas legis* ou de uma *voluntas legislatoris*.⁵²

⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 84.

⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 101.

⁴⁹ Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 7-15 e 209-354.

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 212-213.

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 214-216.

⁵² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 224-225.

É importante, pois, salientar o papel da dogmática jurídica para o exercício do poder simbólico. Estipulando conceitos e classificações, estabelecendo uma organização das matérias, compatibilizando impropriedades legislativas etc., a dogmática jurídica transforma lutas concretas de poder num jogo, por assim dizer, de meras questões jurídicas, por ela solucionáveis.⁵³ Não é à toa, aliás, que os próprios detentores, em último grau, do poder simbólico (os órgãos do Estado, em especial os juízes) costumam dela se valer, como forma de reafirmar a autoridade que já detinham de ditar significações. A retórica também aparece, nesse contexto, como instrumento essencial para o uso do poder simbólico, já que capaz de persuadir o interlocutor a partir de premissas um tanto quanto problemáticas, apesar de altamente aderíveis.⁵⁴

Para Bourdieu, o direito garante, assim, a legitimidade das suas escolhas à medida que a eficácia simbólica delas é obtida “com a cumplicidade – tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo mais subtilmente extorquida – daqueles que a suportam”.⁵⁵ As interpretações prevalecentes são reconhecidas, desse modo, na medida em que o seu caráter arbitrário é desconhecido ou ignorado, em virtude, em grande parte, do trabalho promovido pelos juristas de construção racional do sistema do direito. Esse trabalho, que Bourdieu denomina de codificação,⁵⁶ suscita a *crença* no caráter neutro e autônomo do direito, cujas soluções, “reveladas” pelos juristas, parecem advir de uma atividade meramente científica.⁵⁷

O que está em jogo, portanto, na luta pelo poder simbólico, na expressão do próprio Bourdieu, é o “monopólio da violência simbólica legítima”.⁵⁸ O poder simbólico, enquanto poder de *violência* simbólica, implica o “poder de constituir o dado pela enunciação”.⁵⁹ A violência inerente ao poder simbólico tem uma natureza especial, não se confundido com a violência da força, se bem que a força esteja nela presente enquanto um elemento oculto. O poder simbólico distingue-se, segundo o autor, por se constituir como um “(...) poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização (...)”.⁶⁰

⁵³ SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”. São Paulo: Cultural Paulista, 1985, p. 208-210.

⁵⁴ SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”, p. 207.

⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 243.

⁵⁶ “Codificar é ao mesmo tempo *colocar em forma e colocar formas*”. (BOURDIEU, Pierre. *Habitus, code et codification. Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 64, p. 40-44, septembre 1986, p. 41) [tradução livre].

⁵⁷ Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 240-245.

⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 12.

⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 14.

⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 14.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Celeste C. Leite Santos, uns dos principais responsáveis pela introdução da ideia de violência simbólica no âmbito jurídico dentro do País, valendo-se, na época, da obra *La reproduction*, escrita por Pierre Bourdieu em parceria com Jean Claude Passeron,⁶¹ procuram explicar essa mobilização dos destinatários, salientando que a imposição dos significados não se confunde com um ato de coação. Quem exerce o poder de violência simbólica não coage, isto é, não age no lugar do outro: isso implicaria levar o poder ao *grau zero*. Pelo contrário, o poder só é exercido porque permite que o outro aja. A ação do outro, não obstante, é controlada: embora existam várias possibilidades de ação, estas são *neutralizadas*, de tal maneira que apenas uma, já selecionada previamente, seja realmente levada em consideração e aceita como a única em tese possível. Poder, nesse sentido, implica *controle* das possibilidades; não é posto contra a vontade, mas a controla antes mesmo que ela se exerça.⁶²

Por fim, não há como negar que o próprio direito, de maneira geral, institucionaliza, ainda, vários mecanismos que reforçam o poder simbólico de certos autores, privilegiando-os em detrimento de outros. É o caso, já referido, dos agentes estatais, em especial os membros dos Poderes, que, pela própria circunstância de exercerem algum tipo de papel político, carregam consigo, de maneira mais ou menos limitada, poder simbólico. Assim, é indubitável que os legisladores, pelo simples fato de poderem produzir normas jurídicas, detêm, por conseguinte, poder de ditar significações. Seu poder simbólico normalmente está protegido por alguns escudos jurídicos, como é o caso, por exemplo, da presunção de constitucionalidade das leis. Também o poder executivo, de algum modo, possui o poder simbólico, à medida que estatui como algumas leis devem ser aplicadas e, *verbi gratia*, aplica sanções em hipóteses que, a seu juízo, há cometimento de infrações administrativas. Mais uma vez, aqui, o direito trata de proteger as significações políticas, ao fazer presumir a legalidade de um decreto ou a veracidade e a legitimidade do ato da Administração. Depois, é incontestável o exercício do poder simbólico pelo Poder Judiciário, a quem a Constituição confere o poder de julgar conflitos e, em última análise, fazer a sua própria interpretação. Ao tornar inquestionáveis certas decisões do Poder Judiciário, também o direito se encarrega de assegurar o exercício legítimo do poder simbólico.

É certo que a separação dos poderes destina-se, em alguma medida, a harmonizar o exercício do poder simbólico entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. De toda sorte, o poder simbólico continua, ainda nos tempos atuais, a

⁶¹ Cf. BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

⁶² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 277-278, 2007; SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*, p. 150-154.

ser exercido com prevalência por essa instituição chamada Estado. É ela, em última instância, portanto, a quem compete, no cenário vigente, a determinar, de modo dominante, o predomínio de algumas significações jurídicas sobre outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação de que, ao fim e ao cabo, significações prevalecentes advêm do poder simbólico exercido pelo Estado nos coloca uma última questão: seriam elas uma realidade inquebrantável ou possibilidades há de rompê-las e inaugurar novas significações? Para nós, a verificação de que significações são produzidas de modo a neutralizar a ação dos indivíduos deve justamente servir de esteio a um desejo de linguagem reprimido. Assim, a compreensão de que determinadas significações se consolidam em detrimento de outras, em razão do emprego do poder simbólico, precisa impulsionar uma atitude crítica dos sujeitos neutralizados, a fim de que passem a agir verdadeiramente livres de qualquer controle. A possibilidade de modificação do cenário instituído perpassa pela transgressão dos significados postos, libertação dos enclausurados e invenção de novos, num processo que deve partir do desvelamento da formação discursiva dos discursos presentes.⁶³ Esperamos que estes *prolegômenos*, além de apresentar alguns traços que enlaçam direito e linguagem numa mesma trama, possam ao menos despertar no interlocutor interesse pelas condições de emergência de um discurso jurídico de liberdade.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. Habitus, code et codification. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 64, p. 40-44, septembre 1986.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3. ed. aument. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶³ Para maiores desenvolvimentos, cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 105-120.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Para sempre e sempre*. 2. ed. Barueri: Minha Editora, 2012.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MENDES, Antonio Celso. *Direito: linguagem e estrutura simbólicas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba; Associação de Ensino Novo Ateneu, 1994.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- Román, Javier Orlando Aguirre. La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, v. 7, n. 13, p. 139-162, enero-junio de 2008.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Tradução de Jose S.-P. Herro. Madrid: Tecnos, 1971.
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, "Allgemeine Theorie der Normen". São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*: cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Tecnos, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007.

Data de recebimento: 28/10/2016

Data de aprovação: 06/12/2016