



Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

PEDRO BARROS NUNES STUDART CORRÊA

O DIREITO COMO PALAVRA
– FILOSOFIAS DA LINGUAGEM, TEORIAS DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

Brasília, outubro de 2022.

PEDRO BARROS NUNES STUDART CORRÊA

O DIREITO COMO PALAVRA

– FILOSOFIAS DA LINGUAGEM, TEORIAS DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia.

Orientador: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

Brasília, outubro de 2022.

FICHA DE APROVAÇÃO

O DIREITO COMO PALAVRA

– FILOSOFIAS DA LINGUAGEM, TEORIAS DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves
Universidade de Brasília
Orientador

Professor Doutor Wálber Araujo Carneiro
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
Universidade de Brasília

Professor Doutor Lenio Luiz Streck
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Brasília, 28 de outubro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação, possivelmente extensa e prolixa, se inicia, curiosamente, com agradecimentos ligeiramente lacônicos.

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe, Aléssia, e ao meu pai, Rodrigo, por terem propiciado todas as condições necessárias para o desenvolvimento dos estudos que eu realizei até aqui. Espero que, de algum modo, o presente trabalho consiga, ainda que em uma intensidade ínfima, servir de possíveis reflexões e inspirações para a construção de um mundo melhor. Assim, também sou grato ao meu irmão, Mateus, pelas suas demonstrações diárias de ações que, na prática, concretizam algumas das idealizações subjacentes aos desafios ora enfrentados.

Nesses últimos anos, marcados em parte pelos distanciamentos acarretados pela pandemia, consegui matar um pouco da imensa saudade que sinto da Universidade de Brasília e que, paradoxalmente, parece ter aumentado. As aulas e atividades remotas foram muito proveitosas, mas não substituem plenamente a sensação de pisar o seu solo com ambos os pés, contemplar a paisagem rente ao lago e conversar com várias das mais interessantes pessoas que ali estudam, trabalham e dialogam. Assim, gostaria de fazer um agradecimento generalizado a todos os seus servidores e servidoras, professoras e professores e alunos e alunas. De maneira mais específica, agradeço às Professoras Debora Bonat e Simone Rodrigues Pinto, ao saudoso Professor Miroslav Milovic e, ainda, aos Professores Alexandre Veronese e George Galindo pelas excelentes aulas às quais tive a oportunidade de assistir ao longo do curso de mestrado.

Ao Professor Marcelo Neves, meu orientador, sou grato não apenas pelos brilhantes ensinamentos a respeito do direito em um mundo cada vez mais complexo, como, principalmente, pelos elogiáveis exemplos de posturas e atitudes críticas, engajadas e combativas perante várias das injustiças que assolam o Brasil. Agradeço ao Professor Wálber Araujo Carneiro, ao Professor Lenio Luiz Streck e, mais uma vez, ao Professor Alexandre Veronese, por terem aceitado gentilmente os convites para participarem da banca examinadora da defesa desta dissertação. Tenho muita admiração por todos esses quatro professores e, por isso, fico muitíssimo feliz e honrado com a composição da banca!

Por fim, sou extremamente grato aos meus amigos e às minhas amigas, sobretudo àqueles e àquelas de longa data. Essas amigadas, certamente, tornaram e continuam a tornar boa parte das experiências da minha vida não só mais prazerosas, agradáveis, divertidas e afáveis, como, também, muito mais significativas.

Que a poderosa peça continue!

RESUMO

O que a virada linguística tem a dizer para o direito? Desde meados do século XX, as teorias do direito têm procurado superar a sua carga metafísica outrora proveniente do direito natural. A formulação de modelos teóricos cada vez mais sofisticados e analiticamente consistentes seria capaz de assegurar a existência de um direito consentâneo com as exigências do assim chamado pensamento pós-metafísico, que marca a filosofia ocidental contemporânea. Ao mesmo tempo, essa tarefa seria empreendida sem o abandono do cerne moral, prescritivo e/ou deontológico que é responsável pela própria significação da ordem jurídica. Contudo, a decisão judicial mostra que, na prática, nem sempre esses arquétipos teóricos se concretizam na dimensão empírica da experiência jurídica. Ao que tudo indica, essa disparidade clama por um esclarecimento filosófico mais acurado acerca da própria linguagem. Por isso, o primeiro capítulo da dissertação será destinado à exposição de algumas das filosofias da linguagem decisivas para o tal giro linguístico – as duas fases do pensamento de Ludwig Wittgenstein, o percurso filosófico de Martin Heidegger, a apreensão crítica da linguagem pela filosofia marxista de Ferruccio Rossi-Landi e, por fim, a perspectiva pluralista e negativa da linguagem na filosofia de Julio Cabrera. O segundo capítulo, permeado pelas reflexões lançadas no primeiro, abordará algumas das teorias do direito de maior relevância e destaque desde a superação do direito natural – o positivismo jurídico de Hans Kelsen e o de Herbert Lionel Adolphus Hart, o pós-positivismo jurídico de Ronald Dworkin, a teoria discursiva e procedimental do direito de Jürgen Habermas, a particular interpretação do direito brasileiro por Marcelo Neves e a tópica jurídica de Theodor Viehweg. No terceiro e último capítulo, serão analisados exemplos de decisões judiciais brasileiras que se utilizam da linguagem jurídica das mais surpreendentes, imprevisíveis e exóticas maneiras possíveis, por vezes pouco assimiláveis de acordo com as principais teorizações atuais sobre o direito. Ao final, será afirmado que a significação deontológica e moral do direito hodierno – no assim designado paradigma do pensamento pós-metafísico – deve, necessariamente, ocorrer por intermédio de uma elucidação mais precisa e escorreita da linguagem – tanto no que se refere às suas perplexidades internas, bem como naquilo que diz respeito às suas abissais e profundas distorções estruturais.

Palavras-chave: direito contemporâneo; filosofias da linguagem; teorias do direito; decisão judicial; virada linguística; pensamento pós-metafísico.

ABSTRACT

What does the linguistic turn have to say for law? Since the mid-twentieth century, theories of law have sought to overcome its metaphysical foundations that were once provided by natural law. The formulation of increasingly sophisticated and analytically consistent theoretical models would be able to ensure that law was now in line with the demands of the so-called postmetaphysical thinking, which marks Western contemporary philosophy. At the same time, this task would be undertaken without abandoning the moral, prescriptive and/or deontological standards that are responsible for the very meaning of law. However, judicial decisions show that, in reality, these theoretical archetypes do not always fulfill themselves in the empirical dimension of legal experience. Apparently, this disparity calls for a more accurate philosophical clarification about language itself. Therefore, this dissertation's first chapter will analyze some of the philosophies of language that were decisive for the linguistic turn – both phases of Ludwig Wittgenstein's thought, the philosophical path trailed by Martin Heidegger, the critical appropriation of language by Ferruccio Rossi-Landi's Marxist philosophy and, finally, the pluralistic and negative perspective towards language in Julio Cabrera's philosophy. The second chapter, driven by the thoughts exposed in the first, will address some of the most relevant and prominent theories of law since the overcoming of natural law – legal positivism in the works of both Hans Kelsen and Herbert Lionel Adolphus Hart, Ronald Dworkin's legal post-positivism, Jürgen Habermas's discursive and procedural theory of law, the particular interpretation of law in Brazil by Marcelo Neves and, at last, Theodor Viehweg's legal topics model. The third and final chapter will analyze examples of Brazilian judicial decisions that use legal language in the most surprising, unpredictable and exotic ways possible, many of which are not easily assimilated by most of law's current theories. In the end, it will be stated that – once again, in the realm of so-called postmetaphysical thinking – law's deontological and moral meaning must necessarily occur by means of a more precise and correct elucidation of language – both in terms of its internal perplexities and in what relates to its abyssal and profound structural distortions.

Keywords: contemporary law; philosophies of language; theories of law; judicial decision; linguistic turn; postmetaphysical thinking.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A LINGUAGEM APRESENTADA	9
1. A LINGUAGEM INVESTIGADA: AS FILOSOFIAS DA LINGUAGEM	16
1.1. Algumas palavras sobre a linguagem	16
1.2. Linguagem, mundo e lógica – a primeira fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein	20
1.3. A fase tardia da filosofia de Wittgenstein – a linguagem é apenas linguagem.....	26
1.4. Ser, tempo e poesia – algumas reflexões em torno da filosofia de Martin Heidegger	35
1.5. E se o giro linguístico for simplesmente uma volta de trezentos e sessenta graus?	43
1.6. A palavra colocada no banco dos réus – a filosofia marxista da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi.....	49
1.7. A filosofia pluralista e negativa da linguagem de Julio Cabrera – o rio e as suas margens	58
2. A LINGUAGEM PROCESSADA: AS TEORIAS DO DIREITO.....	67
2.1. A palavra direito.....	67
2.2. A linguagem engessada do positivismo jurídico?	71
2.3. A rígida flexibilidade do pós-positivismo jurídico de Ronald Dworkin e algumas outras ironias.....	81
2.4. As palavras regulam as palavras – a teoria procedimental e discursiva do direito de Jürgen Habermas	91
2.5. A interpretação do caso brasileiro por Marcelo Neves	100
2.6. A tópica jurídica de Theodor Viehweg como jogo de linguagem.....	112
Excursão – direito e internet imersos na linguagem real de um mundo virtual	121

3. A LINGUAGEM CONDENADA: A DECISÃO JUDICIAL	129
3.1. As palavras à procura da decisão correta	129
3.2. Ou talvez baste qualquer decisão correta	136
3.3. E na prática? Os limites da linguagem em um mundo sem limites...	143
<u>3.3.1. O ministro Luiz Fux em algum país das maravilhas</u> <u>– um breve contraste entre as decisões da Ação Originária nº 1.773/DF</u> <u>e a do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC</u>	146
<u>3.3.2. O caso do Recurso Especial nº 1.278.009/MG – um quadrado circular</u>	152
<u>3.3.3. A princípio, a regra prevalece – mas, em regra, esse não</u> <u>é um princípio absoluto – ou vice-versa – o voto do ministro</u> <u>Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 126.292/SP</u>	160
<u>3.3.4. A literalidade ideológica da linguagem jurídica – o acórdão da</u> <u>Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento no</u> <u>Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP</u>	166
<u>3.3.5. A linguagem é apenas linguagem e, ao mesmo tempo, tudo</u> <u>parece ser só uma questão de linguagem – as decisões colegiadas do plenário do</u> <u>Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por</u> <u>Omissão nº 26/DF e no Mandado de Injunção nº 4.733/DF</u>	174
 NOTAS CONCLUSIVAS E CONSIDERAÇÕES FINAIS:	
A LINGUAGEM RECORRE?	182
 Bibliografia	187
 Jurisprudência citada	190
 Músicas citadas	193

INTRODUÇÃO: A LINGUAGEM APRESENTADA.

“Nós não lemos e escrevemos poesia porque é bonito;
Nós lemos e escrevemos poesia porque pertencemos à raça humana!
Que a poderosa peça continue!
E você pode escrever um verso;
Qual seria o seu verso?”¹

Qual seria esse verso?

Aquilo que pode ser expresso pela linguagem sempre transita entre um dilema que vai de um extremo até outro. Por um lado, o papel em branco aceita praticamente tudo. Por outro, a quantidade magnânima de obras já escritas em linguagem louvável, coerente e concatenada parece sugerir que o silêncio talvez seja a opção mais apropriada.

De maneira mais específica, o direito também transita por diversas tensões de polos opostos que, de algum modo, se relacionam a essas questões linguísticas. Seja no embate entre a política e a justiça, entre a adequação social do direito e a necessidade de segurança jurídica, entre o postulado majoritário da democracia e o respeito inegociável a padrões deontológicos mínimos, a profusão desses conflitos parece mostrar que esses entraves não ocorrem apenas *por meio* da linguagem – ocorrem *na própria* linguagem. Mais do que isso – exigem uma linguagem que seja flexível o suficiente para adaptar-se às imprevisibilidades de um mundo cada vez mais complexo e caótico e, ao mesmo tempo, firme o bastante para que o direito não seja significado de qualquer maneira, através de arbitrariedades ou casuísmos pouco condizentes com o seu cerne.

Particularmente em relação a algumas das perplexidades que intrigam ao menos algumas e alguns dos juristas dos tempos atuais, há um certo abismo entre teorias do direito que descrevem e prescrevem uma ordem jurídica racional, coesa e articulada e a prática decisória e concreta de aparatos jurisdicionais que, em muitos aspectos, foge escancaradamente aos padrões e critérios desses arcabouços teóricos. O mais curioso é que, no próprio acontecer desses fenômenos e de seus descompassos, a linguagem jurídica das teorias do direito e das decisões judiciais é a mesma e, concomitantemente, também é outra, inteiramente distinta.

Na decisão judicial – ou ao menos em algumas decisões judiciais do cenário brasileiro contemporâneo – a prática jurídica consegue, de modo inusitado, significar as normas jurídicas

¹ NAPALM, Atentado; BC1, Coruja; SAPIÊNCIA, Rincon; XAMÃ; SANT; RASHID. *The Cypher Respect*, Vol. 2. São Paulo: Lado Sujo da Frequência, 2017. O trecho aqui citado, que introduz a canção, é uma referência a uma cena do filme “Sociedade dos Poetas Mortos”, de 1989, dirigido por Peter Lindsay Weir, e cujo roteiro é de Thomas H. Schulman, ambos australianos. Nessa cena do filme, John Keating – protagonista interpretado pelo ator estadunidense Robin Williams – faz alusão a um poema intitulado “Ó, eu! Ó, vida!”, do ensaísta, jornalista e poeta, também estadunidense, Walt Whitman, publicado no século XIX.

e as palavras que compõem essas normas para expressarem exatamente o contrário daquilo que, a princípio, uma leitura relativamente trivial dessas disposições normativas sugeriria. Para um advogado brasileiro qualquer, a apreensão dos malabarismos linguísticos empreendidos por decisões judiciais parece ser, muitas vezes, uma medida mais oportuna e efetiva do que o estudo sério e empenhado de doutrinas, teorias e análises consistentes e críticas do direito.

Mas nem tudo deve ser invariavelmente assimilado em tom pessimista ou depreciativo. A prática como advogado também propicia a percepção de um outro fenômeno assaz instigante. Quando um ou uma profissional do direito resolve ler a íntegra de um processo – com o particular estilo de redação de cada um dos advogados que ali protocolam peças processuais, das juízas que ali proferem decisões – parece que uma peculiar linguagem *daquele* litígio judicial é trazida à tona. Não bastasse isso, a juntada de documentos, fotografias, tabelas e figuras acarreta consigo a exigência por algum vocabulário próprio para externar o que esses elementos não de significar naquele caso concreto. A leitura integral dos autos de uma ação judicial qualquer é, de alguma maneira, um mergulho na vida do que é retratado naquele processo. A pitoresca combinação de palavras e a inesperada repetição de determinadas expressões linguísticas nessas contendas judiciais são singularidades que nenhuma teoria do direito parece conseguir explicar, ou ao menos não de forma plena e satisfatória.

Em uma dimensão mais abstrata, conceitual e aberta, a discrepância entre esses aportes teóricos e a materialização concreta da linguagem jurídica nas decisões judiciais provoca a necessidade de haver um norte reflexivo a respeito do próprio estado da arte dessas teorizações e, sobretudo, do contraste entre esse paradigma com o tal pensamento pós-metafísico que tem pretensamente marcado a filosofia ocidental desde os primórdios do século XX.

A linguagem é o único elemento do qual os seres humanos dispõem para que teorias sejam arquitetadas. A linguagem descreve, explicita, designa, clarifica e, em suma, dá sentido àquilo que, de algum modo, *é*. Mais precisamente no tocante ao direito, somente a linguagem pode explanar o que a ordem jurídica *é* – e, além disso, o que a ordem jurídica determina que *deve ser*. Sob esse enfoque, uma elucidação mais acurada da linguagem é imprescindível.

Mas a linguagem também engana, distorce, deturpa e manipula. A linguagem tem as incríveis capacidades de dizer através do não dito e, ao contrário, de não dizer o que está ali dito. Caso isso seja compreendido com atenção e cuidado, será possível constatar que a distância entre as teorias do direito e a sua prática concreta – que, ao menos na sociedade ocidental hodierna, tem a decisão judicial como sua instância e seu momento de destaque – só pode ser adequadamente esclarecida a partir de um exame mais minucioso e esmerado acerca da própria linguagem.

Por isso, os três objetos precípuos abordados neste trabalho são as filosofias da linguagem, as teorias do direito e a decisão judicial. Obviamente, nenhum desses elementos é algo estanque, unívoco e delimitado com contornos irretocáveis ou sequer razoavelmente bem definidos. A ideia primordial é a de que, por meio da exposição de alguns dos aparatos que parecem constituir as noções mais decisivas e influentes de cada um desses três domínios, sejam possibilitadas profícuas reflexões teóricas, filosóficas e práticas não apenas sobre cada uma dessas searas, como, principalmente, sobre as possíveis relações entre todos esses âmbitos.

O primeiro capítulo será destinado, pois, às filosofias da linguagem, mormente àquelas que são comumente tidas como as responsáveis pelo giro linguístico que forneceu boa parte dos sustentáculos do assim chamado pensamento pós-metafísico.

Após algumas advertências preliminares em torno da própria linguagem, a filosofia de Ludwig Wittgenstein – em razão da sua centralidade para as filosofias da linguagem que foram desenvolvidas posteriormente às suas primeiras influências – será analisada nos dois tópicos seguintes do capítulo. Como a filosofia desse pensador austríaco é, geralmente, dividida em duas fases – muito distintas entre si – haverá a devida separação das noções e acepções fulcrais de cada uma das etapas do pensamento desse filósofo. Em seguida, e apesar de estar fundada em uma tradição muito diferente daquela de Wittgenstein, a filosofia de Martin Heidegger, desde os primórdios de suas preocupações ontológicas, hermenêuticas e existenciais até a sua tal fase poética, será indicada como contribuição oportuna para os propósitos desta dissertação, e isso notadamente em virtude de seu explícito enfrentamento à metafísica impregnada na filosofia ocidental e, ainda, da acentuada ênfase conferida, no pensamento desse autor alemão, à linguagem. A partir disso, um artigo filosófico do pensador estadunidense Richard Rorty servirá de estímulo para aproximações e distanciamentos interessantes entre as trilhas filosóficas de Wittgenstein e de Heidegger. Ao sugerir que o austríaco e o alemão percorreram, ao longo de suas trajetórias, caminhos de direções idênticas e, porém, de sentidos opostos, o artigo de Rorty fomenta reflexões importantes a respeito da própria linguagem. O principal recado da virada linguística parece ser o de que a linguagem é, afinal de contas, apenas linguagem. Para o filósofo pragmatista estadunidense, isso jamais deve ser interpretado como motivo para colocá-la em uma posição de superioridade ontológica ou epistemológica, típica das filosofias ocidentais anteriores, quase todas alicerçadas em algum tipo de metafísica.

Contudo, escancarar o caráter somente linguístico da linguagem ainda não parece ser o suficiente. O giro linguístico é só o ponto de partida para travessias muito mais árduas e desafiadoras. Se a linguagem *pode* ser exaltada pelas suas potencialidades criativas, ela também *deve* ser criticada por conta de seus ardilosos esquemas manipuladores e de sua refinada

capacidade de naturalizar e neutralizar profundas injustiças, das mais variadas estirpes. Atento a isso, o trabalho formulará breves digressões sobre a filosofia marxista da linguagem do pensador italiano Ferruccio Rossi-Landi, particularmente no que diz respeito à inventiva apropriação que esse filósofo faz da fase tardia do pensamento de Wittgenstein. Esses comentários sobre as perspectivas marxistas das filosofias da linguagem serão assimilados como uma ponte para a filosofia pluralista e negativa da linguagem de Julio Cabrera, filósofo argentino que, ao debruçar-se com elegância e rigor metodológico acerca das mais diversas tradições das filosofias da linguagem – quais sejam, as analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas – consegue fornecer um formidável panorama filosófico que, muito embora não seja exaustivo, é amplo e robusto o bastante para permitir interessantes reflexões e questionamentos filosóficos sobre as teorias do direito e, primordialmente, sobre as linguagens utilizadas para erigi-las.

Assim, o segundo capítulo será voltado à abordagem de algumas das mais destacadas teorias do direito da atualidade. Na medida do possível, essas teorizações serão destrinchadas à luz do que foi advertido pelas filosofias da linguagem ressaltadas no primeiro capítulo. É que “direito”, assim como qualquer outra, é só uma palavra e, como tal, é possível lançar algumas reflexões a partir dessa constatação. Depois dessa parte introdutória do capítulo e, como recorte histórico e epistemológico tido como adequado, o positivismo jurídico será o primeiro modelo teórico examinado nessa parte da dissertação, em razão de seu rechaço à carga metafísica ínsita ao direito natural. Em especial, os modelos desenvolvidos nas obras de Hans Kelsen e de Herbert Lionel Adolphus Hart – ambos usualmente apontados como tanto o ápice quanto o esgotamento desse paradigma teórico do direito – serão devidamente analisados, e isso também por conta da explícita menção, nesses aportes teóricos, a algumas das perplexidades provenientes da linguagem – muitas vezes negligenciadas pelo senso comum e até mesmo por algumas teorizações de juristas dos tempos hodiernos. Algumas dessas má compreensões também subsistem na passagem do positivismo para o tal pós-positivismo jurídico, sobretudo na obra do jurista estadunidense Ronald Dworkin. Afora isso, o específico debate acadêmico travado entre Hart e Dworkin possibilita interessantes apontamentos acerca do contraste entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo jurídico desse autor estadunidense e, ainda, das distintas formas pelas quais ambos esses arcabouços teóricos lidam com a linguagem.

Ainda no segundo capítulo, a teoria procedimental e discursiva do direito do filósofo e sociólogo Jürgen Habermas parece ser a primeira que – pelo menos explicitamente – assume os desafios de significar o cerne deontológico, prescritivo e moral do direito na areia movediça do solo pós-metafísico acarretado pela virada linguística. Entretanto, os aportes de Habermas

parecem problemáticos por serem, em alguns de seus aspectos centrais, muito próximos de categorias transcendentais da metafísica de Immanuel Kant. Ademais, em países como o Brasil, as teorizações desse filósofo são, na melhor das hipóteses, promessas idealizadas que nunca são satisfatoriamente cumpridas na prática. Também por esse motivo, o modelo do jurista brasileiro Marcelo Neves será examinado a partir desse relevante enfoque – o de significar a linguagem jurídica em observância às complexas e delicadas dinâmicas que são marcantes nos sistemas jurídicos de nações periféricas no contexto atual da sociedade mundial. As reflexões críticas suscitadas por esse pensador brasileiro, consideravelmente inspiradas pelas teorizações do sociólogo alemão Niklas Luhmann, são, a despeito disso, aptas a colocar em xeque alguns dos pressupostos básicos da própria teoria dos sistemas. Ao falar sobre o direito brasileiro, Neves também diz algo a respeito do próprio mundo como um todo.

Malgrado seja consideravelmente mais simples que as demais, a teoria do direito de Theodor Viehweg, plasmada na tópica de Aristóteles, será a última abordada no segundo capítulo. A ideia é a de que esse jurista alemão esteve próximo de ao menos tentar arquitetar uma teoria do direito consentânea com as descobertas fornecidas pelas filosofias da linguagem do início do século XX, e só não foi capaz de fazê-lo pela contingência histórica de algumas poucas décadas de distância temporal, que parecem ter separado essas filosofias de seu modelo tópico do direito. Ao final do segundo capítulo, será tecido um lacônico excuro, adstrito às importantes relações que, na era digital, ocorrem entre o direito e a internet. O ciberespaço, comumente pensado como um mundo virtual inteiramente diferente daquele formado pela realidade concreta do mundo, também está, juntamente com o direito, mergulhado em uma dimensão absolutamente inafastável – a linguagem.

Por último, o terceiro capítulo tem como objeto a decisão judicial propriamente dita. Pelo menos no atual estado paradigmático das teorias do direito, a decisão judicial constitui o momento privilegiado da linguagem jurídica. A princípio, a aleatoriedade caótica da vida mundana e as pretensões normativas do caráter deontológico do direito encontrar-se-iam na decisão judicial, a qual, de alguma forma, conseguiria traduzir as complexas e sensíveis disputas da facticidade em acertos normativos que, se não forem indefectíveis, seriam ao menos provisoriamente corretos. A tese da única resposta correta de Dworkin e a sua apreensão por um ponto de vista lastreado nas filosofias da linguagem inaugurarão esse capítulo. Em sequência, os padrões assinalados pela teoria discursiva e procedimental do direito de Habermas serão salientados como a derradeira tentativa de a decisão judicial ser preenchida com algum conteúdo de racionalidade e correção moral.

Todavia, na prática, acontece exatamente o contrário. Decisões judiciais distorcem facilmente as palavras que compõem a linguagem das normas jurídicas. Em especial, serão analisados cinco contextos recentes da conjuntura judicial brasileira, todos permeados por excêntricas interpretações elaboradas por criativas e inquietantes decisões judiciais.

Inicialmente, serão destrinchadas as decisões unipessoais prolatadas pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na discussão sobre a parcela do auxílio-moradia. Essas decisões parecem mostrar que, na decisão judicial, a linguagem tem o peculiar talento de trivializar discussões que, ao menos em uma leitura mais atenta dessas questões, não deveriam ser tratadas como tão óbvias, mormente se comparadas com aspectos que, em uma demanda judicial deveras similar, de relatoria do próprio ministro Luiz Fux, não chegaram nem ao menos perto de serem banalizadas dessa mesma maneira. Mas esse não é o maior problema da linguagem jurídica. Na decisão judicial, a linguagem tem o potencial de externar praticamente qualquer coisa. Dizer que o vermelho é azul não faz qualquer sentido e, ainda assim, é possível afirmar algo desse jaez. Nessa toada, a segunda decisão abordada será uma do ano de 2017, na qual a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, incompreensivelmente, asseverou ser ilícita uma lei – sem que fosse preciso declará-la inconstitucional. Um quadrado jamais será circular e, não obstante, na linguagem, é possível juntar ambas as palavras e, assim, formar um “quadrado circular”. As teorias do direito não devem menosprezar essa pitoresca habilidade da linguagem, que, na decisão judicial, por vezes é utilizada.

Em uma linguagem aparentemente mais técnica, o voto exarado pelo ministro Luís Roberto Barroso em um caso de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, reviu o seu anterior entendimento acerca da possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do seu trânsito em julgado, é um exemplo de como, por dentro, a linguagem jurídica consegue corroer a lógica de seu sistema. Regras e princípios, antes de qualquer outra coisa, são, igualmente, palavras. Por isso, na linguagem, é possível transformar, de um lado, regras aplicáveis em princípios afastáveis e, do outro, princípios relativizáveis em regras absolutas. O sistema de regras e princípios, crucial para a coesão do ordenamento jurídico da contemporaneidade, fica à mercê da inventividade de artifícios da linguagem jurídica.

Curiosamente, esses saltos ornamentais da linguagem não são averiguados em algumas das circunstâncias nas quais parece ser mais conveniente a simples aplicação literal do direito – e seja lá o que a palavra “literal” quer dizer. A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em um atualíssimo debate a respeito das novas dinâmicas laborais na era da modernidade digital, preferiu enforçar essas reivindicações trabalhistas no curtíssimo espaço de interpretações congeladas e petrificadas. Essa decisão é somente um exemplo de como,

provavelmente, a linguagem jurídica contém em si graves e perturbadoras e rupturas discursivas – frisadas na filosofia marxista da linguagem de Rossi-Landi e, outrossim, na filosofia pluralista e negativa de Cabrera – as quais bloqueiam, pelo menos em parte, o avanço de pautas emancipadoras por intermédio do ordenamento jurídico. Por fim, uma recente decisão colegiada do plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida no caso da criminalização de condutas violentas e/ou agressivas contra pessoas homossexuais, bissexuais, transexuais e/ou travestis, parece revelar que a linguagem jurídica não apenas ressignifica os seus próprios conceitos, como, também, as regras dos jogos de linguagem atinentes a esses esquemas interpretativos e linguísticos. Os desdobramentos desses fenômenos, em síntese, indicam que “limite” também é só outra palavra que, do mesmo modo, pode ser tratada como tal pelas decisões judiciais.

Nas notas conclusivas e considerações finais do presente trabalho, serão realçadas três principais reflexões filosóficas alusivas às relações entre filosofias da linguagem, teorias do direito e decisão judicial. Para que a leitura não seja possivelmente frustrada, essas conclusões não serão antecipadas nesta introdução. De qualquer forma, cabe ressaltar que, em um ambiente supostamente já pós-metafísico, o direito deve enfrentar as intensas dificuldades circunscritas à formulação de critérios, padrões e parâmetros morais e/ou deontológicos sem o auxílio das certezas anteriormente propiciadas por categorias filosóficas transcendentais.

Além disso, esta dissertação pode ser apreendida em tom de anedota. Alguém cometeu um crime. O direito, intrigado com a distância que separa as suas teorias da prática de suas decisões, resolveu investigar a sua própria linguagem como a possível mentora intelectual desse delito. Após ser minuciosamente investigada, a linguagem, amparada pelo devido processo legal, apresenta, sob o rótulo de teorias do direito, a sua defesa com relação às acusações que lhe foram imputadas. Posteriormente a uma alongada instrução processual e probatória, a linguagem é condenada. O crime perpetrado consiste, basicamente, em uma espécie de estelionato epistemológico. Nas teorias do direito, a linguagem prometera uma coisa. Na prática de suas decisões judiciais, entregou algo radicalmente diferente.

Mas o trabalho terminará na primeira instância. Até aqui, houve somente cerca de um século de virada linguística – o que talvez ainda seja muito pouco em comparação com toda a história anterior do pensamento ocidental. A linguagem ainda tem a possibilidade de recorrer e, quiçá, no futuro, oferecer um vocabulário mais apropriado para esses instigantes e delicados dilemas que perpassam o direito contemporâneo e, em especial, a sua significação deontológica em um mundo cada vez mais imprevisível, multifacetado, dinâmico e complexo.

Que seja primeiramente dito, então, algo a respeito da linguagem. Depois, a própria linguagem terá a oportunidade de dizer o que quiser.

1. A LINGUAGEM INVESTIGADA: AS FILOSOFIAS DA LINGUAGEM.

1.1. Algumas palavras sobre a linguagem.

“A linguagem é um labirinto de caminhos. Você se aproxima de *um* dos lados e sabe bem o seu caminho pela trilha; você se aproxima do mesmo lugar por um outro lado e já não reconhece mais o caminho.”²

Como começar a falar daquilo que, de antemão, já deve-se pressupor para que a digressão seja possível?

Esse raciocínio vale para os aspectos mais enigmáticos e significativos da vida – tais como a razão, a existência humana e, em suma, a própria a realidade. Mas vale, sobretudo, para o meio que possibilita a apreensão desses dilemas – a linguagem.

Não existe algo como uma metalinguagem, um elemento com o distinto condão de esclarecer a correição ou os equívocos de uma determinada linguagem, de quaisquer linguagens ou, enfim, da própria linguagem.³ Talvez por isso – e também por outros motivos que serão apontados no decorrer deste capítulo – a filosofia ocidental, a partir da primeira metade do século XX, passou a conceber a linguagem como a protagonista de suas reflexões.

A linguagem tem os seus mistérios. Ela descreve, designa, demonstra, explica e explicita. Porém, a linguagem também engana, ofusca, ilude, distorce e ludibria. Afora isso, a linguagem extrapola as categorias do que pode ser tido como verdadeiro ou falso – ela diverte, encanta, fascina e até mesmo enfeitiça. Do outro lado, há a repulsa, o nojo, a aversão, o medo e o trauma, todos igualmente em algum tipo de contato com a linguagem. Aquilo que não é exatamente verdadeiro, mas correto, também só pode ser intermediado por alguma linguagem. Todos os dias pessoas são assassinadas e nem por isso a linguagem deixará de ressaltar o caráter imoral, antiético e/ou ilícito dessas atitudes. A linguagem possui uma extensão formidável, que vai do rigor lógico e analítico da matemática aos fluxos soltos e imaginativos da poesia.⁴

Esses não são, ainda, os seus limites. A linguagem não somente veicula ou faz referência a fatos. A linguagem também cria, inventa e constitui. Novas linguagens, de certa

² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. Essa obra é organizada em parágrafos concatenados entre si, os quais são referidos pelo símbolo “§§” – “parágrafos” – ou, no singular, “§” – “parágrafo”. A passagem reproduzida acima consta no § 203 do livro e a sua tradução, do inglês para o português, foi realizada pelo autor desta dissertação.

³ Quanto a isso, vale conferir: *Ibidem*. §§ 120, 121 e 122, entre outros.

⁴ Essa ideia é exposta em: CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 13-23.

forma, moldam novas realidades. A filosofia ocidental demorou um alongado percurso histórico-temporal para levar em consideração essa desenvoltura da linguagem e, desde então, tudo parece ter sido radicalmente modificado.

Para complicar ainda mais a concepção da linguagem, é possível indagar se a linguagem se refere só à sua faceta verbal, ou se também há linguagem não verbal. Os gestos também são linguagem? A peculiar entonação que uma palavra assume ao ser proferida altera o seu significado? E, quanto à linguagem não verbal, até onde ela vai? A melodia de um piano, absolutamente desacompanhada de qualquer cântico verbal, é linguagem, também?⁵

Outro aspecto a ser merecedor de atenção concerne à relação entre linguagem e pensamento. Seria a primeira mero reflexo e resíduo do segundo? Mas, se for assim, qual é o pensamento prévio à linguagem que, mesmo sem manifestar-se, tem algum tipo de primazia sobre as palavras? Existe pensamento sem linguagem? Caso a resposta seja afirmativa, que diferença isso faz? No fim das contas, não será a linguagem o mecanismo que, de alguma maneira, ficará responsável por dilucidar e explicitar – ainda que de modo não satisfatório – o tal pensamento não-linguístico?

Além de tudo isso, a linguagem possui uma peculiar relação com o ser humano. Ao menos de acordo com o atual paradigma epistemológico das ciências – tanto as naturais, bem como as humanas – apenas o ser humano é capaz de compreender e utilizar a linguagem. Afora isso, é precisamente através da linguagem que o ser humano adquire as suas significações. Ao descrever essa dinâmica, o filósofo continental alemão Martin Heidegger assinalou que:

“O caminho para a linguagem: isso soa como se a linguagem estivesse distante de nós, em algum lugar cujo caminho ainda tivéssemos de encontrar. Mas será que um caminho para a linguagem é realmente necessário? De acordo com um ditado da antiguidade, nós mesmos somos aqueles seres que, afinal, têm a capacidade de falar e que, portanto, já possuem a linguagem. A capacidade de falar não é apenas um dentre os vários talentos do homem, tampouco é da mesma estatura que essas outras habilidades. A capacidade de falar é o que marca o homem como homem. Essa marca contém o projeto do seu ser. O homem não seria homem se lhe fosse negada a possibilidade de falar incessantemente, de qualquer lugar e de qualquer maneira, em muitas variedades, e de falar em termos de um ‘é’, que na maior parte das vezes permanece silenciado. A linguagem, ao conceder tudo isso ao homem, é a própria fundação do ser humano.”⁶

⁵ Essas reflexões, malgrado importantíssimas, fogem ao propósito do presente trabalho, que está especificamente situado na dimensão da linguagem verbal. Para alguns esclarecimentos iniciais a respeito dessas outras questões, convém verificar: ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 106-129.

⁶ HEIDEGGER, Martin. *The Way to Language*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 111-112. A tradução do trecho reproduzido acima, do inglês para a língua portuguesa, foi realizada pelo autor da presente dissertação.

A partir de uma perspectiva mais focada no âmbito social da vida humana, e imbuído por um raciocínio possivelmente mais lúdico, o pensador italiano Ferruccio Rossi-Landi oferece uma explicação semelhante acerca do papel da linguagem para a significação do ser humano enquanto tal. Em um criativo trecho de uma de suas obras, é feito o seguinte exercício de imaginação:

“Um outro exemplo, um pouco extravagante, seria o seguinte. Uma abelha muito esperta que se dispusesse a fornecer a teoria do sistema sógnico de que se servem as abelhas para sinalizar a posição das flores, estaria realizando algo de novo em relação a um processo que se dá naturalmente para todas as abelhas; um certo sentido, ela estaria dando um salto para fora daquela naturalidade. Em nosso caso, ao contrário, o processo é social. No caso das abelhas temos uma pseudo-socialidade natural, naquele dos homens, uma pseudo-naturalidade social. Por isso, nós não percebemos sequer que se trata de saltar para fora de algo adquirido, enquanto que a abelha o perceberia e deixaria de ser abelha.”⁷

Esse, porém, parece ser somente o ponto de partida. A ênfase filosófica atribuída à linguagem traz consigo uma série de enigmas e aporias que ainda desafiam o pensamento contemporâneo – ou pelo menos aquele de matiz ocidentalizado.

Atento a essa afirmação, este primeiro capítulo do trabalho será focado em uma breve digressão histórica e filosófica das filosofias da linguagem que têm sido desenvolvidas desde o início do século passado até a atualidade. A ideia precípua é a de que o esclarecimento filosófico em torno da linguagem poderá auxiliar as próprias teorias do direito a formularem arquétipos mais escorreitos sobre o direito e, notadamente, mais consentâneos com o assim chamado pensamento pós-metafísico.

O primeiro tópico tem como temática a primeira fase filosófica de Ludwig Wittgenstein – pensador que, de maneira muito original, escancarou não só a necessidade de a filosofia debruçar-se a respeito da linguagem como, também, lançou a acusação ainda mais séria de que os supostos dilemas milenares da filosofia ocidental nada mais seriam senão problemas linguísticos. A acepção pictórica da linguagem inaugura uma intensa preocupação filosófica com os significados das palavras, que, até os tempos hodiernos, parece persistir.

Em seguida, a etapa tardia do pensamento de Wittgenstein será examinada. A radical mudança de sua postura filosófica deu azo a reflexões ainda mais criativas e frutíferas sobre a linguagem. A concepção exacerbadamente pragmática da linguagem é um instrumental

⁷ ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 77.

enérgico e extremamente oportuno para denunciar aquelas construções que, na melhor das hipóteses, estão plasmadas em uma metafísica disfarçada de racionalidade e que, no pior dos casos, não passam de elaborações linguísticas puramente ardilosas.

No terceiro tópico do capítulo, o pensamento de Martin Heidegger será sucintamente analisado, desde a sua ontologia fundamental sustentada na analítica existencial do ser humano, até a fase ulterior do seu pensamento, na qual a poesia assume a função de via de acesso privilegiada às verdadeiras questões que, de algum modo, conseguem tocar o ser.

Não parece ser adequado, contudo, desnudar o jaez pragmático e instrumental da linguagem para, logo em seguida, vesti-la com as mais exuberantes roupas da poesia. Um artigo acadêmico de especial relevo, do filósofo estadunidense Richard Rorty, será assimilado como proveitosa advertência em desfavor das posturas que procuram tornar absoluta não somente *qualquer* linguagem, como – e principalmente – *a* linguagem. Para Rorty, a filosofia inicial de Heidegger e o pensamento tardio de Wittgenstein mostraram que o pensamento humano já não pode mais ser governado por categoriais conceituais colocadas na posição de uma espécie de monarca transcendente. A linguagem revelou que esses reis não existem. É um gritante contrassenso, pois, reificar a própria linguagem.

Com isso, haverá um elo para a quinta parte do capítulo, centrada em uma das filosofias marxistas da linguagem. As denúncias de Wittgenstein contra o mau uso da linguagem serão radicalizadas na sua dimensão social. As reflexões do filósofo italiano Ferruccio Rossi-Landi, as quais procuram conjugar a revolução linguística propiciada por Wittgenstein com os aportes teóricos do pensamento de Karl Marx, serão tidas como poderosíssimo aparato teórico e filosófico capaz de, futuramente, lançar luz no que tange a algumas das construções linguísticas delineadas no direito.

Ao fim do capítulo, a sua sexta e última parte é voltada ao estudo da filosofia pluralista e negativa de Julio Cabrera. O filósofo argentino faz um metuculoso e amplíssimo exame das mais diversas tradições filosóficas atreladas à questão da linguagem – as suas filosofias analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas – tudo isso no contínuo e incansável esforço de seu próprio movimento filosófico, que procura perceber os limites e os contrastes, as confluências e as contendidas, entre todas essas variadas correntes filosóficas. Espera-se que, assim, haja a apreensão de perspectivas plurais o suficiente para possibilitar reflexões filosóficas igualmente válidas com relação às diversas linguagens que arquitetam algumas das principais teorizações do direito na atualidade.

Por óbvio, o escopo deste capítulo não é o de apresentar uma exposição exaustiva e inequívoca das mais variadas filosofias da linguagem. O intento consiste apenas em trazer

reflexões mais fecundas sobre a própria dimensão sem a qual o direito não é possível – a linguagem.

Tal como em uma cena de crime qualquer, a linguagem será investigada. Algo de inusitado parece ter ocorrido na filosofia das primeiras décadas do século XX. É como se diversos detetives, peritas e delegadas tivessem se deparado com um episódio assaz incomum em suas rotinas profissionais. Não era um crime qualquer. Algo de inédito tinha acontecido. Porém, ao mesmo tempo, era como se aquilo estivesse ali, desde sempre. Uma espécie de crime continuado que, só agora, tinha chamado a atenção dos especialistas.

Um pitoresco jovem austríaco foi o primeiro a suspeitar do autor desses delitos.

1.2. Linguagem, mundo e lógica – a primeira fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein.

“Tudo o que pode ser pensado, pode ser pensado de maneira clara. Tudo o que pode ser dito, pode ser dito de maneira clara.”⁸

Em 1921, houve a divulgação, em língua alemã, da única obra filosófica publicada por Ludwig Wittgenstein durante o período de sua vida. No ano seguinte, o livro recebe uma tradução para o inglês e já passa a ser, também, designado pelo seu nome em latim – “*Tractatus Logico-Philosophicus*”⁹ – e que, para o português, é traduzível por Tratado Lógico-Filosófico. A obra teria – e tem, ainda – uma influência decisiva para praticamente toda a filosofia desenvolvida nas décadas posteriores, ou ao menos para a filosofia em suas bases ocidentalizadas, e sobretudo no que se refere àquelas de tradição analítica.

O livro de Wittgenstein é um trabalho relativamente lacônico e, ao mesmo tempo, deveras enigmático e complexo. No decorrer de assertivas que formam sete aforismos centrais – e de vários outros aforismos hierarquizados e derivados de cada um desses sete, os quais podem ser tidos como comentários às suas respectivas assertivas principais – o filósofo austríaco traz uma série de afirmações sobre o mundo, o pensamento, a linguagem e, por fim, a forma lógica que seria subjacente a todos esses elementos. De algum modo, existiria uma estrutura comum que delinearía todos esses aspectos da realidade. A despeito de ser uma obra sintética, são assinaladas, no Tratado Lógico-Filosófico, declarações profundamente impactantes sobre searas do conhecimento humano das mais diversas – como ontologia,

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961. Aforismo 4.116. A tradução do excerto aqui citado, do inglês para o português, foi realizada pelo autor da presente dissertação.

⁹ *Ibidem*.

metafísica, teoria do conhecimento, ciências naturais, ética, estética, o místico e, notadamente, a linguagem.

Logo após a elaboração desse livro, Ludwig Wittgenstein acreditava ter solucionado todos os problemas da filosofia. Isso não significava propriamente a resolução dos mais significativos dilemas da existência humana, e sim a elucidação do caráter confuso e errático de boa parte das teorizações filosóficas elaboradas até então. Em resumidíssima síntese, esse esclarecimento adviria da constatação de que as proposições que formam uma determinada frase podem ter sentido, serem desprovidas de sentido ou, por fim, serem simplesmente absurdas. Todas as proposições ditas em âmbitos da existência humana como a ética ou a estética seriam – de acordo com essa fase inaugural da filosofia de Wittgenstein – colocações meramente esdrúxulas. Assim, para a filosofia, remanesceria a modesta tarefa de tentar tornar mais claras as proposições que realmente podem ter algum sentido.¹⁰

No prefácio da obra, escrito pelo filósofo inglês Bertrand Russell – que foi professor de Wittgenstein – são apresentadas algumas noções básicas e fundamentais que antecipam a apropriada compreensão do livro. A acepção pictórica da linguagem assume que há uma forma lógica comum compartilhada tanto pelo mundo quanto pela linguagem. A tarefa do filósofo austríaco consiste em tentar lançar as reflexões necessárias para a construção, ou talvez para a descoberta, dessa linguagem ideal – ou dessa linguagem perfeita – capaz de descrever o mundo tal como ele é. O mundo seria formado por objetos atômicos, que poderiam ser representados, na linguagem, por seus respectivos nomes. Por isso, um mesmo nome não poderia designar duas coisas diferentes e, permeado pelo mesmo raciocínio, não poderia haver dois nomes para uma única coisa. Ao fim das inúmeras demonstrações e inferências lógicas para a formulação da filosofia do Tratado Lógico-Filosófico, haveria, não obstante, uma parte do mundo que não seria exprimível por intermédio da linguagem. Com relação a essa dimensão inefável da realidade, Wittgenstein adverte que o silêncio é a única medida adequada.¹¹

¹⁰ Na língua portuguesa, existe certa dificuldade em expressar essa diferenciação, que pode ser melhor apreendida em inglês – pela distinção entre “*sense*”, “*senseless*” e “*nonsense*”. Uma afirmação que ostenta sentido é aquela que é ou que pode ser verdadeira no mundo dos fatos. Se um cachorro cavar um buraco na grama, a frase que explicita esse acontecimento será verdadeira e, assim, terá sentido. Por outro lado, há afirmações tautológicas ou contraditórias, as quais não explicam coisa alguma acerca do mundo. Por exemplo, caso alguém diga que “ou está chovendo, ou não está”, no fundo, nada foi realmente dito sobre o clima meteorológico daquele instante. Porém, também existem aquelas assertivas que, em essência, são absurdas em si mesmas, pois não significam qualquer fato possível. Acaso alguém diga que o tomate está chateado com o pepino por conta da atitude grosseira externada quando se encontraram na salada, esse relato será esdrúxulo – ou, em inglês, “*nonsensical*” – pura e simplesmente. Por mais que possa parecer ser uma afirmação extremamente radical, Ludwig Wittgenstein considera, nessa primeira etapa de sua filosofia, que todas as assertivas éticas e/ou estéticas são desse último tipo.

¹¹ RUSSELL, Bertrand. *Introduction*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961.

Os dois primeiros aforismos – e todos os aforismos secundários que lhe correspondem – podem ser concebidos como uma ontologia que servirá de base para o restante da obra.

Embora isso não seja nitidamente explícito, o Tratado Lógico-Filosófico tenta descrever o mundo sem o auxílio de uma metafísica que defina, previamente, os aspectos que necessariamente constituem os alicerces ontológicos da realidade. Wittgenstein entende que a totalidade do mundo é composta de fatos, e não de coisas. Se houvesse uma lista absolutamente exaustiva de todas as coisas que fazem parte do mundo, ainda assim nada teria sido assentado quanto aos seus fatos – isto é, as formas pelas quais essas coisas podem combinar-se umas com as outras. Os objetos podem ser sucessivamente decompostos em objetos menores, até que haja os objetos simples – ou objetos atômicos – que não são divisíveis em si mesmos. Os fatos são diferentes conjunções desses objetos atômicos. Aqui, é formulada uma ontologia radicalmente distinta daquelas que a precederam na história da filosofia – não há separação entre substância e forma. Os objetos não são acompanhados por diferentes propriedades. O que existe é apenas a infinidade de variadas combinações possíveis entre esses mesmos objetos.

Como resultado dessa ilação, é desvelado um elemento crucial para o restante da filosofia desenvolvida no Tratado Lógico-Filosófico – a contingência. O mundo atual é como ele é, mas poderia ser um mundo diferente, caso os objetos simples que o compõem tivessem sido agrupados em uma outra modalidade de junção.

Os aforismos seguintes – terceiro e quarto – são dedicados ao pensamento. A imagem lógica dos fatos é o próprio pensamento. Por detrás dos fatos e do pensamento que os representa, existe uma forma lógica comum. De certo modo, a apreensão desse raciocínio é o que dota a tradução de sentido. Um mesmo fato é assimilável por um mesmo pensamento que, por sua vez, pode ser externado em diferentes línguas.

A partir de então, o filósofo austríaco expõe, nos aforismos cinco e seis – e, também, nos aforismos coadjuvantes que servem como comentários a esses assertivas principais – as suas colocações sobre a linguagem. Embora contenha uma série de afirmações intrincadas e de difícil assimilação – inclusive com a alusão a complicadas fórmulas lógico-matemáticas – a ideia fulcral da filosofia conjecturada no Tratado Lógico-Filosófico é a de que o mundo, o pensamento e a linguagem possuem uma mesma estrutura lógica. Existe um isomorfismo subjacente ao mundo e à linguagem – ou ao menos àquela parte da linguagem que é verdadeira. Em outras palavras, isso significa que, se houver um gato em cima da mesa, a frase que expressa esse fato – qual seja, “há um gato em cima da mesa” – é verdadeira, haja vista que possui correspondência correta e concreta com o mundo dos fatos. A linguagem que designa fatos

verdadeiros, portanto, seria uma espécie de espelho perfeito do mundo. No outro oposto, as afirmações que não têm correlação com os fatos empíricos são falsas.

As reflexões de Wittgenstein, entretanto, não param nessa dicotomia. Isso porque, para além das proposições verdadeiras ou falsas, há, ainda, as proposições que carecem de sentido e, outrossim, aquelas que podem ser tidas como disparatadas.

Uma tautologia – ou seja, algo que invariavelmente é verdadeiro, para toda e qualquer situação – é algo sem sentido, porquanto não fornece qualquer informação significativa acerca do mundo. Se alguém disser que o peixe ou está fora d'água, ou dentro da água, nada terá sido afirmado a respeito dessa conjuntura, na medida em que é impossível que o peixe esteja em qualquer outro lugar. Sob essa perspectiva, a lógica – e todas as proposições matemáticas que conseguem traduzir as suas operações – são tautológicas, pois funcionamento de ambas – lógica e matemática – vale para toda e qualquer esfera da realidade, necessariamente.¹² Por seu turno, na contradição, também inexistente sentido – contudo, no sentido oposto. Um triângulo com cinco lados e sete ângulos é algo impossível pela sua própria definição. Não existe algo dessa estirpe, nem no mundo atual, tampouco em todos os outros mundos possíveis pela contingência.

Para além dessas proposições – as verdadeiras, as falsas e aquelas que, seja em virtude de sua necessária existência, seja por conta de sua impossibilidade lógica, não têm sentido – há também as asserções que são falhas de sentido – ou, colocado de modo mais deselegante, aquelas que são proposições estapafúrdias. Adjetivar uma planta como mentirosa é algo absurdo, uma vez que, no mundo, não pode ser encontrada qualquer combinação possível de fatos – ou melhor, de objetos atômicos – que guarde pertinência com esse cenário. A despeito de parecer ser algo restrito a frases que, à primeira vista, soem muito exóticas, essa inferência também vale – segundo a filosofia engendrada no Tratado Lógico-Filosófico – para a ética e a estética.¹³

Pela assimilação das considerações decorrentes desses aforismos, Wittgenstein conclui que a linguagem dotada de alguma espécie de sentido é aquela que diz respeito aos fatos do

¹² Enxergado dessa maneira, talvez todo o domínio da matemática – ou ao menos da matemática abstrata – seja, no fundo, uma grande tautologia. Apesar de toda a complexidade e todo o requinte de acuradas fórmulas algébricas, é possível que essa atividade nada mais seja do que pressupor, aprioristicamente, um elemento para, em seguida, definir aquele que lhe é equivalente, e vice-versa. Embora isso possivelmente não seja tão surpreendente no que concerne à matemática, é pertinente levar essa reflexão adiante no que tange a outras esferas do conhecimento humano. Ou seja, por detrás de explicações matematizadas e supostamente unívocas que procurem demonstrar a pretensa infalibilidade de certas medidas socioeconômicas, por exemplo, talvez haja uma parte dessas explicações que não passe de uma elegante tautologia – e que, justamente por esse motivo, parecerá ser algo acertado, necessário e irretocável.

¹³ Esse raciocínio é expresso de maneira enfática e explícita nos aforismos 6.4, 6.41, 6.42, 6.421, 6.422 e 6.423. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961.

mundo contingente – e que assim o faz com correspondência verdadeira àqueles fatos externados por meio dessa linguagem.

Contudo, o filósofo austríaco também admite que existem diversos aspectos da realidade que, mesmo que não sejam representáveis por uma linguagem atenta à lógica que assegura a sua correição, continuam a ser significativos para a existência humana. Chega a afirmar que o mundo do ser humano feliz é consideravelmente distinto do mundo daquele que é infeliz.¹⁴ Em outro trecho esotérico e enigmático, Wittgenstein destaca que:

“*Como* o mundo é: isso é algo completamente indiferente com relação ao que está acima. Deus não se revela *no* mundo.
Os fatos só contribuem para o problema, e não para a solução.
O místico não é *como* o mundo existe, mas *que* ele existe.
Contemplar o mundo *sub specie aeterni* é contemplá-lo como um todo limitado.
Sentir o mundo como um todo limitado – é isso que é místico.
Se a resposta não pode ser colocada em palavras, então a sua pergunta também não pode ser colocada em palavras.
A *charada* não existe.
Se é possível fazer uma pergunta, então também é possível respondê-la.”¹⁵

Não bastasse isso, o mais emblemático parece ser a percepção de que, se levada às últimas consequências de suas próprias formulações reflexivas, a empreitada materializada no Tratado Lógico-Filosófico não resiste a um teste de coerência lógico-filosófico. É que, ou as afirmações lançadas na obra tratam do mundo contingente e, dessa maneira, mostram que as coisas ali descritas poderiam ser de outro modo, ou então tudo o que foi dito no livro está no domínio do tautológico, do contraditório – e, por conseguinte, daquilo que não tem sentido – ou, pior – do absurdo – isto é, daquilo que, por apresentar sérias falhas de sentido, não pode ser explanado pela linguagem. Longe de fugir dessa incoerência, ao final da obra, Ludwig Wittgenstein escancara esse paradoxo de uma maneira um tanto quanto criativa:

“As minhas proposições são elucidativas no seguinte sentido: aquele que me compreendeu enfim as reconhece como falhas de sentido, quando, por meio delas – e sobre elas – se elevou para além delas. (Ele deve, por assim dizer, jogar a escada fora depois de tê-la usado para subir.)
Ele deve transcender essas proposições, e aí então ele enxergará o mundo corretamente.
Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se ficar em silêncio.”¹⁶

¹⁴ Mais precisamente, à parte derradeira do aforismo 6.43. *Ibidem*.

¹⁵ Aforismos 6.432, 6.4321, 6.44, 6.45 e 6.5. *Ibidem*. A tradução dessas passagens – do inglês para a língua portuguesa – foi feita pelo autor do presente trabalho. É igualmente oportuno, ainda, ressaltar que a expressão, oriunda do latim, “*sub specie aeterni*” – e constante no excerto ora citado – significa, em português, “sob a aparência do eterno” ou, ainda, “sob o aspecto da eternidade”.

¹⁶ Esses aforismos, que concluem a obra, são os de números 6.54 e 7. *Ibidem*. Mais uma vez, a tradução dessas passagens – da língua inglesa para a portuguesa – foi realizada pelo autor desta dissertação.

Com essas observações, o filósofo finaliza a obra que, em determinado momento de sua vida, acreditou ter sido a solução de todos os dilemas filosóficos da humanidade – ou talvez um tipo de remédio paliativo para esses problemas. É interessante – e, acima disso, fundamental – perceber que, não obstante a ênfase acentuada conferida à linguagem, o próprio filósofo austríaco reconhece as limitações da seara linguística, a qual é incapaz de explicar questões mais profundas ou místicas da experiência humana e do próprio mundo. Talvez influenciado por algumas dessas fronteiras, Wittgenstein, em um período posterior de sua vida, reconheceu o Tratado Lógico-Filosófico como um projeto equivocados, norteado por reflexões incorretas a respeito da linguagem.

Ainda assim, esse livro é de importância fundamental para o pensamento filosófico, por uma série de razões.

Em primeiro lugar, a filosofia desenvolvida no Tratado Lógico-Filosófico rompe com muitas das dicotomias impregnadas na maior parte da filosofia ocidental elaborada até então. Ao procurar descrever o mundo como ele é, Wittgenstein dispensou a dimensão transcendental de um sujeito cognoscente e, assim, superou a dualidade epistemológica entre sujeito e objeto. Somado a isso, a investigação minuciosa da natureza – ou da suposta natureza – da linguagem revela que, para além da distinção entre o verdadeiro e o falso, há uma outra diferenciação, tão ou mais relevante – existe a linguagem que possui sentido, a que carece de sentido e, ainda, aquela que é estapafúrdia, pura e simplesmente.

De certo modo, a discussão em torno das proposições que não podem ser falsas ou verdadeiras mostra que, na realidade, esses debates são pseudodiscussões. Essa é uma constatação crucial para todo aquele filosofar contemporâneo que tenta ser lastreado em sustentáculos pós-metafísicos. O pensamento de Wittgenstein – mesmo aquele de sua fase jovem, materializado no Tratado Lógico-Filosófico – é um daqueles que inauguram o modo de filosofar da atualidade. Esse pensador rejeitou o artifício de categorias conceituais apriorísticas, universais e transcendentais e, assim, enfrentou de maneira enérgica a concepção que vislumbra a filosofia como um amontoado dessa qualidade, de teorizações sofisticadas e abstratas. A filosofia, em verdade, deve ser tida como o esclarecimento preciso e intelectualmente honesto de questões linguísticas.

Em especial, a filosofia de Ludwig Wittgenstein – tanto na sua primeira fase, assim como naquela averiguada em seu pensamento posterior – é decisivamente marcante para uma das correntes filosóficas mais influentes dos dias atuais ou, talvez, a mais destacada vertente filosófica dos tempos hodiernos – a filosofia analítica.

Já a etapa ulterior de suas reflexões filosóficas teve influência acentuadíssima no imaginário de pensadores e pensadoras das mais variadas esferas do conhecimento humano. Aquilo perdido com o abandono da busca por uma linguagem perfeita e irretocável do ponto de vista lógico se transformou em ganhos filosóficos assaz multiplicados, provenientes justamente da criatividade fascinante ínsita ao pensamento desse peculiar filósofo austríaco.

1.3. A fase tardia da filosofia de Wittgenstein – a linguagem é apenas linguagem.

“Eu não gostaria que meus escritos poupassem as outras pessoas da tarefa de pensar. Mas, se possível, que estimulasse alguém a ter os seus próprios pensamentos.”¹⁷

Além da sua conclusão paradoxal – a qual, de certa forma, é insustentável – existe um outro problema com o Tratado Lógico-Filosófico, que parece ter levado Wittgenstein a desistir do seu atomismo lógico e da sua concepção pictórica da linguagem, pautada no isomorfismo entre o mundo e as proposições que o descrevem – os números, em si, não existem na realidade.

É possível haver cinco, dez, dezoito ou até mesmo cem bicicletas. Não é possível, porém, que os números cinco, dez, dezoito ou cem existam, sozinhos, como objetos dotados de substância. Os números são abstrações lógicas sofisticadas e, ao mesmo tempo, assustadoramente simples. Se pretendesse levar a cabo o projeto do Tratado Lógico-Filosófico, Wittgenstein teria de encontrar uma linguagem – ou ao menos lançar as premissas e balizas para que essa procura fosse empreendida – a qual dispensasse os números. O mais irônico é que, nessa obra, a lógica parece ser um dos pouquíssimos âmbitos do conhecimento humano realmente confiáveis. O filósofo austríaco teria de construir formulações lógicas sem os próprios números – ou, melhor, sem sequer as categorias matemáticas abstratas que arrastam consigo essa natureza numérica – e, a partir de então, extrair as inferências necessárias para a obtenção de uma linguagem perfeita e ideal, que conseguisse descrever o mundo exatamente como ele é. Wittgenstein se deparou com um dilema filosófico intransponível, uma espécie de beco sem saída.

Assim, no final da década de 1920, e no decorrer das décadas de 1930 e de 1940, o filósofo austríaco reformula de maneira radical o seu próprio pensamento a respeito da linguagem. Apesar das abissais diferenças dessa sua nova forma de filosofar em comparação com aquela anterior, alinhavada no Tratado Lógico-Filosófico, a maior parte dos traços da etapa

¹⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Preface*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009.

tardia do pensamento de Wittgenstein é ainda mais dura com a metafísica e com as lentes tradicionais por meio das quais a filosofia enxergava, até então, o mundo e a linguagem.

No ano de 1951, o filósofo austríaco morre em decorrência de um câncer. Aproximadamente dois anos depois, em 1953, é publicada – em edição bilíngue, composta por um texto em alemão, acompanhado de sua tradução para o inglês – a principal obra póstuma de Wittgenstein, organizada por alguns de seus discípulos e discipulas, e que teria uma influência igualmente extraordinária para uma significativa parte – talvez, a maior parte – da filosofia que lhe sucedeu – as Investigações Filosóficas.

Nesse livro, Ludwig Wittgenstein conserva o seu inigualável estilo exótico. Afirmacões impactantes sobre o mundo e a linguagem são assinaladas em formato de asserções simples, concatenadas em parágrafos numerados¹⁸ – e os quais, a princípio, não possuem sucessão narrativa ou correspondência óbvia e direta uns com os outros.¹⁹ Apesar disso, a maior parte das Investigações Filosóficas é consideravelmente mais fluida e assimilável do que o Tratado Lógico-Filosófico e, também, significativamente menos misteriosa.

Em síntese – e embora um resumo dessa mudança dificilmente seja exprimível sem as suas simplificações – na fase posterior de seu pensamento, Wittgenstein deixa de conceber a possibilidade de haver uma linguagem lógica irreprochável acerca do mundo. O que existe, em verdade, são várias linguagens – que, curiosamente, são concomitantemente diferentes e similares entre si. O filósofo argentino Julio Cabrera assim descreve essa passagem:

“Há uma única mudança fundamental de atitude filosófica, do *Tractatus* para as obras posteriores, que pode enunciar-se assim: abandono da teoria única da linguagem (teoria da linguagem-mundo), em benefício da análise conceptual-gramatical diversificada, que não pode constituir teoria e não pode determinar o que seja o mundo. Esta é a mudança fundamental. Não vejo como a questão ‘fenomenológica’ seja algo que tenha durado mais de dois ou três dias na mente de Wittgenstein, nem algo que constitua por si mesmo uma ‘fase’ (mas já se sabe que os devotos wittgensteinianos são capazes de descobrir novas ‘fases’ do pensamento de seu ídolo em ainda menos tempo).”²⁰

¹⁸ Como já salientado, as referências aos trechos da obra Investigações Filosóficas porventura citados na presente dissertação serão feitas pelo signo “§” – que significa “parágrafo” – devidamente acompanhado de sua numeração. Por seu turno, o signo “§§” significa simplesmente o plural de “§” – ou seja, “parágrafos”.

¹⁹ Isso, obviamente, deve ser percebido ante o fato de a obra Investigações Filosóficas ser um livro póstumo. Ainda assim, a compilação de reflexões filosóficas das mais variadas espécies em uma única grande obra, delineada por parágrafos numerados entre si, representa um gigantesco esforço organizacional empreendido por suas discipulas e seus discípulos. Malgrado brilhante e incomparavelmente criativo, Wittgenstein também é, sob diversas perspectivas, um autor confuso e excêntrico. Por mais que seja de uma leitura mais agradável do que aquela do Tratado Lógico-Filosófico, várias das ideias das Investigações Filosóficas são igualmente intrincadas. Muitas vezes, a sua compreensão demanda certa dose de paciência.

²⁰ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 160. No trecho aqui citado, “*Tractatus*” é uma abreviação para o “*Tractatus Logico-Philosophicus*” – que, em português, é o Tratado Lógico-Filosófico. Além disso, especificamente na passagem ora reproduzida, Cabrera critica a ideia

Em uma passagem interessante das Investigações Filosóficas, o próprio Wittgenstein descreve da seguinte forma o contraste entre a sua nova acepção da linguagem e aquela anterior, delineada no Tratado Lógico-Filosófico:

“Quando acreditamos que temos de encontrar, na linguagem real, aquela ordem, o ideal, ficamos insatisfeitos com o que cotidianamente chamados de ‘frases’, ‘palavras’, ‘sinais’.

A frase e a palavra com as quais a lógica lida devem ser algo puro e preciso. E aí agora quebramos a cabeça em torno da natureza do *real* sinal. Seria ele, talvez, a *ideia* do sinal? Ou a ideia no momento presente?

Aqui é difícil, por assim dizer, mantermos a cabeça erguida acima da água, para assim vermos que temos de nos ater aos assuntos do pensamento do dia a dia, e não tomar o caminho errado, onde parece que temos de descrever sutilezas extremas, as quais somos bastante incapazes de descrever com os meios à nossa disposição. É como se tivéssemos de consertar uma teia de aranha rasgada com os nossos próprios dedos.

Quanto mais de perto examinamos a linguagem real, mais intenso se torna o conflito entre essa linguagem e a nossa exigência. (A pureza cristalina da lógica, por óbvio, não era algo que eu tinha *descoberto*: era uma exigência.) O conflito se torna insuportável. A exigência agora corre o perigo de se tornar um vácuo. Estamos no gelo escorregadio, onde não há atrito e, portanto, as condições são, em certo sentido, ideais; mas, da mesma forma, e justamente por conta disso, somos incapazes de caminhar. Queremos caminhar: então precisamos do *atrito*. Voltemos à terra firme!”²¹

No entanto, sem o auxílio de uma pretensa linguagem ideal, como seria possível descobrir a verdadeira essência da linguagem – ou ao menos explicar, ainda que grosseiramente, o que poderia ser tido como a sua natureza, ou algo próximo disso?

A solução – ou saída – oferecida por Wittgenstein é relativamente simples e, ainda assim, muitíssimo original. Se não há uma linguagem lógica completamente acertada e irrefragável, com o potencial de elucidar todas as outras, basta perquirir em cada linguagem particular o significado de cada palavra ou expressão pelo seu uso nessa linguagem. De certa maneira, essa ideia representa uma radicalização pragmática da linguagem, na qual o significado de qualquer expressão linguística é uma espécie de refém de seu contexto. Por outro

de que existiria uma terceira fase, intermediária ou de transição, no pensamento de Ludwig Wittgenstein. Existem filósofos e estudiosos que consideram ter havido, para além daqueles atinentes ao Tratado Lógico-Filosófico e, depois, às Investigações Filosóficas, outros períodos filosóficos que marcaram o percurso reflexivo do pensador austríaco – muito embora a ausência de obras publicadas por esse autor durante a sua vida dificulte a defesa de teses lastreadas nesses raciocínios. Não que isso seja impossível. A filosofia de Wittgenstein é particularmente única, fértil e enigmática – e, assim, pode estar aberta a múltiplas interpretações. Contudo, neste trabalho, o pensamento desse filósofo será contemplado somente com base no contraste tradicional e ao mesmo tempo gritante entre as suas duas fases usualmente ressaltadas pelos estudos filosóficos e históricos sobre esse autor – isto é, a primeira, conjecturada no Tratado Lógico-Filosófico, e a posterior, ou tardia, explanada nas Investigações Filosóficas.

²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. §§ 105, 106 e 107. Novamente, a tradução do trecho aqui citado, do inglês para o português, foi feita pelo autor do presente trabalho.

lado, não existe qualquer quê de determinismo, uma vez que o próprio contexto também é imprescindivelmente erigido a partir de alicerces linguísticos. Não há vida humana possível fora da linguagem.²²

Essas ideias não podem ser corretamente assimiladas se estiverem desacompanhadas de outras, igualmente centrais para o pensamento tardio do filósofo. Por linguagem, geralmente se entende uma única coisa. No entanto, existem, em realidade, várias linguagens – isto é, diversas atividades linguísticas – ou, na terminologia do próprio Wittgenstein, múltiplos jogos de linguagem.²³

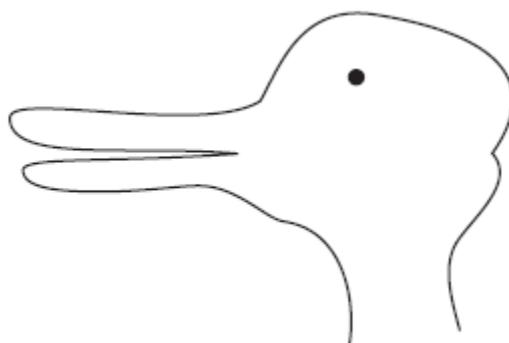
Assim, ao cumprimentar alguém pela manhã, uma indivíduo pode dizer a uma outra “bom dia!”. No jogo linguístico dos bons modos de etiqueta, isso significa simplesmente algo como o respeito à regra descrita a seguir – “tenha consideração e educação com as demais pessoas; dirija-lhes um aceno cordial no sentido de que aquele dia em particular será agradável e, assim, será mais fácil e afável a convivência cotidiana dos indivíduos uns com os outros”. Qualquer apreensão da expressão “bom dia!” a partir de significações dissociadas desse contexto seria extremamente truncada e difícil. Nesse mesmo sentido, sequer a “literalidade” das palavras é algo que pode ser desatrelada de seu contexto. O advérbio “literalmente” quer dizer apenas que, na maior parte das vezes, e naquele determinado jogo de linguagem, o significado daquela palavra ou expressão deve ser entendido de acordo com aquele que é pretensamente cristalizado em um dicionário, ou algo do tipo.

A radicalização pragmática e contextual da etapa tardia do pensador austríaco pode ser assimilada de acordo com as suas próprias ilustrações. No clássico desenho do “pato-lebre”, é possível enxergar o mesmo objeto de duas maneiras bastante diferentes:²⁴

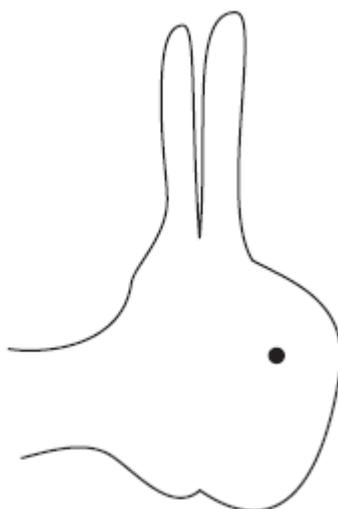
²² *Ibidem.* §§ 11, 19, 20, 21, 23, 43, dentre outros.

²³ *Ibidem.* §§ 23, 65, 66, 67 e 335, entre outros.

²⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophy of Psychology – A Fragment*. § 118. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. A segunda parte das Investigações Filosóficas, intitulada “Filosofia da Psicologia – Um Fragmento”, é uma reunião de reflexões e pensamentos esparsos de Wittgenstein sobre aspectos consideravelmente instigantes da consciência e dos sentidos humanos, do pensamento e da linguagem. A primeira e “tradicional” parte das Investigações Filosóficas começa no § 1 e termina no § 693. A Filosofia da Psicologia – Um Fragmento – segunda parte das Investigações Filosóficas – tem início com o seu próprio § 1, e se estende até o seu § 372.



A figura não deve ser apreendida em um sentido místico ou dissuasivo. A imagem do “pato-lebre” não traduz uma revelação sublime de algo profundo e significativo. Ao contrário, é apenas uma representação criativa que, se vista em uma determinada perspectiva, será facilmente identificada como um pato. Enxergada a partir de outro ponto de vista, será somente um coelho:²⁵



Essa constatação auxilia a compreensão de que, na linguagem, o significado da palavra é dado pelo seu contexto. Para que seja possível entender uma palavra ou expressão qualquer, deve-se perquirir qual é o seu específico uso naquela atividade linguística – ou, mais uma vez, naquele jogo de linguagem em particular. Por “linguagem”, é possível entender a conjunção holística de todas as atividades que a compõem. A similaridade intrínseca às mais variadas atividades linguísticas passa a impressão de que, no fundo, a linguagem é uma só.

²⁵ A figura é a mesmíssima já referida na nota de rodapé anterior desta dissertação. A única diferença reside na sua rotação, à direita, em noventa graus.

Ocorre que os jogos de linguagem são múltiplos e diversos entre si. A dinâmica de um debate político é muito distinta daquela de uma missa, que, por sua vez, difere muito daquela de uma conversa informal. Wittgenstein opta explícita e conscientemente pela palavra “jogo” para designar os jogos de linguagem por conta da pluralidade de situações e diferenças subjacentes a essa palavra. Existem jogos de tabuleiro, jogos competitivos – esportivos ou intelectuais – jogos que podem ser jogados sozinho e aqueles que devem ser jogados em duplas ou em grupos e, ainda, jogos meramente recreativos. Atualmente, há até mesmo os jogos eletrônicos, que também podem assumir essa multiplicidade sob as mais variadas formas. Para o filósofo austríaco, qualquer pessoa que tiver a ousadia de tentar esclarecer o conceito da palavra “jogo” de maneira unívoca, abrangente e definitiva muito provavelmente falhará. Não obstante, a noção de jogo é de fácil assimilação. Todos e todas sabem o que um jogo significa. Ou melhor – todos sabem o que aquele determinado jogo significa naquele dado cenário.

Especificamente na prática jurídica, a palavra “justiça” pode assumir – a partir das reflexões filosóficas tardias de Wittgenstein – uma acepção inteiramente nova e, sem embargo, incrivelmente simples. Não há um conceito perene, imutável e absolutamente escorreito de justiça – a qual somente é desvelada nos mais variados contextos particulares em que essa palavra seja objeto de disputa. Esse significado absoluto não existe pelo simples fato de não haver, do mesmo modo, uma categoria metafísica ou revelação suprema que paira em algum plano superior e que, de alguma forma, transmitiria a “verdadeira justiça” por detrás da palavra “justiça”, a qual carregaria consigo toda essa carga metafísica. O que existe, na verdade, é só o termo “justiça” – uma mera ferramenta utilizada em jogos linguísticos nos quais essa palavra esteja em discussão. Retirá-la do vocabulário humano existente, porém, não traz proveito algum. A justiça é uma palavra que – diferentemente de qualquer outra – consegue intermediar certos jogos de linguagem exatamente daquela maneira particular e que, precisamente por essa razão, lhes confere sentido justamente daquele modo pretendido.

Discutir, por exemplo – e segundo o critério da “justiça” – se o recebimento de uma certa parcela remuneratória constitui um “direito” ou, contrariamente, um “privilegio”, é um jogo de linguagem que atribui significado a cada uma dessas palavras naquele contexto em particular. Substituir a palavra “justiça” por alguma outra expressão – como “máxima utilidade” – acabará por alterar significativamente aquele jogo de linguagem, a ponto de torná-lo um jogo totalmente novo, ou ao menos um jogo bastante transfigurado.

Conjugado a isso, o próprio direito congrega diversos jogos linguísticos diferentes entre si. O jogo linguístico da elaboração de uma peça processual não é o mesmo jogo de

linguagem de um despacho verbal, ou de uma audiência. A sustentação oral proferida em um julgamento, por seu turno, já é um outro jogo de linguagem. Por mais sutis que sejam as suas diferenças, o significado de cada uma das inúmeras palavras suscitadas nessas variadas atividades linguísticas irá depender de cada uma das conjunturas em que essas palavras estiverem inseridas. Sob essa forma de entendê-lo, o direito é uma miscelânea de jogos de linguagem a qual engloba atividades linguísticas que, malgrado sejam semelhantes, não podem ser confundidas como um mesmo elemento da realidade jurídica. Geralmente, a compreensão tradicional do direito não costuma levar em consideração essas diferenças contextuais.

Essa variedade, entretanto, não deve levar a confusões ou perplexidades. A própria linguagem cotidiana também é – e talvez de modo ainda mais acentuado – uma mescla desordenada e quase aleatória de diferentes jogos de linguagem. Em mais uma imaginativa metáfora, Wittgenstein compara a linguagem a uma cidade:

“Não se incomode com o fato de que as linguagens (2) e (8) consistem apenas de ordens. Se você quer dizer que, por esse motivo, elas são incompletas, pergunte a si mesmo se a nossa própria linguagem é completa – e se era completa mesmo antes do simbolismo da química e das notações do cálculo infinitesimal lhe terem sido incorporados; pois esses também são, por assim dizer, subúrbios da nossa linguagem. (E quantas casas ou ruas são necessárias para que uma cidade passe a ser uma cidade?) A nossa linguagem pode ser tida como uma cidade antiga: um labirinto de pequenas ruas e praças, formadas por casas velhas e novas, casas com extensões de variados períodos, e tudo isso rodeado por uma multidão de novos bairros com ruas retas e regulares e casas uniformes.”²⁶

Ainda que possa, talvez, parecer algo caótico, há sim certas regras que delineiam o funcionamento da linguagem – ou melhor, dos diversos jogos de linguagem.²⁷ Mais uma vez, a comparação com a noção de jogos é crucial. Assim como diferentes jogos possuem diferentes regras – e sem que, com isso, haja uma regra suprema ou central que seja aplicável a todos – as variadas atividades linguísticas possuem diferentes regras próprias. Até mesmo nos jogos recreativos, a existência de regras é não somente o que permite o seu caráter puramente lúdico, como, também, o que confere o próprio sentido ao jogo. Nessa modalidade de jogos, a regra pode ser apreendida por algo como “aqui, é proibida a competição”.

Obviamente, essas regras não são estanques e imutáveis. Porém, a mudança das regras que moldam uma linguagem precisa, de algum modo, continuar a dar-lhe sentido. A alteração

²⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 18. De novo, a tradução dessa passagem – do inglês para o português, foi feita pelo autor deste trabalho.

²⁷ *Ibidem*. §§ 81, 82, 83, 84, 85, 86, 197, 198 e 201, entre vários outros.

das regras de um jogo não necessariamente modifica o jogo por completo. Por outro lado, o jogo, tal como era até então concebido, também não é inteiramente preservado.

A partir dessas reflexões, é possível perceber alguns dos traços fundamentais que marcam a filosofia tardia de Ludwig Wittgenstein. A linguagem não é única. Existem muitíssimas atividades linguísticas – jogos de linguagem – que se entrecruzam entre si, das mais variadas maneiras, e que formam o que é comumente entendido como a linguagem. Nesses jogos linguísticos, o significado da palavra ali dita ou redigida deve ser compreendido pelo seu uso pragmático e situacional nessa atividade.

Não obstante as suas abissais diferenças, existe uma tênue linha de continuidade entre a primeira fase do pensamento filosófico de Wittgenstein e as suas reflexões tardias. Em primeiro lugar, subsiste a preocupação com a utilização correta da linguagem – o que pode ser dito, pode assim sê-lo de maneira clara. Permeado por essa apreensão, restaria à filosofia uma tarefa meramente terapêutica. Longe de pretender descobrir verdades eternas e irrefutáveis, caberia à atividade filosófica, principalmente – ou talvez apenas – a elucidação de má compreensões linguísticas. Norteadado justamente por essa preocupação, outro aspecto averiguável em ambas as suas obras – quais sejam, nas Investigações Filosóficas e em seu livro anterior, o Tratado Lógico-Filosófico – reside no rechaço à filosofia metafísica – ou ao menos na tentativa de esclarecimento das confusões provenientes de linguagens metafísicas. A linguagem não está vinculada a uma ordem sobrenatural, de modo que é possível descortinar o significado das palavras mediante a apreensão pragmática de seus usos na vida humana.

Dessa maneira, o filósofo austríaco rompe, de modo dramático, com qualquer resquício de essencialismo que poderia restar impregnado na sua acepção filosófica da linguagem. Os nomes e as coisas às quais esses nomes se referem não estão ligados por um elo metafísico ou transcendental que poderia ser compreendido como os seus “significados”.²⁸

²⁸ Na verdade, a questão é bem mais complicada. É que a própria noção de “significado” remete a algo que, apesar de fazer algum sentido, é problemático e obscuro, e que está em intenso contato com a metafísica. É possível que, no futuro, ciências neurológicas consigam formar alguma ponte de aproximação com as filosofias da linguagem, para que, assim, os “significados” de expressões linguísticas sejam explicados a partir do auxílio de uma melhor compreensão em torno das estruturas cognitivas do cérebro humano – ou da consciência humana, muito embora essa última expressão já esteja bastante contaminada pela metafísica impregnada na história da filosofia ocidental. De qualquer modo, deve ser feita a ressalva de que filosofias da linguagem como aquela do pensamento ulterior de Wittgenstein são, ao menos em parte, refratárias a acepções biológicas como apropriadas para elucidarem a significação linguística da vida humana, razão pela qual a possível aproximação entre filosofias da linguagem e neurociências deve ser entendida com as suas devidas cautelas. Na presente nota de rodapé, é salientado que, futuramente, talvez essa complementariedade epistemológica seja possível. Além disso, e ainda no tocante aos “significados”, o filósofo Julio Cabrera descreve como traço característico central das filosofias analíticas da linguagem a tentativa de esclarecimento de estruturas e atividades linguísticas sem o apoio desses seus “significados” – que são entidades problemáticas e de elevados ônus metafísicos. As vertentes analíticas da linguagem, ao se utilizarem de aportes referencias, pragmáticos e/ou situacionais, conseguem assimilar e descrever as mais diversas dinâmicas da linguagem sem a necessidade de recorrerem a essas categorias confusas e truncadas

Esses nomes – isto é, as palavras – são apenas ferramentas instrumentais utilizadas para que os seres humanos possam conviver entre si.

Por mais que possa parecer trivial, essa concepção é, ao mesmo tempo, profundamente revolucionária do ponto de vista filosófico. Na medida em que a linguagem não está necessariamente associada à realidade – mas apenas a uma determinada forma de vida que, daquela peculiar maneira, enxerga a realidade somente de um dentre os seus diferentes pontos de vista possíveis – novas linguagens formam novas formas de vida.²⁹

Se, por um lado, a filosofia posterior de Ludwig Wittgenstein trouxe à tona a decepção resultante da impossibilidade da descoberta de uma verdade eterna e infalível – objeto de procura incessante de séculos ou milênios por parte da filosofia ocidental – por outro, essas reflexões escancararam o caráter inventivo da linguagem.³⁰ Novas linguagens implicam novas atividades que, assim, acarretam novas formas de vida. Além disso, é somente através da linguagem que novas formas de vida podem ser imaginadas.

De certo modo, o pensamento tardio do filósofo austríaco colocou a linguagem como protagonista do conhecimento humano. E, acaso seja assumido que essa proeminência lhe cabe, será que há alguma espécie de linguagem possui primazia em relação às demais?

– quais sejam, os “significados”. Quanto a isso, é oportuno conferir: CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 43-56. Em resumo – na maioria de seus contextos, o significado de uma palavra é, conforme advertira Wittgenstein, simplesmente o seu uso na linguagem. Essa ideia está expressa em: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 43.

²⁹ *Ibidem*. Em especial, §§ 19 e 23.

³⁰ Para ilustrar essa concepção, é proveitoso pensar na seguinte dinâmica – diferentes narrativas, de certa maneira, constroem “realidades” históricas distintas entre si. É difícil – quiçá impossível – imaginar historiografias sem a utilização da linguagem. No entanto, algo óbvio nem sempre é desvelado a partir dessa constatação – diferentes linguagens moldam diferentes “realidades”. As confluências e os distanciamentos entre as noções de “linguagem”, “realidade” e/ou “verdade” podem servir de substrato para discussões filosóficas extremamente densas e instigantes. De qualquer modo, como indicação de uma reflexão mais detalhada da ideia externada nesta nota de rodapé, é valiosa a leitura do seguinte artigo acadêmico – o qual, a despeito de não fazer referência ao pensamento de Ludwig Wittgenstein, pode ser tido como retrato proveitoso do cerne criativo e inventivo da linguagem: RÜSEN, Jörn. Tradition: A Principle of Historical Sense-Generation and its Logic and Effect in Historical Culture. In: *History and Theory*. vol. 51, nº 4, 2012. p. 45-59.

1.4. Ser, tempo e poesia – algumas reflexões em torno da filosofia de Martin Heidegger.

“De modo que o meu espírito,
Ganhe um brilho definido...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
E eu espalhe benefícios...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
O que usaremos para isso,
Fica guardado em sigilo...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Apenas contigo e migo...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
E quando eu tiver saído,
Para fora do teu círculo...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Não sereis nem terás sido...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Ainda assim acredito,
Ser possível reunirmo-nos...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Num outro nível de vínculo...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Portanto, peço-te aquilo,
E te ofereço elogios...
Tempo, tempo, tempo, tempo...
Nas rimas do meu estilo...
Tempo, tempo, tempo, tempo...”³¹

Mas, afinal, o que é a linguagem? Ou melhor – o que é a linguagem? O simples grifo no “é” realmente faz alguma diferença? Será que não há, porém, alguma indagação mais originária e relevante do que aquelas adstritas à linguagem? E, conquanto existam, como expressá-las a não ser por intermédio da linguagem? No fim das contas, essas perguntas fazem algum sentido?

Outro pensador importante para o enfrentamento dessas questões é o filósofo continental alemão Martin Heidegger. Se comparado com o de Wittgenstein, no conteúdo, o pensamento de Heidegger é alicerçado em pressupostos filosóficos significativamente diferentes. Já no que concerne à forma, a filosofia do pensador alemão é explicitada em textos prolixos e sinuosos que, apesar de serem igualmente singulares e criativos, externam um estilo bem distinto daquele de Wittgenstein. Ademais, apesar de serem contemporâneos, ambos esses autores estão inseridos em tradições filosóficas muito diferentes entre si.

Essas ressalvas são essenciais para as possíveis aproximações que, neste trabalho, serão feitas entre esses dois filósofos – os quais são usualmente tidos como expoentes do pensamento pós-metafísico, característico da filosofia contemporânea.

³¹ VELOSO, Caetano. Oração ao Tempo. In: VELOSO, Caetano. *Cinema Transcendental*. Rio de Janeiro: PolyGram Studios, 1979. faixa 2.

Antes disso, convém explanar algumas acepções basilares da filosofia de Heidegger. A partir da sucinta exposição de uma das principais trajetórias que marcaram o pensamento desse autor, será possível suscitar algumas reflexões a respeito da linguagem.

No ano de 1927, é publicado o livro *Ser e Tempo*,³² obra crucial para a filosofia contemporânea, notadamente para aquelas que se situam fora da tradição analítica. A temática precípua de todo esse livro, conduzida por uma elaborada analítica filosófica da existência humana, circunscreve-se à seguinte questão – a busca pelo sentido do ser.

Em termos leigos, o sentido do ser pode ser assimilado por algumas perguntas intrigantes. Por que existe algo, em vez de simplesmente existir o nada? O que *é* esse ser? As capacidades humanas têm aptidão necessária para compreender a realidade? Será que têm o potencial para compreender o *ser*? Há algo que genuinamente explique o mundo tal como ele *é*? Ou, talvez, tal como ele *é*? Existe um fundamento primordial da realidade, do qual são deriváveis todos os seus outros elementos? Por que o ser humano está aí, jogado pelo acaso no meio da realidade? O que significa existir? O que significa *ser*?

Especificamente no que tange aos propósitos do presente trabalho, uma outra indagação deve ser somada a todas as anteriores – essas perguntas podem ser respondidas com o auxílio da linguagem?

À sua própria maneira, Wittgenstein assim elucida a questão do sentido do ser e, principalmente, a impossibilidade de essas interrogações serem respondidas:

“A imortalidade temporal da alma humana – isto é, a sua sobrevivência eterna mesmo após a morte – não só não está garantida como, também, a sua suposição não cumpre o propósito que, com ela, se pretendia alcançar. Ou será que alguma charada é resolvida pelo fato de eu sobreviver eternamente? Essa vida eterna não é tão enigmática quanto a nossa vida presente? A solução do enigma da vida no tempo e no espaço está *fora* do tempo e do espaço.
(Não são os problemas das ciências naturais que têm de ser resolvidos.)”³³

Heidegger, entretanto, toma um caminho inteiramente diferente. É absurdo pensar que o ser jamais se manifestasse na realidade. O ser determina todos os entes – ou seja, todas as demais coisas que pertencem à realidade – e, ao mesmo tempo, não é, em si, ente algum. Essa constatação pode ser melhor assimilada pela palavra “*é*”. O “*é*” é a forma verbal do “*ser*” – que é o “*ser*” designado por um substantivo. Na tentativa de se conferir uma definição ao substantivo

³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

³³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961. Aforismo 6.4312. Mais uma vez, a tradução desses excertos, transcritos acima – e feita da língua inglesa para o português – foi realizada pelo autor deste trabalho.

“ser”, o seu conceito inevitavelmente perder-se-á na própria palavra “*é*”. Na frase “o ser é ...”, o “ser” já é pressuposto no próprio enunciado, mais precisamente na palavra “*é*”. A impossibilidade de conceituação do ser levou a filosofia ocidental a paulatinamente ignorar a procura pelo seu sentido. A partir de então, a busca pelo ente em sua totalidade passou a ser – ao menos segundo a visão desse pensador alemão – a empreitada primordial da filosofia ocidental, desde a antiguidade até o início do século XX.

Ocorre que, para esse filósofo continental, essa acepção estaria, ao menos em parte, equivocada. Apesar de haver a impossibilidade de definição conceitual do ser, é sim possível enfrentar a questão referente à busca pelo seu sentido. Essa investigação deve ser intermediada pelo único ente que é aberto ao ser – o ser humano.³⁴

O ser humano é um ente que possui três primados, os quais diferenciam-no de todos os outros entes da realidade.³⁵ Há o primado ôntico – o ser humano é um ente determinado pela existência – isto é, pela intermediação do seu ser com o ser em geral. A existência humana é essa espécie de ligação que cada ser humano tem com o ser – ou melhor, com a realidade e com todas as místicas perplexidades que lhe são intrínsecas. Por esse motivo, o ser humano é, também, ontológico. O seu segundo primado – o primado ontológico – consiste no fato de que, em si, o ser humano é um ente ontológico. Um copo de vidro, ao contrário, possui um ser que não tem qualquer intermediação existencial com o ser em geral. Esse copo é um copo, pura e simplesmente. Não lhe falta qualquer significação ontológico-existencial. Como desdobramento dos dois primados anteriores, o ser humano tem um terceiro primado, de índole

³⁴ Em verdade, a analítica existencial de Martin Heidegger tem como lastro fundamental o termo “*Dasein*”, palavra alemã de difícil tradução para a língua portuguesa. Por vezes, *Dasein* é traduzido por “presença” e, em outras traduções, é designado como “ser-aí”. Esse conceito remete àquele ente lançado em meio à finitude da temporalidade e que, paradoxalmente, é permeado pela infinidade de possibilidades adstritas à existência. Ao menos até os tempos contemporâneos, o ser humano é o único ente que se encaixa na descrição analítica de *Dasein*. Contudo, outros exemplos podem ser pensados, ainda que somente na imaginação. Personagens extraterrestres e até robôs de alguns filmes fictícios muitas vezes são enquadráveis nessa definição. Outro exemplo – extremamente infantil e, ainda assim, oportuno e esclarecedor – pode ser averiguado pelo contraste entre os personagens Pluto e Pateta, da Walt Disney. Enquanto o primeiro, cachorro doméstico do Mickey, se comporta exatamente como um cão, o segundo, amigo do Mickey, possui praticamente todas as características da descrição analítica de *Dasein*. Somente o Pateta – e não Pluto – poderia debruçar-se sobre o sentido do ser. Heidegger faz questão de alinhar uma descrição formal que gravita em torno de *Dasein* – e não, por exemplo, em torno de “ser humano” – com o intuito de manter a sua filosofia ontológica longe de quaisquer tipos de concepções antropológicas e/ou biológicas do ser humano. Entretanto, para fins de simplificação linguística, no presente trabalho, *Dasein* será tratado como sinônimo de “ser humano” – e apenas essa segunda expressão será, de ora em diante, utilizada na dissertação. De qualquer modo, maiores explicações a respeito do conceito de *Dasein* podem ser verificadas em: SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. *A Perplexidade da Presença (Prefácio)*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. E, também: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo (Notas Explicativas)*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 561-562.

³⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 37-51.

ôntico-ontológica, que é a possibilidade de todas as ontologias. Em outras palavras, inexistem qualquer aspecto da realidade que não seja, de alguma forma, assimilável pelos seres humanos.

Todavia, por mais que pareça ser um privilégio, essa constatação também dá azo a dilemas existenciais bastante densos. O ser humano não possui um ser que lhe corresponde de modo pleno. O próprio Heidegger, por exemplo, pode ser definido de diferentes formas – filósofo, alemão, nazista, homem, branco etc. Nenhuma dessas descrições, todas de jaez ôntico – filósofo, alemão, nazista, homem, branco etc. – define o ser de Heidegger enquanto tal. Mesmo uma descrição biográfica exaustiva desse pensador não seria o suficiente para caracterizá-lo do ponto de vista ontológico-existencial. Esse mesmo raciocínio vale para todo e qualquer ser humano.

O termo “ôntico”, no vocabulário desse filósofo, é algo que se refere aos entes. Já o “ontológico” diz respeito ao próprio ser em geral. Os seres humanos, por serem entes dotados de uma certa distinção ontológica, transitam entre ambas essas dimensões da realidade. A diferença ontológica – que equivale à dicotomia entre o ser e os entes – é a chave mestra para a compreensão da filosofia concatenada por Heidegger em *Ser e Tempo*.

A primeira seção da primeira parte da obra é destinada à analítica existencial do ser humano,³⁶ a qual é destrinchada pela pitoresca apreensão que Heidegger faz da fenomenologia.³⁷ Em linhas gerais, o ser humano é um ente que está, de modo radicalmente diferente de todos os outros, em uma peculiar relação com o mundo. O ser humano é lançado em meio à facticidade – a qual, por si só, não lhe apresenta qualquer significado claro. Os seres humanos não estão no mundo em um sentido geométrico, ou geográfico. Conjugado a isso, o ser humano está sempre em algum estado de ânimo – está sempre a compreender a situação diante de si e está sempre a expressar-se.

Em meio à facticidade do mundo, o ser humano se relaciona com outros entes – que podem ser outros seres humanos, ou os demais entes. Mesmo que esteja sozinho, o ser humano continua caracterizado por essa modalidade existencial. A solidão não é possível para um vaso de planta. Para o vaso, é absolutamente indiferente o fato de estar acompanhado, ou não, de outros vasos de planta, ou de quaisquer outros entes que sejam.

Ainda na primeira seção, Heidegger também dedica especial atenção à angústia – elemento que, em seu entender, dá azo à possibilidade de haver a abertura ao ser. Na angústia, o ser humano é provocado a conceber o peso de sua própria realização existencial no tempo.

³⁶ *Ibidem*. p. 83-302.

³⁷ *Ibidem*. p. 65-80.

No fim das contas, o pensador continental alemão assinala o termo designado de “cura” como a estrutura analítico-existencial abrangente do ser humano. Colocado de forma possivelmente mais simplificada, e talvez ligeiramente deturpada – o ser humano é aquele ente que, no meio do mundo, e junto com os demais entes, tenta ser, e isso tudo enquanto, de algum modo, já é.

Na segunda seção da primeira parte de *Ser e Tempo*, essas noções são, por assim dizer, temporalizadas.³⁸ O ser humano é um ser que está, desde sempre, dirigido para a morte. Desde o instante em que nasce, o ser humano é colocado em contato inafastável e irremediável com a sua futura morte. Afora isso, só o ser humano pode morrer aquela morte que lhe será dada. Ninguém pode morrer uma morte alheia – e nisso reside um dos aspectos mais próprios e singulares da existência humana. Inspirado pela importância crucial da temporalidade para os seres humanos, Martin Heidegger critica as concepções vulgares e usuais do tempo e, juntamente a isso, sustenta a necessidade de ser desenvolvida uma historiografia verdadeiramente arraigada à questão do sentido do ser e à analítica existencial do ser humano – a qual seria a única maneira adequada de enfrentar os dilemas fundantes da filosofia sem o suporte errático de uma metafísica pautada em elementos transcendentais.

Ser e Tempo é um livro incompleto e, aparentemente, essas tarefas seriam realizadas na segunda parte da obra, que jamais foi escrita. Heidegger admite o seu insucesso e desiste de tentar perquirir o sentido do ser através da história da metafísica ocidental.³⁹ De acordo com o filósofo alemão, a linguagem filosófica tradicional – com as suas categorias objetificantes – não seria apropriada para o desvelamento do sentido do ser em geral. A procura pelo sentido do ser necessitaria de uma linguagem inteiramente nova – uma linguagem que não se perdesse nas estruturas limitantes dos entes e que conseguisse manter-se aberta ao ser.

De certa maneira, essa problemática já estava parcialmente tematizada em um dos últimos capítulos da primeira seção de *Ser e Tempo*. Conquanto seja necessário realizar um salto interpretativo considerável para apoiar essa afirmação, a preocupação com uma linguagem verdadeiramente ontológica pode ser percebida no trecho reproduzido adiante:

“A investigação filosófica deve decidir-se a perguntar pelo modo de ser da linguagem. Será a linguagem um instrumento à mão dentro do mundo? Terá ela o modo de ser da presença, ou nem uma coisa nem outra? De que modo é o ser da linguagem para que ela possa estar ‘morta’? O que diz ontologicamente que uma língua nasce e morre? Dispomos de uma ciência da linguagem, a linguística, e, no entanto, o ser daquele ente por ela tematizado é obscuro; até mesmo o horizonte para um questionamento e uma

³⁸ *Ibidem.* p. 303-535.

³⁹ A esse respeito, vale conferir: CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 136-155.

investigação se acha velado. Será um acaso que os significados sejam, numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, ‘mundanos’, prelineados pela significância do mundo e até mesmo, em sua maioria, ‘espaciais’? Ou será esse ‘estado de coisas’ necessário do ponto de vista ontológico-existencial? Se assim for, por quê? A investigação filosófica deve renunciar a uma ‘filosofia da linguagem’ a fim de poder questionar e investigar ‘as coisas elas mesmas’ e assim colocar-se em condições de trazer uma problemática clara.”⁴⁰

Na fase posterior de seus escritos, o filósofo continental não abandona propriamente a busca pelo sentido do ser. Todavia, a direção do seu pensamento assume um percurso totalmente diferente. A ênfase é deslocada do ser humano para a própria linguagem e, conjugado a isso, o estilo de seus escritos também é bastante modificado. A exposição sistemática e logicamente ordenada de conceitos, ideias e categorias não é capaz de captar a linguagem em sua plenitude – ou melhor, não consegue assimilar a linguagem naquilo que seriam os seus aspectos mais relevantes. Nessa etapa de seu pensamento, não é exatamente o ser humano que tem algo a dizer. É a própria linguagem que deve dizê-lo. Mas dizer o que?

Apesar das acentuadas mudanças nos trilhos de sua filosofia, Heidegger parece estar sempre à procura de algo inigualavelmente originário. O seu filosofar está continuamente esforçado em rumo à descoberta – ou ao menos no caminho de um desvelamento – de algo sublime e superior, que teria o potencial de libertar o conhecimento ocidental das amarras da metafísica e, assim, de mostrar ao ser humano a dimensão colossal de suas potencialidades existenciais. Nessa etapa tardia de seus pensamentos, as suas obras geralmente assumem a forma de coletâneas de palestras e conferências, com reflexões mais soltas sobre assuntos que, para Heidegger, foram parcialmente ofuscados pela história tradicional da filosofia ocidental.

Em uma dessas obras, intitulada *A Caminho da Linguagem*⁴¹ – primeiramente publicada em 1959 – o filósofo divaga a respeito da linguagem e do pensamento. Nesse livro, também são ventilados esporádicos contrastes dessa sua nova forma de pensar com as suas anteriores digressões filosóficas elaboradas em *Ser e Tempo*. Não é mais a pormenorizada estrutura analítica da composição ontológica do ser humano o elemento a trazer significação para a sua realização existencial no tempo e no espaço – e, sim, a linguagem. Entretanto, não será qualquer linguagem – e, sim, somente aquela com a verdadeira e efetiva aptidão de conferir

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 229-230. Aparentemente, nesse trecho, Heidegger parece criticar “uma filosofia da linguagem” no sentido de uma filosofia plasmada na linguagem ôntica dos entes simplesmente dados, a qual seria alheia à primordial dimensão ontológica – isto é, àquele domínio do “ser” – como âmbito de verdadeira possibilidade de significação da existência humana e de suas formas linguísticas.

⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971.

a esse ente o seu ser.⁴² Para esse pensador alemão, a linguagem poética seria aquela na qual, de fato, reside o ser dos entes.

Por linguagem poética, não se deve entender o que foi necessariamente escrito nesse formato. A noção de poesia tem um outro sentido – é aquela linguagem com a capacidade de provocar alguma experiência existencial significativa, a que consegue, de algum modo, evocar o ser dos entes por meio da articulação expressiva das palavras. Nesse sentido, algum texto redigido em formato de prosa pode ser poético, ao passo que um poema não será poético pelo mero fato de ter sido escrito em forma de poesia.

No clássico romance *Dom Casmurro*, publicado em 1899, o célebre escritor brasileiro Machado de Assis descreve, em uma das belíssimas passagens dessa obra, um marcante momento da juventude de Bentinho, que, àquele instante, estava completamente apaixonado por Capitolina:

“Voltei-me para ela; Capitu tinha os olhos no chão. Ergueu-os logo, devagar, e ficamos a olhar um para o outro... Confissão de crianças, tu valias bem duas ou três páginas, mas quero ser poupado. Em verdade, não falamos nada; o muro falou por nós. Não nos movemos, as mãos é que se estenderam pouco a pouco, todas quatro, pegando-se, apertando-se, fundindo-se. Não marquei a hora exata daquele gesto. Devia tê-la marcado; sinto a falta de uma nota escrita naquela mesma noite, e que eu poria aqui com os erros de ortografia que trouxesse, mas não traria nenhum, tal era a diferença entre o estudante e o adolescente. Conhecia as regras do escrever, sem suspeitar as do amar; tinha orgias de latim e era virgem de mulheres. Não soltamos as mãos, nem elas se deixaram cair de cansadas ou de esquecidas. Os olhos fitavam-se e desfitavam-se, e depois de vagarem ao perto, tornavam a meter-se uns pelos outros... Padre futuro, estava assim diante dela como de um altar, sendo uma das faces a Epístola e a outra o Evangelho. A boca podia ser o cálix, os lábios a patena. Faltava dizer a missa nova, por um latim que ninguém aprende, e é a língua católica dos homens. Não me tenhas por sacrílego, leitora minha devota; a limpeza da intenção lava o que puder haver menos curial no estilo. Estávamos ali com o céu em nós. As mãos, unindo os nervos, faziam das duas criaturas uma só, mas uma só criatura seráfica. Os olhos continuaram a dizer coisas infinitas, as palavras de boca é que nem tentavam sair, tornavam ao coração caladas como vinham...”⁴³

É evidente que, literalmente, os olhos de Bentinho e Capitolina não continuavam a dizer coisas infinitas. Contudo, a descrição desse emblemático momento da juventude de Bentinho dificilmente poderia ocorrer de outro modo. A conjugação poética das palavras traz à tona a intensidade do episódio narrado pelo autor. O ser da paixão, ou o ser do encantamento, apenas poderia ser tangenciado dessa maneira. Para Heidegger, qualquer linguagem objetiva e

⁴² HEIDEGGER, Martin. *The Nature of Language*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 60-62. E, também: HEIDEGGER, Martin. *Words*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 141.

⁴³ ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. versão *e-book*, 2ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. p. 31-32

analítica que pretendesse relatar esse evento na vida de Bentinho falharia miseravelmente. Só a linguagem poética poderia dizer algo verdadeiro acerca desse instante.

A despeito de suas apreensões críticas contra a filosofia ocidental e, em especial, contra a metafísica que lhe está impregnada, Martin Heidegger, nessa fase ulterior de seus pensamentos, admite explicitamente que nunca teve o intento de destruir a metafísica. O seu desígnio era o de revelar os limites da forma tradicional de pensar e, a partir disso, propor uma nova maneira de enxergar o ser, o pensamento e a linguagem.⁴⁴ É como se, de alguma forma, Heidegger tentasse falar sobre aquilo que, para a filosofia da fase inicial do pensamento de Wittgenstein, deveria ser motivo para o mais absoluto silêncio.

Nos desafios dessa empreitada, esse autor recorre a metáforas que, não obstante sejam imaginativas, também são consideravelmente vagas e pouco explicativas. Além de asseverar digressões diletantes em torno de saber se o ser da linguagem é a linguagem do ser,⁴⁵ Heidegger assinala que pensamento e poesia são duas linhas paralelas, as quais correm caminhos que, malgrado sejam distintos, estão na mesma direção e no mesmo sentido.⁴⁶ Em algum lugar, lá no infinito, pensamento e poesia encontrar-se-ão e, finalmente, ambos tocarão o ser.

Ou, nas palavras da própria poesia:

“A coragem vem do medo, homem chora sem segredo;
Quem rói unha aponta o dedo – para onde isso te levaria?
Sozinho na multidão, quem sabe mais um irmão;
Vindo em outra direção – do nada eu encontraria!
Existe uma divisão, do que eu penso e a sensação;
De ação e reação – que ninguém explicaria!
E nem tem explicação, problema, nem solução;
E é nessa incompreensão – que nasce a poesia!”⁴⁷

Mas, será que há mesmo linguagem apropriada para falar do ser? Qual atitude perante a linguagem é a mais acertada? A de Wittgenstein, ou a de Heidegger? Qual Wittgenstein – o jovem pretensioso do Tratado Lógico-Filosófico, ou a sua postura mais plural e tolerante assumida nas Investigações Filosóficas? E quanto a Heidegger? É preferível a linguagem prolixa, sistemática e intelectualmente esforçada de Ser e Tempo, ou as intrincadas reflexões esparsas que gravitam em torno da poesia?

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *A Dialogue on Language*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 19-20.

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *The Nature of Language*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 72-81.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 89-90.

⁴⁷ ORIENTE. Oriental Brasileiro. In: ORIENTE. *Desorientado*. Rio de Janeiro: Boca do Oriente, 2011. faixa 2.

1.5. E se o giro linguístico for simplesmente uma volta de trezentos e sessenta graus?

“Assim, ao mesmo tempo em que Wittgenstein estava começando a ver a ‘linguagem’ como referindo-se simplesmente às trocas de sinais e sons entre seres humanos para a satisfação de determinados propósitos – como algo que, tal como ‘jogo’, não denota qualquer essência real – Heidegger estava desesperadamente tentando pensar nas várias moradas do ser nas quais os seres humanos têm habitado como ‘dádivas do ser’, em vez de ‘autoconcepções humanas’.”⁴⁸

Wittgenstein e Heidegger são dois pensadores que, apesar de serem provenientes de tradições filosóficas profundamente distintas entre si, foram decisivos para um marco na história da filosofia ocidental contemporânea – o giro linguístico.

Esses filósofos, cada um ao seu modo, e imbuídos por diferentes nortes reflexivos, desprenderam o pensamento filosófico de suas tradicionais amarras metafísicas.

Por um lado, isso pode ser tido como proveitoso. A variedade inesgotável dos jogos de linguagem mostra ao ser humano as potencialidades igualmente infinitas das diversas formas de vida à sua disposição. Linguagem é vida. Sob outra perspectiva, desconectar o ser humano do ente – ainda que esse ente seja dotado de algum privilégio supremo – é algo que revela o ser e a temporalidade como dimensões verdadeiramente apropriadas para a compreensão dessa singular experiência chamada existência humana. É como se os seres humanos tivessem assumido o lugar de suas antigas divindades. Mesmo as categorias conceituais tidas como possivelmente menos pretensiosas – como a razão humana ou as condições epistemológicas transcendentais do sujeito cognoscente – são, no fundo, aportes limitantes e petrificadores das criativas e imprevisíveis possibilidades da experiência humana.

Abandonados esses alicerces metafísicos, sobra apenas a linguagem. Esse, entretanto, é um copo que pode ser visualizado como meio vazio, ou meio cheio. Muito embora seja mais modesta, a linguagem permite uma apreensão mais plural, inventiva, imaginativa e elaborada do conhecimento humano. A constatação da importância da linguagem na contemporaneidade é acompanhada das mais diversas e significativas transformações – o advir da era digital, o crescente e exponencial requinte da tecnologia, as discussões sobre novíssimas formas de vida, afetos, relacionamentos, raças, etnias e sexualidades e, enfim, todos aqueles aspectos que marcam a tal da pós-modernidade – se é que ela já existe. O ser humano descobriu o poder da linguagem, de sorte que nenhum desses acontecimentos parece ter sido pura coincidência.

⁴⁸ RORTY, Richard. *Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language*. In: RORTY, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 63. A tradução do excerto aqui transcrito, da língua inglesa para a portuguesa, foi feita pelo autor da presente dissertação.

Ocorre que, com a dispensa dos sustentáculos transcendentais que serviam de esteio para a filosofia, há também a profusão de problemas consideravelmente sérios. Tentar erigir, por exemplo, uma ética filosófica que consiga distinguir ações humanas moralmente boas daquelas más torna-se algo que, ao menos em alguma medida, pode ser problemático.⁴⁹ Se tudo é linguagem, e a linguagem é só uma ferramenta flexível à disposição dos seres humanos para determinadas práticas, como seria possível afirmar, peremptoriamente, que uma ação humana qualquer é antiética? O termo “antiético” é apenas uma palavra e, como tal, o seu significado dependeria do seu uso particular naquele específico contexto em que foi invocado. O “antiético” não seria mais desvendado por uma seara transcendente de moralidade absoluta e infalível.

Existe um outro dilema ainda mais denso. Se a ontologia for vislumbrada como domínio filosófico prévio a qualquer outro, o seguinte paradoxo pode ser concebido como decorrência da destruição da metafísica. Deve haver entidades que, em si mesmas, não estão condicionadas por quaisquer outras entidades. Caso a realidade não fosse desse modo, então toda e qualquer entidade dependeria da peculiar conjugação de outras entidades, que, sucessivamente, também dependeriam de outras combinações de outras entidades. Faltaria, à realidade, uma substância própria, capaz de assegurar a sua necessária existência.

De modo mais sofisticado, o pensador estadunidense Richard Rorty explica esse dilema filosófico com as seguintes palavras e, ao final, indica o pensamento inaugural de Ludwig Wittgenstein como uma tentativa derradeira de salvar a filosofia desse beco sem saída:

“Esse dilema é familiar na teologia: se Deus pode ser *causa sui*, por que o mundo não poderia também sê-lo? Por que não simplesmente identificar Deus e natureza, como Espinoza fez? Todas as entidades de tipo A, todos os explicadores inexplicados, se encontram na mesma situação de uma Divindade transcendente. Se temos o direito de acreditarmos nelas sem relacioná-las a alguma coisa que condicione a sua existência, cognoscibilidade ou capacidade de ser descrita, então falsificamos nossa afirmação inicial segundo a qual a disponibilidade precisa estar relacionada por algo que não seja os próprios relacionados. Nós assim descortinamos a questão de por que é que alguma vez nós chegamos a pensar que haveria algum problema sobre

⁴⁹ Quanto a isso, é interessante perceber que, muito embora fosse atraído por questões éticas, Wittgenstein nunca elaborou um pensamento filosófico pertencente a esse ramo da filosofia. No Tratado Lógico-Filosófico, as afirmações éticas são tidas como absurdas: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961. Aforismo 6.42. Tempos depois, já nas Investigações Filosóficas, o filósofo austríaco passa assumir uma relação ambígua e peculiar com a ética. É que, para a fase tardia da filosofia de Wittgenstein, na ética, tudo faz e não faz sentido, ao mesmo tempo. Isso consta em: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 77. Não menos curiosa é a atitude de Martin Heidegger, que, apesar de ter dedicado inúmeras, extensas, requintadas e prolixas obras ao tratamento dos mais variados temas filosóficos, nunca procurou arquitetar um pensamento ético próprio. As filosofias desses dois pensadores e as cautelas de ambos no que diz respeito à ética podem ser interpretadas como a dificuldade de sua formulação – isto é, da construção de uma ética filosófica – na ausência de uma metafísica a qual servir-lhe-ia de suporte. Esse problema subsiste, mesmo que apenas parcialmente, na filosofia da atualidade.

disponibilidade. Desse modo, questionamos a própria necessidade da filosofia, na medida em que a filosofia é pensada como o estudo das condições de disponibilidade. Definirei ‘naturalismo’ como a visão de que *qualquer coisa* poderia ter sido de uma outra forma, de que não pode haver condições incondicionais. Os naturalistas acreditam que todas as explicações são explicações causais do real, e que não existe uma tal coisa como uma condição não causal de possibilidade. Se pensarmos na filosofia como uma busca pelo apodítico, centrada em verdades cujas verdades não exigem qualquer explicação, então tornamos a filosofia inerentemente antinaturalista e temos de concordar com Kant e Husserl de que Locke e Wundt operam em um nível subfilosófico. O *Tractatus* de Wittgenstein pode ser lido como uma tentativa heroica de salvar a filosofia do naturalismo ao asseverar que objetos de tipo A devem ser inefáveis, que eles podem ser mostrados, porém não ditos, que jamais podem tornar-se disponíveis da maneira como os objetos de tipo B são.”⁵⁰

Já nas partes seguintes de seu artigo, Rorty elogia abertamente a postura do pensamento ulterior de Wittgenstein, que desistiu de suas empreitadas voltadas à descoberta de uma linguagem perfeita e irreprochável e preferiu, simplesmente, assumir a variedade infinita dos diversos jogos de linguagem como aspecto central da vida humana, sem que uma linguagem detenha, por si só, primazia em relação a uma outra qualquer. A tarefa do filósofo, agora muito mais terapêutica e módica, consistiria tão-somente em destrinchar as regras e a gramática que formam aquele específico jogo de linguagem. Com a virada linguística, a busca por verdades elevadas e irrefutáveis passaria a ser algo anacrônico e sem sentido para a filosofia.

A parte mais instigante do artigo de Rorty, porém, não se resume a isso. Para esse autor, Heidegger teria trilhado o caminho inverso. Ao invés de se contentar com a descoberta das barreiras da filosofia e, principalmente, da variedade infinita de possibilidades humanas propiciadas pelas epifanias iniciais de Ser e Tempo, o filósofo continental alemão preferiu correr em direção a algo sublime, como se isso tivesse o condão de reservar-lhe um diferenciado lugar de destaque não apenas na história da filosofia ocidental – como, também, e de modo muito mais pretensioso, algum tipo de trono na investigação do verdadeiro sentido do ser.

As trajetórias são inversas. Wittgenstein abandonou o terreno de uma lógica transcendente e, com isso, se afastou dos resquícios metafísicos que ainda pudessem contaminar o seu pensamento. Ao se deparar com a ausência de qualquer suprassumo fundamental que

⁵⁰ RORTY, Richard. *Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language*. In: RORTY, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 63. Novamente, a tradução dos trechos citados acima, do inglês para o português, foi realizada pelo autor deste trabalho. Nesse excerto, a referência ao “*Tractatus*” é ao “*Tractatus Logico-Philosophicus*” – ou, em português, ao Tratado Lógico-Filosófico. Ademais, nessa passagem, por “objetos ou entidades de tipo A”, Rorty se refere àqueles que, na visão das diversas filosofias ocidentais que se sucederam ao longo dos séculos, independem de quaisquer outros objetos ou entidades – Deus, a razão, o sujeito transcendental etc. Já “os objetos de tipo B” são todos os outros, que têm as suas existências condicionadas ao primeiro tipo de objetos e entidades e que, dessa forma, são meras derivações dos pilares metafísicos que garantem – ou garantiam – a existência da filosofia. A expressão “*causa sui*”, utilizada nesse trecho, provém do latim e é traduzível, para o português, por “sua causa” – ou melhor, “sua própria causa”. É um jargão que remete àquelas entidades que são as próprias causas originárias de si mesmas.

pudesse sustentar o conhecimento humano, o pensador austríaco finalmente percebeu a filosofia tal como ela é – ou ao menos tal como Rorty também a concebe – uma modesta terapia para a dilucidação de confusões linguísticas. Heidegger, que desde cedo estava no lugar certo, decidiu lançar-se à procura de algo mais profundo. O ser estaria de rápida passagem no verso de um poema, como algo que só poderia ser assimilado por um milésimo de segundo e que, ainda assim, traria consigo a significação ontológica dessa experiência chamada existência humana.

Tanto na etapa inaugural do pensamento de Wittgenstein quanto nos escritos tardios de Heidegger, a linguagem foi – segundo Rorty, e em alguma medida – reificada.

Contudo, é proveitoso notar que ambos tornaram a linguagem absoluta por intermédio de seus dois polos extremos – matemática e poesia, respectivamente. Isso porque, no Tratado Lógico-Filosófico, a linguagem unívoca da lógica conseguiria espelhar de maneira impecável a imagem acertada do mundo. Com o desvelamento da isomorfia por detrás do mundo e da linguagem, todos os problemas filosóficos seriam elucidados e, desse modo, desapareceriam.

Já Martin Heidegger crê na poesia como via de especial acesso ao ser. A matemática seria apenas a cristalização radical de relações ontológicas no plano ôntico. O ser é objetificado no rigor analítico das fórmulas engessadas do cálculo e da aritmética, de modo que se torna mero ente. Ainda que alguma digressão matemática e/ou física acuradíssima conseguisse – por meio de uma espécie de cálculo determinístico infalível e holístico – descrever a realidade exatamente como ela é nos presentes acontecimentos e em todos os futuros eventos do mundo físico, mesmo assim nada teria sido genuinamente esclarecido a respeito do ser. A demonstração indefectível do ente em sua totalidade não chegaria sequer perto de definir o ser.

As leituras das obras desses filósofos em contraste com as reflexões de Rorty permite um especulativo exercício de imaginação. Se Heidegger e Wittgenstein se locomoveram, em sentidos opostos, pelo mesmo caminho, então, em algum ponto, talvez no meio desse percurso, devem ter se cruzado em algum hipotético ponto de encontro filosófico.

Em um interessante trecho sobre como uma língua nativa pode acabar por deslocar-se para o pensamento daquele que domina um idioma estrangeiro, Wittgenstein afirma que:

“Germanismos infiltrar-se-ão na fala de um alemão que sabe falar inglês perfeitamente bem, embora ele não construa primeiramente a expressão em alemão para só então traduzi-la, depois, para o inglês. Isso vai fazê-lo falar inglês *como se estivesse traduzindo* ‘inconscientemente’ do alemão. Assim, muitas vezes pensamos de uma maneira que faz parecer que o nosso pensamento fosse fundado em um esquema-de-pensamento, como se estivéssemos traduzindo de uma forma mais primitiva de pensamento para a nossa própria forma de pensamento.”⁵¹

⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009.

Uma interpretação possível desse excerto é a de que, a despeito da inclinação por acreditar que há uma estrutura humana cognitiva prévia – da qual a linguagem seria mero desdobramento – em verdade, linguagem e pensamento já estão totalmente mesclados e entrelaçados entre si. As eventuais expressões germânicas que escapam à fala do alemão que sabe falar fluentemente o inglês não são indícios da existência de uma estrutura cognoscente metafísica, e sim da constatação de que linguagem e forma de vida são, em realidade, uma coisa só. O alemão está impregnado na sua fala porque, como alemão nativo, a sua forma de compreender e enxergar o mundo inevitavelmente já foi permeada por aquela linguagem. Aparentemente, Wittgenstein, atraído pelos mistérios subjacentes às complexas relações entre pensamento e linguagem em suas interações primitivas, ainda assim dispensou o auxílio de alguma estrutura filosófica metalinguística para explicar a linguagem.

Malgrado não com um viés científico ou racionalista, Heidegger, em algum ponto, se deixou seduzir pelos enigmas provenientes de fenômenos similares. Ao tentar dedicar atenção ontológica aos diversos dialetos germânicos e às suas implicações no que concerne às variadas formas de vida existentes em diferentes regiões daquele mesmo país – a Alemanha – esse autor traz poéticas digressões a respeito da terra e das raízes ali fincadas que, de certa forma, o aproximam de uma linguagem quase metafísica:

“Até mesmo o simples fato de nós alemães chamarmos as diferentes maneiras de falar em diferentes regiões do país de *Mundarten*, modos da boca, raramente é objeto de reflexão. Essas diferenças não se sucedem somente ou primariamente dos diferentes padrões de movimento dos órgãos da fala. A paisagem – e isso significa a terra – fala neles, diferentemente e em cada vez. A boca não é meramente um órgão do corpo entendido como um organismo – corpo e boca são partes do fluxo e do crescimento da terra, nos quais nós mortais florescemos, e dos quais recebemos a solidez de nossas raízes. Se perdermos a terra, perderemos, também, é claro, as nossas raízes.”⁵²

Richard Rorty, todavia, não crê nesse audacioso falatório poético como uma parte especial da linguagem, tampouco da filosofia. Ao concluir o seu artigo, o pensador

§ 597. A tradução do trecho ora citado, do inglês para a língua portuguesa, foi, mais uma vez, realizada pelo autor desta dissertação.

⁵² HEIDEGGER, Martin. *The Nature of Language*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 98-99. A tradução dessa passagem, do inglês para o português, foi feita pelo autor do presente trabalho. A palavra “*Mundarten*”, do alemão, e a qual consta intacta no trecho em inglês, pode ser traduzida, para o português, por “dialetos”. Ainda em alemão, a palavra “*Mundarten*” é uma combinação de “*Mund*”, que significa, em português, “boca”, e “*Arten*”, que pode ser traduzido, também para a língua portuguesa, por “espécies”, ou “modos”. Diferentes dialetos, ou diferentes sotaques, são diferentes “modos da boca”. Como de costume, Heidegger faz reflexões etimológicas acerca de uma palavra tida como significativa com o escopo de descobrir reflexões filosóficas mais densas a respeito do ser humano e da linguagem.

estadunidense tece duríssimas críticas contra a etapa derradeira da filosofia de Martin Heidegger:

“Do ponto de vista naturalista e pragmático do Wittgenstein tardio, podemos ser gratos a Heidegger por nos ter dado um novo jogo de linguagem. Mas não devemos ver esse jogo de linguagem como Heidegger o viu – como uma maneira de distanciar-se do Ocidente e de resumi-lo. Em vez disso, era simplesmente mais uma em uma longa série de autoconcepções. Heideggerianês é só um presente de Heidegger para nós, e não o presente do Ser para Heidegger.”⁵³

O recado de Rorty é trivial e, ao mesmo tempo, capaz de provocar fortes abalos no pensamento humano – linguagem é só linguagem. Qualquer linguagem que pretenda ser reificada, hipostasiada e/ou deificada deve, ao contrário, dar azo às mais sérias ressalvas e cautelas. Heidegger em sua filosofia inicial e Wittgenstein na sua fase ulterior ensinaram que as descrições filosóficas do mundo já não podem mais ser absolutas. Além de ser impossível haver o retrato da realidade sem uma linguagem, há a constatação ainda mais impactante de que diferentes linguagens não somente descrevem – como, também, constroem – novas realidades. Ante essas formulações, a filosofia deve ater-se ao ser humano em meio à possibilidade de todas as ontologias, as quais são veiculadas e inventadas pelos mais infinitos jogos de linguagem.

Mas, se a crítica for estendida, também é possível mostrar algumas perspectivas porventura inapropriadas por parte de ambos esses filósofos com relação às atitudes que devem ser tomadas diante do mundo a partir do desvelamento do cerne da linguagem. A esse respeito, o filósofo argentino Julio Cabrera realça, de modo contundente, que:

“Na sequência de seu texto, Lledó não poupa elogios, em contraste, para Wittgenstein, mas nesse ponto poderiam dirigir-se críticas muito parecidas contra ambos, Heidegger e Wittgenstein: em primeiro lugar, por certo prazer hermético e ‘silenciosista’ comum a ambos, no sentido de eles abrirem um âmbito de significações além de todo limite, que só pode ser assistido misticamente numa espécie de escuta perplexa, ou abordada numa descrição inacabável. Em segundo lugar, pela recusa à teoria, comum às segundas fases tanto de Heidegger quanto de Wittgenstein, ou seja, pela convicção de que nenhuma teoria seja capaz de captar a significação, entendida quer como aquela gerada pelos infinitos e irredutíveis jogos de linguagem, quer como aquela ligada com a abertura ao ser. Num e noutro casos, parece vã essa tentativa extrema de desvincular-se radicalmente do mundo, das suas teorias e dos seus sofrimentos filosóficos, como se o fato de manter-se num plano de total asepsia teórica pudesse liberar das frustrações e das decepções do confronto e da refutação.”⁵⁴

⁵³ RORTY, Richard. *Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language*. In: RORTY, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 65. Mais uma vez, o trecho reproduzido acima foi traduzido, do inglês para o português, pelo autor deste trabalho.

⁵⁴ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 154-155.

O giro linguístico parece ter ensinado à filosofia que linguagem é somente linguagem. Mas a interpretação das filosofias de Wittgenstein e de Heidegger deve tomar essa afirmação apenas como ponto de partida – e não de chegada.

Até que um percurso mais longo seja atravessado, é possível continuar a falar muito mais sobre a própria linguagem. Nas trilhas dessa rota, acusações ainda mais intensas e fervorosas podem lhe ser imputadas.

1.6. A palavra colocada no banco dos réus – a filosofia marxista⁵⁵ da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi.

“Wittgenstein não parece dispor de recursos para ver o lacunoso do discurso, a referência indireta e refratada, o sentido sintomatológico dos signos, mas apenas para aquilo que produz as falhas no âmbito do sentido, a referência e os usos regrados de signos. Como a metodologia do *Tractatus*, apesar de suas enormes diferenças, esse método continua captando apenas sem-sentidos, mas não distorções básicas. Não possui recursos para visualizar erros, objetivamente detectados no uso de certos termos, como sintomas de uma perturbação que não está no próprio jogo, mas talvez em jogos paralelos, ou mesmo em jogos perfeitamente jogados, em que o engajamento do jogador é satisfatório, mas em que toda a base do jogo está afetada. Não há nenhum recurso normativo, no mais amplo sentido, que se possa introduzir na avaliação do seguir regras. O que pode ser avaliado como ‘normal’ ou ‘anormal’ é sempre interno aos jogos: os jogos mesmos – a sua legitimidade, o seu direito de serem ou não jogados – não podem ser avaliados.”⁵⁶

As filosofias da linguagem abordadas até a presente parte da presente dissertação, em sua maioria, atribuem à linguagem uma conotação positiva, uma espécie de privilégio por possibilitar as potencialidades criativas, existenciais e significativas do ser humano.

Mas será que a linguagem também não é capaz de enganar, de deturpar e/ou de esconder? Ou pior – a linguagem não consegue, por meio da explicitação de vários fatos

⁵⁵ Na obra que serve de subsídio para considerável parte das exposições deste tópico do trabalho, o filósofo italiano Ferruccio Rossi-Landi faz uma diferenciação entre teorias “marxianas” – as quais são científica e metodologicamente fiéis aos escritos originais de Karl Marx – e teorias “marxistas” – que, não obstante tenham sido influenciadas e inspiradas pelo pensamento desse filósofo, não necessariamente detêm compromisso científico com a consistência teórica de suas ideias. Nesse sentido, Rossi-Landi concebe o seu próprio pensamento como “marxiano”, e não como “marxista”. Com o desiderato de simplificar essa terminologia – porém, sem deixar de reconhecer assumidamente as eventuais deturpações conceituais daí sucedidas – nesta dissertação, todas as perspectivas da linguagem com inspiração nas reflexões filosóficas de Marx serão tratadas como “marxistas”, pura e simplesmente. Para uma explicação mais apurada dessa distinção, cumpre averiguar: ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 15.

⁵⁶ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 264. Mais uma vez, no excerto aqui transcrito, “*Tractatus*” é uma abreviação para o “*Tractatus Logico-Philosophicus*” – que, em português, é o livro *Tratado Lógico-Filosófico*.

aparentemente verdadeiros, transmitir uma narrativa inteiramente falsificada? Qual é o critério para avaliar a verdade ou a falsidade por detrás das afirmações alicerçadas na linguagem?

Wittgenstein e Heidegger, cada um à sua maneira, procuraram superar – ou pelo menos escancarar – a metafísica enraizada no pensamento filosófico ocidental e, ironicamente, as filosofias de ambos esses pensadores são por vezes assimiladas de modo pretensiosamente etéreo e diletante, como se não tivessem o potencial de acarretar implicações práticas mais concretas em relação ao mundo.

Dentre a infinidade de enfoques que podem ser conferidos às obras desses autores, convém – por razões que serão paulatinamente esclarecidas no decorrer desta parte do trabalho – ao menos levar em consideração uma apropriação singular e fértil das reflexões propiciadas pela filosofia tardia de Wittgenstein.

O filósofo italiano Ferruccio Rossi-Landi, talvez na contramão das correntes acadêmicas majoritárias de sua época, procurou traçar uma confluência entre os pensamentos de dois expoentes filosóficos até então pouquíssimo aproximados – Wittgenstein e Karl Marx. Em uma série de textos da década de 1960, reunidos em formato de um livro – intitulado *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas* – o pensador italiano dirige firmes críticas a duas vertentes antagonicas. Por um lado, rechaçou veementemente a acepção de que o marxismo seria pouco científico. Do outro, também não aderiu à tradicional visão marxista de seu período, de que a semiótica e a filosofia da linguagem seriam meros produtos ideológicos da burguesia neocapitalista.⁵⁷

A ideia fundamental da obra é a de que, entre a infraestrutura e a superestrutura – conceitos absolutamente centrais para o marxismo – há a linguagem. Dessa forma, não são apenas dois – e sim três – os elementos essenciais para a adequada compreensão da realidade social.⁵⁸

Em apertado resumo – e de acordo com o marxismo – a infraestrutura se refere à base econômica de uma sociedade, moldada pelos meios de produção material e pelas relações sociais ali intermediadas. A superestrutura, por seu turno, concerne àqueles artefatos humanos

⁵⁷ PAIS, Cidmar Teodoro. *Apresentação*. In: ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. Essa ideia também está exposta, embora a partir de outro ponto de vista e com base em outros pressupostos, em: BAHKTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem – problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. Tradução de Michel Lahud, Yara Frateschi Vieira, Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 12ª edição. São Paulo: Editora HUCITEC, 2006.

⁵⁸ ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 7-14.

de cunho mais abstrato, engendrados a partir de sua infraestrutura e que, de certa maneira, justificam o modo de ser dessa sociedade e de suas relações materiais – a política, literatura, a religião, a cultura, a educação e, inclusive, o direito. Como todo o marxismo é norteado pelo materialismo histórico-dialético, são as condições materiais que determinam as ideias humanas, e não o contrário. Por isso, a infraestrutura condiciona a superestrutura. Mas, como essas relações são dialéticas – e não puramente lógico-causais ou mecanicistas – esses condicionamentos são complexos e intrincados. Nesse sentido, talvez a “dialética” marxista seja apenas um outro nome para designar que as complexidades por detrás das interações entre a infraestrutura e a superestrutura estão em intenso contato com as perplexidades que permeiam a linguagem. Para Rossi-Landi, é precisamente *na* linguagem que ocorrem essas interações.

Além disso, outro tema importantíssimo do livro é o da alienação linguística. A situação humana alienada é objeto de estudo por parte dos mais dos mais diversos campos do saber – economia, religião, sociologia, artes e ciência política, dentre vários outros. A linguagem é o veículo precípua da ideologia, que, sucessivamente, é a maior responsável pela alienação humana em suas mais multifacetadas dimensões. Também por esse motivo, deve haver um esforço de juntar os pensamentos do Wittgenstein tardio com o de Marx.

No primeiro capítulo, Rossi-Landi defende um uso marxista da filosofia ulterior do pensador austríaco.⁵⁹ O abandono do realismo ontológico e do logicismo em favor de um materialismo explícito na passagem do Tratado Lógico-Filosófico para as Investigações Filosóficas é abertamente elogiado pelo autor italiano. De maneira criativa, divertida e inusitada, Rossi-Landi relata os rumores de que Wittgenstein teria ficado perplexo ao não conseguir descrever a forma lógica do gesto feito por um colega italiano que, daquele modo que é comum no seu país, colocou as pontas dos três dedos do meio da mão por debaixo do queixo e os empurrou para fora, e de que o filósofo austríaco teria pensado pela primeira vez na noção de jogos de linguagem enquanto assistia a uma partida de futebol.⁶⁰

Ainda assim, o autor italiano não deixa de criticar Wittgenstein. Nas Investigações Filosóficas, entra o fluxo da vida, mas o fluxo da história e da sociedade continuam solenemente ignorados. Rossi-Landi aponta quatro aspectos da fase tardia da filosofia do austríaco que, em sua compreensão, são problemáticos, e necessitam de complementação filosófica. Em primeiro lugar, esse pensador percebe o âmbito público da linguagem, mas deixa de lado as suas esferas social e histórica. Demais disso, Wittgenstein acentua o jaez instrumental da palavra e,

⁵⁹ *Ibidem.* p. 15-62.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 34-35.

supreendentemente, não leva em consideração o trabalho humano necessário para construí-la. O pensador austríaco ressalta que, em diversas ocasiões, a linguagem entra de férias e, curiosamente, jamais se pergunta *por que* isso acontece. Por fim, o quatro e último ponto problematizado pelo filósofo italiano é o de que, sem embargo de seus impactos potencialmente revolucionários, a filosofia de Wittgenstein permanece assaz distanciada da realidade. Quanto a isso, Rossi-Landi assevera que:

“Como consequência do que foi dito anteriormente, a própria filosofia de Wittgenstein, crítica da tradição até o ponto de tornar-se estéril, de tanto recusar qualquer construção teórica que possa fazer lembrar um ou outro aspecto dela, permaneceu uma filosofia em parte distanciada da realidade. Apesar do caráter exasperadamente fragmentário, do andamento modesto e da linguagem cotidiana, ela ainda reflete o afastamento da academia em relação ao resto da cultura, da filosofia do resto do trabalho intelectual, da sociedade culta de Cambridge e Oxford do resto da cultura britânica e, finalmente, até mesmo da civilização britânica entre as duas guerras do resto do mundo. O ambiente em que os minuciosos discursos de Wittgenstein soam familiares ainda é aquele de um grupo de especialistas indiferentes aos problemas reais. É apenas num idioma falado principalmente por quem tenha lido certos livros abstrusos e faça parte de determinada igreja que a linguagem entra em férias e caminha no vazio *nos modos típicos examinados por Wittgenstein*. Ele diz continuamente: ‘nós dizemos que...’, ‘nós tendemos para...’, ‘não percebemos que...’, etc. O fato de que ninguém o tenha posto em dificuldade, perguntando-lhe a quem ele estivesse se referindo com aquele ‘nós’, explica-se apenas na base de todos aqueles separatismos, cuja aceitação tácita permitia fingir que este ‘nós’ fosse equivalente a um ‘todos os homens’, que, na realidade, falta. A *naturalidade* com que os ingleses sentem a língua *deles* (língua essa em que Wittgenstein, afinal, falava e ensinava) e a conexas falta de consciência da relatividade linguística contribuíram para isso.”⁶¹

A despeito dessas ressalvas, Ferruccio Rossi-Landi também compreende o pensamento tardio de Wittgenstein como um profícuo e inigualável ponto de equilíbrio entre o empirismo histórico demasiadamente factual e as idealizações abstratas puramente metafísicas da filosofia ocidental. Caso seja interpretada a partir de uma perspectiva marxista, a filosofia alinhavada nas Investigações Filosóficas tem o potencial de possibilitar uma forma inteiramente nova de enxergar o mundo:

“Já não é mais possível, para quem tenha compreendido bem Wittgenstein, deixar-se enganar pelas palavras difíceis, pelos truques lógicos e pelas construções pseudo-científicas dos filósofos, ou ainda pelas dificuldades do próprio falar comum, quando ele se entrava e põe à mostra seus próprios defeitos e limites constitutivos. Wittgenstein fornece instrumentos geniais e insubstituíveis para uma crítica da fenomenologia da alienação linguística. Uma vez determinados os limites do ‘público que não chega ao social’, do ‘uso que não remonta ao trabalho’, do ‘separatismo que mantém a linguagem separada da história’, sua doutrina da filosofia como atividade pode ser aceita e ampliada justamente pela filosofia da práxis; será então uma atividade não mais ou não somente individual, mas diretamente social. As perplexidades e as câimbras mentais atacadas por Wittgenstein, de fato, continuam

⁶¹ *Ibidem.* p. 60.

formando-se sobre todo o planeta e não apenas na cabeça de alguns especialistas: são um fato social de grande alcance e não um desvio individual; estão enraizadas na história, nas instituições, nos interesses reais, não apenas em ‘tentações’ ou ‘inclinações’ de falantes individuais, não descritas de forma melhor.”⁶²

A partir de então, o filósofo italiano, no segundo capítulo do livro,⁶³ começa a elaborar possíveis convergências entre o marxismo e a filosofia da linguagem do Wittgenstein tardio.

Já de início, Rossi-Landi salienta que é o trabalho o que diferencia o ser humano do restante da natureza. A sociedade surgiu no instante em que o ser humano, por intermédio da linguagem, instituiu a divisão social do trabalho. Linguagem não existe sem sociedade e, ao mesmo tempo, sociedade não existe sem linguagem. O ser humano é um animal falante e, também, um animal trabalhador. Sem esses aspectos, a vida humana e social seria inconcebível.

A aparente naturalidade dos elementos materiais e linguísticos à disposição do ser humano mascara todo o labor que foi indispensável para confeccioná-los – seja no que se refere aos bens materiais, seja no que tange à linguagem. Por isso, segundo as reflexões do pensador italiano, a palavra pode ser comparada ao dinheiro e, também, à mercadoria. O caráter fungível tanto do dinheiro quanto da palavra é o que permite a contínua troca de ambos e, assim, a constante vivência das relações sociais.

Ainda norteado por essas comparações, o valor de uma mercadoria seria a sua posição no mercado, enquanto o valor da palavra é a sua posição da linguagem. Com essas teorizações, Rossi-Landi procura mostrar que a exploração do ser humano pelo ser humano não ocorre apenas pelas relações econômicas e de trabalho, mas, também – e talvez principalmente – pela linguagem. Aliás, não é que sejam dois elementos possivelmente usados pelos seres humanos em prol da exploração. São, na realidade, duas faces de uma mesma moeda. O assim chamado trabalho material vem sempre acompanhado de um trabalho linguístico, de forma que ambos acabam por moldar as relações socioeconômicas que constituem o modo de ser de uma determinada sociedade.

Firmadas essas premissas, o filósofo italiano adentra um dos temas mais relevantes da sua obra – o da alienação linguística.⁶⁴ Nas filosofias marxistas, a ideologia é a falsa consciência e as falsas representação e assimilação da realidade. A alienação, que pode ser tida como a falsa consciência em sua forma mais aprimorada, separa o pensamento da práxis – os quais, a princípio, deveriam estar em harmonia. Por práxis, deve-se entender a teoria e a ação humanas

⁶² *Ibidem.* p. 61-62.

⁶³ *Ibidem.* p. 63-105.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 130-158.

devidamente conjugadas. A teoria pressupõe a ação – isto é, a interferência direta dos atos humanos na natureza e, principalmente, na sociedade. Assim, por detrás de todo o pensamento, há uma práxis que deveria corresponder-lhe, e vice-versa. A separação desses elementos ocorre pela ideologia, que ofusca, distorce e esconde as verdadeiras relações materiais de uma sociedade. É por meio da linguagem que a ideologia consegue transformar falsa consciência em falso pensamento.

É possível entender, por exemplo, como ideológico – e de acordo com a filosofia marxista da linguagem de Rossi-Landi – o hipotético discurso que enaltece a vendedora de uma modesta feirinha de artesanatos como empreendedora independente da era de um capitalismo contemporâneo pujante, ressignificado diante das céleres e crescentes mudanças sociais dos tempos hodiernos. Essa pequena comerciante, decerto, não detém os meios de produção e, por conta disso, é uma indivíduo que dispõe apenas de sua própria força de trabalho nas cadeias de produção e consumo materiais que formam o mercado. A linguagem neoliberal exalta as habilidades individuais de módicos trabalhadores e trabalhadoras como suposto elemento chave de uma realidade social que, na verdade, já está firmemente definida por relações econômicas mais intensas, proeminentes e importantes para a configuração econômica e política daquela sociedade. Essa narrativa, por distanciar práxis e pensamento, seria – ao menos para o marxismo – ideológica, de maneira a implicar uma conjuntura de alienação humana, na qual o ser humano é explorado pelo próprio ser humano.

Outro exemplo, quiçá mais tosco, é o seguinte. O discurso que, imbuído por um pretenso sentimento de responsabilidade ambiental, ressalta a suposta necessidade de que a torneira seja fechada enquanto alguém escova os dentes, também pode ser tido como ideológico. Na linguagem ideológica, todo o vultoso consumo de água desperdiçado por parte da agropecuária é camuflado por uma falsa consciência de que a prática cotidiana de cessar o fluxo hidráulico da torneira enquanto uma indivíduo escova os seus dentes resolveria – ou ao menos ajudaria significativamente a resolver – os problemas hídricos que assolam o mundo. Ao mesmo tempo, a ideologia amarra a separação entre consciência e práxis de tal forma que, ao possivelmente tentar realçar a superficialidade e a irrelevância do hábito sugerido como ambientalmente correto, o indivíduo que recursar-se a fechar a torneira será tachado de antiecológico, mesquinho e, ironicamente, alienado em relação à situação do planeta. A linguagem ideológica se alastra por todo tipo de narrativa sedutora, sofisticada e elegantemente elaborada. Para esses problemas, não há soluções fáceis.

A falsa consciência – que, em seu estágio mais vigoroso, assume a forma de ideologia – implica, a um só tempo, duas práxis – aquela que deveria ser externada e aquela que, de fato,

ocorre na realidade material do mundo concreto. Ao contrário do que essa leitura poderia supor, Rossi-Landi admite que, como desde sempre a linguagem e as relações materiais da economia estão distorcidas, todo discurso é, inevitavelmente, ideológico. Não há uma linguagem socioeconômica perfeita e que paira acima de quaisquer críticas, a qual descreveria o mundo material exatamente como ele é. O falso pensamento e a falsa consciência sempre estiveram presentes na companhia da raça humana, desde o momento em que algum ser humano efetuou pela primeira vez um ato laboral e, com isso, diferenciou a humanidade do restante da natureza.

Entretanto, para o autor italiano, a distinção primordial reside no cerne da ideologia – que pode ser revolucionária ou reacionária. Ao lado de toda e qualquer ideologia, há necessariamente um projeto social. Assim, uma linguagem voltada à aproximação entre consciência e práxis representa uma ideologia e um projeto social emancipadores e revolucionários, ao passo que as linguagens que têm por escopo obstaculizar ou até mesmo acentuar a distância entre ambos esses elementos consistem em uma ideologia conservadora e reacionária, a qual carrega consigo um projeto social desse mesmo viés. O materialismo histórico-dialético, aos poucos, revela o curso da humanidade e delinea a sua história. Por isso, os discursos a-históricos são ideológicos, porquanto negam a convergência entre consciência e práxis humanas, seja mediante um realismo que torna indevidamente ontológica uma natureza humana alheia à história, seja por meio de um idealismo que corre na direção de um espírito supra-histórico e metafísico. Contudo, como as relações linguístico-ideológicas entre os projetos sociais emancipadores e aqueles revolucionários são, também, eminentemente dialéticas, Ferruccio Rossi-Landi prefere não lançar diretrizes causais, objetivas ou mecanicistas para a elucidação desses fenômenos e a resolução de seus problemas.

Nos dois penúltimos capítulos do livro, o pensador italiano sustenta que há uma homologia entre a produção material e a produção linguística, e fornece um esquema preliminar dessa sua ideia. Homologia é algo que estaria entre a analogia e a identidade. Não se trata de uma mera analogia, a qual é lastreada na comparação de aspectos casuística ou aleatoriamente semelhantes de coisas que, em si, são diferentes. Porém, a homologia não chega a ser da mesma estatura da identidade – categoria que pressupõe equivalência entre os elementos tidos como idênticos. Assim, a homologia entre a linguagem e o trabalho é descrita como “o mágico ponto da união”⁶⁵ entre a produção do que é material e a produção do que é linguístico. Ou seja, da mesma forma que monemas são agrupados em fonemas, os quais aos poucos formam sílabas e palavras, o material bruto resultante dos atos de cortar, dobrar, afiar e juntar são transmudados

⁶⁵ *Ibidem*. p. 176. Ao fazer referência a essa expressão, Rossi-Landi ressalta que o seu autor é o jurista e cientista político italiano Bruno Leoni, que foi seu contemporâneo.

em partes de utensílios que, então, compõem as ferramentas. Esse ainda é só o começo do esquema da homologia da produção. Palavras se combinam em enunciados, frases, orações, parágrafos, narrativas, produções literárias, códigos linguísticos e, enfim, em toda a produção linguística da humanidade. Na seara material, ferramentas constroem máquinas, fábricas, ruas, cidades e, em suma, toda a produção material da raça humana.⁶⁶ Aparentemente, Rossi-Landi leva às suas últimas consequências a metáfora de Wittgenstein a respeito da palavra como instrumento.⁶⁷

Como a origem da exploração econômica advém do surgimento de relações materiais desiguais e injustas ao longo da história, o filósofo italiano sugere, no capítulo derradeiro de sua obra,⁶⁸ que a alienação linguística, acompanhada dessas relações de exploração socioeconômica, deve ocorrer de modo homólogo na esfera da linguagem. Ou seja, injustiças materiais na seara socioeconômica são espelhadas por uma linguagem ideológica que consegue, de alguma forma, mascarar esses aspectos. Pautado nisso, Rossi-Landi entende que transformações revolucionárias devem ser intermediadas não por meros esclarecimentos linguísticos, mas por profundas modificações materiais na estrutura social, histórica e econômica da humanidade, devidamente amparadas por uma linguagem que consiga, cada vez mais, extirpar os elementos ideológicos do seu discurso e, assim, conjugar a consciência e o pensamento com a sua apropriada práxis.

No fim das contas, a classe dominante possui, a um só tempo, os códigos da linguagem, os seus canais de circulação e as modalidades de interpretação e decodificação dessas linguagens. Em virtude disso, as trabalhadoras e os trabalhadores se vêm obrigados a aceitar um capital linguístico que lhes é imposto, de forma quase unilateral. Concomitantemente, a linguagem é naturalizada. Perde-se de vista todo o labor linguístico que foi envidado para arquitetar e manter uma língua. Essa naturalidade, todavia, é necessariamente uma pseudonaturalidade, a ser desmistificada, superada e transformada mediante a práxis revolucionária. Perto de arrematar o capítulo final desse seu livro, Rossi-Landi destaca que:

⁶⁶ Em verdade, o esquema da homologia da produção conjecturado por Ferruccio Rossi-Landi é consideravelmente mais detalhado e sofisticado daquilo que foi exposto e resumido nesta parte da presente dissertação. Para verificar esse esquema em suas minúcias, vale conferir: *Ibidem*. p. 159-220.

⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, dentre outros.

⁶⁸ ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 221-243.

“Acredito ser possível sustentar que em todo mercado linguístico comunicativo, a classe dominante possui privadamente a linguagem nas três dimensões de (i) controle do código ou códigos das modalidades de codificação, (ii) controle dos canais, isto é, das modalidades de circulação das mensagens, (iii) controle das modalidades de decodificação e interpretação. A classe dominante aumenta a redundância das mensagens que confirmam sua própria posição e ataca com ruído ou, perturbando se necessário, a codificação e a circulação das mensagens que poderiam, ao contrário, desestabilizá-la. A classe subordinada é colocada em condições de decodificá-las com particular facilidade, e portanto, de considerar ‘reais’ ou ‘naturais’, aquelas mensagens que são suficientemente redundantes para superar o ruído ou a perturbação que possam falsear a recepção, ou seja, aquelas mensagens que lhe são transmitidas por meio de modalidades codificadoras e por meio de canais particularmente isentos de ruídos ou de perturbação. Para essas mensagens, a operação de subtrair a operação espúria à informação total, ou não é necessária, ou encontra-se reduzida ao mínimo. Com base nisso, pode-se, também, propor uma definição de ‘classe dominante’ como sendo a classe que detém os controles mencionados acima.”⁶⁹

Colocado de maneira assaz lacônica – nas filosofias marxistas, a classe dominante é a classe que controla os meios de produção. No entanto, para o filósofo italiano, essa frase está incompleta – a classe dominante detém os meios de produção material e, outrossim, os meios de produção linguística. A classe dominante possui os meios de produção e, de forma igualmente crucial, também detém o controle da linguagem. Essa constatação, por si só, já parece mostrar que as advertências formuladas por esse pensador devem ser merecedoras de especial atenção e reflexão.

Nas epifanias individuais dos pensamentos de Ludwig Wittgenstein e de Martin Heidegger – por mais geniais que possam ser – a linguagem é colocada em uma espécie de pedestal, como se nenhum outro aspecto da experiência humana pudesse alcançar estatura tão esplêndida e elevada quanto a sua. Do ponto de vista do social, a filosofia marxista da linguagem de Rossi-Landi avisa que não será apenas a linguagem a ocupar essa posição sublime, como, também – e principalmente – a classe social que intermedia os seus fluxos, as suas interpretações, os seus funcionamento e os temas ali contemplados.

A partir de uma possível interpretação calcada na filosofia de Heidegger, toda a construção marxista da linguagem seria somente mais uma dentre as infinitas apreensões ônticas do ser – em outras palavras, mais uma tentativa de tornar ente o ser. Por seu turno, Rossi-Landi poderia acusar toda a ontologia de Heidegger de não ser algo além de uma mera filosofia burguesa, acentuadamente ideológica, e cujas prolixas e sobrecarregadas digressões sobre um ser que nunca se revela estariam simplesmente a serviço do encobrimento das verdadeiras lutas sociais que movem o curso da história da humanidade. A filosofia ulterior de Wittgenstein, ao assistir a esse embate como um espectador privilegiado, afirmaria de maneira

⁶⁹ *Ibidem.* p. 240-241.

trivial que ambas perspectivas são apenas diferentes jogos de linguagem atrelados às suas respectivas gramáticas, regras e formas de ver e descrever o mundo.

Qual dessas vertentes filosóficas está correta? Nos tempos atuais – na assim chamada era do pensamento pós-moderno, pós-metafísico, pós-ontológico ou seja lá o que de posterior a contemporaneidade traz ou trará consigo – será que é sequer possível fazer interrogações como essas? E, se não for, qual alternativa ainda seria viável?

1.7. A filosofia pluralista e negativa da linguagem de Julio Cabrera – o rio e as suas margens.

“Ai! Há *uma* lei universal;
Mas *dois* lados para toda história!
Três strikes e você estará implorando pela sua vida;
Mandatário!
Quatro MC's assassinados nos últimos *quatro* anos;
Eu não estou tentando ser o *quinto*;
O milênio chegou!”⁷⁰

De alguma maneira, cada uma das filosofias analisadas até esta parte do presente trabalho acarretou algum grau de decepção, ainda que ínfimo.

O projeto ontológico enfrentado em *Ser e Tempo* foi abandonado em razão da assumida impossibilidade de o ser descortinar-se mediante uma mera exposição exaustiva da história do pensamento ocidental. A posterior e audaciosa tentativa de elucidação poética dos conceitos foi tida por Richard Rorty como elaboração filosófica que, malgrado seja válida, não possui qualquer tipo de primazia sobre outras vertentes filosóficas – em ressalvas críticas asseveradas pelo pragmatista estadunidense que são, no mínimo, sobremaneira pertinentes.

Por sua vez, Wittgenstein constata as insanáveis falhas do projeto almejado no Tratado Lógico-Filosófico e, a partir de então, assinala esparsas reflexões filosóficas que, ao menos do ponto de vista epistemológico, são consideravelmente mais humildes. A visão da filosofia como disciplina acadêmica autônoma é substituída por aquela que a concebe como simples atividade

⁷⁰ DEF, Mos. Mathematics. In: DEF, Mos. *Black on Both Sides*. Nova Iorque: Rawkus Records, 1999. faixa 16. A tradução da passagem ora reproduzida – do inglês para o português – foi realizada pelo autor desta dissertação. No trecho citado acima, “*strike*” é um tipo de penalidade do jogo de beisebol, decorrente da situação em que o atacante não consegue, com o seu taco, rebater a bola lançada pelo arremessador em uma determinada zona, usualmente contemplada entre os ombros e o joelho do atacante. Se três *strikes* se sucederem com um mesmo atacante, esse batedor perde a sua vez e o seu time sofre algumas implicações negativas no jogo. Em sua literalidade, “*strike*” seria traduzível, para a língua portuguesa, por “ataque”. Mas, especificamente no excerto aqui transcrito, perderia o seu significado. A sigla “*MC*”, por sua vez, se refere ao “*master of ceremony*” que, em português, é o “mestre de cerimônia” – personagem do universo do hip-hop responsável pelos vocais das composições musicais e que, geralmente, assume protagonismo nas performances artísticas realizadas nesses ambientes.

terapêutica, sem qualquer privilégio em relação a outros aspectos da vida ou outras esferas do conhecimento humano.

A filosofia marxista da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi também possui os seus os pontos questionáveis. Embora a obra do filósofo italiano não esclareça isso – ou ao menos não de forma direta, peremptória ou sequer suficientemente clara – o livro passa a impressão de que, ao atingir o comunismo, a humanidade finalmente aproximaria consciência, pensamento e práxis de tal modo que, enfim, haveria uma espécie de linguagem não-ideológica, a qual descreveria o mundo e as suas relações econômicas, sociais e históricas exatamente como elas são. O que assegura, porém, que essa esperança não é puramente metafísica? O marxismo procura rechaçar a metafísica ao apoiar-se no materialismo histórico-dialético. Dessa maneira, percebe a contingência subjacente à história e às dimensões humanas da vida em sociedade e afastam-nas de um elemento transcendente e imutável que somente a metafísica poderia sustentar. Contudo, essa perspectiva, que enxerga a direção da história necessariamente rumo a um estágio tido como inevitável – o comunismo – tem, igualmente, os seus próprios resquícios metafísicos. Uma metafísica jogada no movimento dialético não deixa de ser metafísica.

Diante dessas desilusões – ou pelo menos ante alguns desses entraves – parece ser oportuno levar em consideração o pensamento do filósofo argentino Julio Cabrera. Em sua obra *Margens das Filosofias das Linguagens: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*,⁷¹ o pensador latino-americano faz um apanhado deveras minucioso das mais inúmeras concepções filosóficas sobre a linguagem e, ao mesmo tempo, traz a sua própria concepção de uma filosofia da linguagem.

Na introdução do livro, é apresentada a atitude pluralista e negativa que irá intermediar o desenrolar da obra.⁷² A filosofia, geralmente, é tida como um contínuo e incansável esforço destinado à superação de limites. Para Cabrera, talvez seja mais apropriado assumir esses limites e, a partir disso, perceber as inúmeras fronteiras e os diversos pontos de contato entre filosofias que, a princípio, não teriam quaisquer relações umas com as outras. Isso está fortemente associado à sua perspectiva negativa, que apreende a finitude da experiência humana como o principal limite de uma significação plena da vida, o que ocorreria pela linguagem. Tanto a vida quanto a linguagem possuem os seus intransponíveis limites e, por isso, talvez seja mais adequado perceber as várias confluências e os diversificados contrastes entre as filosofias

⁷¹ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

⁷² *Ibidem*. p. 13-23.

que buscam esclarecer essas barreiras, em vez de assumir uma ou outra como absoluta e, assim, tratar todas as demais com uma postura de desprezo filosófico e/ou epistemológico.

Por esses motivos, o pensador argentino rejeita veementemente a visão – atualmente dominante – de que a filosofia analítica possuiria o monopólio da linguagem. Para além dos refinados instrumentos metodológicos e conceituais da filosofia analítica – os quais são, sim, importantíssimos para a filosofia – a linguagem ainda tem muito mais a dizer.

Após ressaltar que a linguagem não tem somente funções veiculares ou referenciais – ou seja, de afirmar que a linguagem, além de aludir a algo já existente, também cria, constitui e inventa – e de situá-la como significante em três âmbitos bastante diferentes entre si – os da epistemologia, da ética e da estética – Cabrera enfatiza que o seu livro, na verdade, pode ser entendido como três livros, em um só. Em primeiro lugar, é um curso introdutório das filosofias da linguagem. Somado a isso, é, também, a materialização da perspectiva pluralista e negativa da filosofia que marca o pensamento desse autor latino-americano. Por fim, a obra é a defesa da tese de que Ludwig Wittgenstein seria a personificação desse estilo pluralista de compreender a atividade filosófica, mormente aquela adstrita à linguagem.

Ao iniciar a sua empreitada, o filósofo argentino contrasta duas tradições que, em vários aspectos, assumem contornos radicalmente opostos – as filosofias hermenêuticas e as filosofias analíticas da linguagem.⁷³ Enquanto as primeiras acentuam a significação como atrelada à experiência daquilo que é vivenciado – ou seja, da dimensão histórico-existencial do ser humano – as vertentes analíticas enaltecem o cerne empírico-objetivo da linguagem.

É interessante notar que a linguagem tem a aptidão de estender-se de um dos seus polos extremos, até o outro – quais sejam, a matemática e a poesia. A filosofia analítica da linguagem é alicerçada na apreensão metodologicamente correta e quase matematizada das palavras, das frases e dos enunciados compostos por essas palavras, ao passo que as vertentes hermenêuticas – e, em especial, a postura ultra-hermenêutica da filosofia tardia de Martin Heidegger – focam na poesia como via de acesso para o que é verdadeiramente significativo para a experiência humana.

Um aspecto que merece ser enfatizado é que, para Cabrera, as hermenêuticas da linguagem não rechaçam, necessariamente, elementos analíticos em suas filosofias. É plenamente possível que um alguém inclinado à hermenêutica se utilize, também, de ferramentas analíticas na elaboração de sua filosofia. O contrário, no entanto, é inconcebível. Para a filosofia analítica, aspectos como a temporalidade, o “ser”, as suas manifestações através

⁷³ *Ibidem.* p. 25-85.

da articulação poética das palavras e a explicitação linguística dos domínios inefáveis da vida humana são fenômenos que obscurecem em vez de esclarecer a linguagem. Na melhor das hipóteses, seriam projetos metodologicamente inadequados e, na pior, charlatanismos disfarçados de filosofias.

Por seu turno, a atitude hermenêutica, mesmo aquela que não subestima a relevância dos aportes metodológicos das filosofias analíticas da linguagem, denunciaria as incompletudes dessas perspectivas filosóficas. De forma muito elegante, o pensador argentino mostra que:

“O que falta é da ordem da significação plenária do discurso, envolve perspectivas, atitudes e cargas emocionais, e não pode resolver-se apenas no factualmente omitido no texto. O que hermeneuticamente falta, pode faltar no meio da mais exuberante profusão de palavras. Quando lemos, por exemplo, *A metamorfose*, de Kafka, continuamente sentimos que algo está sendo escamoteado no texto, apesar do caráter prolixo com que se descreve a nova situação de Gregor Samsa. Surgem milhares de perguntas acerca da significação do que acontece, que não estão ligadas, paradoxalmente, ao que acontece. Algo da condição humana está sendo transmitido por meio do permanentemente omitido e que nunca será revelado, algo como uma situação monstruosa que não é a transformação de Samsa em inseto, mas que possui toda a sua ressonância emocional e seu escândalo. O texto kafkiano está tecido de não ditos, vive em função deles, de um não dito que não poderá ser sanado por implicaturas nem recursos pragmáticos, por mais ricos que sejam. O texto perderia, precisamente, toda a sua *significação*, se esse não dito fosse ‘esclarecido’.”⁷⁴

Uma conclusão instigante desse primeiro capítulo – centrada nas relações entre analíticas e hermenêuticas da linguagem – é a de que o pensamento posterior de Wittgenstein fica em uma espécie de limbo disciplinar. A filosofia tardia do pensador austríaco é demasiadamente analítica para ser tida como hermenêutica e, concomitantemente, muito hermenêutica para os rigores metodológicos e conceituais da filosofia analítica.

Em seguida, no segundo capítulo do livro, Cabrera investiga as fenomenologias da linguagem.⁷⁵ As vertentes fenomenológicas podem constituir uma saída viável para que as apreensões analíticas da linguagem sejam complementadas por aparatos filosóficos que levem em consideração a temporalidade das experiências, sem que, com isso, as erráticas e inconsistentes reflexões hermenêuticas contaminem a seriedade metodológica dessas vertentes filosóficas da linguagem. Ademais, a hermenêutica também pode ser complementada pela fenomenologia, e a tarefa assumida em *Ser e Tempo* é um dos exemplos mais emblemáticos dessa possibilidade.

⁷⁴ *Ibidem.* p. 60-61.

⁷⁵ As acepções fenomenológicas da filosofia não serão tratadas na presente dissertação e, por isso, são apenas brevemente mencionadas nesta parte do trabalho. Para maiores detalhes a respeito dessas perspectivas, é proffico conferir: *Ibidem.* p. 87-167.

Nessa parte de sua obra, o filósofo latino-americano afirma ser contrário à leitura fenomenológica de uma suposta fase intermédia do pensamento de Wittgenstein – etapa essa que, na perspectiva do pensador argentino, simplesmente inexistente.

Por outro lado, seriam igualmente equivocadas, para Cabrera, as interpretações da filosofia de Heidegger que, permeadas pelo seu peculiar método fenomenológico, ressaltam a possibilidade de ser arquivada uma leitura analítica do filósofo continental alemão. De acordo com o autor latino-americano, Heidegger, além de ser um filósofo hermenêutico, é, em realidade, um pensador ultra-hermenêutico. A sua eventual incompatibilidade com uma hermenêutica mais moderada adviria do fato de o filósofo alemão radicalizar em exagero a própria hermenêutica, a ponto de torná-la sempre refém daquilo que, para as filosofias analíticas, não é sequer exprimível pela linguagem.

Em sequência, o pensador latino-americano trata das teorizações que podem ser tidas como metacríticas da linguagem.⁷⁶ Nenhuma das filosofias analíticas, hermenêuticas e/ou fenomenológicas seriam capazes de, sozinhas, detectarem aquelas falhas estruturais que ocorrem nos fluxos linguísticos. Existem distorções profundas e sistemáticas na linguagem, das quais os próprios falantes e ouvintes, na quase totalidade das vezes, não têm consciência. Essas perturbações geralmente são acompanhadas de uma ressonância primordial e dura da experiência humana – como dor, angústia, sofrimento, mal-estar, mortalidade etc.

Em *Margens das Filosofias da Linguagem*, são apresentadas duas metacríticas da linguagem, as quais são bastante diferentes entre si – as filosofias marxistas da linguagem e as perspectivas psicanalíticas da linguagem.⁷⁷ Essas últimas remetem ao retorno linguístico do que foi negado, do que houvera sido relegado para o inconsciente da mente humana. O esclarecimento de traumas psicológicos e das misteriosas características e experiências enraizadas no subconsciente e/ou no inconsciente humanos requer uma apreensão totalmente reformulada da linguagem, a qual, ao menos em parte, precisaria ser dissociada de suas tradicionais formulações teórico-filosóficas.

Já na parte relativa às filosofias marxistas da linguagem, Cabrera concorda com as principais reflexões explanadas por Rossi-Landi acerca da ideologia como distanciamento entre consciência e práxis e, ainda, da linguagem como veículo motor do ideológico, elemento fulcral para a alienação humana.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 169-270.

⁷⁷ Assim como foi apontado no que diz respeito às fenomenologias da linguagem, as psicanalíticas da linguagem, apesar de sua formidável capacidade de dilucidar questões relevantíssimas afetas à linguagem, também estão fora do escopo desta dissertação, e foram aqui referidas somente a título de registro. A exposição mais pormenorizada dessas formulações pode ser averiguada em: *Ibidem.* p. 205-270.

Há, porém, a ressalva feita por parte do filósofo latino-americano de que o autor italiano foi exacerbadamente generoso com a possível extensão do pensamento ulterior de Wittgenstein. Para o argentino, a filosofia posterior do austríaco ainda concebe eventuais má compreensões linguísticas no plano da própria linguagem, motivo pelo qual é complicado conjecturar, a partir dali, uma metacrítica da linguagem alicerçada no uso marxista das reflexões tardias de Ludwig Wittgenstein. Do outro lado, ao ser vinculado a uma filosofia alheia à história e às lutas de classe ali travadas, todo o potencial revolucionário e transformador do instrumental marxista seria, segundo o filósofo argentino, enfraquecido.

De toda forma, Julio Cabrera descreve a linguagem ideológica em moldes semelhantes àqueles já salientados por Ferruccio Rossi-Landi:

“A palavra ‘ideologia’ pode ser entendida, nesse contexto, como a paródia de uma ideia, como uma ‘estrutura ideóide’, com aparência de uma ideia sem realmente sê-lo, com a mímica do funcionamento de uma ideia, mas perpassada por uma disfunção que o próprio discurso, longe de manifestar, deve esforçar-se por ocultar, deformar, adiar, disfarçar. As ‘ideologias’ são aquilo em que as ideias se transformam sob o influxo da alienação, da quebra normativa – ou também: o específico tipo de formação linguística que é constituído dentro da situação de alienação. Segundo Marx, ela não responde a exigências racionais e lógicas, nem aos constrangimentos objetivos dos fatos (embora esses padrões lógicos possam ser aparentemente observados dentro do discurso ideológico). A ideologia é algo mais que um discurso ‘falso’ ou que ‘não concorda com os fatos’. Um discurso não se torna ideológico por causa desses defeitos lógicos, perfeitamente detectáveis mediante categorias analíticas, mas por anomalias ligadas à quebra normativa. O discurso alienado deixa de veicular ideias para passar a veicular reflexos de ideias, pseudo-ideias, que visam a acobertar a transgressão, a situação de alienação e a violência pela qual a mesma, inevitavelmente, teve de ser instaurada. Mas, como componente fundamental das ideologias, o discurso em que elas aparecem poderá possuir a aparência do discurso racional, aparentemente preocupado com a verdade e a argumentação, como também com o bem e com a justiça. As ideologias manifestam seu compromisso logico-ético com o mundo, ao mesmo tempo em que o transgridem sistematicamente na sua própria enunciação. O ideológico é carregado nas expressões já no próprio ato da enunciação, e é esse ato que deverá ser indagado e pesquisado, a fim de descobrir-se a natureza ideológica do que está sendo avançado, mais do que a análise dos conteúdos efetivos das sentenças.”⁷⁸

O filósofo latino-americano enfatiza, igualmente, a advertência já externada pelo autor italiano – de que somente modificações revolucionárias e concretas nas condições e relações sociais e materiais que formam a infraestrutura de uma sociedade têm o condão de resolver as mazelas da alienação humana ocasionada pela linguagem ideológica.⁷⁹ Isso escancara, mais uma vez, a imprescindibilidade de a linguagem ser sempre pensada em conjunto com os aspectos materiais e socioeconômicos nos quais essa linguagem se desenvolve. Se Wittgenstein

⁷⁸ *Ibidem.* p. 185.

⁷⁹ *Ibidem.* p. 179-191.

mostrou que linguagem e forma de vida são, em verdade, a mesma coisa, Karl Marx lembra que as formas de vida humana são necessariamente intermediadas pelos elementos materiais de suas realidades histórico-sociais.

No último capítulo de seu livro, Cabrera sintetiza as ideias expostas ao longo da obra, e isso no movimento de sua própria perspectiva da filosofia, pluralista e negativa.⁸⁰

Contrariamente à tendência afirmativa de universalizar os seus próprios pressupostos e acusar as outras de inacabadas, parciais, desacertadas, incongruentes e/ou até mesmo estapafúrdias, uma filosofia deve tentar, com seriedade, perceber os seus próprios limites, assumi-los e, talvez, complementar as possíveis limitações de outras filosofias com os seus aportes reflexivos.

O pluralismo sustentado pelo pensador argentino não é, entretanto, uma espécie de tolerância indiferente, como se cada filosofia tivesse de restringir-se à sua própria seara temática. Trata-se, ao contrário, de contrastá-las com esforço, honestidade e seriedade intelectuais, examinar acuradamente as suas similitudes e rupturas, os seus diálogos, entraves e conflitos. Sob esse enfoque, o filósofo latino-americano realça a filosofia analítica como uma negação da hermenêutica, enquanto a segunda, de forma curiosa, não necessariamente rejeita a analítica – apenas procura desvelar as suas incompletudes. As fenomenologias da linguagem assumem uma direção transversal, de maneira que podem alastrar-se pelos caminhos das filosofias analíticas, bem como pelos percursos das filosofias hermenêuticas da linguagem. Por fim, as metacríticas da linguagem – tanto as psicanalíticas, quanto as marxistas – se situam para fora de todas essas vertentes, e procuram revelar as suas insuficiências e distorções básicas.

Uma filosofia poderia, no máximo, excluir a outra de seu próprio pensamento. No entanto, a tentativa de eliminar um determinado pensamento filosófico é, do ponto de vista intelectual, absolutamente inapropriada, haja vista que representa uma atitude em confronto com o próprio cerne daquilo que caracteriza o ato de filosofar. O pensador latino-americano não assimila o desabrochar de filosofias como demonstrações unívocas da superação de determinadas correntes anteriores – mas sim como contingências históricas de que alguns modos de pensar foram, por determinadas razões sociais, políticas, econômicas ou até mesmo aleatórias, priorizados em detrimento de outros.

Norteados por essa forma de enxergar a filosofia, o autor argentino coloca em xeque até mesmo a suposta superação da metafísica pelos tais giros linguísticos, ontológicos, hermenêuticos e/ou pragmáticos que marcam o pensamento contemporâneo:

⁸⁰ *Ibidem.* p. 271-299.

“O conflito entre filosofias acontece, por vezes, no interior de uma mesma filosofia, como no caso de Wittgenstein. Muito se celebra a passagem da filosofia do *Tractatus* para a segunda fase, como se dessa vez o filósofo tivesse entrado, por fim, ‘no caminho certo’: abandona-se a ideia de uma isomorfia proposição-mundo, passa-se ao estudo de usos da linguagem e de ‘formas de vida’. Apresenta-se a passagem como se fosse uma libertação, como se tivéssemos fugido de um terrível perigo. (Assim é vista, igualmente, no século XX, a superação da ‘metafísica dogmática’, o abandono de toda forma de ‘essencialismo’, de toda filosofia da ‘natureza’, da tentativa de dizer ‘como é realmente o mundo’. Em lugar disso, assumem-se a democracia, o diálogo, a negociação ilimitada, a linguagem pública, etc. (este é o espírito que percebemos nos escritos de Rorty, por exemplo).) Mas, no caso das fases filosóficas de Wittgenstein, ambas as perspectivas são perfeitamente sustentáveis, e constitui um fenômeno apenas social que a segunda tenha sido considerada uma ‘saída’ para uma situação vista como teoricamente intolerável. O programa do *Tractatus* pode perfeitamente ser continuado sobre outras bases, e se ele pode ser apresentado como ‘ultrapassado’, sempre o será assumindo-se já uma série de pressupostos que não somos obrigados a assumir. Também poderíamos voltar (e talvez voltaremos!) para as metafísicas dogmáticas e para as filosofias da natureza cuja partida ‘definitiva’ hoje tanto se celebra. Nesse sentido, não se superam filosofias, apenas se decide superá-las, decide-se ‘arejar’ o ambiente filosófico com novas ideias ainda não desenvolvidas, com pontos de partida inexplorados.”⁸¹

E, depois de ter realizado várias interpretações possíveis sobre o pensamento de Ludwig Wittgenstein, o filósofo argentino defende a tese de que esse pensador austríaco seria uma interessante personificação dessa atitude filosófica pluralista. De modo extremamente criativo e fecundo, Cabrera conclui que:

“Quando se pensa profundamente, os limites entre estilos filosóficos devem diluir-se pela mesma força do pensamento. Nesse sentido, Wittgenstein exemplifica o tipo de pensamento plural defendido neste livro, um pensamento que não se desenvolve por ‘especialidades’.”⁸²

A obra faz referência às margens das filosofias da linguagem porque é justamente em suas fronteiras que se sucedem os choques, os diálogos e as aproximações entre essas filosofias. E, se as suas filosofias podem ser comparadas às margens, a própria linguagem pode ser entendida como um rio.⁸³

A palavra seria a água. Ao preencher um objeto qualquer – um jarro, um copo ou uma piscina – a água assume a sua forma e, ao mesmo tempo, não é esse objeto. Algo similar ocorre na relação entre palavra e coisa. A palavra maçã designa a maçã e, ainda assim, não é

⁸¹ *Ibidem*. p. 287. Novamente, na passagem aqui reproduzida, “*Tractatus*” é o “*Tractatus Logico-Philosophicus*”, ou, em português, o Tratado Lógico-Filosófico.

⁸² *Ibidem*. p. 299.

⁸³ Essa metáfora não consta no livro de Julio Cabrera e foi imaginada pelo autor do presente trabalho. Obviamente, a assimilação dessas comparações demanda uma certa dose de licença poética, as quais, por esse motivo, não devem ser tomadas com demasiado rigor teórico, conceitual e/ou analítico.

exatamente a maçã. Assim, a filosofia analítica é movida pela clareza, pela transparência do que pode ser mostrado pela água do rio. Já a hermenêutica está inclinada pela correnteza. Ao mergulhar-se no rio, o fluxo da água se move pela pele e, nesse movimento, a experiência do que foi vivido assume um especial significado que não poderia, jamais, ser descrito apenas pela linguagem científico-objetiva acerca da água. Aqui, a água, muito embora seja imprescindível, chega até mesmo a perder parte do seu protagonismo. Por sua vez, a fenomenologia foca na repetição do curso da rio. É como se, ao transcorrer todos os dias por alguma rocha, algum dia aquela pedra finalmente se desprendesse do rio. Não foi exatamente aquele instante o motivo fulcral para esse acontecimento – e sim a contínua reiteração do mesmo fluxo d'água ao longo de semanas, meses, anos, décadas ou até mesmo séculos. Somente uma escuridão apreensão fenomenológica desse episódio é capaz de captá-lo de modo apropriado. As metacríticas da linguagem são as rachaduras nos leitos do rio. Aquelas falhas estruturais que, imperceptíveis no nível de sua superfície, explicam o fato de o rio nunca ser preenchido de maneira completa. Por fim, a própria perspectiva negativa de Cabrera também pode ser interpretada pela metáfora entre água e palavra. A água é absolutamente essencial para a vida humana. Entretanto, se um ser humano ficar mergulhado por um excessivo período de tempo em um rio, morrerá afogado. No pensamento negativo desse filósofo latino-americano, a finitude da experiência humana é uma tragédia anunciada e, assim, a linguagem e os seus significados mais primordiais jamais serão apreendidos em sua plenitude pela humanidade.

Expostas todas essas possíveis perspectivas, parece ser evidente que um esclarecimento preliminar da linguagem é importantíssimo para que o direito possa ser igualmente elucidado. Não existe direito sem linguagem.

Essas filosofias da linguagem permitirão relevantes apreensões a respeito de como o direito assume os seus significados em algumas de suas mais enaltecidas teorizações da atualidade. A atitude pluralista dessas filosofias possibilitará, outrossim, reflexões ainda mais frutíferas no que se refere às eventuais consonâncias, contendas, rupturas e marcas silenciosas entre diferentes teorias do direito.

As perspectivas filosóficas abordadas neste capítulo da dissertação lançaram alguma luz sobre o que as palavras significam.

Mas, em particular, o que significa a palavra direito?

2. A LINGUAGEM PROCESSADA: AS TEORIAS DO DIREITO.

2.1. A palavra direito.

“Uma imagem nos tornou prisioneiros. E não conseguíamos escapar dela, pois ela estava na nossa linguagem, e a linguagem parecia apenas repeti-la para nós inexoravelmente.”⁸⁴

Processada é uma palavra que, assim como muitíssimas outras, possui uma carga polissêmica. Existem, por exemplo, as comidas processadas, que são aqueles alimentos que passam por específicos procedimentos de fermentação, de cozimento e de adição de temperos e sais, e cujos propósitos geralmente consistem em estender os prazos de validade para o consumo dessas comidas. Em um vocabulário já mais relacionado ao direito, alguém é processado quando é demandado perante as instâncias judiciais. Ou seja, uma pessoa processada nesse sentido deve, a princípio, responder por algo. Uma outra conotação bem similar – e, por isso mesmo, não idêntica – se refere a algo que é processado pelo simples fato de ser submetido aos ritos de um processo judicial, com todas as garantias recursais e os meios incidentais abarcados pela noção de devido processo legal. Em uma acepção mais abrangente – a qual talvez englobe, inclusive, as duas anteriores – processado é tudo aquilo que, de alguma forma, foi delineado, disciplinado ou controlado por determinados procedimentos, quaisquer que sejam.

Nas teorias do direito, todos esses fenômenos parecem ocorrer com a própria linguagem.

Ao ser processada em vocabulários jurídicos, a linguagem – tal como algumas carnes defumadas – passa a deter um prazo de validade mais longo, muito embora perca, com isso, parte do seu sabor.

De um outro modo, é possível entender que, nas teorias do direito – e, em especial, naquelas tidas como pós-metafísicas – a linguagem foi processada no sentido de ter sido exigida como ré em um processo judicial. A partir da tal virada linguística, as garantias hipotecárias anteriormente fornecidas pela metafísica jusnaturalista sumiram e, agora, a linguagem tem de prestar contas aos juristas e às juristas a respeito das dívidas racionalistas que a prática jurídica teima em cobrar.

⁸⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 115. A tradução dessa passagem, da língua inglesa para o português, foi realizada pelo autor deste trabalho.

Todavia, nesse processo judicial, serão assegurados, à linguagem, o contraditório, a ampla defesa e todos os incidentes recursais adstritos a uma concepção aperfeiçoada e enérgica do devido processo legal. É indispensável perquirir – e de maneira séria – o que a linguagem, na forma de teorias do direito, tem a dizer.

Como indício de suas alegações finais, parece que, nessas dinâmicas, o significado de processado como algo que foi submetido a procedimentos assume especial relevo. A linguagem jurídica, no positivismo jurídico, passa a defender-se sob a alegação de que não praticou quaisquer ações metafísicas que seriam ilícitas e, a partir de então, é acusada de omissão e negligência. Sem a intenção de recorrer às mirabolantes teses do direito natural, a linguagem das teorias do direito formula uma linha argumentativa pautada em algo que, por transitar livremente nos dois polos da intrincada dicotomia entre forma e conteúdo, tem o potencial de adaptar-se a quaisquer ataques possíveis – a ideia do procedimento.

Ainda assim, a realidade fática do mundo muitas vezes é grosseiramente bruta e, talvez em virtude disso, ressaltará que a elevada e sublime ideia de um procedimento racional, longe de ser algo universalizável, apoia-se, em verdade, nas particularidades mais irracionais e cruéis de algumas partes do globo terrestre, por vezes solenemente esquecidas pelas teorizações que pretenderam ter amplitude mundial. A racionalidade e a correição dos procedimentos discursivos, há tempos, já foram firmadas nas bases de intensas e profundas distorções linguísticas, materializadas ao longo do curso da história da humanidade.

Ao final, depois de vestir as armaduras de construções teóricas cada vez mais refinadas, a linguagem jurídica regredirá o espaço temporal de alguns milênios para afirmar, sob o nome da tópica, o óbvio – linguagem é somente linguagem. Se, por um lado, as linguagens das teorias do direito falharam por não entregarem, na prática, tudo aquilo que prometeram, por outro, o abandono das certezas inequívocas propiciadas por fantasiosas ontologias metafísicas revela as árduas dificuldades a serem enfrentadas pelas teorias do direito hodiernas. A linguagem, por ser apenas linguagem, é – em certo sentido jurídico – inimputável.

Exposto em digressão menos literária e caricata, o raciocínio a ser concatenado neste segundo capítulo da dissertação será norteado pelos seguintes desdobramentos históricos e conceituais.

Primeiramente, o positivismo jurídico será analisado como a primeira linguagem jurídica que, de alguma maneira, atacou a metafísica do direito natural. Os juristas Hans Kelsen e Herbert Adolphus Lionel Hart são por vezes exaltados como os principais expoentes do positivismo jurídico. Ao contrário daquilo sugerido por algumas simplificações das obras desses pensadores, ambos tinham em mente o cerne linguístico do direito e, por essa razão,

reservaram à linguagem os espaços de capítulos próprios especificamente destinados a lidarem com algumas de suas complicações.

Por serem os seus mais notórios formuladores, Kelsen e Hart também parecem representar, curiosamente, os esgotamentos históricos das contribuições que o positivismo jurídico poderia fornecer. Desvincular o direito do jusnaturalismo parece ser só o primeiro passo de uma caminhada teórica e filosófica muito mais longa. Ao dispensarem a metafísica do direito natural, pode ser que teóricos do positivismo jurídico tenham acabado por se agarrar a uma metafísica científica que, em si mesma, talvez não tenha cientificidade alguma. É como se os teóricos do positivismo jurídico tivessem relegado a questão da linguagem a um plano secundário para, assim, salvar a pretensa cientificidade do direito. Entretanto, a virada linguística engendrada pelas filosofias do início do século XX parece caminhar no sentido diametralmente oposto.

Especificamente no tocante à transição do positivismo jurídico para o assim designado pós-positivismo jurídico, o debate acadêmico travado entre Hart e um outrora aluno seu – o jurista estadunidense Ronald Dworkin – será examinado com o fito de conferir algumas das relevantes implicações quanto ao tratamento da linguagem nessa mudança de paradigmas. De certo modo, o autor estadunidense parece acusar o positivismo jurídico de tolher toda a significação moral que é – ou que, pelo menos na visão desse jurista, deveria ser – intrínseca à ideia de direito. Sob as lentes do tal pensamento pós-metafísico, a teoria de Dworkin, ironicamente, parece ser um retrocesso em relação à de Hart. Todavia, como leitura alternativa, será imaginada uma outra maneira de, a partir de uma perspectiva atrelada às filosofias da linguagem, conceber o contraste entre os aparatos teóricos de ambos esses pensadores.

De qualquer forma, o tema da necessidade ou desnecessidade da significação moral, ética e/ou deontológica do direito é um dos aspectos centrais do embate entre Hart e Dworkin e, com outros vocabulários e permeado por outras perplexidades, é algo que continua a surgir e ressurgir constantemente nas preocupações primordiais das atuais teorias do direito. Essa constatação pode ser, eventualmente, indício da dificuldade de ser arquitetada uma teoria do direito minimamente apegada a padrões normativos, prescritivos e/ou deontológicos e que, ao mesmo tempo, esteja alicerçada única e exclusivamente em uma ética filosófica igualmente erigida sob as bases pós-metafísicas provenientes do giro linguístico.

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas é um dos pensadores que, nas últimas décadas do século XX, assumiu abertamente a tarefa de tentar elaborar uma teoria do direito nesses moldes. Por esse motivo, a sua teoria discursiva e procedimental merecerá o espaço de um tópico do presente capítulo, que será dedicado – dentre outras temáticas – a averiguar se

esses são realmente aportes teóricos que conseguem significar a moralidade inerente ao direito sem pressupor uma metafísica fundada em elementos transcendentais.

As críticas do jurista brasileiro Marcelo Neves à excessiva importância conferida por Habermas ao consenso discursivo serão tidas como gancho para considerações ainda mais expressivas sobre as relações entre direito, moral, política e democracia na atual sociedade mundial. O modelo desse pensador – pautado em uma apreensão crítica e ressignificada da teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann – situa, a partir do específico caso do sistema jurídico brasileiro, as intrincadas relações entre direito e política na complexa dimensão da sociedade global. Os supostos êxitos de modelos jurídicos europeus e/ou estadunidenses parecem, em alguma medida, estar associados a algumas das violações mais cruéis e avassaladoras às pessoas que fazem parte de sociedades periféricas. Nesse sentido, as teorizações de Neves podem ser assimiladas como a imprescindibilidade de ser alinhavada uma nova linguagem jurídica – a qual efetivamente leve a sério esses impactantes problemas das atuais dinâmicas da sociedade global, ou ao menos que não os ignore e/ou trivialize em demasia.

De modo um pouco inusitado, a assimilação de arquétipos teóricos progressivamente mais requintados acabou por culminar na análise de uma das teorias do direito mais simples do último século – a tópica jurídica de Theodor Viehweg. Nessa parte, será cogitada uma hipótese que talvez possa ser tida como evidente e, ainda assim, peculiar – se esse jurista alemão tivesse formulado a sua teoria do direito algumas poucas décadas mais tarde, talvez o resultado seria algo próximo da incorporação, ao campo jurídico, da filosofia tardia de Wittgenstein. Mesmo que seja só um exercício de imaginação especulativa, a construção de uma teoria do direito desse feitio remanesce como possibilidade que segue em aberto.

As possíveis contribuições de uma teoria do direito atenta à seara pragmática da linguagem – a qual, atualmente, costuma ser aquela tida como a sua faceta mais relevante, de modo que os seus campos sintático e semântico são por vezes colocados em espaços epistemológicos de importância secundária – podem auxiliar a significar a ordem jurídica nas imprevisíveis, multifacetadas e complicadas repercussões da contemporaneidade. O advento da era digital parece ser um dos aspectos mais proeminentes das céleres e quase caóticas transformações sociais dos tempos hodiernos e, assim, será percebido como uma oportunidade para que, no formato de um excuro, sejam lançados alguns apontamentos reflexivos em torno das relações entre direito, internet e linguagem na atualidade.

É importante que, na apreensão das teorias jurídicas abordadas neste capítulo, persista em mente a lição filosófica de que diferentes contextos acarretam significações possivelmente distintas para uma mesma palavra.

Entretanto, a palavra *direito* parece ser uma daquelas significativamente enraizadas no pensamento humano – ou ao menos no pensamento ocidental. Essa, aparentemente, não seria uma palavra que, como qualquer outra, poderia ser reduzida a uma ferramenta. Quando uma pessoa diz, com uma particular ênfase de entonação, que *tem direito* a algo, essa palavra não parece ser algo inteiramente descartável ou sequer negociável.

Ao ser vinculada a ideias como consistência, retidão e adequação, essa palavra parece ser uma daquelas mais propensas a serem reificadas. Para além das delicadíssimas tensões com as quais o direito tem de lidar – tais como aquelas entre conteúdo e forma, força política e correição moral, adaptabilidade social e segurança jurídica, entre outras não menos importantes – o vocabulário jurídico precisa ser maleável o suficiente para que se perceba como linguagem e, ao mesmo tempo, firme o bastante para significar algo que não possa ser simplesmente relegado a outras palavras quaisquer.

Para iniciar essas reflexões, cabe verificar qual parece ter sido o tratamento dado à linguagem pelos arcabouços teóricos mais primorosos do positivismo jurídico.

2.2. A linguagem engessada do positivismo jurídico?

“A consumação desse processo é o ‘paraíso de conceitos’ dos juristas; isso é alcançado quando é dado a um termo geral o seu significado não só em toda aplicação de uma determinada regra, mas sempre em que esse termo aparecer em qualquer regra do ordenamento jurídico. Jamais qualquer esforço será exigido ou envidado para interpretar o termo à luz dos diferentes assuntos em questão, nas suas mais variadas recorrências.”⁸⁵

Depurar o conceito de direito trará à tona o seu verdadeiro significado? No ano de 1934, o jurista austríaco Hans Kelsen publica a primeira edição da obra intitulada *Teoria Pura do Direito*,⁸⁶ que, décadas mais tarde, receberia em 1960 uma segunda edição, já consideravelmente expandida e modificada.

Esse livro é um marco para o positivismo jurídico, mormente para as suas facetas mais científicas, ou pretensamente científicas. A obra representa um formidável esforço por atribuir

⁸⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 130. A tradução dessa passagem, do inglês para a língua portuguesa, foi feita pelo autor deste trabalho. Desde já, é preciso contextualizar o trecho ora citado. Devido justamente à apreensão de que a dimensão linguística – com todas as suas perplexidades – é invariavelmente ínsita ao direito, Hart concebe a tarefa referente à significação unívoca dos termos jurídicos como absurda e impossível. A própria expressão ali explicitada – “paraíso dos juristas” – carrega consigo um quê de sarcasmo.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ao direito um campo epistemológico próprio. O direito não deve ser confundido com outras esferas da vida humana, como a política ou, principalmente, com a moral.

O positivismo jurídico é uma reação contundente ao direito natural – ou jusnaturalismo – e Kelsen, uma de suas maiores figuras teóricas, rejeita qualquer noção de objetivismo moral mínimo como arraigada à ordem jurídica.⁸⁷ Isso não significa que preceitos éticos e/ou morais serão necessariamente alheios ao direito. Entretanto, para esse jurista alemão, a ciência do direito está circunscrita tão-somente ao seu objeto, que assegura – ou asseguraria – a sua estatura científica – a norma.⁸⁸ As diferentes acepções da moralidade estão plasmadas em relativismos e subjetivismos das mais variadas estirpes. O direito positivo – e a ciência do direito – ao serem construídos em torno da norma, têm – ou teriam – algo objetivo e cientificamente identificável.

O jurista austríaco, já nas partes derradeiras de seu livro, esclarece que, no momento de aplicação da norma, a sua interpretação poderá ser complementada ou até mesmo direcionada por elementos de ordens das mais diversificadas – como os fatores políticos, morais, sociais e/ou econômicos subjacentes a esses processos interpretativos. O direito positivo, portanto, não está inteiramente dissociado desses outros domínios da vida humana. Ocorre que a formulação precípua da Teoria Pura do Direito é a ciência do direito – isto é, o estudo científico capaz de abranger todo e qualquer direito positivo.

Assim, ao separar o direito da moral e da natureza, o autor austríaco começa a destrinchá-lo enquanto tal.⁸⁹ O direito é uma ordem coativa e socialmente organizada de condutas humanas, intermediada por normas. Ao contrário das ciências da natureza, situadas no âmbito do ser – o qual é regido por relações de causalidade – a ciência do direito opera na seara do dever ser – ou seja, na esfera das leis da imputação, derivadas do matiz deontológico das normas. A principal característica da norma jurídica é a de que, no caso de ocorrer a sua transgressão, há a previsão de uma sanção que terá de ser aplicada pelos órgãos estatais competentes para tal. Nas ciências da natureza, os fenômenos são explicados por relações de causa e efeito. Já no direito, as normas estabelecem condutas humanas a serem observadas e, caso ocorra a afronta a quaisquer dessas normas, existem sanções a serem devidamente imputadas como decorrências dessas violações.

Delineados esses pressupostos, Kelsen dedica os dois capítulos mais extensos de sua obra a uma descrição pormenorizada do direito em atenção às suas duas facetas – a estática e a

⁸⁷ *Ibidem.* p. 45-47.

⁸⁸ *Ibidem.* p. 50.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 50-75.

dinâmica do ordenamento jurídico.⁹⁰ O direito é uma estrutura escalonada e hierarquizada de normas. As normas inferiores encontram os seus fundamentos de validade em normas que lhe são superiores, as quais, por seu turno, também são respaldadas por normas ainda mais elevadas na hierarquia da ordem jurídica. Em algum ponto, o regresso deve chegar ao topo da estrutura piramidal normativa. Norteados por esse raciocínio, o jurista austríaco concebe a norma fundamental – uma espécie de pressuposto lógico, hipotético e transcendental responsável por assegurar a completude e a coesão estruturada e hierarquizada do ordenamento jurídico.

Além disso, na Teoria Pura do Direito, a dimensão deontológica da norma jurídica deve ser compreendida a partir das relações de imputação ali previstas, e não com base em uma esfera moral ou ética ideal, um dever ser transcendente e superior a ser alcançado pelo direito. A ciência do direito tem como objeto o direito posto, o direito estatuído – ou, em outras palavras, o direito positivo – inafanado a quaisquer vinculações a um direito natural, o qual revelaria a sua correção ética ou moral. Segundo o jurista austríaco:

“Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as ‘ideologias’ por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que - consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau - tem um caráter ‘ideológico’, no sentido que acaba de ser explicitado. Precisamente através desta sua tendência anti-ideológica se revela a Teoria Pura do Direito como verdadeira ciência do Direito.”⁹¹

É possível depreender, pois, que Kelsen se concentra em elucidar o direito de acordo com o que ele é – ou seja, a partir de uma empreitada científica – e não com base nas pretensões de sustentar o que o direito deveria ser – tarefa que, para esse jurista austríaco, seria meramente ideológica. A Teoria Pura do Direito insiste reiteradamente na norma como objeto científico do

⁹⁰ *Ibidem.* p. 76-134 e 135-194, respectivamente.

⁹¹ *Ibidem.* p. 75.

direito e, curiosamente, não escancara – ou ao menos não de maneira categoricamente explícita – o fato de que a norma é, invariavelmente, linguagem.

Ainda assim, a questão da linguagem – embora com uma outra denominação – não é ignorada nas teorizações de Kelsen. Um aspecto interessante do seu arquétipo é o de que, afóra a norma fundamental – a qual, por ser vazia de conteúdo, seria pura criação do direito – toda norma é, concomitantemente, um ato de criação e de aplicação do direito. Mesmo que de modo apenas implícito, o caráter concomitantemente veicular e inventivo da linguagem aparece no modelo desse jurista, justamente nesse processo de criação e de aplicação do direito.

Nesse sentido, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil – é a criação, na esfera do direito brasileiro, da maior parte das normas que disciplinam a vida civil de brasileiros e brasileiras – isto é, daquelas que formam o ramo do direito civil brasileiro. Mas é, também, a aplicação da norma do art. 22, *caput*,⁹² inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, a qual preconiza que compete privativamente à União legislar sobre direito civil. Por seu turno, uma sentença judicial que decretasse a resolução de um contrato em virtude do inadimplemento das obrigações ali estipuladas por ambos os contratantes pode ser entendida, a um só tempo, como criação do direito e, por outro lado, como a aplicação, àquela determinada conjuntura, do art. 476 do Código Civil.

Essa dinâmica – entre criação e aplicação do direito – coloca a Teoria Pura do Direito em direto contato com os problemas da linguagem. No oitavo capítulo do livro,⁹³ e com as vestes da palavra “interpretação”, Kelsen afirma explicitamente que as palavras, as expressões e as normas jurídicas instituídas com a linguagem nunca possuem um sentido unívoco. Por isso, as normas não poderiam ser concebidas como ordens inquestionáveis das condutas humanas ali prescritas, mas apenas como molduras, que deixam um espaço interpretativo em aberto. À semelhança de um quadro artístico, a moldura delimita os seus contornos e, ao mesmo tempo, permite que, na sua tela, sejam desenhadas as mais diversas pinturas. Sob essa ótica, a Teoria Pura do Direito pode ser vislumbrada como uma conjugação elaborada e profícua que procura harmonizar, de um lado, a exigência de segurança e previsibilidade jurídicas, com, do outro, a adequação social do direito – e tudo isso permeado por uma ciência analiticamente coesa, a qual não desconsidere as flutuações e aleatoriedades muitas vezes caóticas da linguagem.

⁹² A palavra “*caput*”, proveniente do latim, pode ser traduzida, para o português, como “cabeça” e, especificamente na linguagem do direito positivado, se refere à parte inicial de um artigo jurídico – ou seja, à sua “cabeça” – que geralmente é seguida por incisos, parágrafos – referidos pelo signo “§§” ou, no singular, por “§” – e alíneas. Devido à elevada quantidade de vezes que a palavra “*caput*” será utilizada na presente dissertação, de ora em diante, a explicação externada nesta nota de rodapé não será repetida.

⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 245-251.

Mas o que ocorre quando a linguagem extrapola os limites da sua moldura normativa? O parágrafo único do art. 316 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – em sua redação incluída pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – dispõe que, “*decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal*” e, a despeito disso, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar essa norma, entendeu que “*a inobservância da reavaliação prevista no dispositivo impugnado, após decorrido o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos*”.⁹⁴ De modo similar, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já salientou que “*não há cerceamento de defesa, ilegalidade, irregularidade procedimental ou prejuízo no recebimento dos aclaratórios como agravo interno sem prévia intimação para complementação de razões na hipótese em que não há deficiência da impugnação recursal, tanto que o recurso foi regularmente conhecido e apreciado pela Corte Especial*”,⁹⁵ malgrado o art. 1.024, §3º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – estabeleça que “*o órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º*”.

O jurista austríaco não deixou de perceber essa peculiar possibilidade:

“Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”⁹⁶

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.581/DF. Relator: Edson Fachin. Relator designado para o acórdão: Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 de maio de 2022. E, também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.582/DF. Relator: Edson Fachin. Relator designado para o acórdão: Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 de maio de 2022.

⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.159.136/SP. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de dezembro de 2018.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 250.

Contudo, Hans Kelsen não ofereceu solução para esse problema. Na verdade, sequer chegou a considerar esse fenômeno como um problema propriamente dito – ou pelo menos não para a ciência do direito. Apesar disso, em uma das poucas passagens do livro que contêm alguma carga de valoração positiva – mesmo que em uma intensidade diminuta – esse teórico do direito finaliza a sua obra ao exaltar o potencial que ciência do direito tem para contribuir com a prática jurídica, mediante o desvelamento das mais diversas e criativas possibilidades interpretativas para uma mesma norma:

“De resto, uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.”⁹⁷

O jurista austríaco assume uma peculiar relação com a linguagem. Ao mesmo tempo em que percebe a inevitabilidade dos dilemas linguísticos ínsitos ao direito, prefere delegá-los à atividade interpretativa – contemplada por algo que é designado de “política judiciária” – e não pela ciência do direito, imersa única e exclusivamente na norma. Para isso, constrói uma teoria do direito que se enxerga como científica, e não como um jogo de linguagem como qualquer outro.

As elucubrações de Kelsen em torno das acepções de direitos e deveres subjetivos, capacidades e responsabilidades perante o ordenamento jurídico, os seus delineamentos conceituais do negócio jurídico, de seus caracteres e de suas noções de nulidade e anulabilidade, bem como as instigantes descrições das relações jurídico-administrativas entre indivíduos e o aparato estatal, são todos aportes teóricos importantíssimos para a apropriada assimilação de ramificações ainda muito atuais do direito – notadamente as do direito civil, do direito administrativo e, ainda, do que se costuma chamar de teoria geral do direito. Mesmo assim, é somente uma elaboração possível dentre inúmeras outras linguagens que poderiam ser inventadas com o propósito de regular o convívio humano em sociedade. Longe de ser a explicitação linguística inequívoca, imutável e imprescindível da tal “ciência do direito”, as

⁹⁷ *Ibidem.* p. 251.

teorizações de Kelsen são a expressão de algo que, despidido de suas roupagens científicas, não passa de linguagem.⁹⁸

Essa afirmação, todavia, não pretende ter conotações negativas no que diz respeito à Teoria Pura do Direito. É apenas a constatação do que parece ter ocorrido com um modelo teórico do direito que, muito próximo de perceber a inafastabilidade da linguagem, acabou por esconder-se debaixo de uma palavra que finge não ser linguística – ciência.

Há, porém, um outro pensador do positivismo jurídico que enfrentou de maneira mais aberta e assumida as incontornáveis questões linguísticas subjacentes ao direito – o jurista inglês Herbert Lionel Adolphus Hart.

O modelo de Hart é, em parte, similar ao de Kelsen. Naquela que é considerada a sua obra mais célebre – *O Conceito de Direito*⁹⁹ – publicada em 1961, o autor inglês examina relações fundamentais entre o direito, a moral, a justiça e, também, a própria linguagem. Apesar de suas semelhanças, a teoria de Hart não compartilha das mesmas pretensões epistemológicas da Teoria Pura do Direito de Kelsen e, por isso, não tem o desígnio de assentar uma ciência do direito que, autônoma por ter o seu próprio objeto, não precisaria preocupar-se com a moral.

Contra a perspectiva teórica do jurista inglês John Austin – que vinculava o direito às ordens coercitivas emanadas de um soberano – Hart reconhece a centralidade do ordenamento jurídico a partir de suas próprias regras.¹⁰⁰ O direito é, em suma, um conjunto de regras primárias – as quais estabelecem condutas humanas que são obrigatórias, proibidas ou permitidas – e de regras secundárias – que moldam as formas pelas quais as regras primárias podem ser criadas, revogadas, alteradas e interpretadas.¹⁰¹

A semelhança com a pirâmide normativa de Kelsen é nítida. No entanto, no topo dessa estrutura, não há um pressuposto lógico de ordem metafísica – mas algo que Hart denomina de regra de reconhecimento – ou seja, a regra que confere o fundamento de validade de todas as demais regras, secundárias e primárias, de um determinado sistema jurídico. De certa forma, na teoria do jurista inglês, essa regra representa um curioso ponto de contato entre a seara deontológica do ordenamento jurídico e a esfera ontológica do mundo dos fatos.

⁹⁸ Aqui, deve ser ressaltado que a obra de Hans Kelsen jamais afirmou que as teorizações ali dilucidadas representariam as únicas definições possíveis para a apreensão dos elementos que fazem parte de um ordenamento jurídico qualquer. Não obstante essa ressalva, o livro por vezes passa a impressão de que, se analisadas em seus estados de “pureza”, as categorias jurídicas descritas na Teoria Pura do Direito teriam aquela formatação, necessariamente – ou ao menos enquadrar-se-iam nas balizas daquelas molduras conceituais. A ideia ora sustentada é a de que, mergulhado na linguagem, já não há pureza que garanta ao direito essa sua pretensa elevação científica e conceitual. Só há a própria linguagem e, por conseguinte, diferentes linguagens possíveis.

⁹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus Hart. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 50-78.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 79-99.

Ao descrever a regra de reconhecimento – a qual, ao mesmo tempo em que é o teste último de validade de todas as outras regras, não é, em si mesma, válida, tampouco inválida – o jurista salienta que:

“Nenhuma dessas duas pressuposições são adequadamente descritas como ‘suposições’ de uma ‘validade’ que não pode ser demonstrada. Só precisamos da palavra ‘validade’, e habitualmente só a usamos, para responder a questões que surgem *de dentro* de um sistema de regras em que a estatura de uma regra como parte do sistema depende de sua observância a certos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento. Nenhuma questão dessa espécie pode ser colocada em relação à validade da própria regra de reconhecimento, que fornece os critérios; ela não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para a sua utilização dessa maneira. Expressar este simples fato ao dizer, de forma obscura, que a sua validade ‘é pressuposta, mas não pode ser demonstrada’, é como dizer que assumimos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro padrão em Paris, que é o teste último de correção de toda medida métrica, é em si mesma correta.”¹⁰²

Esse trecho passa a impressão de que, no pensamento de Hart, existe uma significativa preocupação em não dissociar o direito de sua realidade social. Essa suposição é corroborada pela importância ainda mais fulcral que o filósofo do direito inglês atribui à linguagem na formulação de sua teoria.

No sétimo capítulo de seu livro, é realçado o fato de que, por ser constituído de linguagem, o direito inevitavelmente possui uma seara linguística sempre polissêmica – ou ao menos sempre potencialmente polissêmica.¹⁰³

As reflexões de Hart assumem duas direções, ambas igualmente atentas às inafastáveis relações entre linguagem e mundo. Em primeiro lugar, qualquer palavra ou expressão poderá, eventualmente, ter um significado diferente em algum outro contexto futuro. Uma lista extremamente exaustiva das possíveis definições de um termo constante em algum dicionário, mesmo assim, não esgotaria outras possibilidades de significação dessa mesma palavra.

¹⁰² *Ibidem*. p. 108-109. A tradução desse excerto, da língua inglesa para a portuguesa, foi realizada pelo autor desta dissertação. Aqui, há alguma semelhança com o dilema apontado no artigo filosófico de Richard Rorty a respeito da necessidade de a filosofia – na contramão da postura designada pelo filósofo estadunidense de naturalista – pressupor entidades que, ao mesmo tempo em que não podem ser explicadas, são responsáveis pela explicação de todas as relações averiguáveis entre as demais entidades da realidade. Já neste segundo capítulo do presente trabalho, convém repisar: RORTY, Richard. *Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language*. In: RORTY, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. Coincidentemente – ou não – Ludwig Wittgenstein menciona o exemplo da barra do metro padrão – localizada na capital francesa, Paris – para ilustrar um raciocínio similar sobre uma outra interessante reflexão filosófica: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 50. Também é oportuno ressaltar que, no livro *O Conceito de Direito*, Hart cita essa obra de Wittgenstein, mais precisamente em duas notas de rodapé adstritas à noção dos conceitos expressos por palavras como “semelhanças de famílias” – ou, em inglês, “*family resemblances*”: HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 280 e 297.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 124-154.

Ademais, o segundo aspecto da realidade – que, decerto, está em intensa relação com o primeiro – se refere à contingência do mundo. Os fatos que marcam o mundo aconteceram de uma determinada maneira, mas poderiam ter ocorrido de um modo diferente. Não há linguagem jurídica – ou qualquer outra linguagem – que tenha o condão de captar, de forma plena e irrepreensível, os vindouros eventos da vida em sociedade e, assim, garantir uma previsibilidade que poderia ser tida como o suprassumo da segurança jurídica.

Elegantemente, Hart percebeu a tensão entre as exigências de previsibilidade jurídica e da adequação social do direito como decorrências inevitáveis da contingência ontológica do mundo, do caráter em aberto da linguagem e, notadamente, das intrincadas e fascinantes relações entre ambos. O direito apenas pode optar por privilegiar, em alguns momentos históricos, alguns elementos em detrimento de outros. Colocado de outro modo – o apego excessivo à suposta literalidade da lei pode ser enaltecido em épocas nas quais a segurança jurídica seja mais valorizada, ao passo que a criatividade judicial na análise pormenorizada das particularidades de um caso concreto pode ser estimulada em circunstâncias voltadas a uma maior conformação do direito com as céleres transformações sociais sucedidas naquele particular momento histórico e social. Justamente por ser linguagem, o direito pode oscilar em um pêndulo que transita dentre vários jogos de linguagem, alguns mais apegados à previsibilidade estável de suas significações, outros mais simpáticos ao jaez inventivo da linguagem ante as novas formas de vida por ela propiciadas.

Ao deparar-se com todos esses fenômenos, o jurista inglês acentuou a “textura aberta do direito” como a dimensão linguística intrínseca à sua expressão e à sua prática. Muito embora com outro vocabulário, Hart tinha plena consciência de que não existe algo como uma metalinguagem, com a aptidão de mostrar o acerto ou desacerto de uma dada construção linguística no direito. Os casos jurídicos tidos como fáceis seriam oriundos de consensos averiguáveis nos jogos de linguagem responsáveis pela resolução dessas contendas. À sua própria maneira, o autor inglês assim realça essas questões:

“Os cânones da ‘interpretação’ não conseguem eliminar essas incertezas, embora possam atenuá-las; pois esses cânones são eles mesmos regras gerais para o uso da linguagem e fazem uso de termos gerais que, eles próprios, demandam interpretação. Eles não conseguem, assim como quaisquer outras regras, fornecer a sua própria interpretação. Os casos simples, nos quais os termos gerais parecem prescindir de qualquer interpretação e nos quais o reconhecimento das etapas de aplicação parece trivial ou ‘automático’, são apenas os casos familiares, que estão constantemente a surgir em contextos similares, nos quais há uma concordância geral nas decisões quanto à aplicabilidade de suas categoriais conceituais.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 126. Novamente, a tradução desse excerto, do inglês para o português, foi feita pelo autor do presente trabalho.

Já nos capítulos seguintes de sua obra – oitavo, nono e décimo – Herbert Lionel Adolphus Hart explana relações entre o direito, a moral e a justiça, além de, no último desses capítulos, lançar importantes considerações sobre o direito internacional.¹⁰⁵ Apesar de ser tido como um dos expoentes teóricos do positivismo jurídico, o jurista inglês não opta por simplesmente rejeitar a moral e concebê-la como desimportante para o direito. Porém, devido à sua recorrente vagueza e à sua relatividade, o direito deve, sim, ter ressalvas no que concerne a uma carga de moralidade responsável por moldar o seu conteúdo. Após destrinchar algumas das destacadas relações entre direito, justiça e moralidade, o autor conclui que as relações porventura verificadas entre o direito e moralidade não são da ordem de uma necessidade imprescindível, mas apenas de uma qualidade contingente e situacional.

Esse aspecto é de crucial relevância para uma compreensão mais apurada do positivismo jurídico. Ocasionalmente, essa corrente do pensamento jurídico é tida como avessa à moral e à justiça, como se esses fossem elementos descartáveis para o direito. Essa suposição, entretanto, está parcialmente equivocada.

Tanto as teorizações de Kelsen quanto a de Hart admitem expressamente que preocupações circunscritas à justiça ou à moralidade podem ser assimiladas pelo direito, sobretudo no que costuma ser o momento mais marcante de sua criação – a decisão judicial. Mas, por estarem mais focados nas características formais que conferem ao direito a sua estrutura – e não em uma substância que haveria de ser, necessariamente, incorporada à ordem jurídica – ambos esses autores deixam de assinalar a moralidade que o direito, invariavelmente, haveria de observar. Ou seja, o jurista austríaco e o inglês não compreendem o domínio da moralidade como indispensável para o direito – até porque, para os dois, a moralidade é fluida, relativa e cambiante. Contudo, isso não implica o rechaço absoluto, por parte do positivismo jurídico, de aportes que, malgrado não sejam *necessários*, são plenamente *possíveis* – a ética, a moral, a justiça etc.

Outro aspecto ainda mais oportuno que pode ser assimilado pelas leituras das obras de Hart e de Kelsen é o de que, a despeito de serem por vezes associados a uma linguagem supostamente engessada em razão dos rigores lógicos e fechados de categorias analíticas, os modelos do positivismo jurídico engendrados por esses autores são, pelo contrário, assaz conscientes das perplexidades que atravessam a linguagem, em suas mais variadas dimensões. Seja sob a denominação da “interpretação”, seja no que tange à “textura aberta do direito”, esses

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 155-184, 185-212 e 213-237, respectivamente.

arquétipos conseguem, a um só tempo, abandonar a sedutora linguagem metafísica do jusnaturalismo e enfrentar de maneira intelectualmente honesta alguns dos principais problemas revelados pelo direito após o assim denominado giro linguístico.

Ainda assim, o mero fato de o direito perceber a si mesmo como linguagem não garante, por si só, que a *melhor* linguagem para o direito foi inventada. Ou melhor, se essa linguagem pudesse ser simplesmente *descoberta*, por que seria preciso inventá-la?

Se, após a virada linguística, a filosofia já passa a ser designada de pós-metafísica, será que, depois desse mesmo giro, não seria o momento de, agora, chamar também o direito de “pós” alguma coisa?

Ronald Dworkin – discípulo de Hart e que mais tarde viria a travar um intenso debate acadêmico com o seu antigo professor – tentou dar algumas das respostas para essas indagações.

2.3. A rígida flexibilidade do pós-positivismo jurídico de Ronald Dworkin e algumas outras ironias.

“A questão da justificação tem importantes desdobramentos, porque ela afeta não apenas a extensão da autoridade judicial, mas, também, a extensão da obrigação política e moral de um indivíduo de obedecer ao direito criado por juízes. Afeta, ainda, os fundamentos a partir dos quais uma opinião controversa pode eventualmente ser contestada. Se dizer que um juiz deve seguir padrões efetivamente existentes em casos difíceis é algo que faz sentido, então também faz sentido para um objetor consciente argumentar que um juiz cometeu um erro jurídico ao considerar constitucional o serviço militar obrigatório. Mas se juízes podem criar novas leis em casos difíceis, então essa afirmação não faz sentido. Assim, embora possa parecer linguística a questão consistente em saber se juízes seguem regras, ela revela preocupações que são, em última instância, de ordem prática.”¹⁰⁶

Qual é a diferença entre questões práticas e questões meramente linguísticas? Que aspecto prático da vida humana está completamente dissociado da linguagem, de forma que não consegue ser sequer descrito – ou ao menos referido – por alguma linguagem? Do outro lado, qual é a linguagem que está completamente desatrelada de qualquer dimensão prática da experiência humana?

O debate acadêmico realizado entre Ronald Dworkin e Herbert Lionel Adolphus Hart talvez possa ser singelamente aprimorado a partir do esclarecimento de algumas confusões adstritas a uma suposta dicotomia entre esses dois elementos da experiência humana – isto é, prática e linguagem.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 5. A tradução do trecho aqui reproduzido, do inglês para o português, foi feita pelo autor deste trabalho.

Em 1977, Dworkin, jurista estadunidense que, em determinado momento de sua vida, havia sido aluno de Hart, publica o livro *Levando os Direitos a Sério*. Particularmente, o segundo capítulo dessa obra é uma crítica contundente ao modelo positivista do direito elaborado por Hart e à discricionariedade judicial abertamente tida como admissível pelo positivismo jurídico.¹⁰⁷

A concepção do direito delineada pelo autor estadunidense tem – em comparação com os arquétipos do positivismo jurídico – diferenças consideráveis no que se refere às espécies normativas que podem ser incorporadas pelo direito, ao papel jurídico-institucional que juízes e juízas hão de exercer diante dessas exigências normativas, às relações entre o direito e a moralidade e, em um âmbito mais profundo, ao próprio fundamento responsável por significar o direito enquanto tal.

Para Dworkin, o direito não é um sistema formado apenas por regras. Ao lado desse tipo de normas, existem também os princípios. Na acepção do jurista estadunidense, regras são mandamentos que operam de acordo com uma lógica radicalmente binária. Ou a regra é válida para um caso e, por conseguinte, deve ser aplicada, ou essa regra lhe é impertinente e, por isso, não deve ser aplicada. Além disso, são as regras que devem prever as suas possíveis exceções. Ou seja, na colisão normativa porventura verificada entre duas ou mais regras, deve haver uma cláusula de exceção que estabeleça a regra a ser observada.

Por exemplo, a regra contida no art. 1.003, §5º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – estipula que, no processo civil, o prazo para a interposição de quaisquer recursos – à exceção dos embargos de declaração – é de quinze dias. Assim, por mais relevantes que sejam os motivos para uma extensão desse prazo, a interposição de um recurso após o decurso de dezoito dias implicará a sua intempestividade – haja vista que a regra foi desrespeitada. Porém, há exceções para essa regra. O Ministério Público dispõe, nos termos do art. 180, *caput*, do Código de Processo Civil, de todos os prazos contados em dobro – lógica igualmente extensível à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por força do art. 183, *caput*, igualmente do Código de Processo Civil. Por isso, um recurso protocolado no enfatizado prazo de dezoito dias será tempestivo na hipótese de ter sido interposto, por exemplo, pelo Estado de Sergipe. O detalhamento normativo das regras é tão pormenorizado que pode haver, inclusive, as exceções das exceções. Nesse sentido, o §2º do art. 180 do Código de Processo Civil prevê que “*não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público*”. Também há

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 14-45.

disposição normativa praticamente idêntica no art. 183, §2º, do Código de Processo Civil. Afora isso, os embargos de declaração também são, a teor do art. 994, *caput*, inciso IV, do Código de Processo Civil, uma das modalidades de recursos cabíveis no processo civil e, não obstante a norma do já mencionado art. 1.003, §5º, do Código de Processo Civil – que traz expressamente a exceção concernente aos embargos de declaração – o prazo para a sua oposição é de cinco – e não de quinze – dias, nos moldes do art. 1.023, *caput*, também do Código de Processo Civil. Em suma, as regras são aplicadas mediante raciocínios de subsunção lógica, que revelam as circunstâncias nas quais essas regras – ou as suas exceções – devem ser observadas.

Os princípios são norteados por uma lógica diferente. Essas são normas que comportam uma dimensão de peso. Princípios jurídicos podem ser conjugados uns com os outros sem que um deles seja inteiramente afastado. Pode ser que um mesmo princípio assuma uma importância maior em um caso e, posteriormente, esse mesmo princípio seja tido como menos decisivo ou até mesmo irrelevante na resolução de um outro caso. Quanto a isso, é possível fazer alusão, por exemplo, ao contraste entre duas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da liberdade de profissão consagrado no art. 5º, *caput*, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Em outubro de 2011, foi compreendida como constitucional a exigência de prévia aprovação no exame de ordem para o exercício da advocacia.¹⁰⁸ Em outras palavras, a lei pode estipular certas condicionantes e determinados requisitos a serem cumpridos para a realização de alguma atividade profissional, sem que isso configure, por si só, violação ao princípio da liberdade de profissão. Entretanto, a lei municipal que tinha a finalidade de proibir o transporte individual de passageiros e passageiras por meio de serviços de transporte urbano gerenciados por aplicativos é inconstitucional por ofender – dentre outros – e no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, justamente o princípio constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.¹⁰⁹ Portanto, um mesmo princípio pode ter aplicações jurídicas variadas em casos moldados por diferentes cenários.

Na compreensão de Dworkin, a conclusão fundamental proveniente da distinção normativa entre regras e princípios¹¹⁰ é a de que, em todo e qualquer caso, as normas jurídicas

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 603.583/RS. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 25 de maio de 2012.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 2 de setembro de 2019.

¹¹⁰ Para uma outra abordagem acerca da diferença entre regras e princípios, é proveitoso conferir: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. O autor da presente dissertação também já elaborou trabalho anterior que, inspirado pela diferença ontológica da filosofia de Martin Heidegger – referente à dicotomia entre ser e ente – procurou traçar uma distinção deontológica

que formam um ordenamento jurídico irão, necessariamente, oferecer não só *uma* decisão adequada para aquela contenda – mas, em verdade, a *única* decisão escoreita para aquele determinado caso – já que, na ausência de regras, os princípios, em virtude da dimensão gradativa de peso que lhes é atribuível, conseguem assegurar a correção deontológica e normativa do direito em uma situação concreta qualquer.¹¹¹

Malgrado impactante, o argumento do autor estadunidense é, em alguma medida, consideravelmente simples. Os princípios jurídicos remetem a um domínio da experiência humana que não é disciplinado por meros acordos ou ajustes de vontades – a moralidade.¹¹² Do ponto de vista moral, o que é correto ou incorreto não pode estar sujeito a barganhas ou relativizações de quaisquer espécies. Por isso, sob a perspectiva política e institucional da vida em sociedade, não é democrático que cidadãos e cidadãs fiquem à mercê de preferências ideológicas pessoais de juízes e juízas, que decidiriam de forma criativa os imbrólios filosóficos de casos não plenamente solucionados pelas regras jurídicas concernentes a esses litígios. E, no que poderia ser entendido como uma faceta existencial-moral da discussão, esses cidadãos e essas cidadãs têm, sim, o direito de exigir que essas suas demandas sejam resolvidas à luz não somente do que é *possível* – e sim daquilo que é *correto*.

Na base da pirâmide normativa, havia uma expressiva abertura de possibilidades que, na obra de Kelsen, foi designada de “interpretação” e, no pensamento de Hart, foi tida como a “textura aberta do direito”. Dworkin parece ter vinculado toda essa seara de múltiplas alternativas aos rigores impecáveis e inequívocos da moralidade. A aparente existência de diferentes possibilidades propiciadas pelo cariz polissêmico da linguagem seria somente uma ilusão, cujos problemas seriam acertadamente solucionados pela moralidade comunitária desvelada pelos princípios jurídicos.

E, se essa constatação pode ser destrinchada pela parte de baixo, também pode sê-lo a partir de cima – isto é, no topo da estrutura normativa que forma o direito. Ao enfatizar a impossibilidade de uma única regra de reconhecimento ser capaz de abarcar toda a pluralidade de princípios jurídicos de um ordenamento jurídico, o autor estadunidense ressalta que:

entre regras e princípios: CORRÊA, Pedro Barros Nunes Studart. *De Ontologia e Deontologia – A Regra Principiológica do Direito Contemporâneo*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 279-290.

¹¹² A importância da moralidade no pensamento de Dworkin é tão acentuada que esse autor chega a fazer considerações a respeito da possibilidade de cidadãos e cidadãs desrespeitarem, em um estado de desobediência civil, as normas jurídicas de uma ordem estatal, nos cenários em que houver significativa contrariedade, por parte dessas normas, à moralidade comunitária dessa sociedade. Quanto a isso, é oportuno verificar: *Ibidem*. p. 206-222.

“Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em um princípio jurídico, e muito menos para precisar o seu peso numa certa ordem de grandeza. Nós argumentamos em favor de um determinado princípio ao nos defrontarmos com todo um conjunto de padrões que mudam, se desenvolvem e interagem entre si (eles próprios são princípios, e não regras), e que dizem respeito a responsabilidades institucionais, à interpretação de leis, à força persuasiva de várias espécies de precedentes, à relação de todos esses com práticas morais contemporâneas e com inúmeras outras questões sobre esses mesmos padrões. Não conseguiríamos aglutiná-los todos em uma única ‘regra’, mesmo que ela fosse complexa e, se conseguíssemos, o resultado teria pouca semelhança com a imagem de Hart de uma regra de reconhecimento, que é a imagem de uma regra razoavelmente estável, a qual especifica ‘alguma ou algumas características que, se possuídas por uma regra sugerida como regra, podem ser tidas como uma indicação afirmativa e conclusiva de que se trata de uma regra...’”¹¹³

Nas teorizações de Dworkin, só há uma saída filosófica possível para esses dilemas. O direito não é derivado de regras pautadas em outras regras que, enfim, são alicerçadas em uma última e primordial regra suprema. Em realidade, o direito teria como substrato basilar a moralidade, que confere, à ordem jurídica, a sua fundamentação precípua e a sua própria razão de ser. A discussão entre Hart e Dworkin pode ser interpretada como um debate sobre a relação entre moral e direito.¹¹⁴ Enquanto o autor inglês percebe essa relação como meramente *possível*, o jurista estadunidense enxerga essa mesma relação como *necessária*.

O positivismo jurídico de Hart não preenche a ordem jurídica com um conteúdo que ser-lhe-ia imprescindível. Há, na verdade, a descrição lógica e coesa de uma estrutura normativa em seus aspectos formais. Dworkin, ao contrário, não apenas apresenta a substância que, em sua visão, seria indispensável para o direito – qual seja, a moralidade – como, principalmente, constrói um modelo que está a todo instante a gravitar em torno de questões, problemas, elementos e discussões de verniz moral.

Por isso, talvez seja oportuno destacar um elemento que parece ser ofuscado por uma concepção essencialista do direito. Sob uma ótica pós-metafísica – ou pelo menos pretensamente pós-metafísica – a disputa acadêmica entre Dworkin e Hart não deve ser entendida como uma discussão acerca da verdadeira definição do direito, naquilo que seriam os seus caracteres inegociáveis.

¹¹³ *Ibidem*. p. 40-41. Mais uma vez, a tradução dessa passagem, da língua inglesa para a língua portuguesa, foi realizada pelo autor do presente trabalho. No final desse excerto, Dworkin cita expressamente um trecho da obra *O Conceito de Direito*, de Herbert Lionel Adolphus Hart, mais especificamente: HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 94.

¹¹⁴ Esse também é o ponto tido como central no seguinte artigo acadêmico elaborado sobre o debate entre Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin: SHAPIRO, Scott Jonathan. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Ann Arbor, Working Paper nº 77, 2007.

O que ocorre é que existem, nas obras desses autores, duas linguagens diferentes para a mesma palavra – o direito. Enquanto Hart enaltece as características formais que moldam a ordem jurídica, Dworkin confere primazia aos seus desígnios morais. Por óbvio, a palavra direito será significada de maneiras distintas em cada um desses arcabouços teóricos. Percebido por esse enfoque, o debate entre os juristas inglês e estadunidense é, ao mesmo tempo, e em parte, um não-debate, uma vez que esses autores estão – ao menos em algumas partes de suas teorizações – a falar de coisas que não são exatamente as mesmas em ambas as obras.

Os seguintes excertos das Investigações Filosóficas de Ludwig Wittgenstein auxiliam a ilustrar essas afirmações. É como se Dworkin tivesse tentado desenhar o direito com contornos morais firmes e bem traçados, ao passo que Hart optou por deixar embaçadas as cores de sua pintura do direito que seriam responsáveis pelos seus matizes éticos e morais:

“O que significa saber o que um jogo é? O que significa sabê-lo e não ser capaz de dizê-lo? Esse conhecimento é, de alguma forma, equivalente a uma definição ainda não formulada? De modo que, se fosse formulada, eu seria capaz de reconhecê-la como uma expressão do meu conhecimento? Mas o meu conhecimento, o meu conceito de um jogo, não são completamente expressos nas explicações que eu poderia fornecer? Isto é, em meus exemplos descritivos de vários tipos de jogos, mostrando como todos os tipos de outros jogos podem ser construídos a partir da analogia entre estes, dizendo que eu dificilmente chamaria esse ou aquele de jogo, e assim por diante.

Se alguém fosse desenhar um limite nítido, eu não poderia reconhecê-lo como aquele que eu também sempre quis desenhar, ou que tinha desenhado em minha mente. Pois eu não queria desenhar limite algum. Pode-se, então, dizer: o conceito dele não é o mesmo que o meu, mas semelhante. A similitude é aquela de duas imagens, uma que consiste de manchas coloridas com contornos borrados e a outra de manchas formadas e distribuídas de modo parecido, mas com contornos nítidos. A similitude é tão inegável quanto a diferença.

E se levarmos essa comparação um pouco adiante, então ficará claro que o grau de semelhança que a imagem nítida *pode* ter em relação à imagem borrada depende do grau em que a última carece de nitidez. Pois imagine ter de desenhar uma imagem nítida ‘correspondendo’ àquela borrada. Na última há um retângulo vermelho borrado; você o substitui com um retângulo nítido. É claro – várias espécies de retângulos nitidamente delineados poderiam ser desenhados para corresponder àquele borrado. – Mas, se as cores na imagem original mesclam-se umas com as outras sem pista alguma da demarcação de um contorno, não será uma tarefa em vão desenhar uma imagem nítida correspondente à borrada? Você não teria, então, de dizer: ‘Aqui eu poderia muito bem desenhar tanto um círculo quanto um retângulo, ou um coração, uma vez que todas as cores se misturam. Tudo – e nada – está certo.’ – E essa é a posição em que se encontra, por exemplo, alguém que, na ética ou na estética, procura por definições que correspondem aos nossos conceitos.

Nesse tipo de dilema, pergunte-se sempre: Como nós *aprendemos* o significado dessa palavra (‘bom’, por exemplo)? De que tipos de exemplos? Em quais jogos de linguagem? E aí então será mais fácil para você perceber que a palavra há de ter uma família de significados.”¹¹⁵

¹¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. §§ 75, 76 e 77. Novamente, a tradução desses trechos, do inglês para o português, foi feita pelo autor deste trabalho.

Com base nas metáforas de Wittgenstein, é possível constatar a linguagem da teoria do direito de Hart como uma que deixa em aberto as possíveis intersecções entre, de um lado, direito e, do outro, moral, ética e/ou justiça. Já nas formulações de Dworkin, foram esquadrihadas relações bem delimitadas e precisas entre esses ramos. Para o jurista estadunidense, subtrair a ordem jurídica de seus sustentáculos morais equivaleria a tolher a própria significação do direito.

Demais disso, a própria linguagem parece ter a capacidade de mostrar que esses dilemas seriam alusivos a uma simples diferença no encadeamento de palavras semelhantes. A teoria do direito de Hart poderia sustentar que a incorporação da moral ao direito depende, no mínimo, de uma regra com a seguinte caracterização – “o direito deve ser permeado pela moralidade”. Dworkin, por seu turno, poderia inverter esse jogo de palavras para afirmar que a existência de uma regra de reconhecimento é, na verdade, a exigência mínima da moralidade. Ou seja, para o estadunidense, é a regra de reconhecimento que depende da moral, e não o contrário. A instituição de toda e qualquer regra – por mais básica que seja – pressupõe, por si só, um comportamento minimamente ético e moral por parte daqueles e daquelas que, entre si, ajustam o conteúdo dessa regra. Será que essas questões são apenas problemas linguísticos, ou algo de verdadeiramente significativo foi dito a respeito dessas teorias? No tocante a esses temas, a linguagem e esses jogos linguísticos elucidam ou obscurecem esses fenômenos?

E, a despeito de serem possivelmente tidas como duas linguagens distintas para o direito – ou pelo menos linguagens parcialmente distintas – há alguns aspectos das teorizações de Hart e de Dworkin que merecem ser contrastadas.

Na obra do jurista inglês, é possível averiguar a atenção dada não somente ao potencial polissêmico da linguagem, como, também, à relação da linguagem com o caráter contingente e imprevisível da realidade e dos desdobramentos que se sucedem no decorrer da temporalidade.

Já no pensamento do autor estadunidense, a linguagem parece ser apenas o veículo responsável pela transmissão dos ditames morais que terão a aptidão de resolver controvérsias jurídicas complexas de forma acertada e unívoca. Mesmo as suas articulações centradas na assim chamada interpretação construtiva do direito¹¹⁶ são direcionadas no rumo da sublime busca pela *única* decisão correta, como se a linguagem fosse mero reflexo de algo mais elevado – a moralidade. As providências exercidas pelas regras, pelos princípios jurídicos, pelos precedentes jurisprudenciais, pelos ideais de justiça e de equidade – e, enfim, pela ideia do

¹¹⁶ A esse respeito, é proveitoso conferir: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 45-86.

direito como integridade – parecem ser não somente palavras e/ou expressões linguísticas, mas elementos com o condão de descortinar a verdadeira *essência* moral do direito.

Assim, a teoria de Hart, apesar de anterior à de Dworkin, parece ser mais confluyente com o paradigma das filosofias desenvolvidas a partir e para além do giro linguístico. Já no início da década de 1960, o autor inglês alinhavava uma teoria do direito em sintonia com algumas das reflexões filosóficas acerca da linguagem e, tempos depois, nos anos derradeiros da década de 1970 e por todo o restante da década de 1980, o jurista estadunidense, curiosamente, parece ter denunciado essas formulações pelo fato de já não estarem mais atreladas a uma instância que, embora pareça situar-se em um plano superior e etéreo, talvez nada mais seja que uma ordem metafísica de conceitos transcendentais.

Sob esse enfoque, alguns dos entraves da teoria do direito de Ronald Dworkin talvez possam ser melhor interpretados justamente a partir de algumas das dificuldades com as quais a própria filosofia contemporânea se depara ao tentar erigir uma ética pós-metafísica, e/ou ao procurar encontrar uma moralidade harmônica com as exigências de uma era posterior à tal virada linguística. O jurista estadunidense constrói teorizações que, na superfície, estão de acordo com as pretensões epistemológicas das tais filosofias pós-metafísicas. Porém, em suas profundidades, o arquétipo jurídico de Dworkin recorre ao conforto de uma moralidade que parece ser firme e irretocável em suas pretensões e que, paradoxalmente, é vaga e imprecisa em suas elucidaciones linguísticas.

Essa não é, contudo, a única ironia da passagem do positivismo jurídico de Hart para o pós-positivismo jurídico de Dworkin.

O aparato teórico do jurista inglês – assim como os de Hans Kelsen – muitas vezes são erraticamente associados a modelos analíticos demasiadamente rígidos, inflexíveis e estanques, voltados a garantir, na esfera do direito, uma objetividade infalível. A margem alargada de possibilidades interpretativas expressamente permitida pela textura aberta do direito e/ou pela via da interpretação são – propositadamente, ou não – ignoradas na descrição dos elementos mais relevantes do positivismo jurídico.

Por exemplo, em artigo acadêmico publicado no ano de 2003, os juristas brasileiros Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que:

“O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter

imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve tratar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.”¹¹⁷

Ainda nesse mesmo artigo, já em suas partes conclusivas, é assinalado que:

“A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.”¹¹⁸

A parte mais excêntrica da comparação entre esses trechos – que não é adequadamente esclarecida em outras passagens desse artigo – é a desconsideração de que o pós-positivismo jurídico de Ronald Dworkin é, precisamente, uma crítica enérgica e ferrenha à discricionariedade judicial, explicitamente tida como admissível e legítima no positivismo jurídico de Herbert Lionel Adolphus Hart. O artigo de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos inverte essa lógica de maneira quase disparatada. O positivismo jurídico seria duro e intransigente, plasmado em pretensões científicas equiparáveis às da química, da física ou até mesmo da matemática. Curiosamente, o pós-positivismo jurídico – que, no pensamento do autor estadunidense, é extremamente refratário à discricionariedade judicial – estaria aberto ao âmbito de possibilidades criativas e imaginativas fornecidas pelos princípios jurídicos, que poderiam ser utilizados de modo inventivo pelo intérprete, no exercício de sua discricionariedade.

Afora o pouco rigor histórico, conceitual e filosófico no relato acerca da transição paradigmática do positivismo jurídico para o tal pós-positivismo jurídico, talvez haja um outro motivo possível para essa descrição ao avesso dessa passagem teórica na seara do direito.

Os princípios jurídicos, por mais que tenham sido enaltecidos por Dworkin no intuito de assegurar a correção moral do direito, são, em realidade, novas ferramentas linguísticas à

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003. p. 25-65. O excerto aqui citado consta à p. 31.

¹¹⁸ *Ibidem*. A passagem ora reproduzida está às p. 64-65.

disposição do ordenamento jurídico e das e dos juristas encarregados de interpretá-los e concretizá-los na dimensão prática de realidade social.

Inspirado nas reflexões do filósofo italiano Ferruccio Rossi Landi, é possível imaginar regras e princípios como dois materiais que, não obstante cumpram funções similares, são diferentes entre si.

As regras podem ser comparadas à madeira – matéria-prima dura, a qual pode ser conjugada com outros pedaços desse mesmo material para formar alguns utensílios ou objetos. Apesar da criatividade humana permitir essas combinações em modalidades das mais variadas estirpes, existe uma certa limitação intrínseca à madeira, que não pode ser flexibilizada, entortada e/ou modificada de todas as formas possíveis.

Por outro lado, os princípios jurídicos são porções de ferro. Quando em estado sólido – isto é, nas circunstâncias em que é aplicado a um caso concreto – o ferro é ainda mais duro e inflexível do que a madeira. No entanto, depois desse processo, o ferro pode ser derretido e, assim, reconfigurado e moldado em praticamente todas as formas sólidas imagináveis. Sob esse ponto de vista, o ferro é indiscutivelmente mais maleável do que a madeira. Dworkin pensou no ferro mormente por conta de seu formato sólido na resolução de casos jurídicos delicados. A prática jurídica, todavia, logo tratou de derretê-lo dos mais diversos modos possíveis.

Afora isso, parece evidente que uma civilização que dispõe da madeira e também do ferro será construída de uma maneira significativamente distinta da forma de ser de uma outra sociedade, a qual possua o domínio apenas sobre a madeira. Colocado em outros termos – uma linguagem jurídica lastreada apenas em regras¹¹⁹ será uma linguagem bem diferente daquela permeada por regras e, outrossim, por princípios jurídicos. Se a linguagem é só uma das faces de uma moeda em cujo outro lado se encontra uma forma de vida, então novas linguagens são, em verdade, novas formas de vida. Por isso, a linguagem jurídica formada por regras e por princípios inaugura uma nova forma de vida disciplinada pelo direito.

Feitos esses breves contrastes entre o positivismo jurídico com uma das primeiras correntes do dito pós-positivismo jurídico, será que, atualmente, já há alguma acepção do direito

¹¹⁹ No que concerne a esse apontamento, é importante realçar que Herbert Lionel Adolphus Hart jamais afirmou que o positivismo jurídico não poderia assimilar princípios jurídicos como normas integrantes do ordenamento jurídico. Essa, inclusive, foi tida como uma acusação descabida feita por Ronald Dworkin no debate travado entre ambos esses juristas. Quanto a isso, é frutífero verificar: HART, Herbert Lionel Adolphus Hart. *Poscript*. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 238-276. Ainda assim, o positivismo jurídico não dedica especial atenção à descrição dos princípios jurídicos e/ou aos aportes teóricos, filosóficos e metodológicos necessários para intermediar as múltiplas e muitas vezes intrincadas relações sucedidas dessa nova espécie de normas jurídicas. Assim, devidamente explanadas essas advertências, é possível interpretar o pós-positivismo jurídico como uma vertente que, por valorizar mais o papel dos princípios na linguagem jurídica, acaba por criar novo vocabulário jurídico e, dessa forma, um direito que, ao menos parcialmente, é inédito, diferente daquele direito até então engendrado pela linguagem do positivismo jurídico.

que tenha a aptidão de, a um só tempo, arquitetar teorizações efetivamente condizentes com as exigências da virada linguística e, nessa empreitada, manter o direito agarrado a uma carga de moralidade minimamente capaz de distinguir o certo do errado?

2.4. As palavras regulam as palavras – a teoria procedimental e discursiva do direito de Jürgen Habermas.

“Até agora nós aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica como que a partir de fora, na perspectiva de um teórico. O teórico *diz* para os civis quais são os direitos que eles *teriam que* reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Isso explica a natureza abstrata das categorias jurídicas abordadas. É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, *enquanto* sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto sujeitos *do direito*, eles não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: O código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A ideia da auto-legislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador.”¹²⁰

O direito é capaz de intermediar a linguagem, em suas mais variadas imprevisibilidades? Ou, ao contrário, é *na* linguagem que deve ocorrer a regulação do direito? E, de novo – a mera inversão dos termos tem o condão de significar algo realmente importante para a compreensão do direito, ou isso não passa de um fútil jogo de palavras?

Na contemporaneidade, há uma obra de destacada relevância, elaborada pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, especificamente destinada a enfrentar os problemas adstritos à construção de uma teoria do direito a partir da linguagem – aqui entendida em suas facetas do discurso e da ação comunicativa. Em seu livro *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*¹²¹ – primeiramente publicado no não tão longínquo ano de 1992 – o autor, além de trabalhar com os conflitos provenientes da disparidade entre, de um lado, as acepções do direito demasiadamente vinculadas à facticidade bruta do poder político e da economia e, do outro, aquelas ingenuamente associadas a pretensões de justiça raramente realizáveis na prática do mundo concreto, assume esse desafio sem perder de vista a complexidade social

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 163-164. Na passagem acima transcrita, o termo “*medium*” – não traduzido do alemão para o português – pode ser entendido como “meio”.

¹²¹ *Ibidem*.

intrínseca ao mundo hodierno, e tudo isso no âmbito do tal pensamento pós-metafísico – o qual dispensa o conforto filosófico e epistemológico anteriormente propiciado pelas categorias infalíveis de uma moralidade transcendente e metafísica.

A todo instante, o sociólogo alemão é orientado, na linguagem, pela procura de um equilíbrio entre elementos que estão em constante e inevitável tensão – a liberdade e a coerção, a legitimidade e a positivação das normas jurídicas, a autonomia pública e a privada e, em suma, as descrições empíricas da ordem jurídica e as suas idealizações normativas. De modo interessante, esse equilíbrio, em si, parece estar permeado pela busca de confluências teóricas, filosóficas e sociológicas que não sejam excessivamente utópicas, tampouco desnecessariamente pessimistas. É curioso, outrossim, o fato de Habermas, ao longo desse livro, contrastar pensamentos de duas tradições filosóficas, sociológicas e políticas diferentes entre si – a alemã e a anglo-saxã – no que aparenta ser a tentativa de elaboração de uma teoria mais geral do direito e da democracia, capaz de abarcar ambas essas visões de mundo.

A despeito de ser sofisticada e consideravelmente extensa, a ideia fulcral da obra é, em alguma medida, relativamente simples. Sem as ontologias inquestionáveis de um direito natural, a ordem jurídica já não carrega consigo um conteúdo dado e necessário. Porém, na perspectiva de Jürgen Habermas, deslocar a questão inteiramente para a forma – tal como o fez o positivismo jurídico – não resolve os problemas do direito contemporâneo. Pensar uma estrutura normativa apenas em seus aspectos formais é deixar de perceber toda a complexidade do direito e de suas fascinantes relações com a política, a moral e a sociedade.

Em resumo – nem conteúdo, nem forma. De acordo com Habermas, é no *procedimento* que a ordem jurídica encontra a sua significação. Ao delinear os procedimentos que irão mediar os discursos ocorridos na esfera pública, o direito deixa em aberto o dilema relativo à sua substância. Contudo, esses mesmos discursos irão moldar o ordenamento jurídico enquanto tal, de modo que, a partir daí, enxergar o direito apenas a partir de seus caracteres formais passa a ser algo desprovido de sentido. Como essas relações são mútuas, complementares, complexas, concomitantes, dinâmicas e alteráveis, conteúdo e forma pressupõem-se reciprocamente, e é com base no *procedimento* que ambos devem ser apreendidos.

De maneira bastante simplificada, a teoria procedimental e discursiva do direito desse filósofo alemão pode ser interpretada como uma ferrenha defesa do direito à palavra – ou, melhor, do direito à linguagem. Cidadãos e cidadãs somente são subjugados à coerção fática da ordem jurídico-estatal porque, ao mesmo tempo, têm direito de participar, por intermédio da linguagem, dos processos participativos e políticos que culminarão no significado dessa ordem e, assim, atribuirão ao direito a sua validade democrática.

Já no primeiro capítulo do livro,¹²² é esclarecido que as tensões ínsitas ao direito estão, desde sempre, e invariavelmente, imersas no campo da linguagem. Embora com outro vocabulário – o qual atribui mais ênfase a termos como discurso e ação comunicativa – o sociólogo alemão percebe, de modo criativo e original, que é justamente na linguagem que ocorrem as tensões inerentes às normas jurídicas. Ao mesmo tempo em que proclamam a coercibilidade de suas respectivas implementações, as normas jurídicas remetem a discursos que, se forem direcionados de forma válida, conseguirão dar azo à sua legitimação. A linguagem desencadeia, no plano intersubjetivo, a possibilidade de consenso, o qual pode ser atingido por discursos que fluem *a partir, nos meandros e em direção ao ponto de chegada* de uma comunicação racional.

Após descortinar essa dupla face da linguagem subjacente ao direito, Habermas faz firmes críticas, no segundo capítulo,¹²³ às teorizações acerca da ordem jurídica que assumiram duas direções opostas. Concepções do direito como o positivismo jurídico ou a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann são, de certa forma, decepcionantes, por subtraírem do direito a pretensão de validade moral que, antes, lhe dava sentido. Entretanto, no outro oposto, teorias da justiça como a de John Rawls também cometem os seus equívocos teóricos e metodológicos, ao pressuporem uma carga de validade que nunca – ou quase nunca – é averiguável empiricamente, na realidade concreta de um mundo cada vez mais dominado pelas imposições de forças políticas e econômicas sem pretensões de correção moral.

Com os seus pressupostos teóricos, filosóficos e metodológicos já assentados, o sociólogo alemão, nos terceiro, quarto e quinto capítulos da obra,¹²⁴ procede a uma reconstrução do direito com o suporte de sua ética do discurso e de sua teoria da ação comunicativa. Noções muitas vezes tidas como antagônicas – tais como a autonomia privada entendida como a liberdade da cidadã em face do aparelho estatal e a autonomia pública como as suas prerrogativas de participar nos processos decisórios ali realizados – são ressaltadas como complementares e interdependentes. A privacidade, por exemplo – garantia usualmente ligada à autonomia privada em sua expressão mais acentuada – somente passa a ter sentido quando os indivíduos e as indivíduos que compõem uma determinada sociedade decidem, pelas vias procedimentais de seus processos legislativos – ou seja, por meio de suas autonomias públicas – os assuntos que não de ser absolutamente infensos à intervenção estatal em suas vidas – isto é, nos âmagos de suas privacidades.

¹²² *Ibidem.* p. 17-63.

¹²³ *Ibidem.* p. 65-112.

¹²⁴ *Ibidem.* p. 113-168, 169-240, 241-295 e 296-354, respectivamente.

A resolução desses problemas, no entanto, está longe de ser simples. Consciente disso, Habermas oferece uma espécie de fórmula procedimental para o fluxo discursivo dos temas que serão discutidos e contemplados em uma ordem jurídica verdadeiramente democrática. Para além das questões pragmáticas afetas às negociações e barganhas entre os atores do jogo democrático – as quais muitas vezes gravitam quase exclusivamente em torno da satisfação egoísta de interesses particulares – há, ainda, temáticas de ordem ético-política,¹²⁵ as quais se referem aos valores compartilhados por uma certa comunidade – isto é, às preferências axiológicas que acabam por moldar a forma de ser e de viver das pessoas dessa sociedade. Ao final, tudo isso há de ser delineado, nas teorizações de Habermas, por discursos morais que tenham o condão de elucidar os princípios morais universalizáveis que são pertinentes àquela situação ou discussão e, também, por discursos jurídicos que, orientados pelos eixos da segurança jurídica e da adequação social do direito, consigam mostrar a resposta juridicamente apropriada para aquela conjuntura em particular.

Esse fluxo discursivo pode ser assimilado pelo esquema ilustrado na própria obra do filósofo alemão:¹²⁶

Um modelo do processo da formação política racional da vontade.



¹²⁵ O sentido de “ética” nessa parte da obra de Jürgen Habermas é diferente daquele utilizado, até o presente momento, na presente dissertação, a qual concebe o termo “ética” como o ramo da filosofia especificamente circunscrito à pergunta em torno de “como se deve viver?”. Por óbvio, essa é uma indagação que possui firme e indissociável vinculação à moralidade – ou a alguma moralidade – a qual consegue distinguir, na seara das relações humanas, o que é correto daquilo que é incorreto. Habermas, por sua vez, entende por questões “éticas” aquelas que, na esfera de uma particular comunidade social – e não na extensão da humanidade como um todo – são afetas a certos valores e a determinadas preferências, em detrimento de outros e outras. Questões éticas, nessa parte de seu livro, se ligam à axiologia, ao passo que – ainda na obra desse filósofo e sociólogo alemão – questões morais estão englobadas pelo campo da deontologia – ou seja, do dever ser.

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 210.

É possível interpretar, por exemplo, o reconhecimento da constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva de acordo com a seguinte lógica procedimental.¹²⁷ Àquele momento histórico, as instituições legislativas brasileiras não tinham levado adiante reivindicações políticas em favor do reconhecimento dessas entidades familiares e, somado a isso, a sociedade brasileira, também àquela época, não externava – ou pelo menos não mediante os seus e as suas representantes parlamentares – valores arraigados à visão de mundo que enxergava essas famílias como juridicamente legítimas. Porém, negar a pessoas homoafetivas a possibilidade de terem o devido reconhecimento jurídico de seus vínculos afetivos é algo dificilmente justificável sob a ótica de princípios morais com pretensões de universalização, válidos para todo e qualquer indivíduo da humanidade.

Por isso, conquanto a decisão do Supremo Tribunal Federal seja juridicamente questionável por conta de interpretações pautadas na alegada literalidade do §3º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – ou, em outras palavras, por técnicas de discursos jurídicos que realçam a importância da segurança jurídica – a solução tomada para o caso pode ser tida como uma saída juridicamente viável na perspectiva de uma possível apreensão da teoria discursiva e procedimental do direito, sobretudo ao se constatar que Habermas defende expressamente o ativismo judicial de tribunais constitucionais nas circunstâncias de indevido bloqueio, no fluxo discursivo das instâncias parlamentares, de pautas embasadas em direitos humanos.

Mas como Habermas chegou a esses princípios morais, supostamente universalizáveis? A resposta reside na peculiar transposição dos imperativos categóricos da filosofia moral de Immanuel Kant para o âmbito das teorias do direito e da política:

“Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político.”¹²⁸

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2011. E, também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2011. Essas ações foram julgadas de maneira conjunta pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 52. A expressão “*per se*” – constante no trecho aqui citado – pode ser traduzida, do latim para o português, por “por si”, ou “por si só”.

Em razão da marcante influência do pensamento de Kant em sua teoria discursiva e procedimental do direito, o sociólogo alemão compartilha, por exemplo, de parte da concepção do direito de Dworkin, mais especificamente aquela que percebe os princípios jurídicos como aptos a trazerem consigo a carga de moralidade necessária para a resolução de dilemas jurídicos, por mais complexas, delicadas e/ou sensíveis que sejam essas controvérsias. Há, certamente, a diferença de que Habermas não recorre ao ideal regulatório da metáfora de um juiz idealizado, e atribui as dificuldades dessa empreitada à prática discursiva intersubjetiva de todos aqueles e todas aquelas que, de alguma forma, participam dos processos decisórios jurídicos de uma certa comunidade. Ainda assim, existe, no que se refere precisamente ao liame entre direito e moral, uma nítida similaridade entre o modelo do autor alemão e o do estadunidense.¹²⁹

No restante de seu livro, Habermas lança – em seus capítulos sétimo, oitavo e nono – novas noções teóricas para a significação do processo legislativo, da esfera pública e do paradigma teórico e filosófico do direito da atualidade, respectivamente.¹³⁰ Particularmente no que tange a essa transição paradigmática, o sociólogo alemão aponta as insuficiências tanto da visão liberal do direito e da democracia – a qual foca exacerbadamente nos direitos fundamentais como garantias formais e negativas, a serem exercidas em face do aparelho estatal – assim como da compreensão desse aparato estatal como responsável pelo bem-estar social de seus administrados e administradas – pautada na irrefletida crença de que o mero incremento burocratizado de condições materiais poderia fomentar um senso democrático de cidadania. Para o filósofo alemão, seria o paradigma discursivo e procedimental aquele que, ao conjugar de modo frutífero os conceitos de autonomia privada e autonomia pública, desvelaria o potencial emancipador do direito e da democracia.

Em síntese, o direito *pode* sim ser justo, haja vista que aqueles e aquelas que fazem parte da ordem jurídica podem *significá-la* como justa. Antes disso, porém, o direito *deve* ser justo, na medida em que deve assegurar a todas essas pessoas as condições procedimentais mínimas para que, em primeiro lugar, esses fluxos discursivos sejam possíveis.

A teoria discursiva e procedimental do direito de Jürgen Habermas é uma linguagem extremamente proveitosa da democracia e, nesse sentido, também pode ser entendida pela sua outra faceta. Colocado de outro modo, esse é um arcabouço teórico que privilegia uma forma de vida democrática, em que os participantes de uma sociedade respeitam-se reciprocamente,

¹²⁹ *Ibidem.* p. 261-276.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

em relações de racionalidade sempre atentas a considerações das mais relevantes searas, máxime no que diz respeito aos princípios morais universalizáveis.

No âmbito do pensamento pós-metafísico, a carga moral do direito, na teoria de Habermas, parece fazer mais sentido do que aquela verificável nas reflexões de Ronald Dworkin. Isso porque, na obra do primeiro, a moralidade é assinalada a partir de relações humanas mais palpáveis sob a ótica da linguagem, muitas vezes descritas em suas minuciosas e concretas implicações políticas, sociais e jurídicas. Já no arquétipo do autor estadunidense, os dilemas morais são apresentados e, logo em seguida, remetidos a algum espaço que, apesar de parecer ser privilegiado, não é adequadamente elucidado por meio de uma linguagem clara.

Todavia – e apesar de suas inegáveis contribuições para o desenvolvimento das teorias do direito – as concepções de Habermas são, em alguns aspectos, problemáticas na perspectiva das filosofias da linguagem abordadas nesta dissertação.

Primeiramente, o autor alemão trivializa em demasia a linguagem. É assumida a suposição de que, ao ser racionalmente compartimentalizada em canais, comportas e percursos procedimentais e discursivos, a linguagem obedecerá a esses fluxos. Decerto, a linguagem refere, designa e esclarece. Entretanto, a linguagem também falseia, engana e distorce. No modelo de Habermas, pode ser verificada uma proeminência exagerada dada às capacidades pretensiosamente racionais da linguagem. O sociólogo compreende, por exemplo, a decisão judicial como o destacado momento de racionalidade discursiva,¹³¹ quando, na prática, muitas vezes essa é uma das mais propícias instâncias para todo tipo de engodos ardilosos e bem articulados, permeados por uma linguagem criativa e pouco apegados aos padrões da moralidade universalizável que remonta à filosofia de Kant.

O problema, que parece assumir dimensões quase paradoxais, pode ser externado nos seguintes termos. Na teoria de Habermas, a linguagem é regulada por fluxos que, em si mesmos, também são linguísticos. A linguagem é, a um só tempo, súdita e soberana de si mesma. Certamente, a linguagem é hábil o suficiente para desviar-se de suas próprias ordens e, na prática jurídica, sobram exemplos desses fenômenos.

Afora isso, essa é uma teoria que, após deparar-se com as exigências filosóficas do tal pensamento pós-metafísico, não parece enfrentar de maneira totalmente satisfatória os difícilimos desafios dessa tarefa. A releitura de conceitos oriundos da filosofia de Immanuel Kant ainda não parece dispensar toda a carga metafísica de uma anterior filosofia da consciência, agora adaptada para uma teoria da ação comunicativa e para uma ética do discurso.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 222.

Esse aspecto controverso das reflexões da teoria discursiva e procedimental do direito pode ser especificamente situado na constatação de que, até os tempos atuais, a filosofia ainda não parece ter erigido uma ética verdadeiramente harmônica com o giro linguístico propiciado por filosofias tais como aquela desenvolvida na fase tardia do pensamento de Ludwig Wittgenstein. Evidência disso é o fato de que, ao invés de debruçar-se a respeito das possíveis implicações éticas ou morais decorrentes das infinitas perplexidades que a filosofia desse pensador austríaco conseguiu desvelar em relação à linguagem, Habermas prefere o alívio de uma fórmula moral simplória que, supostamente universalizável, irá, ironicamente, assumir contornos assaz específicos em cada um dos mais diversos contextos nos quais seja aplicada. O significado particular de cada imposição de um princípio moral universalizável é, de modo clichê, o seu uso na linguagem. Não existe – ou ao menos não no assim chamado pensamento pós-metafísico – um plano sublime de uma moralidade irrepreensível, que pairaria sobre essas fórmulas linguísticas e que, assim, revelaria, de maneira quase mágica, o conteúdo moral que, nas palavras, seria meramente veiculado por essa dimensão superior.

Poderia ser feita a objeção de que, na realidade, a teoria de Habermas não está pautada em uma ordem metafísica de princípios morais, mas sim na racionalidade discursiva como meio de alcançar as pretensões desse seu arquétipo. A confiança depositada na razão pode ser constatada, por exemplo, no seguinte excerto da sua obra:

“A motivação racional para o acordo, que se apoia sobre o ‘poder de dizer não’, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativa de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não-problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que *sempre foi familiar*. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos.”¹³²

Ao que parece, o autor alemão não percebe as graves rupturas que, desde sempre, já estão na estrutura da linguagem. Na filosofia marxista da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi,

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 40. Aqui, é importante fazer uma singela ressalva, a título de honestidade intelectual. Nesse trecho, Habermas não quer sustentar a conclusão de que, na linguagem, o consentimento sempre tende a prevalecer. Em verdade, o sociólogo parece enfatizar que há elementos prévios da experiência humana – espécies de pré-categorias linguísticas – que tornam o entendimento, o acordo, o ajuste e, em resumo, o consentimento possíveis. Sem isso, a própria linguagem e a comunicação em geral não seriam sequer possíveis.

o consentimento é perfeitamente possível de acontecer em linguagens ideológicas e, nem por isso, essa consonância comunicativa servirá para algo positivo. Pelo contrário, a separação entre consciência e práxis através da linguagem ocorre precisamente em jogos de linguagem que, lamentavelmente, são jogados com sucesso. Alguns – ou talvez até mesmo todos – os seus participantes não têm consciência das gritantes deformações que, inevitavelmente, impedem o potencial emancipador da linguagem mesmo nos panoramas em que existe consenso. Ou seja, a prática discursiva é racional sob a ótica interna do jogo de linguagem e, externamente, a apreensão metacrítica das filosofias marxistas da linguagem mostra que, na realidade, aquilo é ideológico, alienante e, justamente por esses motivos, absurdamente irracional.

Parece ser rara a correspondência empírica de ordens jurídicas que, na prática, cumprem os requisitos procedimentais dessa teoria. Dessa forma, Habermas poderia ser acusado não só de praticar exatamente aquilo que criticara – isto é, de formular uma teoria normativa descolada da realidade concreta do mundo fático – como, ainda, de desenvolver teorizações que, em muitos aspectos, são excessivamente ideológicas, por ainda manterem – e isso pelo menos segundo os aportes da filosofia marxista da linguagem de Rossi-Landi – a consciência e a práxis distanciadas uma da outra.

Ainda que seja possível realçar alguns poucos ou até mesmo uma quantidade considerável de sistemas jurídicos e políticos que seguem de modo minimamente satisfatório o modelo do filósofo e sociólogo alemão, poderia ser sustentada a tese de que, no plano do materialismo histórico-dialético que atravessa o modo de pensar marxista, isso somente foi possível às custas da exploração socioeconômica ocorrida em desfavor dos países da periferia mundial e que, na divisão internacional do trabalho, ocupam as tarefas geopolíticas materiais necessárias para que nações centrais e desenvolvidas possam desfrutar dos privilégios de uma ordem jurídica que consiga efetivamente funcionar de modo procedimentalmente racional.

Na linguagem, tautologias são prescindíveis e, não obstante, por vezes parece ser oportuno explicitá-las. O ordenamento jurídico brasileiro está situado no Brasil. As práticas jurídica, política e social brasileiras parecem demonstrar que as construções teóricas de Habermas apresentam sérias limitações no tocante a esses outros contextos.

Por esse motivo, é no mínimo razoável levar em consideração as formulações teóricas e filosóficas de um jurista brasileiro que, sem desconsiderar a relevância das teorias do direito analisadas até a presente parte deste segundo capítulo da dissertação, ofereceu, também, a sua própria teoria jurídica, atenta ao pitoresco cenário da sociedade brasileira.

2.5. A interpretação do caso brasileiro por Marcelo Neves.

“Ninguém ouviu,
Um soluçar de dor –
No canto do Brasil...”¹³³

Mesmo que seja consideravelmente sofisticada em alguns aspectos, a teoria de Jürgen Habermas, em outros, parece ser demasiadamente simplista para o enfrentamento de pelo menos alguns dos principais problemas jurídicos e constitucionais da atualidade. Em tempos hodiernos, a pretensa legitimação moral e democrática do direito tem de confrontar, de um lado, a crescente imposição desenfreada das linguagens da economia, da ciência e da tecnologia e, do outro, alguns fundamentalismos étnicos e/ou religiosos que rejeitam a secularização das relações políticas e jurídicas, tudo isso em um cenário internacional cada vez mais complexo, marcado por um pluralismo social extraordinário, dificilmente assimilável por uma filosofia moral de verniz ocidental que já está epistemologicamente datada em mais de dois séculos, formulada em uma época história menos multifacetada e que, não bastasse isso, já parece estar parcialmente superada pelas próprias filosofias ocidentais da contemporaneidade.

No específico panorama brasileiro, é ainda mais intrincado imaginar que a simples importação de modelos teóricos desenvolvidos nos contextos de problemas ingleses, austríacos, estadunidenses e/ou alemães seria a chave para a resolução dos dilemas jurídicos, políticos – ou pior, morais – desse outro país. Em conjunto com todas as dificuldades já apontadas, o Brasil, além de estar situado em relações de dependência política com os assim chamados países centrais, também é permeado por uma desigualdade socioeconômica absurda – a qual desafia qualquer significação minimamente apropriada de algumas acepções jurídicas e constitucionais como “igualdade”, “liberdade”, “cidadania”, “dignidade da pessoa humana” e “soberania popular”, dentre tantas outras. Se o significado de uma palavra é, geralmente, o seu uso na linguagem, então o que significam palavras que, ao mesmo tempo em que são recorrentemente proferidas, são, igualmente, e a todo instante, acintosamente violadas?

As filosofias da linguagem elaboradas do começo do século XX em diante mostraram que diferentes linguagens moldam diferentes formas de vida. Assim, ao que tudo indica, uma forma de vida pautada por diferenças sociais, políticas, econômicas e jurídicas no que diz respeito a essas outras nações parece exigir uma linguagem própria, ou ao menos uma linguagem atenta a essas distinções. O jurista brasileiro Marcelo Neves é um dos pensadores

¹³³ NUNES, Clara. Canto das Três Raças. In: NUNES, Clara. *Canto das Três Raças*. São Paulo: EMI-Odeon, 1976. faixa 1.

que, além de ter dialogado com as teorias do direito já examinadas neste capítulo do trabalho, também forneceu os seus próprios arquétipos para uma possível elucidação da situação brasileira.

Inicialmente, é preciso ressaltar que as teorizações de Neves têm como principal marco teórico e metodológico a teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann,¹³⁴ que concebe a modernidade a partir do surgimento de sistemas sociais – como a economia, a política, o direito, a ciência, a educação, as artes, dentre outros – os quais, apesar de operarem de forma autônoma, com base em seus próprios códigos de comunicação, comunicam-se uns com os outros e, ainda, com a totalidade do ambiente que circunda todos esses sistemas – que é a própria sociedade como um todo.

O direito, por exemplo, é um sistema no qual as comunicações são realizadas com lastro no código linguístico fundamentado na diferença entre lícito e ilícito.¹³⁵ Para ser funcionalmente autônomo, o direito precisa ser operacionalmente fechado. Em outras palavras, o delineamento de suas comunicações há de ocorrer de acordo com a própria linguagem jurídica, centrada na distinção entre o lícito e o ilícito, e não a partir de outros códigos sistêmicos – como os da economia ou da política. Colocado em termos ainda mais simplificados, não se pode, por exemplo, comprar uma decisão judicial.

Porém, juntamente ao seu fechamento operacional, o sistema jurídico também precisa ser cognitivamente aberto – isto é, precisa, de algum modo, comunicar-se com o seu ambiente e com os outros sistemas sociais sem que isso implique a perda de sua autonomia funcional. Mudanças sociais devem influir na configuração do direito, mas somente por intermédio das vias procedimentais adequadas para a promulgação ou revisão da legislação necessária para tanto. Eventuais particularidades podem ser tidas como determinantes na análise judicial de casos concretos, desde que essas peculiaridades sejam tratadas por conceitos ou institutos jurídicos do próprio sistema jurídico, e não a partir de considerações de jaez econômico, religioso ou político, por exemplo.

Ainda sob a ótica da teoria dos sistemas, o direito tem sim a função de regulamentar condutas humanas. Mas o seu desígnio primordial é o de garantir a estabilização congruente

¹³⁴ A esse respeito: NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. E, também: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

¹³⁵ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 7-56.

das expectativas normativas referentes a esses comportamentos. Ou seja, normas jurídicas têm por escopo estabilizar expectativas de comportamento de maneira contrafática. Em moldes talvez exageradamente trivializados, uma norma do sistema jurídico pode ser possivelmente desrespeitada no plano da realidade fática e, nem por isso, deixará de orientar as expectativas humanas alusivas aos comportamentos abarcados por essa mesma norma, e isso justamente no sentido contrário ao de sua transgressão.

A teoria dos sistemas de Luhmann é um instrumental teórico extremamente rigoroso em suas descrições analíticas acerca das mais variadas complexidades inerentes à sociedade mundial da atualidade. Por ser plasmada em correspondências da realidade social que podem ser confirmadas ou refutadas de forma empírica, é um aparato conceitual consentâneo com as exigências do tal pensamento pós-metafísico – e isso em uma carga mais intensa, inclusive, que a dos aportes da teoria discursiva de Jürgen Habermas. De certo modo, a teoria de Luhmann acaba por categorizar a linguagem em ramos de comunicação especializados – e passa, a partir daí, a tratá-la como algo quase que objetificado. No entanto, a própria teoria dos sistemas reconhece a realidade como algo que é sempre e necessariamente mais complexo, dinâmico e imprevisível do que as teorias que se propõem a analisá-la. Por isso, as possíveis e tangenciais dobras da linguagem que não sejam aptas a abalar, em seu todo, as suas descrições analíticas podem ser tidas como acontecimentos parcialmente irrelevantes perante uma teoria que reconhece as suas próprias limitações. Já no que se refere àquelas voltas ou falhas da linguagem que possivelmente coloquem em xeque as estruturas de seu modelo, a própria teoria dos sistemas parece dispor dos elementos metodológicos necessários para ajustar-se e retificar-se.

Isso parece ter ocorrido, inclusive, com as refutações de Marcelo Neves à noção de que a capacidade de autorreferência do sistema jurídico mediante o seu fechamento operacional seria condição das sociedades modernas. Ao verificar que diversas sociedades periféricas da modernidade não contam com sistemas jurídicos nesses moldes e que, ainda assim, são sociedades modernas, Luhmann corrigiu as suas apreensões teóricas em torno dessa sua concepção teórica e conceitual.¹³⁶

Especificamente no que concerne aos possíveis contrastes com a teoria procedimental de Habermas, a teoria dos sistemas enxerga a constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política.¹³⁷ Por meio do texto constitucional, ocorre a regulamentação jurídica de temas essenciais para o correto funcionamento da política – tais como as regras

¹³⁶ *Ibidem.* p. 127-132.

¹³⁷ *Ibidem.* p. 57-97.

dos procedimentos eleitorais, as definições de competências legislativas, executivas e judiciárias em observância ao cerne da separação de poderes, a distinção entre as funções burocráticas e administrativas do órgão estatal daquelas de índole política e governamental, entre outras. Do outro lado, a significação do sistema jurídico – a qual já não pode mais ser dada por uma seara religiosa, tradicional e/ou metafísica – ocorre pelas vias dos debates e entraves políticos, intermediados pela constituição. A constituição confere significação política ao direito e, ao mesmo tempo, significação jurídica à política.

É interessante notar que Neves ressalta explicitamente a forma pela qual Luhmann descreve essa dinâmica entre os sistemas do direito e da política, mais especificamente como uma “interdependência entendida como simultaneidade paradoxal de dependência e independência recíprocas”.¹³⁸ É como se esse fosse o limite da linguagem analítica das teorizações de Luhmann e de Neves com relação ao âmbito de significação ontológica e deontológica do direito – ontologia e deontologia compreendidos, aqui, como aquelas esferas da realidade e do dever ser que, de algum modo, tocam o ser em geral. Ou, em outras palavras, a linguagem jurídica de feição analítica prefere não ousar a lançar afirmações peremptórias a respeito do que o direito *é* e/ou do que o direito *deve ser* e, por esse motivo, o máximo que será salientado será essa relação peculiar e intrigante de uma paradoxal concomitância de independências e dependências mútuas e recíprocas.

Talvez por isso, a questão concernente à imprescindibilidade – ou não – da justificação moral do direito reaparece na confrontação entre as obras de Luhmann e de Habermas. Para a teoria dos sistemas, a ideia de uma moralidade fornecida por critérios universalizáveis – ainda que pautada em uma lógica procedimental e discursiva – é incompatível com a complexidade e a pluralidade sociais e sistêmicas que marcam a modernidade.¹³⁹

Além disso, do ponto de vista interno da teoria dos sistemas, a dimensão deontológica da experiência humana é, curiosamente, englobada pela própria facticidade. Para Luhmann, o ser é mais amplo, de modo que abarca o dever ser. Nessas teorizações, o deontológico é lastreado na acepção de que, ao contrário de expectativas cognitivas – embasadas no possível aprendizado sucedido da frustração dessas expectativas – as expectativas normativas são mantidas mesmo nas circunstâncias de haver decepções em torno delas. Evidentemente, e segundo Luhmann, a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas é fluida, de maneira que, em sua teoria dos sistemas, as tensões entre o fático e o deontológico são

¹³⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 89.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 79-85.

igualmente cambiantes, adaptáveis e flexíveis ao longo da passagem de consideráveis decursos temporais.¹⁴⁰

Ainda assim, é proveitoso perceber que, em comparação com o debate entre Hart e Dworkin, as concepções desses dois pensadores alemães já parecem, pelo menos segundo a lógica de um raciocínio em particular, mais próximas uma da outra. A operacionalização sistêmica do direito pelo seu próprio código é, de certo modo, mais rígida que a margem de discricionariedade judicial deixada em aberto pelo positivismo jurídico de Hart. Conjugada a isso, a moralidade procedimental e discursiva pressuposta na teoria de Habermas é, em contraste com os princípios jurídicos moralizantes do pensamento de Ronald Dworkin, assimilada em bases empíricas mais palpáveis, sem a necessidade de uma metafísica tão intensa. Uma interpretação possível desses embates filosóficos é a de que, aparentemente, a teoria contemporânea do direito tem se esforçado para fundamentar o direito a partir de uma mínima correção ética e/ou moral, mas sempre no desafio de manter-se firme no chão movediço do tal pensamento pós-metafísico.

Norteados justamente por essas preocupações, Neves percebe a importância dos aportes procedimentais como instrumentos relevantes para a intermediação e a solução de conflitos jurídicos e políticos. Contudo, orientar esses padrões no rumo de um consenso racional é, para o autor brasileiro, ilusório. Contrariamente, seria mais adequado tomar o elemento consensual como garantia desses procedimentos, e não como a sua finalidade almejada. Dessa maneira, o consenso deveria ser assegurado para permitir um dissenso jurídico e democraticamente aceitável, e não como objetivo a ser perseguido pelos imperativos categóricos de uma moral discursiva que remete ao pensamento de Kant. Nas palavras do próprio pensador brasileiro:

“Caso se pretenda continuar a falar de uma fundamentação moral do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna, parece-me mais adequado, em vez de recorrer-se a um modelo consensualista que tem como padrão a discussão acadêmica, afirmar-se que ele se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. De acordo com isso, a Constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como ‘fundamento do consenso’, mas sim como um ‘fundamento consentido do dissenso’.”¹⁴¹

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 23-27.

¹⁴¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 146-147.

Quanto a isso, pode ser assinalada a seguinte reflexão, de matiz filosófico. A hipercomplexidade social dos temas e debates atuais pode ser visualizada como a transposição, para a esfera coletiva, de toda a infinidade de possibilidades que já é intrínseca à própria esfera individual do ser humano. As filosofias contemporâneas parecem ter revelado que esse é um ser o qual, mergulhado na finitude da experiência do tempo, está, curiosa e paradoxalmente, aberto às mais infinitas possibilidades da facticidade. Na filosofia de Martin Heidegger, o ser humano é um ente que possui o primado de todas as ontologias. Por seu turno, Wittgenstein abandonou a tentativa de encontrar uma linguagem perfeita e inequívoca e admitiu, como decorrência da experiência humana, a multiplicidade inacabável de jogos de linguagem como marca fulcral dessa condição.

É evidente que uma formulação filosófica dessa espécie mereceria a atenção de suas devidas cautelas metodológicas e teóricas. Heidegger não construiu uma teoria da sociedade, tampouco Wittgenstein. Entretanto, existe, na intersecção entre as filosofias de ambos com as teorias do direito aqui apontadas, ao menos um óbvio e inafastável ponto de contato – o ser humano. Nesse sentido, a proposta de Neves é mais apropriada para que o direito lide não somente com a pluralidade da sociedade mundial atual, como, outrossim, com a própria complexidade ser humano, já devidamente realçada por algumas das mais proeminentes filosofias da contemporaneidade. Individualmente, o ser humano já é extremamente complexo. Uma sociedade, formada pela conjugação peculiar e quase aleatória dessas individualidades muitíssimo intrincadas, só pode ser ainda mais complexa.

Particularmente na situação do Brasil, essa sociedade é, na leitura das reflexões teóricas de Neves, ainda mais abstrusa do que aquelas nas quais as teorias do direito de Kelsen, Hart, Dworkin, Habermas e Luhmann foram arquitetadas. O jurista brasileiro, ao partir da distinção entre centro e periferia da sociedade mundial, afirma que, nos países periféricos, a repartição da linguagem em comunicações delineadas por códigos sistêmicos especializados – como os da educação, da política, da economia, da moral, das relações de amizade, da ciência e, também, do direito – não foi devidamente acompanhada do advento das condições sociais necessárias para o fechamento operacional desses sistemas.

No caso do direito brasileiro, por exemplo, há um sistema cognitivamente aberto às mais variadas possibilidades provenientes dos outros sistemas sociais e do seu ambiente. Porém, do outro lado, não ocorre o fechamento operacional que seria preciso para que esse sistema regulasse as condutas humanas adstritas ao seu escopo e, principalmente, para que assim fosse assegurada a generalização congruente das expectativas normativas referentes a esses comportamentos. Outros códigos sistêmicos – notadamente os da política e da economia

– acabam por influir decisivamente no tratamento de questões e controvérsias que deveriam ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico.

O resultado é a configuração de um panorama que, muitas vezes, é marcado por uma elevadíssima imprevisibilidade jurídica, e no qual ocorrem decorrências nefastas para a sociedade brasileira. Muitas vezes, as imponências avassaladoras dos sistemas econômico e/ou político são decisivas para a resolução de casos jurídicos, os quais são delineados por um vocabulário jurídico que não passa de disfarce linguístico para as pretensões do dinheiro e/ou do poder. A consequência é um cenário muitíssimo intrincado de insegurança jurídica, no qual o direito fica à mercê das mais diversas dinâmicas advindas dos outros sistemas e do próprio ambiente social como um todo.

Por exemplo, ao criticar a exaltação, por parte do pensador português Boaventura de Sousa Santos, do suposto pluralismo jurídico averiguado em favelas brasileiras, Neves descreve uma conjuntura assaz delicada, na qual moradores e moradoras ficam refém não apenas da atuação jurídica seletiva e violenta do órgão estatal brasileiro, como, também, de grupos criminosos que muitas vezes impõem a sua força bruta em contrariedade às expectativas normativas do código jurídico:

“Por outro lado, a pesquisa empírica indica que nas relações da favela os meios de coação de grupos econômicos estão numa conexão positiva com os ‘procedimentos retóricos’ das associações de moradores e são empregados a pedido delas. Acrescenta-se à complicada situação a atividade ilegal da polícia. O que se verifica é um estado de insegurança jurídica extrema, pois diferentes unidades sociais dispõem de diferentes códigos ‘lícito/ilícito’ (que, aliás, não são suficientemente diferenciados de outros códigos de preferência) em uma sociedade complexa. Nessas circunstâncias, ‘pluralismo jurídico como alternativa ao legalismo’, ‘racionalidade jurídica tópica’ e outras formulações semelhantes tornam-se mitos ou expressões ideológicas que conduzem antes a equívocos do que ao esclarecimento e à superação do problema”.¹⁴²

Em especial, no que se refere ao papel da constituição brasileira como acoplamento estrutural entre o direito e a política, a dinâmica é igualmente problemática.¹⁴³ Isso porque, em vez de atribuir significação jurídica à política e significação política ao direito – essa última que, em sociedades hodiernas, há de ser invariavelmente realizada pelas vias da democracia – a constituição serve, antes, à materialização de interesses particularistas de feição econômica e/ou política mediante a concretização normativa de seu texto. Como resultado disso tudo, o texto constitucional disfarça, sob as vestes de uma linguagem constitucional tida como

¹⁴² NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 240-241.

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

simbólica, demandas alheias ao âmbito do sistema jurídico, que deveriam ser traduzidas pelas vias procedimentais jurídicas e políticas apropriadas para tanto.

O problema pode ser enxergado sob uma perspectiva da linguagem. A constitucionalização nesses moldes deixa de empreender as tarefas que lhe são próprias – sobretudo aquelas atinentes à concretização generalizada de direitos fundamentais como condições imprescindíveis para a inclusão de cidadãs e cidadãos brasileiros nos mais diversos sistemas sociais. Em sentido contrário, essa mesma linguagem constitucional encobre a consecução de interesses que não poderiam ser explicitados de outra forma. Mas o dilema vai muito além. A linguagem constitucional não só deixa de realizar os desígnios para os quais foi formulada, como, também, finge fazê-lo. Em outras palavras, a implementação do texto constitucional brasileiro em termos simbólicos, além de não concretizar de forma acertada as suas normas, obstrui os caminhos que, possivelmente, poderiam corrigir esses problemas, ou que poderiam ao menos tentar atenuá-los.

Há uma significativa similaridade entre as acepções da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves, da linguagem ideológica como separação entre consciência e práxis na apreensão marxista da filosofia ulterior de Wittgenstein por parte do autor italiano Ferruccio Rossi-Landi e, ainda, das metacríticas da linguagem como instrumentos que são imprescindíveis para que sejam detectadas as graves e poderosas deturpações e perturbações linguísticas ocorridas no discurso, aspectos realçados na filosofia pluralista e negativa de Julio Cabrera. Embora cada um seja assentado nos pressupostos teóricos, filosóficos e metodológicos de seus próprios aparatos conceituais, todos esses pensadores compartilham da conclusão de que a solução para essas questões reside na necessidade de haver radicais transformações e alterações da realidade socioeconômica de uma comunidade, e não em meras terapias ou fórmulas linguísticas, ou em esquemas de interpretação já imersos nos devaneios de uma linguagem profundamente abalada, alienada e deformada.

O passo dado adiante pelas teorizações de Neves parece ser a capacidade de situar, a partir de um arcabouço conceitual analítica e empiricamente coeso, essa problemática no seio da sociedade mundial dos tempos atuais. Eventuais rupturas linguísticas ocorridas no âmbito de sociedades cada vez mais complexas não ocorrem *apesar* da diferenciação sistêmica que é tida como a suposta tendência da modernidade, mas, talvez, justamente *em decorrência* da constatação de que essa diferenciação sistêmica talvez seja plasmada em uma sociedade mundial assustadoramente desigual em suas mais diversificadas facetas.

A divisão internacional do trabalho, as discrepâncias entre os ganhos econômicos obtidos por nações poluidoras e os malefícios experimentados pelos países que sofrem com essa

poluição, as traumáticas histórias de exploração colonial e escravagista que marcam as trajetórias de nações asiáticas, africanas e latino-americanas, as questionáveis interferências políticas externas realizadas até os dias atuais em alguns desses países, são apenas alguns dos aspectos a mostrarem que o sucesso dos sistemas políticos, jurídicos e constitucionais de comunidades centrais estão em intensa conexão com as seríssimas dificuldades sociais, econômicas, políticas e jurídicas ocorridas no âmago de sociedades periféricas. De um modo mais contundente, o jurista brasileiro assevera que:

“Essa diferença típica pode perder força nas novas dinâmicas da sociedade mundial. O lixo jogado pelos centros dominantes nas formas de escravidão, exploração econômica, corrupção de governos e agentes estatais, imposição de regimes autoritários, guerras, bombas, poluição, entre outras, começa a refluir na forma de refugiados da opressão, da miséria, da guerra, assim como por via do chamado ‘terrorismo global’. Essa tendência à paradoxal periferação do centro está em nosso horizonte. O caminho oposto, mas ainda imanente à formação social do presente, seria a afirmação do modelo transdemocrático, que implicaria ressignificação da soberania do povo, a apontar para uma responsabilidade sustentável das democracias consolidadas em relação ao seu ambiente político e social na sociedade mundial. Tal situação importa que, além da fórmula ‘*we, the people*’, a democracia tem de incorporar semanticamente ‘*the others, the peoples*’. Essa concepção ecológica da democracia está em um horizonte distante, mas deve ser levada a sério como um dos caminhos pelos quais se possa evitar uma catástrofe global irremediável.”¹⁴⁴

Ou seja, para continuarem a ter algum tipo de significado proveitoso na atualidade, as noções centrais do direito, da política e do constitucionalismo contemporâneo precisam, impreterivelmente, levar em consideração as sérias questões que assolam a sociedade mundial como um todo e, também, os problemas que dificultam a formação de sistemas sociais funcionalmente autônomos nas suas sociedades periféricas.

A partir disso, Neves, apesar de ter como sustentáculo metodológico a teoria dos sistemas de Luhmann, divergiu da conclusão da fase inicial das reflexões do sociólogo alemão, firmada no sentido de que a sociedade mundial moderna caracterizar-se-ia primariamente pelo metacódigo lastreado na distinção entre sistema e ambiente. Para o pensador brasileiro, a complexidade das sociedades periféricas e as suas inafastáveis relações com as sociedades centrais relevam que, em verdade, o metacódigo crucial para a compreensão desses fenômenos consiste na diferenciação entre inclusão e exclusão – dicotomia que se refere à constatação de

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. *Pós-fácio à edição brasileira (2018): constitucionalismo periférico 26 anos depois*. In: NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 400-401. No excerto ora citado, o clássico jargão em inglês “*we, the people*”, e sua correspondente adaptação, também em inglês, para “*the others, the peoples*”, podem ser traduzidos, para a língua portuguesa, para “nós, o povo” e “os outros, os povos”, respectivamente.

se os inúmeros participantes de uma sociedade estão, ou não, devidamente integrados aos seus sistemas sociais – direito, política, economia, religião, ciência, artes, educação, entre outros.

Essa crítica não se dirige somente a um elemento tangencial ou secundário da teoria dos sistemas, e sim a um de seus principais alicerces. Posteriormente, o próprio Niklas Luhmann reviu alguns dos pressupostos de sua teoria e, especificamente ao considerar os aportes de Neves para a compreensão adequada da sociedade mundial hodierna, enfatizou, com precisão, que:

“Talvez a constelação de fatos aqui esboçada já permita perceber que outras definições se sobrepõem às teorias de nossa tradição, construídas de maneira demasiadamente simples. Talvez ainda falte muito para que a realização da diferenciação funcional no plano de uma sociedade mundial, com uma elevada dinâmica própria de economia, ciência, meios de comunicação de massa e política, signifique que as condições correspondentes possam também se realizar regionalmente. E talvez já existam, entretantes, indícios para uma diferença preordenada, primordial, que regule o acesso às vantagens da diferenciação funcional, a saber, a diferença entre inclusão e exclusão, com a qual o sistema reage, também com relevância, ao descontrolado crescimento demográfico. Isso significa que a sociedade no Brasil está duplamente integrada, isto é, integrada positivamente pela rede de gentilezas, de favores, de relação patrão/cliente, de corrupções, e integrada negativamente pela exclusão prática de muitos da participação em todos os sistemas funcionais, considerando-se que uma exclusão (sem identidade, sem trabalho, sem alimentação regular, sem educação fundamental, sem atendimento hospitalar, sem garantia de nada para viver) traz consigo, forçosamente, as outras respectivas exclusões. Assim também o direito, em ambos os níveis positivo e negativo dessa integração, não encontra apoio nas atitudes e expectativas da população. *E atitudes são sempre mais fortes do que textos.* Espera-se que o livro de Marcelo Neves não seja lido apenas como informação sobre as relações jurídicas um tanto exóticas em um país da modernidade periférica, mas também sirva de estímulo para se refletir em que tipo de sociedade vivemos hoje.”¹⁴⁵

As construções teóricas de Neves, portanto, têm destacada importância tanto no que diz respeito ao funcionamento defeituoso de sistemas jurídicos de países periféricos – como o do Brasil – quanto no que concerne ao próprio significado dos sistemas jurídico-constitucionais que operam de modo escorregado nas nações centrais. Se as disposições constitucionais asseguram a generalização congruente de expectativas normativas em algumas partes da esfera global, isso parece ser realizado – pelo menos em parte – graças às condições socioeconomicamente desprivilegiadas de outras regiões da sociedade mundial.

A partir desse raciocínio, o arquétipo do jurista brasileiro pode ser interpretado como uma linguagem que desvela alguns dos relevantíssimos fenômenos sociais, políticos e econômicos que ocorrem no âmbito da sociedade mundial – e que, antes, eram continuamente

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Prefácio à Edição Alemã*. In: NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. XXI-XXII.

obscurificados, de um lado, pela inexistente universalidade de modelos teóricos europeus e estadunidenses e, pelo outro, pela constitucionalização simbólica verificada em alguns países periféricos. Além disso, as reflexões de Marcelo Neves servem de ensejo para a formulação de uma nova linguagem jurídica e constitucional, verdadeiramente atenta a esses complicadíssimos dilemas do mundo atual.

Entretanto, não é apenas sob o foco da macroestrutura global que as complexidades da linguagem são tratadas na obra do pensador brasileiro. Com plena consciência de que não há algo como uma metalinguagem jurídica capaz de solucionar os problemas circunscritos à interpretação das normas jurídicas, Neves ressalta que, em sociedades crescentemente mais intrincadas e multifacetadas, é inevitável haver ênfase na dimensão pragmática – e não na sintática, ou na semântica – da linguagem.¹⁴⁶ Colocado de maneira mais simples, contextos cada vez mais complexos exigem, em contrapartida, a contextualização igualmente sofisticada e refinada desses cenários, razão pela qual é ingênuo supor que a sintaxe – campo da linguagem que define as relações dos signos linguísticos uns com os outros, independentemente dos objetos aos quais se referem – ou até mesmo a semântica – plano da linguagem que tem como cerne perceber as relações entre os signos linguísticos e os objetos aos quais esses signos fazem alusão, independentemente de seus respectivos contextos – conseguiriam intermediar de forma adequada as complicadas questões provenientes da linguagem e das suas várias perplexidades.

Ao referir-se expressamente à obra da fase tardia de pensamento de Wittgenstein, o autor brasileiro propõe um critério para distinguir interpretações juridicamente admissíveis daquelas tidas como estranhas.¹⁴⁷ Sem desconhecer que essa é uma fronteira flexível e adaptável, Neves sustenta que aquelas interpretações ofensivas às regras dos jogos de linguagem derivados do texto constitucional seriam estranhas e, por conseguinte, juridicamente inadmissíveis. Aparentemente, o jurista brasileiro concebe isso a partir da noção da teoria dos sistemas de Luhmann a respeito da constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, com a função de estabilizar, de maneira congruente, as expectativas normativas afetas a ambos esses sistemas sociais. Todavia, Neves parece, em relação a essa parte de sua obra,

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 196-213.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 209-213. Nessa parte de seu livro, Marcelo Neves faz remissão aos seguintes parágrafos - §§ - da obra póstuma de Ludwig Wittgenstein, em sua versão original, na língua alemã – que, aqui, é referida a partir de sua tradução para o inglês: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. §§ 195, 196, 201 e 241.

pressupor os jogos de linguagem que ocorreriam em um sistema jurídico-constitucional já em apropriada funcionalidade operativa.¹⁴⁸

Na prática jurídica e constitucional brasileira, interpretações excêntricas – e muitas vezes assaz criativas – são normalizadas a todo instante. Essas posturas hermenêuticas raramente são tratadas como estranhas, pois – diferentemente do que Neves supõe – fazem parte de jogos de linguagem construídos de maneira ardilosa e que, justamente por esse motivo, são perfeitamente jogados. Não são, ao contrário, violações às regras desses jogos de linguagem. Muito antes, essas regras já tinham sido maliciosamente adaptadas para a satisfação de outros interesses, muito diversos daqueles mandamentos positivados no texto constitucional. Nesse aspecto em particular, são deveras valiosas as advertências feitas por Cabrera quanto à incapacidade da filosofia tardia de Wittgenstein de perceber as quebras e deturpações sistemáticas averiguáveis nos jogos de linguagem que são jogados em uma determinada sociedade – ou melhor, no âmago da sua própria linguagem.¹⁴⁹

O modelo de Marcelo Neves é engendrado de forma sofisticada e analiticamente coesa. Do ponto de vista externo, propicia teorizações que desvelam requintados, capciosos e nefastos engodos por detrás da linguagem jurídica e constitucional que marca o cenário brasileiro.

Há uma teoria que, por ser muito mais simples, parece, curiosamente, escancarar de modo mais claro e óbvio – e a partir do enfoque interno da prática jurídica – a dimensão linguística do direito. Por isso, é oportuno ao menos levá-la em consideração no que tange às reflexões alinhavadas na presente dissertação.

¹⁴⁸ Marcelo Neves faz alusão a uma esfera pública pluralista como instância que seria responsável por diferenciar as interpretações jurídicas admissíveis daquelas que seriam estranhas. Uma esfera pública pluralista parece ser característica de uma sociedade cujos sistemas jurídico e político e cuja constituição como acoplamento estrutural entre ambos já estejam em correto funcionamento – o que não parece ser o caso do Brasil. Precisamente em razão da existência de uma esfera pública que ainda está distanciada desse patamar mínimo de participação democrática em assuntos constitucionais, interpretações absurdas são recorrentemente naturalizadas e normalizadas na prática jurídica brasileira. É inquestionável que o método proposto por Neves é frutífero, especialmente por ser sustentado em reflexões teóricas e filosóficas cientes das perplexidades da linguagem. Porém, mais uma vez, o direito se depara com o problema de ser orientado por parâmetros normativos – ou ao menos prescritivos – já muito dissociados de sua correspondente realidade fática. A constitucionalização simbólica serve para descortinar, por fora, as gritantes falhas e distorções da linguagem constitucional brasileira. Entretanto, internamente, sob o enfoque de uma linguagem já profundamente deturpada e distorcida, o estranho, há muito tempo, já se tornara o normal. Inversamente – e ainda em observâncias às críticas que podem ser dirigidas contra essas orientações interpretativas sugeridas pelo jurista brasileiro – é justamente a interpretação “normal” que corre o sério perigo de, ironicamente, ser tida como “estranha”.

¹⁴⁹ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 169-270.

2.6. A tópica jurídica de Theodor Viehweg como jogo de linguagem.

“O terceiro ponto de irrupção da tópica no interior do sistema relaciona-se com o uso da linguagem natural. Hoje está claramente estabelecido que a linguagem unifica uma plethora quase ilimitada de horizontes de entendimento, que variam continuamente. A linguagem apreende incessantemente novos pontos de vista inventivos, à maneira tópica. Com isto demonstra a sua fecunda flexibilidade, porém, ao mesmo tempo, põe o sistema dedutivo em perigo, pois os conceitos e as proposições, que se expressam por meio das palavras da linguagem natural, não são confiáveis do ponto de vista de sistemática. Se há quem se conforme com eles, como é presumível que continue ocorrendo no âmbito do direito, corre o ininterrupto risco, do ponto de vista sistemático, de ser guiado, com suave força, e sem que disto se dê conta, por estas interpretações. Perde-se totalmente o ponto de partida, quando, em caso de necessidade, se faz referência ao sentido de uma palavra, o que ocorre repetidamente na jurisprudência, sendo compreensível que deva ocorrer com frequência.”¹⁵⁰

Antes de tentar começar a caracterizar a concepção tópica do direito do jurista alemão Theodor Viehweg como um jogo de linguagem, alguns esclarecimentos teóricos e conceituais são necessários.

Em primeiro lugar, Viehweg, na sua obra *Tópica e Jurisprudência*,¹⁵¹ cuja primeira edição foi publicada no ano de 1953, não arquiteta uma teoria do direito em consonância com as filosofias da linguagem do século XX. A tópica resgatada pelo autor alemão remonta a uma parte da filosofia de Aristóteles, assentada na era da antiguidade grega.¹⁵² Essa construção filosófica está associada à dimensão prática da vida humana, na qual determinadas expressões linguísticas, tidas como tópicos – ou melhor, lugares comuns argumentativos – conseguem orientar o direcionamento de determinados problemas no rumo de uma possível solução. Ainda não há, nessa parte da filosofia de Aristóteles, qualquer preocupação de ordem central com a primazia da linguagem e, muito menos, com as consideráveis perplexidades advindas do giro linguístico ocorrido a partir da filosofia contemporânea. Assim, seria absurdamente anacrônico afirmar, de maneira simplória, que Viehweg, na década de 1950, já estaria plenamente ciente dos desafios enfrentados pelas filosofias da linguagem do início do século XX.

Por outro lado, na fase posterior do pensamento de Ludwig Wittgenstein, a noção de jogos de linguagem abarca uma variedade quase infinita de acepções. O filósofo austríaco parece ter optado por essa expressão para designar, ao mesmo tempo, duas ideias importantes de suas reflexões. A palavra jogo, que pode se referir a uma variedade impressionante de coisas que, embora sejam diferentes, guardam alguma semelhança entre si, traduz a constatação de

¹⁵⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 82.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*. p. 23-32.

que palavras não podem ser cristalizadas em róis exaustivos, estanques e imutáveis de possíveis definições, por mais amplas e diversificadas que sejam essas listas das eventuais conceituações de uma palavra qualquer. Além disso, jogo é uma atividade e, como tal, indica a linguagem como algo em movimento. Diferentes jogos de linguagem externam diferentes atividades linguísticas e, portanto, diferentes movimentos da linguagem. Em vez de ser assimilada como uma só coisa, a linguagem deve ser contextualizada com base na verificação situacional de cada uma das mais diversificadas atividades que a linguagem é capaz de exercer.

A opção pela expressão jogos de linguagem quer designar a ausência de qualquer elemento essencial ínsito à linguagem e, nesse sentido, pode ser entendida como algo arbitrário. Tentar apreendê-la como se fosse um sofisticado conceito unívoco, a servir de pilar fundamental para o restante das reflexões de sua filosofia tardia, é, em certo sentido, algo que está em radical dissonância com a própria descrição que Wittgenstein faz da linguagem, contrária a qualquer tipo de essencialismo.

Se o filósofo austríaco tivesse passado por uma formação acadêmica marxista, talvez poderia ter imaginado o conceito de trabalhos de linguagem para designar essa mesma ideia – ou ao menos uma ideia parecida. Assim como jogo, a palavra trabalho contempla uma variedade de coisas concomitantemente diferentes e similares entre si. O trabalho de uma pianista que compõe uma requintada melodia não é o mesmo trabalho de uma criança que tem de fazer o seu dever de casa. Há, ainda, o conceito de trabalho nas ciências exatas – mais especificamente, o da física – que é o produto aritmético entre força e distância de um corpo em movimento. O trabalho empreendido pelas classes dominadas tem um quê de semelhança e, ao mesmo tempo, diferenças marcantes com todos os usos anteriores da palavra trabalho. Assim, jogos de linguagem são atividades linguísticas que, provavelmente, poderiam ser referidas por várias outras expressões – como trabalhos de linguagem, encenações de linguagem, construções de linguagem, rituais de linguagem, dentre muitas outras.

Entendida a partir disso, a noção de jogos de linguagem abrange toda e qualquer atividade linguística. A formulação de teorias do direito pode ser tida como o jogo de linguagem em que conceitos e as relações oriundas desses conceitos são articulados de maneira analiticamente coerente com a pretensão de descrever o que a ordem e a prática jurídicas *são* e, talvez, com a pretensão adicional de prescrever o que essa ordem e essa prática *devem ser*.

No interior do próprio direito, a confecção de petições e peças processuais é um jogo de linguagem em que a exposição dos fatos de um caso, do direito que lhe é alegadamente aplicável e do pedido a ser postulado a partir da conjugação entre ambos é submetida ao crivo da parte contrária e, após, do juiz ou da juíza que, de forma dialética, irá avaliar a procedência,

a parcial procedência ou, quiçá, a improcedência desses requerimentos linguísticos. A sustentação oral realizada por um advogado é um outro jogo de linguagem e, não obstante as suas nítidas semelhanças, uma audiência judicial já tem uma dinâmica diferente o suficiente para que seja percebida como outro jogo de linguagem. À luz dessas reflexões, os modelos teóricos de Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Niklas Luhmann e Marcelo Neves são, cada um à sua maneira, jogos de linguagem que, a partir de suas particularidades, expõem as suas respectivas concepções descritivas e/ou prescritivas sobre o direito.

Por esse motivo, é preciso indagar – se toda e qualquer teoria do direito pode ser tida como um jogo de linguagem, que especial característica da teoria de Viehweg seria oportuna para designá-la como tal?

A ideia a ser sustentada neste tópico da dissertação é a de que, a despeito de ser consideravelmente simplória – mormente se comparada com as teorias do direito já abordadas até o presente momento – a tópica jurídica desse autor alemão é aquela que, em certo sentido, esteve mais próxima de perceber algo óbvio para as filosofias hodiernas da linguagem – não é que o direito *esteja contaminado* pela linguagem. Na verdade, o direito *é* linguagem.

Os arquétipos do positivismo jurídico não negligenciaram os problemas adstritos à linguagem. Todavia, preferiram engendrar uma estrutura formal que, supostamente, relegaria esses dilemas a uma válvula de escape alheia – ou parcialmente alheia – às questões teóricas e científicas do direito, seja no que se refere à política judiciária realçada no pensamento de Kelsen, seja no que concerne à discricionariedade judicial tida como admissível na obra de Hart. Nas teorizações de Dworkin, o tratamento filosófico dessas questões parece regredir, de forma que a linguagem é pensada de modo quase secundário, como um veículo que teria o potencial de traduzir os acertos inequívocos da moralidade comunitária para o vocabulário jurídico. Apesar de serem conscientes das complicações descortinadas pelas filosofias da linguagem, as teorias de Habermas, Luhmann e Neves – cada uma ao seu modo, e em intensidades diferentes – depositam na racionalidade discursiva, comunicacional e/ou sistêmica a possibilidade de ser delineado um direito linguisticamente coeso e consistente.

A tópica jurídica de Viehweg, ao afirmar que o direito, desde sempre, já está mergulhado no pensamento tópico, assume uma outra direção. Malgrado as trivialidades realizadas na obra desse jurista, existem alguns elementos basilares de seu aparato teórico que merecem atenção.

A noção de problema, por exemplo, é conceituada como uma questão que admite mais de uma solução – e que, justamente por isso, exige um catálogo tópico, o qual pode ser

entendido como uma lista provisória dessas possíveis soluções.¹⁵³ Essa ideia está firmemente associada à aceção de um mundo contingente. Mesmo na filosofia inicial de Wittgenstein – a qual ainda guardava consigo um resquício das pretensões de certezas filosóficas e que logo em seguida seriam abandonadas pela virada linguística – apenas o que é contingente pode ser dotado de sentido. O tautológico e o contraditório não dizem coisa alguma a respeito do mundo. Assim, a linguagem – e a tópica – estão circunscritas ao plano do contingente.

Entretanto, para Viehweg, a tópica é sempre modificável e provisória. Não bastasse isso, a tópica também é inventiva, na medida em que pode, sempre, oferecer novos pontos de vista e novos catálogos de tópicos para a resolução de problemas que, até então, eram apreendidos por perspectivas limitadas. Nesses aspectos, há duas semelhanças notáveis com a etapa tardia do pensamento de Wittgenstein. Além do jaez inventivo, o qual é comum à tópica e à linguagem, ambas são alteráveis e, de certo modo, efêmeras, passageiras e arbitrárias.

Ao criticar as deduções pretensamente lógicas e irretocáveis feitas por Platão, filósofo grego da antiguidade que inspirou quase toda a filosofia ocidental que lhe foi posterior, sobretudo a metafísica, Viehweg assinala que, em realidade, toda essa cadeia lógica de inferências e subsunções se apoia em um catálogo tópico criado pela linguagem e que, nesse sentido, carrega consigo a arbitrariedade ínsita à invenção linguística:

“O exemplo originário de distinção é a *diafresis* ou partição de conceitos de Platão (*Sofista*, 219), que se desenvolve do seguinte modo: de uma maneira tópica, na medida em que se tomam, por tentativas, pontos de vista, com ou sem a ajuda de um repertório, busca-se um conceito que pareça um ponto de partida adequado, dividindo-o, na medida em que se introduz, de acordo também com o modo da tópica, uma diferenciação (distinção). As partições *per distinctionem* continuam sendo feitas até que se obtém o conceito a ser ordenado. Resultado: produz-se uma ordem na qual cada um tem o seu lugar, sem perturbação alguma. Na citada obra de Platão, faz-se a seguinte série de distinções, tomando como conceito inicial (1) o de *techne* (habilidade): (1.1) para a produção; (1.2) para a aquisição. Distinção em (1.2): (1.2.1) por meio da troca (1.2.2) por meio do butim. Distinção em (1.2.2): (1.2.2.1) na luta e (1.2.2.2) na caça. E assim sucessivamente até... a pesca com anzol. Estes exemplos ou outros quaisquer se utilizam apenas para provar que tais distinções são, de um ponto de vista lógico, completamente arbitrárias. Podem configurar-se desta maneira ou de outra distinta. São o resultado de uma invenção cujo limite se encontra unicamente na capacidade de aceitação do interlocutor. Representam uma regulação ou ordenação linguística, porém não uma ordenação lógica, nem tampouco, portanto, um sistema dedutivo, no sentido de um nexo de fundamentos ou de uma tendência para ele, pois falta uma dedução que exclui toda e qualquer arbitrariedade lógica.”¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibidem*. p. 33-44.

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 63-64. No trecho aqui citado, embora quase todos os termos em grego estejam devidamente acompanhados de suas traduções para a língua portuguesa, convém enfatizar que “*diafresis*” significa “diferenciação” – ou, como está no excerto, “partição” – “*per distinctionem*” significa “por distinção” e “*techne*” significa “técnica”, “tecnologia” – ou, melhor, “habilidade”, tal como está na passagem ora transcrita.

Essa crítica pode ser interpretada como a incapacidade de a filosofia, ao menos em seu paradigma contemporâneo, chegar a verdades inquestionáveis acerca da realidade. Ludwig Wittgenstein, na sua juventude, tentou deslocar esse problema em direção à busca pela linguagem lógica perfeita, a qual descreveria o mundo exatamente como ele é. Diante do fracasso dessa empreitada, preferiu, na etapa seguinte do seu pensamento, assumir a infinidade dos jogos de linguagem como criações que, arbitrariamente inventadas em seus pontos de partida, podem, em seus pontos de chegada, moldar explicações frutíferas e não arbitrárias sobre a realidade – ou pelo menos já não tão arbitrárias assim.

Uma constatação semelhante pode ser depreendida no que concerne ao sexto capítulo do livro de Viehweg, no qual, de maneira muitíssimo resumida, é mostrada a frustração da tentativa do filósofo germânico Gottfried Wilhelm Leibniz, que procurou matematizar a tópica em um irreprochável modelo lógico e geométrico.¹⁵⁵ A tentativa de controlar a linguagem por fórmulas lógicas indefectíveis falhou tanto na filosofia inaugural de Wittgenstein quanto nas pretensões de Leibniz, de modo que tanto os jogos de linguagem quanto a tópica podem, respectivamente, ser tidos como possibilidades que restam para os fracassos dessas duas empreitadas filosóficas ante o abandono das certezas outrora dadas pela metafísica.

Outros trechos da obra de Theodor Viehweg sugerem uma aproximação marcante entre a tópica e a linguagem. Por meio de um exercício de reflexão filosófica, poderia ser questionado até que ponto ambos esses termos não são sinônimos – e, portanto, simplesmente substituíveis – em passagens tais como aquela na qual é realçado que:

“A tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada, e que não é concebida como tal, qualquer que seja o modo como se a configure conceitualmente em particular. Daí se segue que este modo de pensar só pode contar com panoramas fragmentários.”¹⁵⁶

No seguinte excerto, o autor alemão enaltece o papel que a interpretação exerce na tópica, e isso de tal maneira que o modo de pensar tópico pode ser tido como o modo de pensar pela linguagem. Mais uma vez, a tópica parece ser quase sinônimo de linguagem:

“Não obstante, também neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de *interpretação*. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo. Não dizemos que toda interpretação (exegese,

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 71-73.

¹⁵⁶ *Ibidem.* p. 35-36.

hermenêutica, etc.) o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação. Nela, o dialético no sentido examinado se faz acreditar.”¹⁵⁷

Na abertura linguística que a tópica propicia ao direito, é possível concebê-lo a partir de uma leitura pós-metafísica, em que catálogos tópicos de lugares argumentativos comuns fornecem, sempre de modo provisório e alterável, a possibilidade da contínua construção e modificação da prática e do ordenamento jurídicos, os quais, também de modo permanente e constante, podem ser continuamente refinados e aprimorados.

Contudo, no que se refere ao seu fechamento, a questão já não parece ser tão banal. Viehweg descreve o direito como um jogo de linguagem no qual, a partir da apreensão de um problema jurídico – algo que sempre admite mais de uma resposta – possíveis soluções são oferecidas a partir de lugares comuns – regras, princípios ou postulados jurídicos, entendimentos jurisprudenciais, ensinamentos doutrinários, raciocínios amplamente aceitos e até mesmo jargões clássicos da prática jurídica. A solução a ser tomada há de ser aquela que, na dimensão empírica examinada, melhor se adequa à aporia da justiça – isto é, aquela que melhor efetiva a acepção da justiça no caso concreto ali apreciado.¹⁵⁸

O autor alemão descreve o conceito de aporia como uma questão que, a um só tempo, é estimulante, evidente e insolúvel. Nesse aspecto, pode ser feita uma alusão à procura pelo sentido do ser, desafio assumido por Heidegger, como aporia fundamental de toda a filosofia, que confere a própria razão de ser às suas demais aporias. Algo que é, a um só tempo, paradoxalmente claro e indefinível parece ser aquilo que, de alguma maneira, tangencia o ser. Particularmente no que diz respeito à justiça como aporia, é provável que isso traga consigo a necessidade de haver uma carga deontológica subjacente ao direito e que seja harmônica com as demandas pós-metafísicas do giro linguístico – tarefa que, ao menos nos aportes hodiernos das filosofias e das teorias do direito, é difícilima.

A justiça é, sempre, absolutamente imprescindível e, ao mesmo tempo, nunca plenamente realizada. A justiça é o dever ser que toca o ser – e há algo de poético nisso.

Talvez a diferença ontológica entre ente e ser aponte, também, na dimensão deontológica, para uma outra divisão, entre o deôntico e o deontológico.¹⁵⁹ A aporia da justiça residiria no deontológico, âmbito mais amplo, que abrangeria o plano meramente deôntico.

¹⁵⁷ *Ibidem.* p. 42.

¹⁵⁸ *Ibidem.* p. 3-4, 33-44 e 87-99.

¹⁵⁹ Novamente, essa é a principal ideia exposta em: CORRÊA, Pedro Barros Nunes Studart. *De Ontologia e Deontologia – A Regra Principiológica do Direito Contemporâneo*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

Seja como for, a obra de Viehweg é ambígua e reducionista. Se a aporia da justiça for assumida como elemento moral proveniente de alguma espécie de direito natural – possibilidade que Viehweg prefere não descartar completamente, já que, nas suas próprias palavras, é deixada “entre parênteses”¹⁶⁰ – a sua tópica jurídica nada mais seria senão o retorno a um jusnaturalismo tosco, totalmente superado pelo paradigma jurídico contemporâneo.

Por outro lado, a aporia da justiça também pode ser interpretada como fórmula de contingência, possibilidade que parece ser mais plausível na obra desse jurista, que, em uma das passagens iniciais do seu penúltimo capítulo, descreve essa aporia nos seguintes moldes:

“Nela, trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora. Esta questão na jurisprudência, a menos que se possam mudar as coisas, é iniludível. Se não se colocasse esta eterna questão acerca da justa composição (de interesse) e da retidão humana, faltaria o pressuposto de uma jurisprudência em sentido próprio. Esta questão irrecusável e sempre emergente é o problema fundamental de nosso ramo do saber. Como tal, domina e informa toda a disciplina.”¹⁶¹

A justiça – embora seja a aporia fundante do direito – é, também, apenas uma palavra. Nesse sentido, ela pode ser utilizada de maneira equivocada, distorcida, maliciosa ou até mesmo em um sentido diametralmente oposto àquele efetivamente consentâneo com as exigências dessa aporia. Falta, à teoria tópica do direito de Theodor Viehweg – e, em geral, às teorias do direito da atualidade – uma filosofia ética pós-metafísica, formulada no solo desnudado pelo giro linguístico.

Norteados por esse problema, é interessante fazer um exercício reflexivo em torno de hipotéticas conjecturas históricas e filosóficas. É que Viehweg, após constatar os desacertos dos modelos lógicos e dedutivos do positivismo jurídico, esteve próximo de perceber a importância de uma apreensão mais requintada da linguagem como característica indispensável para a teoria do direito. Ainda no início da década de 1950, sem conhecer o pensamento de filósofos como Wittgenstein, preferiu recorrer a uma filosofia que, sob a ótica temporal, fora elaborada milênios antes – a tópica de Aristóteles.

Ocorre que, duas décadas depois da publicação da primeira edição de *Tópica e Jurisprudência*, o pensador alemão, em 1973, na quinta edição da obra, acrescenta-lhe um novo capítulo – o nono – no qual, além de especular as possíveis contribuições que a ética procedimental discursiva e, ainda, a lógica dialógica de caráter não formal poderiam fornecer

¹⁶⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 93-94.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 88.

para a compreensão tópica do direito, inclui, ainda – como terceiro campo do saber a permitir possíveis auxílios e contribuições para o direito – as filosofias analíticas da linguagem como alguns desses ramos do conhecimento capazes de elucidar o cariz tópico da teoria e da prática jurídicas. Ao finalizar esse novo capítulo de seu livro, Viehweg parece indicar um âmbito de variadíssimas possibilidades que, em algum sentido, são inteiramente originais:

“Com isto descrevemos alguns dos passos em direção da discussão da *ars invendiendi*, nos quadros de uma teoria retórica da argumentação, em desenvolvimento. Eles parecem, junto com outros, bastante adequados para modificar, até na sua essência, o modelo de pensamento da investigação jurídica dos fundamentos, tal como esta foi feita até o presente.”¹⁶²

Não obstante as suas eventuais semelhanças, é nítido que a filosofia tardia de Wittgenstein é muito mais sofisticada que a tópica jurídica de Viehweg, a qual, em muitas de suas facetas, é bastante trivial. Não obstante, o contraste entre ambas poderia servir de ensejos para algumas reflexões.

Se Viehweg tivesse escrito *Tópica e Jurisprudência* após ler as *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein,¹⁶³ teria sido elaborada alguma outra teoria do direito, melhor aprimorada e mais atenta às perplexidades filosóficas circunscritas à linguagem? E, pelo contrário, se Wittgenstein tivesse lançado algumas poucas reflexões sobre a linguagem jurídica, teria chegado a conclusões semelhantes àquelas expostas em *Tópica e Jurisprudência*? Na primeira e na segunda hipótese, é possível que os resultados teriam sido os mesmos, ou pelo menos suficientemente similares?

Como personagem filosófico fictício, poderia ser aventada a figura de Viehwegenstein,¹⁶⁴ que teria procurado elaborar uma teoria pós-metafísica da linguagem jurídica sem, contudo, tratar a aporia da justiça como questão irrelevante ou dispensável.

Obviamente, este não é o espaço para a formulação de teorizações filosóficas desse viés, que provavelmente demandariam um trabalho significativamente mais extenso e detalhado que o da presente dissertação.

¹⁶² *Ibidem*. p. 107. Nesse trecho, a expressão, em latim, “*ars invendiendi*”, pode ser traduzida, para o português, por “arte inventiva” ou, melhor ainda, pela locução “a arte de inventar”.

¹⁶³ Apesar de Viehweg não se referir de maneira específica a esse livro de Wittgenstein, a obra *Investigações Filosóficas* é, de maneira mais genérica, uma daquelas explicitamente indicadas na bibliografia constante na quinta edição de *Tópica e Jurisprudência*, de 1973: *Ibidem*. p. 150.

¹⁶⁴ A inspiração advém do personagem, igualmente fictício, designado de Kripkenstein, que é o resultado da interpretação que o filósofo analítico estadunidense Saul Kripke conferiu à questão de seguir regras na linguagem, aspecto de destacada relevância no pensamento ulterior de Ludwig Wittgenstein. As ideias de Kripkenstein não podem ser plenamente associadas nem a Kripke, tampouco a Wittgenstein, de modo que foi necessária a construção desse terceiro e hipotético filósofo como genuíno autor dessas reflexões.

O fantasioso jurista ou filósofo Viehwegenstein serve apenas para escancarar um dilema duplo da teoria jurídica contemporânea. Aquele ou aquela que, por fora, perceber que teorias do direito são somente construções linguísticas, provavelmente chegará à conclusão de que, enquanto tais, essas não são explicitações irrefutáveis de verdades sublimes ou incontestáveis sobre a ordem jurídica. Mas, pelo lado de dentro, surge e ressurge a incessante necessidade de que o direito seja minimamente justo e, assim, que a palavra justiça não seja só mais uma dentre todas as outras relativizadas pela virada linguística.

A decisão judicial é uma das instâncias da prática jurídica que, há muito tempo, já parece ter constatado que a linguagem é apenas linguagem – e, precisamente por isso, palavras podem ser usadas tais como ferramentas, e tudo isso encoberto pelo cínico e enganador manto da justiça. Afirmar que o direito é tópico é somente o ponto de partida para uma árdua e desafiadora tarefa ainda a ser adequadamente enfrentada pelas teorias do direito da contemporaneidade.

Antes, porém, de começar a destrinchar em seus pormenores algumas poucas das inúmeras perplexidades linguísticas oriundas de decisões judiciais, convém fazer uma breve digressão, em forma de excursão, a respeito de uma das características mais sobressalentes da atualidade e que, inevitavelmente, exige a devida atenção por parte do direito – o advento do ciberespaço e da era digital.

Excursão – direito e internet imersos na linguagem real de um mundo virtual.

“Compre, use, quebre, conserte!
Descarte, mude, envie – aprimore!
Carregue, aponte, amplie, aperte!
Capture, trabalhe – rápido, apague!
Escreva, corte, copie, salve!
Encha, confira – rápido, reescreva!
Conecte, jogue, queime, rasgue!
Arraste e derrube, compacte – descompacte!
Trave, preencha, chame, encontre!
Visualize, codifique, enrole – destrave!
Surfe, role, pause, clique!
Cruze, desvende, troque – atualize!
Nomeie, leia, sintonize, imprima!
Digitalize, mande, envie por fax – renomeie!
Toque, traga, pague, assista!
Gire, deixe, comece – formate!
Tecnológico! Tecnológico!
Tecnológico! Tecnológico!”¹⁶⁵

Neste início de século XXI, há um fenômeno singular que tem modificado a forma de vida de várias ou talvez a maior parte das sociedades contemporâneas. A emergência de um âmbito virtual, em contraste com um suposto mundo real, coloca em xeque algumas das principais certezas do pensamento hodierno – ou ao menos do pensamento ocidental de algumas comunidades. O direito, sempre inspirado pela busca de algum ideal de segurança, parece ser igualmente afetado por esses acontecimentos.

Preceitos jurídicos importantíssimos – que tomam a forma de expressões linguísticas como propriedade, privacidade, liberdade de expressão, entre outros – são ressignificados em conjunturas totalmente inéditas, que têm o potencial de desidratar boa parte da carga semântica até então conferida a essas acepções.

Em um recentíssimo artigo acadêmico, do ano de 2022, a jurista estadunidense Julie Cohen traz uma série de advertências relevantes para a compreensão dos seríssimos impactos que o ciberespaço tem acarretado e continuará a acarretar para o direito.¹⁶⁶ Alguns dos primeiros teóricos do direito perceberam a relevância das novidades trazidas pelo ciberespaço. No entanto, acreditavam que a internet teria o condão de auxiliar a capacidade regulatória do ordenamento jurídico. Atualmente, essa lógica parece ter sido invertida. Talvez não seja o direito que regulará o mundo virtual – mas, sim, precisamente o contrário.

¹⁶⁵ PUNK, Daft. Technologic. In: PUNK, Daft. *Human After All*. Paris: Parlophone, 2005. faixa 9. A tradução do trecho ora citado, da língua inglesa para a portuguesa, foi realizada pelo autor desta dissertação.

¹⁶⁶ COHEN, Julie. From Lex Informatica to the Control Revolution. In: *Berkeley Tech Law Journal*, vol. 36, nº 3, 2022 – a ser publicado.

De maneira assaz criativa, a autora compara esse processo de assimilação, pela ordem jurídica, das questões implicadas pela internet, às cinco fases de um luto, que será, na visão de Cohen, experimentado por aqueles e aquelas juristas que sejam incapazes de levar essas mudanças em consideração. Essas fases são a negação, a raiva, a negociação, a depressão e a aceitação oriundas de algum evento intensamente drástico e traumático.

A negação consiste na postura de continuar a apreender os institutos jurídicos já existentes como apropriados para resolver as novas questões provenientes da internet. A jurista estadunidense discorda de atitudes como essas e, por isso, salienta os perigos que essas recalitrâncias interpretativas podem ocasionar. Nesse aspecto em particular, é interessante pontuar que, antes de serem postulados jurídicos, essas expressões são apenas palavras e fórmulas linguísticas. O conceito de propriedade, por exemplo, foi reificado pela prática jurídica a tal ponto que, após ser hipostasiado, parece ser difícil voltar a enxergar essa palavra apenas como tal.

A propriedade é imaginada como um vínculo metafísico quase absoluto entre proprietário e coisa, e não como uma mera ferramenta que, ao fomentar uma determinada forma de vida, confere algum grau de segurança e liberdade por parte daquele que goza dessa propriedade. Assim, ao ser concebida com relação a bens não corpóreos – como obras literárias e programas computacionais – os juristas tentam desesperadamente procurar por um significado que estaria por detrás da propriedade e que, em realidade, jamais esteve em lugar algum. Dessa maneira, a propriedade intelectual, por ser apreendida como uma entidade e não como expressão linguística, acaba por ser arrastada para discussões, dificuldades e analogias que, talvez, lhe sejam totalmente impertinentes – ou pelo menos parcialmente irrelevantes.

Por essa razão, são igualmente válidas as colocações do jurista estadunidense Lawrence Lessig – igualmente dedicado ao estudo das relações entre direito e internet – de que esses novos eventos não devem ser debatidos à luz de parâmetros excessivamente apegados às vontades – ou supostas vontades – dos constituintes estadunidenses do final do século XVIII.¹⁶⁷ Seria difícilimo – para não se dizer impossível – imaginar que esses juristas e filósofos já conseguiriam, de antemão, imaginar as perplexidades de dinâmicas inteiramente imprevisíveis àquela época. Lessig ressalta algo óbvio e, curiosamente, continuamente desconsiderado – novas questões trazem consigo novos problemas, traduzidos em novas perguntas que, imprescindivelmente, clamam por novas respostas. Ao que tudo indica, os inovadores temas

¹⁶⁷ Essa é uma das principais advertências ressaltadas na obra referida a seguir: LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

jurídicos advindos do ciberespaço demandam uma nova linguagem por parte do direito – ou, no mínimo, uma linguagem consideravelmente ressignificada e aperfeiçoada.

As vertentes mais atualizadas da teoria do direito já sabem que, em um contexto de transformações sociais cada vez mais aleatórias, intensas e desordenadas, é a faceta pragmática da linguagem – e não a semântica, e muito menos a sintática – que deve ter certa proeminência no tratamento de adversidades, temas, questões e problemas jurídicos dos tempos hodiernos. A era digital e as suas profundas repercussões nas relações sociais indicam um cenário situacional sempre em constante e célere modificação – o que há de ser devidamente captado por uma linguagem jurídica que seja, a um só tempo, suficientemente flexível e firme para a intermediação desses fenômenos.

No que tange à concepção de privacidade, por exemplo, esse autor estadunidense mostra a insuficiência da tradicional apreensão jurídica desse direito como a não interferência do aparato estatal em determinados aspectos da vida de uma indivíduo. Em sociedades da contemporaneidade, a privacidade não é ameaçada somente por segmentos da esfera estatal, como, outrossim – e talvez principalmente – por empresas de alcance internacional ou transnacional, as quais almejam o lucro propiciado por informações e dados de caráter personalíssimo das pessoas que navegam na internet.¹⁶⁸

Por seu turno, Julie Cohen assinala que, ante a superação da fase da negação, juristas deparar-se-ão com a raiva causada pela incapacidade do direito, ao menos em seus arquétipos tradicionais, de lidar com esses novos problemas. Nesse segundo momento do luto, soluções libertárias são sugeridas, como se o ciberespaço devesse ser utopicamente pensado como uma anarquia virtual. Contudo, uma das principais decorrências desse cenário é a de que a ausência de um disciplinamento jurídico da internet acaba por abrir margem para uma série de discursos racistas, misóginos, homofóbicos, xenófobos, violentos e preconceituosos, os quais, apesar de serem propagados em um mundo apenas virtual, têm consequências muito reais e palpáveis para inúmeros indivíduos e indivíduos que sofrem os seus efeitos. Além disso, o resultado primordial dessa atitude perante o espaço virtual é o de que, no ambiente de um mundo alheio à linguagem jurídica, empresas e entidades privadas significam a internet de acordo com o seu próprio vocabulário, cuja maior parte de suas expressões é permeada pela lógica fria e calculista de códigos econômicos voltados primordialmente ao lucro.

O jurista Jack Balkin, também dos Estados Unidos da América, descreve como essas empresas, muitas vezes, se utilizam casuisticamente de princípios jurídicos em favor de seus

¹⁶⁸ *Ibidem.* p. 200-232.

próprios interesses comerciais. Se, para esses conglomerados empresariais, a liberdade de expressão ora é tida como elemento secundário a ser mitigado em face da proteção fornecida pela propriedade intelectual quando o tema é a difusão democrática de obras e conteúdos no ciberespaço, essas mesmíssimas entidades privadas, em outras matérias, fazem uma defesa enérgica e entusiasmada, justamente, da liberdade de expressão como garantia jurídica inegociável e intransponível quando o assunto se refere à possibilidade de veiculação livre, por parte dessas empresas, de quaisquer conteúdos, a ser infensa à regulação jurídica por parte da seara estatal.¹⁶⁹

Essa lógica não é inteiramente inédita. Esse acadêmico relembra que, na história estadunidense, ao longo das primeiras décadas do século XIX, o princípio constitucional da liberdade profissional – antes tido como proteção do trabalhador contra pretensões à época ainda contaminadas por ideais escravagistas – foi paulatinamente reinterpretado como um postulado a garantir, em favor dos empresários e detentores dos meios de produção, a não interferência estatal em matérias de direito sindical e coletivo do trabalho, de modo que essas entidades sindicais permanecessem desorganizadas e desmanteladas.

Pouco menos de dois séculos depois, esses episódios parecem, de uma outra maneira, se repetirem com o desabrochar dos tempos cibernéticos – nos quais grandes empresas têm conseguido subverter o cerne da liberdade de expressão, anteriormente vislumbrado como meio de assegurar o livre fluxo de informações e comunicações entre todos os indivíduos e indivíduos da sociedade civil. Agora, esse princípio jurídico foi capturado pela linguagem econômica e, assim, passou a ser pensado como instrumento cujo fito é o de manter a atuação estatal longe dessas práticas comerciais e, desse modo, garantir maior lucratividade a esses entes privados.

Nas palavras do próprio Balkin:

“Naquilo que Clinton Rossiter chamou de ‘O Grande Assalto de Trem da História Intelectual’, conservadores do *laissez-faire* se apropriaram das palavras e dos símbolos do liberalismo dos primórdios do século XIX – liberdade, oportunidade, progresso e individualismo – e deram-lhes uma reinterpretação econômica que atendeu a interesses corporativos. Eles massagearam e reformularam a então prevalecente retórica do livre trabalho e do direito de cidadãos comuns de perseguirem uma vocação profissional em uma sofisticada defesa do poder e privilégio corporativos que esmagou sindicatos, fábricas têxteis, e que eviscerou leis de saúde e de segurança públicas. Na virada do século XX, as melhores mentes jurídicas que o dinheiro poderia comprar já tinham remodelado a retórica dos direitos liberais da década de 1830 em uma poderosa defesa corporativa da propriedade, que eles afirmavam ser a legítima herdeira das melhores tradições estadunidenses do individualismo e das liberdades pessoais.

¹⁶⁹ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. In: *New York University Law Review*, vol. 79, 2004. p. 1-55.

Nos dias de hoje, uma transvaloração semelhante de valores está a assaltar o princípio da liberdade de expressão. O direito de falar foi reformulado como um direito de ser livre de regulações empresariais. Os direitos autorais estão aos poucos sendo convertidos em direitos de propriedade simplificados e com termos virtualmente perpétuos; marcas e patentes têm crescido em seus escopos; e a proteção de banco de dados, já existente na União Europeia, está no horizonte dos Estados Unidos da América. De fato, em alguns assuntos, o gerenciamento de direitos digitais e de direitos autorais com regimes jurídicos paralelos já detêm proteção ainda maior do que aquela recebida por direitos de propriedade ordinários. A propriedade intelectual, que foi inicialmente vislumbrada como um limitado monopólio governamental destinado a estimular a inovação, tem sido transformado em um baluarte contra a inovação, facilitando o controle sobre conteúdos digitais e limitando a liberdade de expressão de outros.”¹⁷⁰

A lição a ser aprendida parece ser simples e, ainda assim, não deixa de ser relevantíssima e desafiadora – se o direito não significar de forma séria as suas próprias palavras, outras esferas da sociedade irão fazê-lo.

A esse respeito, são extremamente profícuas as reflexões do jurista brasileiro Marcelo Neves que, após perquirir a importância do aparato estatal na contemporaneidade, enaltece a linguagem jurídica e política fornecida por essa entidade como aquela com a maior propensão de conter os riscos destrutivos provenientes dos mais diversos fenômenos e elementos do mundo hodierno – fundamentalismos étnicos e/ou religiosos, interferências externas por parte de estados mais poderosos que são disfarçadas de ajudas humanitárias e, principalmente, o crescimento desenfreado do vocabulário econômico, que se alastra de modo incontido e invade diversos aspectos da vida humana que deveriam – e devem – ser protegidos pelo direito.¹⁷¹

Esses não são problemas ignorados pela jurista Julie Cohen que, ao designar a fase da negociação como a terceira etapa do luto – que ocorre depois de a raiva já ter sido diluída – frisa a disparidade de armas muitas vezes averiguada nessas barganhas entre influentes entidades privadas e órgãos estatais atrasados no que diz respeito à necessidade de regulação jurídica das questões atinentes à internet. Como exemplo, faz menção a algoritmos automatizados que implementam práticas ilícitas e que não deixarão de existir por conta da interferência estatal. Pelo contrário – esses algoritmos ficarão cada vez mais requintados,

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 24-25. A tradução do excerto aqui reproduzido, do inglês para o português, foi, novamente, feita pelo autor do presente trabalho. Nessa passagem, a expressão francesa “*laissez-faire*” significa, na língua portuguesa, “deixe fazer” – ou, melhor ainda, “deixe estar”. É um jargão clássico do liberalismo burguês – sobretudo em sua faceta econômica – que prega a não interferência do aparelho estatal nas vidas das indivíduos e dos indivíduos de uma determinada comunidade política. Na esfera econômica, a expressão *laissez-faire* quase sempre está associada à ideia de livre mercado.

¹⁷¹ NEVES, Marcelo. *Perspectiva: Do Estado Democrático de Direito ao direito mundial heterárquico ou à política interna mundial?* In: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 259-283.

melhor camuflados e menos detectáveis pelas lentes da regulação jurídica efetuada pelos aparatos estatais.

Ao constatar o abissal desnível de capacidades negociais, Cohen salienta que os juristas da atualidade, já na quarta etapa do luto – a depressão – se conformam com uma enganadora sensação de otimismo proveniente das governanças privadas arquitetadas pelas próprias companhias empresariais, como se esses entes privados fossem, por si sós, disciplinar o ciberespaço em adequada observância a valores e normas jurídicas de ordem pública. Como a única alternativa seria uma espécie de autoritarismo digital, o paradigma hodierno do direito fica resignado com as supostas boas intenções desses atores empresariais.

A autora estadunidense, entretanto, afirma que, na quinta e última fase do luto – a aceitação – o direito há de assimilar as possibilidades de moldar a sua própria ordem a partir das complicações e das novas dinâmicas implicadas pelo ciberespaço. A ordem jurídica da era digital deve ter como alvo a criação de e o fomento a práticas e mecanismos democráticos de participação e controle públicos. Malgrado não ofereça soluções mais definitivas, Julie Cohen conclui, de maneira prudente, que o direito deve perceber o seu potencial inovador diante das fascinantes novidades da era cibernética. Em vez de apegar-se de forma irrefletida a um passado glorificado, a ordem jurídica pode levar em consideração esses desafios como oportunidades frutíferas para remodelar e aperfeiçoar os seus institutos, as suas práticas e os seus alicerces.

Nessas empreitadas, a jurista destaca que especialistas em tecnologias digitais devem ser consultados. Decerto, as suas opiniões técnicas devem ser levadas em consideração, mas não como o suprassumo de soluções democráticas. Os grandes conglomerados empresariais também devem ser ouvidos, mas sempre com a ciência de que os seus desígnios estão primariamente destinados à obtenção de lucro econômico, e não necessariamente ao avanço de pautas progressistas e emancipadoras. No fim das contas, a autora assevera que o direito não é um fim em si mesmo e, assim, deve estar atrelado à persecução de propósitos humanitários.

Ainda que de modo implícito, as advertências derradeiras de Cohen parecem apontar para o fato de que, antes de qualquer coisa, os conceitos e os aportes jurídicos são somente construções linguísticas e, como tais, são adaptáveis. Por um lado, podem ser cooptadas pelos vocabulários de aglomerados empresariais que, de forma intuitiva, já parecem perceber a maleabilidade das formulações linguísticas desses preceitos.

Algumas apreensões a respeito do ciberespaço parecem desvendar relações curiosas. Do ponto de vista ôntico – e isso na terminologia da filosofia de Heidegger – a internet parece ser algo radicalmente distinto do assim chamado mundo real. Sob a perspectiva ontológica, porém, ambos são, em verdade, um só. O fato de o ciberespaço caber na tela de um computador

– não mais extensa do que um ou dois palmos de uma mão humana – não deve ser contrastado em demasia com a enormidade do globo terrestre, cujas dezenas de milhares de quilômetros de extensão trazem consigo gigantescos oceanos, continentes e paisagens.

É que, tanto na realidade física quanto na dimensão virtual da internet, o ser humano tem a possibilidade de todas as ontologias. Pode pensar, entreter, jogar, comunicar, criar, esclarecer, iludir, divertir-se, falar, silenciar e, em suma, realizar as ações de praticamente todos os mais variados verbos contemplados pela linguagem.¹⁷²

Evidentemente, ciberespaço e mundo físico não devem ser banalizados como sinônimos. As reflexões aqui suscitadas apenas sugerem que, na filosofia de Martin Heidegger, a parte mais significativa do mundo é, na verdade, a extensão das próprias possibilidades humanas. Ocorre que a linguagem ôntica logo tratou de domesticar essas relações ontológicas e, com isso, houve o obscurecimento de uma série de potencialidades existenciais. Mais uma vez, o exemplo da palavra propriedade auxilia a demonstrar esses fenômenos. Ao ser congelada em um significado ôntico, essa palavra, paradoxalmente, ocultou as relações ontológicas por ela intermediadas – ou, colocado de outra maneira, escondeu as formas de vida subjacentes a esse preceito jurídico.

Assim como ocorre com a palavra jogo – que tanto fascinou Wittgenstein – propriedade também pode ser um termo a expressar coisas concomitantemente diferentes e similares entre si. A transposição supostamente intrincada desse conceito para o domínio da propriedade intelectual é um dos vários indícios de que as teorizações do direito têm, ainda, algumas dificuldades no que se refere a uma assimilação das descobertas sobre as perplexidades da linguagem – descobertas essas atribuíveis, em sua maior parte, às filosofias da linguagem desenvolvidas a partir do início do século XX.

O advento da tal era digital pode ser interpretado como um ensejo para que as teorias do direito percebam que a linguagem é somente linguagem. Essa afirmação não deve, porém, ser apreendida de forma trivial. Por um lado, palavras são só palavras e, em virtude disso, não devem ser compreendidas como significados imodificáveis, estagnados e irreprocháveis. Por outro – e justamente por não serem significados inalteráveis – as palavras estão sujeitas às mais maliciosas e manipuladoras utilizações de seus conteúdos.

¹⁷² Em uma perspectiva semelhante, vale destacar o artigo acadêmico em que o jurista escocês Andrew Murray enfatiza, em contrariedade a uma perspectiva que perceberia o ciberespaço como uma estrutura estanque, a possibilidade de o mundo virtual ser igualmente compreendido como redes de interações e comunicações entre indivíduos, indivíduos, agências reguladoras, empresas, órgãos estatais, especialistas etc. Nesse artigo, Murray ressalta expressamente que essa apreensão pode ser complementada por teorizações sociais, jurídicas e políticas como a de Jürgen Habermas e a de Niklas Luhmann: MURRAY, Andrew D. *Nodes and Gravity in Virtual Space. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Hart Pub., v. 5, n. 2, 2001. p. 195-221*

As teorias conjecturadas a respeito do direito têm o mérito – o qual não deve ser menosprezado – de lidar com a linguagem de forma analiticamente apropriada. No entanto, a linguagem, desde sempre, escapa dos rigores das pretensões lógicas e racionalistas dessas formulações.

Essas teorizações, cada uma ao seu modo, processaram as complicações intrínsecas à linguagem mediante aparatos conceituais coesos, consistentes e bem articulados. Em uma encenação fictícia, é como se a linguagem, processada pelas teorizações que gravitam em torno da ordem e da prática jurídicas, promettesse entregar, posteriormente, resultados linguísticos igualmente sólidos, racionais e coerentes.

O direito ouve linguagem, processa as suas exigências, os seus anseios e as suas inquietações e, em seguida, entrega, na forma de decisão judicial, a resposta que entende ser pertinente em relação àquela determinada situação.

É necessário, então, escutar o que a decisão judicial tem a dizer.

3. A LINGUAGEM CONDENADA: A DECISÃO JUDICIAL.

3.1. As palavras à procura *da* decisão correta.

“Alguns críticos pensaram que eu quis dizer que, nesses casos, alguém poderia *provar* uma resposta correta para a satisfação de todos, embora eu tenha insistido desde o início que não era isso o que eu queria dizer, que a questão referente à possibilidade de termos razões para pensar que uma resposta é correta é diferente da questão referente à possibilidade de essa resposta ser demonstrada como correta. Neste livro, eu argumento que os críticos falham em entender sobre o que realmente é a controvérsia acerca de respostas corretas – sobre as suas implicações no caso de a tese cética, de que não existem respostas corretas, ser tida como argumento contrário à teoria do direito que eu defendo. Eu sustento que a controvérsia é, na verdade, sobre moralidade, e não sobre metafísica, e que a tese da inexistência de uma resposta correta, entendida como uma afirmação moral, é pouquíssimo convincente, tanto na moralidade, assim como no direito.”¹⁷³

As teorias do direito, cada uma ao seu modo, procuraram significar a palavra direito como algo que não poderia ser simplesmente relegado a alguma outra dimensão da vida humana. Mesmo nos aparatos conceituais do positivismo jurídico – pretensamente alheios ou ao menos parcialmente indiferentes à moral – ou na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann – na qual o caráter prescritivo do direito não reside em idealizações normativas da ordem jurídica, mas no mero assentamento de expectativas alusivas a essas normas – há alguma carga deontológica, ainda que mínima, em todas essas teorizações.

Se o direito pudesse ser norteado por negociações, talvez fosse possível submetê-lo a algum ramo da economia responsável pela intermediação de barganhas a partir de sofisticados cálculos utilitaristas. Por outro lado, se o cerne deontológico ou moral do direito ainda pudesse ser fornecido pela metafísica, não seria necessário analisar os seus conteúdos e as suas dinâmicas à luz das filosofias que, do início do século XX em diante, procuraram superá-la.

A saída mais elegante para esses dilemas parece ser a de pensadores como Habermas, Luhmann e Neves, que, com base em pressupostos teóricos diferentes, deixam em aberto o aspecto substancial do ordenamento jurídico, o qual há de ser preenchido democraticamente pelas vias procedimentais, discursivas e/ou sistêmicas da política. Nesse sentido, o direito teria, sim, um elemento substancial mínimo – afeto àquelas estruturas imprescindíveis para assegurar o fluxo correto desses delineamentos procedimentais, democráticos e decisórios. Para esses aportes teóricos, a decisão judicial seria um momento que, apesar de ter algum destaque em

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Preface*. In: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. ix. Novamente, a tradução dessa passagem, do inglês para o português, foi realizada pelo autor da presente dissertação.

comparação com alguns outros, seria, de algum modo, a implementação desses processos políticos e jurídicos. A vantagem de apreensões teóricas dessa estirpe é a de que, por serem firmadas em premissas jamais tidas como eternas ou imutáveis, as suas vias procedimentais e democráticas permitem as retificações de seus próprios erros e de suas eventuais distorções. Porém, um aspecto que poderia ser interpretado como uma desvantagem é o de que, nesses modelos, o direito admite, mesmo que momentaneamente, a prolação de decisões judiciais equivocadas.

Ronald Dworkin é um autor que assume uma direção filosoficamente mais enérgica. Ainda que não seja possível, na prática, saber qual decisão é correta, o jurista estadunidense acredita – inclusive de modo ligeiramente exaltado – que essa decisão, de fato, existe. A tese da única resposta correta sustenta, em síntese, que, em toda e qualquer demanda judicial – por mais difícil ou polêmica que pareça ser – existe uma e tão-somente uma decisão correta para *aquela* hipótese.¹⁷⁴

É como se, após ser investigada por algumas filosofias dos primórdios do século XX e, em sequência, ser processada pelas teorias do direito, a linguagem, agora, ao ser assimilada por um ponto fulcral das teorizações desse jurista estadunidense, promettesse uma de suas mais inimagináveis e esplendorosas façanhas – a de garantir que, por mais abstruso, delicado e controverso que seja um caso qualquer, haverá, sim, palavras para designarem não só *qualquer* decisão correta, mas sim *a* decisão correta para aquele caso.

No paradigma do assim chamado pensamento pós-metafísico – que tem como algumas de suas principais características justamente a abdicação das certezas absolutas outrora propiciadas pela metafísica e a tolerância a opiniões divergentes – essa é uma afirmação que, na melhor das hipóteses, seria demasiadamente ousada e, na pior, simplesmente estapafúrdia.

A despeito disso, essa tese é o ponto chave que, de alguma maneira, parece fechar toda a teoria do direito engendrada por Dworkin. No direito, existem não apenas regras, como, também, princípios – os quais possuem o condão de vincular a ordem jurídica de uma determinada comunidade à sua moralidade. Os princípios, por serem normas abertas, flexíveis e que não estabelecem, de antemão, as detalhadas decorrências fáticas de seus comandos jurídicos, desvelam que o direito pode ser interpretado construtivamente, e isso de tal forma que, naquela particular decisão judicial, a resposta deve estar apropriadamente em consonância com o restante do ordenamento jurídico e, a um só tempo, incrementá-lo de modo que o próprio ordenamento jurídico seja aperfeiçoado, e isso da melhor forma possível. O fato de uma

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 279-290.

resposta desenvolver melhor a continuidade do romance em cadeia jurídico revela que a outra decisão – a qual porventura empreenda esse mesmo desenvolvimento de uma forma menos refinada – está incorreta. Em outras palavras – uma decisão judicial melhor que a outra parece mostrar que, na realidade, essa segunda resposta nunca esteve à altura daquilo exigido por uma decisão judicial. Para robustecer as suas ideias, esse autor recorre à figura fictícia de Hércules, um juiz com capacidades intelectuais, éticas e morais sobre-humanas, o qual teria a aptidão de, em casos jurídicos extremamente controversos e desafiadores, assentar a resolução acertada para essas contendas judiciais.

No pensamento desse autor, direito e moral estão umbilicalmente ligados. Para Dworkin, a moralidade não esclarece o que é mais favorável em uma dada situação, mas sim o que é correto. Pautado nesse raciocínio, o direito não pode ser uma mera questão de negociações políticas, ou sequer de gradações valorativas incorporadas a uma ordem axiológica, por mais requintada e bem-acabada que seja. O direito traz consigo uma noção de moralidade e, por isso, em casos difíceis, o ordenamento jurídico não há de perquirir o que é *possível*, tampouco o que é *preferível* – e sim o que é *correto*, pura e simplesmente.

O jurista estadunidense não desconhece as dificuldades adstritas à prova – ou suposta prova – de que *aquela* decisão, e não uma outra qualquer, seria a verdadeiramente correta para uma intrincada e indigesta causa judicial.

Entretanto, Dworkin, ao insistir na sua tese, assinala que essa seria uma questão secundária. Em termos metafóricos, faz alusão a uma fictícia corrida de cavalos, na qual a câmara incumbida de fotografar o exato instante em que o cavalo vencedor cruzou a linha de chegada não teria sido capaz de tirar essa fotografia com a nitidez necessária para discernir qual dentre dois cavalos teria sido aquele que efetivamente ultrapassou essa linha em primeiro lugar. O fato de a fotografia não conseguir demonstrar essa informação prova apenas a incapacidade da própria máquina fotográfica – e não a alegada inexistência de um cavalo vencedor.¹⁷⁵

Já em outro raciocínio hipotético, o autor discorda da colocação feita por alguns filósofos da linguagem, de que a moral poderia ser comparada àqueles entes ou acontecimentos que não são nem verdadeiros, nem falsos.¹⁷⁶ É possível dizer, por exemplo, que, na ilustre história narrada na obra *Dom Casmurro*,¹⁷⁷ Capitu teria sim cometido adultério. Ocorre que essa é uma afirmação tão falsa ou verdadeira quanto aquela plasmada na afirmação contrária, de que

¹⁷⁵ *Ibidem.* p. 285-286.

¹⁷⁶ *Ibidem.* p. 289-290.

¹⁷⁷ ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. versão *e-book*, 2ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

essa mesma personagem, Capitolina, não traiu Bentinho. Esse casal é fictício e, como tal, não existe uma ordem de correspondência factual que permita qualquer conclusão definitiva a esse respeito. O que o restante do livro e/ou as suas partes não explicitadas continuam a significar moram somente na imaginação de seus leitores e de suas leitoras e, por esse motivo, são desnecessárias discussões mais ásperas acerca da possível traição cometida por Capitu – que nunca poderá nem ser plenamente provada, nem absolutamente rechaçada.

Dworkin, no entanto, é enfático ao discordar desses raciocínios. Para esse pensador, a moral não é obra de ficção – a moral *existe*. Os próprios debates jurídicos – muitas vezes acaloradamente lastreados em acepções em torno do que é correto do ponto de vista moral – são evidências de que, além de existir, *a moralidade existe na vida prática das pessoas*, e não em alguma seara metafísica à qual só indivíduos e indivíduos de elevadíssimo saber filosófico teriam acesso.

As suas reflexões, porém, são ambíguas – ou ao menos mal elucidadas. Aparentemente, esse jurista estadunidense ressalta que a metafísica propiciada pelo antigo direito natural é inteiramente dispensável e, em seguida, invoca a linguagem moral – profundamente enraizada nessa metafísica – como pretensa prova de que a moralidade, ao contrário da metafísica, existe.

O autor estadunidense adverte por reiteradas vezes que o seu pensamento não é metafísico mas, curiosamente, deixa de enfrentar de maneira séria e metodologicamente honesta as perplexidades advindas da virada linguística e do abandono de modelos filosóficos inequívocos, cujos desígnios eram os de alinhar explicações incontestáveis sobre o mundo.

Exemplificativamente, pode ser feito um contraste filosófico entre a tese da única resposta correta e a analítica existencial da primeira fase do pensamento de Martin Heidegger. Se o ser humano, no plano ontológico, tem a possibilidade de *todas* as ontologias, que especial aspecto do seu âmbito deontológico clamaria, na resolução de casos judiciais, por *uma única* resposta deontológica? Que diferenciado significado detém a palavra “moralidade”, a qual seria capaz de, em determinadas conjunturas, centralizar e afunilar as infinitas possibilidades da existência humana na direção de uma só providência tida como admissível? Os princípios jurídicos, por não serem redutíveis à lógica das regras, não seriam pontes de intermediação entre o ser e o dever ser – ou seja, entre o ‘isto é’ e o “isto *deve ser*”?¹⁷⁸ O ser existe e nem por

¹⁷⁸ Mais uma vez, essa é uma das principais reflexões delineadas em: CORRÊA, Pedro Barros Nunes Studart. *De Ontologia e Deontologia – A Regra Principiológica do Direito Contemporâneo*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

isso Heidegger imaginou que a busca pelo seu sentido poderia ser dada mediante uma única resposta. Será que o dever ser não possui, em relação a isso, alguma feição semelhante?

Sob uma outra perspectiva pós-metafísica, não menos pertinente, a tese da única resposta correta parece ser igualmente problemática. Ao considerar a moral como a chave para as respostas acertadas a serem conferidas por decisões judiciais, esse autor parece conceber a linguagem como mero veículo de algo que estaria acima dessa esfera da vida humana. Todavia, a linguagem não só *reflete* o conteúdo moral almejado pelo direito, como, também – e talvez principalmente – *constrói e inventa* esse conteúdo. Se a moral não está na metafísica, então deve estar na linguagem, em alguma forma de vida – ou, provavelmente, em ambas.

O deontológico, ao contrário do axiológico, designa o que é correto, o que *deve ser*, independentemente de quaisquer preferências valorativas. Contudo, sob a égide do tal pensamento pós-metafísico, o que deve ser *já está*, necessariamente, impregnado em alguma linguagem, em alguma forma de vida. Não existe uma moralidade que paira por cima de qualquer contextualização pois, desde sempre, essa moral já está contextualizada em algum domínio concreto da vida humana.

Elaborar um sustentáculo moral e pós-metafísico para o direito – ao menos nos moldes das teorizações de Ronald Dworkin – demandaria algo como a formulação de preceitos éticos e/ou morais que, conquanto fossem *relativos* a algum panorama social ou jurídico em particular, seriam, também, *independentes* de relativizações de quaisquer tipos.

Essa tarefa talvez não seja impossível, mas, certamente, é difícilíssima – e Dworkin não chega sequer perto de enfrentá-la de modo satisfatório. Se realmente forem levadas a sério as filosofias da linguagem desenvolvidas desde o início do século XX até os tempos hodiernos, os resultados provenientes da tese da única resposta correta ficam muito aquém de suas pretensões. O jurista estadunidense afirma que a moral existe e, em seguida, deixa de alinhavar quaisquer descrições ou reflexões minimamente adequadas a respeito do modo ou dos modos de existência da moralidade.

Caso seja compreendida em termos linguísticos, a moralidade talvez possa estar associada a formas de vida que, linguística e empiricamente, consigam demonstrar o caráter ético, correto e certo dessas formas de vida. Como essas formas de vida são sempre situacionais e mutáveis, pode ser que a sua linguagem moral se modifique – ou pode ser que essa linguagem adquira novos significados diante de novos contextos – o que é cada vez mais provável em um mundo crescentemente complexo, multifacetado, imprevisível e, de certa forma, caótico. Porém, por estar atrelada ao âmago dessas formas de vida, a linguagem moral

não seria um vocabulário como quaisquer outros. Seria a linguagem responsável por significar os aspectos mais cruciais, importantes e caros para aquela determinada forma de vida.¹⁷⁹

Ludwig Wittgenstein – embora tenha salientado por repisadas vezes que questões éticas e estéticas estão em uma espécie de limbo, entre aquilo que, a um só tempo, faz e não faz sentido – realçou, já na fase tardia de seu pensamento, e em uma de suas célebres, curiosas e instigantes passagens das *Investigações Filosóficas*, que:

“ ‘Então você está dizendo que concordâncias humanas decidem o que é verdadeiro e o que é falso?’ O que é verdadeiro ou falso é o que seres humanos *dizem*; e é na sua *linguagem* que os seres humanos concordam. Essas concordâncias não são sobre opiniões, mas sobre formas de vida.”¹⁸⁰

Ou seja, nos aportes da filosofia ulterior de Wittgenstein, a qual rechaça veementemente qualquer tipo de essencialismo, até mesmo as verdades científicas são, em realidade, designações linguísticas que, de um modo aproximadamente acertado, externam informações sobre o mundo e, concomitantemente, refratam a forma de vida contemplada pela outra face dessa moeda chamada linguagem. Os planetas e as formações galácticas já se movimentavam pelo espaço muito antes de serem descobertas ou explicitadas as fórmulas científicas da atração gravitacional que, nesse sentido, parecem dizer mais sobre as formas de vida das sociedades que se orientam pelas ciências do que sobre os próprios corpos celestes do espaço sideral.

Essa afirmação – não tão óbvia para ramos do conhecimento humano como a matemática, a física e/ou a química – parece, surpreendentemente, fazer muito mais sentido para a moralidade. Sem humanidade, não haveria moralidade – ou ao menos não tal como ela é concebida. Por outro lado, sem a metafísica, restam, para a moralidade, as facetas da vida humana que, de alguma forma, sejam apreensíveis por alguma de suas dimensões minimamente concretas, palpáveis, empíricas e/ou linguísticas. Nesses domínios, parece sempre haver algo

¹⁷⁹ Não se desconhece que essa solução – ou indício de solução – talvez seja um mero abandono, na perspectiva da teoria procedimental e discursiva do direito de Jürgen Habermas, dos filtros alusivos aos discursos morais, alicerçados em uma adaptação coletiva e social dos imperativos categóricos da filosofia de Immanuel Kant. Sobrariam, então, os discursos ético-políticos como elementos aptos a significarem as formas de vida dessas inúmeras comunidades. Nesse cenário, poderia ser lançada a acusação de que, no fundo, essa solução não seria outra coisa senão a renúncia à deontologia, de forma que todos os dilemas morais passariam a ser delineados por considerações de cunho valorativo e axiológico. Talvez essa acusação seja procedente. De qualquer modo, essas reflexões, novamente, servem de sinal das imensas dificuldades circunscritas à elaboração de uma filosofia moral e/ou ética que tenha como pano de fundo uma deontologia pós-metafísica, atenta aos intrincados desafios acarretados pelo tal do giro linguístico.

¹⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 241. A tradução desse trecho, da língua inglesa para a portuguesa, foi realizada pelo autor deste trabalho.

de múltiplo que, invariavelmente, terá mais de uma *única* resposta para as iniludíveis questões que lhes são impostas – seja no tocante ao jaez polissêmico da linguagem, seja naquilo concernente à peculiar caracterização ontológica do ser humano.

Uma saída preliminar, rudimentar e simplória para essas provocações pode ser a de que, na seara deontológica da vida humana, ações morais exigem que seres humanos se comportem de acordo com as *melhores* versões de si mesmos – seja lá o que isso quer dizer. Sob essa ótica, talvez a tese da única resposta correta possa ser interpretada como uma exigência normativa que, apesar de ser recorrentemente frustrada, serve de estímulo para que indivíduos e indivíduos fomentem uma forma de vida que, a todo instante, leve em consideração as suas dignidades morais.

Ao refutar as críticas de Stephen Munzer – outro jurista estadunidense, avesso à tese da única resposta correta – Dworkin ressaltou, em tom conclusivo, a defesa do que parece ser uma forma de vida orientada pelo ideal dessa tese, por mais excêntrica, vaga ou imprecisa que essa exigência pareça ser:

“Sob a égide do presente sistema, nós almejamos que a resolução de casos judiciais seja uma questão de princípio. Essa aspiração não pode ser perfeitamente realizada, porque cada um de nós irá pensar que juízes, às vezes – e talvez frequentemente – cometem erros argumentativos sobre princípios. Mas nós ganhamos mesmo com a tentativa. Cidadãos são encorajados a supor que cada um tem direitos e deveres uns com os outros, e todos contra o governo em comum, ainda que esses direitos e deveres não sejam definidos em códigos precisos e inequívocos. Eles são, portanto, encorajados a enquadrar e testar hipóteses sobre o que esses direitos são, a tratar uns aos outros e a exigir tratamento por parte do aparato estatal, sob a benéfica e unificadora suposição de que a justiça é sempre relevante para as suas demandas, mesmo quando é pouco claro o que a justiça requer. Os tribunais participam desse processo, ao fornecerem um fórum ocasional para considerações sobre esses controversos temas de justiça, e ao fornecerem uma liderança cujo poder é devidamente qualificado pela força dos argumentos que ela pode ordenar.”¹⁸¹

Assim – enquanto não for arquitetada uma filosofia moral que traga consigo uma deontologia pós-metafísica e que tenha o condão de lidar com as perplexidades da linguagem – a tese da *única* resposta correta pode ser assimilada como um ensejo para que, na prática, seja buscada a *melhor* resposta possível. Interpretada por esse norte reflexivo, talvez *qualquer* decisão possa ser entendida como correta, *desde que* os melhores esforços argumentativos, reflexivos e morais tenham sido investidos nessas empreitadas. A moralidade seria aquela linguagem que, longe de qualquer metafísica, estaria impregnada nas consciências das pessoas,

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Appendix: A Reply to Critics*. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 338. Novamente, a tradução do trecho ora reproduzido, do inglês para o português, foi feita pelo autor do presente trabalho.

seria externada em atitudes práticas do cotidiano e, em suma, atuaria como um constante e inafastável centro de gravidade de uma sociedade, destinado a instar que os seus indivíduos e as suas indivíduos se comportem, a todo o tempo, da melhor maneira possível.

Se a tese de Dworkin for atenuada para adaptar-se aos atuais entraves enfrentados por essas reflexões filosóficas acerca da moralidade, a transição de seu modelo rumo à compreensão de uma decisão judicial correta como aquela que seguiu certas diretrizes discursivas e procedimentais de racionalidade não parecerá ser um passo teórico tão alargado assim.

3.2. Ou talvez baste *qualquer* decisão correta.

“Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a ideia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.”¹⁸²

O sociólogo e filósofo do direito Jürgen Habermas, não obstante conceba a teoria do direito de Dworkin como aquela mais adequada aos padrões da fundamentação deontológica da ordem jurídica na era do tal pensamento pós-metafísico,¹⁸³ assevera reflexões críticas no tocante à tese da única resposta correta.

Ao interpretar a metáfora do juiz Hércules como um ideal de regulação da postura de juízes e juízas realmente existentes, esse filósofo alemão salienta que, no âmbito da prolação de decisões judiciais, essa carga de exigências normativas que seriam impostas à atividade jurisdicional há de ser compartilhada, intersubjetivamente, por todos aqueles e aquelas que, de alguma maneira, participem desses processos decisórios. O resultado é que os aportes precípuos da teoria discursiva e procedimental do direito, além de invadirem a seara da decisão judicial, enaltecem esse momento de criação do direito como instância diferenciada, cujo momento de racionalidade argumentativa seria marca distintiva da prática jurídica.

Por mais complexa que seja a tarefa de implementá-la na prática, a lógica teórica subjacente a essa concepção é relativamente simples.¹⁸⁴ No domínio do assim designado pensamento pós-metafísico, não há mais verdades absolutas. Assim, não só os arquétipos de um ordenamento jurídico qualquer como as próprias pretensões judiciais derivadas dessas

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 282.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 241-276.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 276-295.

normas podem, a todo instante, ser questionadas e colocadas em xeque. No campo de uma disputa judicial, a juíza cumpre o papel de examinar qual das pretensões ali aduzidas é embasada em argumentos mais convincentes e que melhor cumprem os requisitos de testes de racionalidade discursiva. O argumento que, no caso concreto, é tido como o melhor, dá azo à aceitabilidade racional de suas decorrências. Por sua vez, a existência de tribunais como órgãos revisores dos acertos ou desacertos dessas decisões funciona como extensão e complementação de procedimentos que fornecem, sempre temporariamente, a melhor solução que, *àquele instante*, era possível.

Eventuais desdobramentos contingenciais ou históricos poderão provar que uma dada decisão estava incorreta. Em razão de as vias procedimentais e discursivas estarem, de alguma forma e em algum grau, continuamente abertas a novos pontos de vista argumentativos, esses acontecimentos ou essas possíveis transformações sociais poderão implicar a retificação dessas decisões, as quais estavam anteriormente equivocadas e que, agora, estão corretas – contudo, sempre, mais uma vez, de modo provisório e corrigível.

Nessas empreitadas, Habermas entende que é de considerável relevância a distinção entre os discursos de fundamentação, ou justificação, e os discursos de aplicação de uma norma jurídica.¹⁸⁵ Os primeiros são aqueles formados pelos debates políticos e democráticos que culminam na elaboração de uma norma jurídica qualquer – a qual costuma ser pensada em termos abstratos e universalizáveis, ou ao menos genéricos o suficiente para não ser estabelecida para um único fato específico já determinado. Nos discursos de fundamentação, os ideais legislativos de igualdade perante a lei e de segurança jurídica assumem especial destaque. A norma há de materializar providências importantes para todos e todas as indivíduos daquela comunidade, indistintamente. Já nos discursos de aplicação, a previsão genérica e abstrata da norma se depara com as peculiaridades dinâmicas e quase aleatórias de uma situação concreta qualquer. As mais diversas argumentações de feitio particular irão procurar intermediar a aplicação daquela norma àquela específica demanda judicial.

De algum modo, os discursos de aplicação representam uma tentativa de harmonização da aceção da segurança jurídica com a da necessidade de adequação social do direito. A norma jurídica – que, nos discursos de fundamentação, foi demonstrada como justa e apropriada para todos e todas – há de ser aplicada de modo igualmente justo e correto *naquele* particular caso concreto – tarefa atribuída aos discursos de aplicação. A princípio, os discursos de aplicação não interferem diretamente na legitimidade por detrás dos discursos de fundamentação e, assim,

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 269-273. Nessas passagens de sua obra, Habermas comenta que essa diferenciação conceitual foi alinhavada pelo jurista alemão Klaus Günther.

a norma jurídica continua – qualquer que seja a sua peculiar aplicabilidade ou inaplicabilidade a uma contenda judicial qualquer – a deter a sua validade, oriunda dos processos políticos e democráticos responsáveis pela sua edição.

Dessa forma, a carga de discussão popular e legislativa que foi precisa para a promulgação da norma não é posta à prova pelo simples fato de a sua aplicação ter sido realizada de uma ou outra maneira em um litígio judicial qualquer. Em resumo, a divisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação assegura, na teoria discursiva e procedimental do direito, não apenas a racionalidade dos debates políticos e judiciais afetos, respectivamente, à elaboração e à aplicação de normas jurídicas, como, outrossim, a racionalidade da própria conjugação coerente e sintonizada entre todos esses fluxos discursivos.

É interessante notar que, em uma dimensão filosófica – anterior a qualquer concepção teórica do direito, da política e/ou da democracia – parece haver, na própria linguagem, uma bifurcação similar à da lógica que orienta a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação.

De início, cabe realçar que – ao menos de acordo com os atuais padrões epistemológicos a respeito da cognoscibilidade humana acerca do mundo – um mesmo fato jamais se repete no tempo e no espaço. Caso a questão seja assimilada nesses moldes, a linguagem será sempre uma investida frustrada e defeituosa para designar *aquele* ou *qualquer outro* fato. Um acontecimento sempre traz consigo algo de único e, ainda assim, são sempre as mesmas palavras já existentes em uma linguagem os veículos utilizados para expressá-lo.

Cada evento no mundo é singular, o que poderia ser interpretado como a necessidade de haver, na linguagem, um vocabulário infinito de palavras e enunciados.

Por outro lado, ao ser conferida à palavra a responsabilidade pela significação de uma coisa ou um fato, essa mesmíssima significação sempre irá alastrar-se para além dos limites de seus desígnios inaugurais. A palavra passa a deter o potencial de expressar uma variedade imprevisível de futuras experiências e objetos similares. Uma maçã não é a mesma que uma outra maçã e, não obstante, ambas são referidas pela mesma palavra – *maçã*.

Assim como ocorre nas tensões entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação – as quais constituem algo como uma parcela diminuta de um fenômeno linguístico sobremaneira mais amplo – há, na linguagem, sempre uma discrepância presente, por menor ou mais irrelevante que essa desconformidade seja. A gama infinita de eventos empíricos clama por uma extensão finita de palavras e fórmulas linguísticas que, por seu turno, inevitavelmente acabam por significar algo diferente – mesmo que de forma apenas tênue ou até mesmo quase imperceptível – daquilo efetivamente ocorrido na concretude das experiências mundanas.

O filósofo latino-americano Julio Cabrera situa as filosofias analíticas e as hermenêuticas como dois polos com percepções opostas sobre o mesmo dilema. As analíticas da linguagem, ao primarem pelo uso correto das palavras, constataam a existência desnecessariamente abundante de expressões linguísticas que, longe de elucidarem, somente ofuscam os significados corretos dos nomes. Já as filosofias hermenêuticas, por estarem indissociavelmente atreladas à necessidade de interpretação das experiências humanas naquilo que verdadeiramente apresentam de significativo, assinalam a insuficiência da linguagem congelada e de suas palavras ordinárias. De modo mais criativo e detalhado – e com maior precisão conceitual – o pensador argentino enfatiza que:

“Precisamente porque o nomear foi removido do plano puramente convencional, em que se atribuem etiquetas e marcas, e o nomear passa agora a depender de uma ‘habilitação’, de uma representação legitimada, de um convocar os objetos certo num comparecer responsável, a maior parte das coisas - sobretudo as nossas experiências mais profundas - permanece *inominada* nesse sentido primitivo, e o nomear transforma-se numa atividade cheia de riscos e incertezas. Na semântica convencional dos nomes, sobram nomes, não há coisas suficientes para eles. Na semântica ultra-hermenêutica de Heidegger, pelo contrário, sobram objetos (experiências), não há nomes suficientes para eles. Na primeira, a linguagem excede o mundo, há uma cautela ontológica, metodologias ockamianas para não descobrir no mundo todas as entidades com as quais pareceria comprometer-nos a nossa linguagem. Na segunda, o mundo excede a linguagem, trata-se de mostrar à linguagem que há mais coisas no mundo que aquelas que ela nos permitiria pensar que há. Curiosamente, de ambas se desprende uma crítica aos nomes comuns da linguagem ordinária: muitas das expressões que são usadas como nomes não são autênticos nomes (Russell), e possivelmente não existam na linguagem ordinária nomes autênticos, nomes logicamente próprios. Heidegger concordaria em que a maioria, ou todas, das expressões que são habitualmente usadas como nomes não são autênticos nomes, não por não preencherem requisitos lógicos, mas por não constituírem uma adequada habilitação convocatória do objeto. Para a analítica, sobram nomes, para Heidegger sobram objetos, mas, para ambos, os nomes comuns são inapropriados.”¹⁸⁶

Essas reflexões têm o intuito de advertir que, na teoria discursiva e procedimental do direito, a decisão judicial e as espécies de filtros discursivos que irão delinear a sua construção são pensados a partir de diretrizes de uma racionalidade comunicacional quando, em verdade, essa comunicação, formada por linguagem, já implica, no mínimo, um quê de irracionalidade. Por esse motivo, os esforços do famigerado pensamento pós-metafísico devem constatar que a derrubada de verdades absolutas causa embaraços não só no que concerne à substância do direito – que já não pode mais ser tida como perene e inquestionável – mas, também, no que diz respeito às próprias estruturas comunicacionais que, pretensamente, garantiriam o trânsito discursivo livre, alinhado e racional da linguagem.

¹⁸⁶ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 149-150.

Além disso, poderia ser novamente aventada a crítica de que o arcabouço teórico de Habermas – por ser erigido em um contexto que, de certo modo, pressupõe a racionalidade discursiva como algo já dado – deveria ser refutado, ou ao menos contrastado, com perspectivas metacríticas que enfatizam as distorções basilares e graves já presentes na própria linguagem – das quais são exemplos importantes a filosofia marxista da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi e, especificamente no panorama brasileiro, os riscos da constitucionalização simbólica apontados por Marcelo Neves.

Ainda assim, o modelo da teoria discursiva e procedimental do direito pode ser tido, no Brasil, como sugestão preliminar e provisória para o tratamento das questões alusivas à decisão judicial pelo seguinte motivo.

Desde a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – o ordenamento jurídico brasileiro parece contar com um paradigma da decisão judicial que, em muitos aspectos, se assemelha muitíssimo aos parâmetros enaltecidos pelo sociólogo e filósofo alemão. Poderia ser feita a indagação quanto à aplicabilidade – ou não – desse Código a outros ramos do direito processual brasileiro – tais como o processo do trabalho, o processo penal e alguns outros procedimentos de ritos especiais.

Porém – e independentemente da resposta a essa questão – convém apontar que, além de algumas de suas principais disposições serem possivelmente interpretadas como a concretização, na esfera da legislação infraconstitucional, de postulados constitucionais como os do art. 5º, *caput*, incisos XXXV, LIV e LV, e art. 93, *caput*, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – o último com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 – houve recentemente, no processo penal, a incorporação, pelo art. 315, §2º e incisos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – incluídos pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – de normas praticamente idênticas àquelas do art. 489, §1º e incisos, do Código de Processo Civil – o que sugere ao menos uma tendência de que a lógica subjacente às normas jurídicas desse Código seja estendida, também, para outras esferas do direito processual brasileiro.

Em termos mais triviais – a partir da entrada desse Código em vigor, ocorrida em 16 de março de 2016, na dicção do seu art. 1.045 – é possível compreender que teria havido, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos uma inclinação marcante rumo à adoção de um padrão de tomada de decisões judiciais consideravelmente inspirado pela teoria discursiva e procedimental do direito.

Logo em seus art. 5º e art. 6º, o Código de Processo Civil estabelece os princípios da boa-fé e da cooperação processual como deveres a serem observados por todos e todas aquelas

que, de alguma forma, participem do processo judicial. Em especial, o mencionado art. 6º parece sintetizar o jogo de linguagem engendrado na teoria de Habermas, ao estipular que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”. Conjugado a esses, o art. 8º do mesmo Código faz menção, dentre outras, a acepções jurídicas como os “fins sociais”, as “exigências do bem comum”, a “dignidade da pessoa humana”, a “proporcionalidade” e a “legalidade” – que podem ser entendidas como elementos do paradigma discursivo e procedimental do direito, o qual seria, para esse autor, a síntese da dialética entre a visão burguesa e liberal do direito e o seu arquétipo centrado no aparato estatal como provedor de bem-estar social aos seus cidadãos.

Por seu turno, o preceito da não surpresa processual – positivado, dentre outros, nos art. 9º, *caput*, parágrafo único e incisos, e art. 10 desse Código – é condicionante processual fulcral na intermediação de fluxos discursivos e argumentativos. Em síntese, é desarrazoado que uma parte seja prejudicada por um argumento sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de eventualmente rebatê-lo.

Os incisos do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil elencam uma série de regras a moldarem a postura do magistrado, o qual não pode – ou não poderia – simplesmente ignorar as alegações e linhas argumentativas invocadas pelas partes. De algum modo, há, por detrás dos incisos I, II, III, V e VI, a dicotomia entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, a impor que a juíza decida, racionalmente, de acordo com as particularidades específicas daquele caso concreto. Por sua vez, o inciso IV desse mesmíssimo §1º do art. 489 do Código é ainda mais emblemático no que se refere aos critérios discursivos e procedimentais da decisão judicial. Resumidamente, esse dispositivo determina que o juiz ou a juíza enfrente, e sempre com a seriedade necessária para essas providências, todos os argumentos suscitados pelas partes e que – mesmo que somente em tese – sejam capazes de enfraquecer as conclusões de uma decisão judicial qualquer. O §2º desse mesmo art. 489 descreve uma meticulosa regra a orientar possíveis ponderações de princípios jurídicos que estejam em situações de colisões normativas, ao passo que o §3º, também do art. 489 do Código de Processo Civil, reitera o dever de boa-fé processual, dessa vez no que diz respeito à interpretação de decisões judiciais.

Há, ainda, o art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil, o qual estabelece a obrigação, atribuída aos tribunais brasileiros, de uniformizarem as suas respectivas jurisprudências, de modo a torná-las estáveis, íntegras e coerentes. Em verdade, como essa norma faz alusão ao substantivo “jurisprudência” e aos seus respectivos adjetivos “estável”, “íntegra” e “coerente” todos no singular, é possível interpretá-la como exigência de uniformização cadenciada, harmônica e confluyente de *toda* a jurisprudência brasileira, e não de

supostas jurisprudências distintas, firmadas pelos vários tribunais existentes no território brasileiro.

Afora esses, é oportuno fazer uma sucinta referência a disposições legais como as do art. 138, *caput* e §§, art. 927, §2º, art. 983, *caput* e §1º, e art. 1.038, *caput*, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil, que, ao consagrarem as possíveis contribuições por parte de profissionais especialistas, órgãos técnicos, atores e/ou entidades coletivas, prestigiam, igualmente, o arquétipo procedimental e discursivo das decisões judiciais – as quais, em hipóteses de importantes repercussões políticas, sociais, econômicas e/ou de outros matizes, demandam ampla participação dialógica e democrática por parte de diversos personagens e setores dessa sociedade.

No âmbito de sua redação legislativa, o Código de Processo Civil foi redigido em linguagem clara, coesa, precisa e racional. Por amoldar-se de modo quase irretocável às teorizações articuladas por Habermas acerca do modelo discursivo da decisão judicial, seria possível esperar resultados bastante profícuos na prática jurisdicional brasileira.

Nesse especial aspecto, as promessas feitas pela linguagem dessa teoria do direito não são modestas. Segundo o próprio filósofo alemão:

“Devido ao seu elevado grau de racionalidade, a prática da decisão judicial constitui o caso mais bem analisado de uma interligação entre dois tipos de procedimento, ou seja, entre o procedimento jurídico institucionalizador e um processo de argumentação que se subtrai, em sua estrutura *interna*, à institucionalização jurídica. Neste cruzamento de procedimentos, se revela que o universo do direito pode abrir-se, a partir de dentro, para argumentações, através das quais argumentos pragmáticos, éticos e morais têm acesso à linguagem do direito, sem suspender, de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, de outro lado, o código jurídico. A inserção do discurso em processos jurídicos não toca, é verdade, na sua lógica interna, porém a institucionalização do processo submete os discursos a determinadas limitações temporais, sociais e objetivas. Normas de procedimento regulam, por exemplo, a participação em processos de formação da opinião e da vontade, dirigidos argumentativamente, bem como a distribuição de papéis nesse processo, o leque temático e o seu próprio fluxo. Desta maneira, os meios do direito são introduzidos reflexivamente, a fim de que discursos que normatizam o direito e os que o aplicam possam ser esperados socialmente em determinados lugares e em épocas determinadas.”¹⁸⁷

Portanto, é necessário averiguar se as promessas anunciadas pelo Código de Processo Civil – e que, aparentemente, têm Jürgen Habermas como seu fiador – foram devidamente entregues na concretude da experiência jurisdicional brasileira.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 222-223.

3.3. E na prática? Os limites da linguagem em um mundo sem limites...

“Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo.”¹⁸⁸

O prestígio conferido pelo Código de Processo Civil ao suposto cerne intersubjetivo da construção colaborativa e dialógica da decisão judicial pode ser depreendido pela leitura do seu já aludido art. 489, §1º, o qual dispõe que “*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que*”, dentre outras atitudes jurisdicionais, “*não enfrentar todos os argumentos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” – previsão essa especificamente contida no seu inciso IV.

Em particular, a expressão “em tese” – constante na literalidade dessa norma processual – poderia ser interpretada no sentido de que todo e qualquer argumento conjecturado em um processo judicial tem, ao menos “em tese”, o potencial de enfraquecer alguma premissa jurídica, razão pela qual todo e qualquer argumento deve ser analisado e enfrentado com a seriedade argumentativa que se espera por parte do magistrado. Entretanto, na prática, basta afirmar que o argumento – qualquer que seja o seu teor – não consegue sequer “em tese” refutar o fundamento explicitado pelo juiz e, assim, não será necessário nem ao menos analisá-lo.

Por isso, ao invés de rebater a linha de argumentação desenvolvida pela parte, seria possível concluir que, “*no que trata da alegação de negativa de vigência aos arts. 489, §1º, IV, e art. 1.022, II, do CPC/2015, não se vislumbra pertinência na alegação, tendo o julgador dirimido a controvérsia tal qual lhe fora apresentada, em decisão devidamente fundamentada, sendo a irresignação da recorrente evidentemente limitada ao fato de estar diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso declaratório*”¹⁸⁹ – raciocínio esse que, de tão genérico, prestar-se-ia a fundamentar qualquer outra decisão judicial – o que, ironicamente, é vedado – e, com ainda mais ironia, ao menos “em tese” – pelo inciso III do mesmíssimo §1º do art. 489 do Código de Processo Civil. O argumento pode ser tido como desprezível sem que seja preciso demonstrar o motivo que tornaria a sua apreciação dispensável.

¹⁸⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961. Aforismo 5.6. Aqui, de novo, a tradução do trecho citado, do inglês para o português, foi realizada pelo autor deste trabalho.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.993.387/SP. Relator: Francisco Falcão. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de setembro de 2022. A sigla “CPC/2015”, externada na passagem ora transcrita, corresponde ao Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

É como se a linguagem jurídica, ao perceber a si mesmo como mera linguagem, resolvesse que, em vez de fundamentar a decisão judicial, seria mais fácil e econômico simplesmente dizer que a decisão já está, desde sempre, devidamente fundamentada.

O Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor no dia 16 de março de 2016, poderia ser concebido como uma reação à jurisprudência até então consolidada a respeito da alegada desnecessidade de fundamentação acertada de decisões judiciais, tal como aquela sedimentada no ano de 2010, a qual destacou que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.¹⁹⁰

Ocorre que, já na plena vigência do Código de Processo Civil, veio a ser afirmada jurisprudência que parece ter, na verdade, reforçado o entendimento anterior, máxime ao asseverar que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”,¹⁹¹ linha de intelecção essa que foi explicitamente corroborada com a suposição de que “a prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio a confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.¹⁹² O modelo intersubjetivo, procedimental e discursivo do Código de Processo Civil foi preso justamente por aquilo que ele pretendia controlar – a linguagem.

Em suma, a linguagem da decisão judicial parece ter a notável aptidão de significar as palavras no sentido contrário de suas designações – ou ao menos em um sentido assaz diferente daquele usualmente esperado para essas expressões. E, como até o “sim” virou “não”, pode ser que o “isto” se transforme “qualquer coisa” e, dessa maneira, perde-se, na linguagem, qualquer senso apropriado de referência.

A decisão judicial – ao menos no direito brasileiro – parece ser um curiosíssimo momento em que a linguagem, por vezes, assume algumas de suas posturas mais inusitadas, mirabolantes e incompreensíveis. As articuladas, coesas e requintadas construções teóricas do direito, assentadas em arcabouços analíticos e precisos, ficam extremamente distanciadas de

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 de agosto de 2010.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF. Relatora: Diva Malerbi. *Diário de Justiça Eletrônico*, 8 de junho de 2016.

¹⁹² *Ibidem*. No excerto ora reproduzido, a sigla “CPC/2015” representa, novamente, o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

uma prática linguística que, em muitos de seus aspectos, não pode ser explicada racionalmente, por mais hermeneuticamente amplas e esforçadas que sejam algumas de suas tentativas.

A seguir, serão laconicamente explanadas cinco discussões jurídicas adstritas a algumas decisões judiciais proferidas em contextos recentes da prática jurisprudencial brasileira, que, cada uma à sua maneira, despertam algumas perplexidades sobre a linguagem – as quais não devem ser assimiladas como se fossem triviais.

Obviamente, não é o intento da presente dissertação tecer uma exposição exaustiva acerca dos complexos fenômenos linguísticos que podem repercutir na específica esfera das decisões judiciais. Este trabalho tampouco tem a pretensão de concatenar parâmetros ou padrões de verniz argumentativo, discursivo e/ou procedimental a serem seguidos por parte de decisões judiciais, como se os usos surpreendentes e quase caóticos da linguagem pudessem ser freados por alguma teoria ou filosofia do direito.

O escopo precípua é o de lançar reflexões que, embora possam parecer ser atinentes a características supostamente tangenciais ou secundárias da ordem e da prática jurídica brasileiras, talvez estejam, na realidade, associadas a alguns de seus aspectos mais densos e significativos.

3.3.1. O ministro Luiz Fux em algum país das maravilhas – um breve contraste entre as decisões da Ação Originária nº 1.773/DF e a do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC.

- ‘Eu não sei o que você quis dizer com ‘glória’’, disse Alice.
- Humpty Dumpty sorriu de maneira depreciativa. ‘É claro que você não sabe – até que eu lhe diga. Eu quis dizer ‘aí está um argumento belo e irrefutável para você!’
- ‘Mas ‘glória’ não significa ‘um argumento belo e irrefutável’, objetou Alice.
- ‘Quando *eu* uso uma palavra’, disse Humpty Dumpty num tom um tanto quanto desdenhoso, ‘ela significa exatamente o que eu quero que ela signifique – nem mais, nem menos.’
- ‘A questão é’, disse Alice, ‘se você *pode* fazer as palavras significarem coisas tão diferentes.’
- ‘A questão é’, disse Humpty Dumpty, ‘saber quem será o mestre – e só isto.’”¹⁹³

No dia 15 de setembro de 2014, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, exarou, nos autos da Ação Originária nº 1.773/DF, uma decisão unipessoal¹⁹⁴ que, malgrado plasmada em fundamentos jurídicos relativamente simples, teria, para os quatro anos então vindouros, impactos financeiros e orçamentários extremamente consideráveis para o aparato estatal brasileiro.

A ação havia sido ajuizada por um grupo de oito juízes federais que almejavam receber os valores do auxílio-moradia – que, àquela época, era pago não só a diversos e diversas outras magistradas, como, também, a membros e membras de vários órgãos do Ministério Público brasileiro. A tônica geral dessa primeira decisão era a de que, por ser dado em favor de alguns, o auxílio-moradia deveria, em realidade, ser estendido a todas e todos os juízes federais, indistintamente. Inspirado por essa linha de argumentação, foi garantido, em caráter provisório, o pagamento dessa parcela à totalidade dos juízes federais brasileiros.

É curioso comparar algumas partes dessa decisão não apenas com outras da posterior decisão unipessoal de 26 de novembro de 2018,¹⁹⁵ proferida também pelo ministro Luiz Fux na Ação Originária nº 1.773/DF, como, principalmente, com a decisão colegiada, tomada pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal em sessão virtual ocorrida de 4 a 14 de

¹⁹³ CARROLL, Lewis. *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 190. A tradução da passagem aqui transcrita, da língua inglesa para o português, foi, mais uma vez, realizada pelo autor da presente dissertação.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. Essa decisão unipessoal foi proferida em 15 de setembro de 2014 e publicada no *Diário de Justiça Eletrônico* de 18 de setembro de 2014 e, portanto, é anterior ao Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – que entrou em vigor em 16 de março de 2016. De todo modo, esse fato não é relevante para as reflexões delineadas nesta parte do trabalho.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 de novembro de 2018.

setembro de 2020, no Recurso Extraordinário nº 710.293/SC¹⁹⁶ – de relatoria do mesmíssimo ministro Luiz Fux, cujo voto, na ocasião, foi acompanhado à unanimidade.

A origem desse outro caso – isto é, do sobredito Recurso Extraordinário nº 710/293/SC – era proveniente de um servidor público do Instituto Nacional do Seguro Nacional que propôs ação judicial com o objetivo de receber a parcela do auxílio-alimentação no mesmo patamar daquela adimplida em favor dos servidores e servidoras do Tribunal de Contas da União.

Em resumo, no primeiro caso, o ministro Luiz Fux entendeu que seria injusto não pagar o auxílio-moradia a todos os juízes federais do Brasil e, no segundo, esse mesmo ministro – e, nessa segunda controvérsia judicial, também todas e todos os demais ministros do Supremo Tribunal Federal – compreenderam que seria injusto estender o pagamento de quaisquer parcelas remuneratórias e/ou indenizatórias a servidoras e servidores públicos, quaisquer que sejam as suas carreiras. Mas o que justificaria conclusões jurídicas tão díspares para demandas que, ao menos à primeira vista, parecem ser tão similares?

A leitura dessas três decisões, a despeito de não fornecer a resposta para essa pergunta, parece permitir algumas outras reflexões.

Em primeiro lugar, chama certa atenção o fato de que o auxílio-moradia possuía – e possui, ainda – previsão legal no art. 65, *caput*, inciso II, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional – inciso esse cuja redação foi alterada pela Lei nº 54, de 22 de dezembro de 1986. A redação literal do *caput* do art. 65 dispõe que, “*além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens*”.

Expressões como “poderão” e “nos termos da lei” – explicitadas nessa norma legal – parecem indicar que as vantagens disciplinadas pelos incisos do art. 65, *caput*, da Lei Complementar nº 35/1979 exigiriam a necessidade da futura edição de uma outra lei, a qual disciplinasse a sistemática alusiva aos seus pagamentos. Essa linha de raciocínio, no entanto, foi facilmente superada pela interpretação da decisão do ministro Luiz Fux de 15 de setembro de 2014, na qual foi enfatizado que, “*nesse cenário, a previsão na LOMAN do direito à ajuda de custo pretendida afasta qualquer tese no sentido de que o Poder Judiciário estaria concedendo vantagens pecuniárias não previstas ou com fundamento de validade em lei*”¹⁹⁷ e que “*o direito à parcela indenizatória já é garantido por lei, não ressoando justo que apenas*

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 710.293/SC. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 de novembro de 2020.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 6. Nessa passagem, a sigla “LOMAN” se refere à “Lei Orgânica da Magistratura Nacional” – a saber, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

uma parcela de juízes o perceba, considerado o caráter nacional da magistratura".¹⁹⁸ Ou seja, a linha de intelecção parece ser a de que, se algo estiver referido pela lei – não importa de que maneira – automaticamente haverá de ser implementado na concretude do mundo fático.

Esse mesmo argumento, contudo, jamais parece ter sido efetivado em relação a normas tais como a do art. 7º, *caput*, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, a qual estabelece que “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, dentre outros, “*salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim*”. Ou seja, “considerado o caráter nacional” do âmbito de vigência do texto constitucional brasileiro, seria possível interpretar todos os elementos mencionados por essa sua disposição – moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social – como imediatamente exigíveis por demandas judiciais, haja vista que, em confluência com o raciocínio desenvolvido pelo ministro Luiz Fux, já são direitos garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – aspecto que afastaria qualquer alegação embasada em uma suposta inexistência de previsão normativa quanto à prestação concreta desses elementos.

Por óbvio, não é isso o que acontece na prática. Quanto a isso, é possível comparar, por exemplo, a suposição de que, “*em um Estado de Direito, há de se ter em foco a justa equalização das situações sob análise, a fim de que uma pretensa ausência de especificação do que instituído como vantagem legalmente prevista e já paga a inúmeros magistrados não seja obstáculo para sua extensão àqueles que dela foram indevidamente alijados*”¹⁹⁹ com a afirmação de que, “*consectariamente, uma vez que a disciplina da remuneração dos servidores está adstrita ao princípio da reserva legal, compete ao legislador concretizar o princípio da isonomia e não ao Poder Judiciário, que não detém função legislativa*”.²⁰⁰ Ainda nesse mesmo norte, caberia contrastar o trecho no qual foi salientado que, “*uma vez provocado, o Poder Judiciário deve reconhecer os direitos pretendidos pela parte autora de uma ação, mormente*

¹⁹⁸ *Ibidem.* p. 6.

¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 14

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 710.293/SC. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 de novembro de 2020. p. 18. O excerto ora citado consta no voto do ministro Luiz Fux, acompanhado à unanimidade por ocasião desse julgamento.

*quando estiverem alicerçados solidamente no ordenamento jurídico*²⁰¹ com aquele no qual foi prestigiada a postura inerte do aparato judicial, pois, *“caso contrário, haveria atuação anômala do Poder Judiciário como legislador positivo, em clara desobediência ao princípio constitucional da separação de poderes, imiscuindo-se em seara que cabe apenas ao legítimo detentor da função de legislar”*.²⁰²

Outros pontos da decisão monocrática do ministro Luiz Fux de 15 de abril de 2014 são excêntricos e, quando cotejados com partes do acórdão do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC, chegam a ser estarrecedores.

Logo ao início de sua decisão unipessoal, o ministro acolheu o requerimento de ingresso da Associação dos Juizes Federais nos autos da Ação Originária nº 1.773/DF *“na condição de assistente litisconsorcial, de modo que o resultado desta ação alcançará os magistrados federais de maneira uniforme”*.²⁰³

Em outras palavras, o ministro Luiz Fux admitiu a intervenção de entidade de classe de envergadura nacional para que, em sua linha de inteligência jurisdicional e processual, fosse possível estender o adimplemento do auxílio-moradia a todos os juizes federais do território brasileiro, muito embora sequer tenha sido necessário fundamentar, em maiores pormenores, as razões jurídicas para essa extensão. Ou seja, o pagamento indistinto dessa parcela à totalidade da categoria dispensou quaisquer outros fundamentos ou justificações, e nem ao menos se preocupou com questões técnicas e dogmáticas do processo civil brasileiro acerca da limitação dos efeitos de decisões judiciais prolatadas em lides de caráter subjetivo.

Por outro lado, no Recurso Extraordinário nº 710.293/SC – que foi submetido ao regime da repercussão geral e que, por conseguinte, irradiou os seus efeitos para o restante de toda a ordem jurídica brasileira – o mesmíssimo ministro Luiz Fux indeferiu a participação de todos os sindicatos, entidades de classe e/ou associações que pediram para participar dos debates circunscritos àquela causa judicial, porquanto *“restou evidenciado que a controvérsia travada nos autos é exclusivamente jurídica, não reclamando, assim, qualquer esclarecimento de ordem científica ou tecnológica que justifique a presença de amigos da corte”*.²⁰⁴

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 15.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 710.293/SC. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 de novembro de 2020. p. 18. Esse outro excerto também foi extraído do voto do ministro Luiz Fux, acompanhado de modo unânime no julgamento.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 6.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 710.293/SC. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 de novembro de 2020. p. 7. Essa passagem, por sua vez, está no relatório do acórdão, igualmente redigido pelo ministro Luiz Fux.

Ao final do julgamento do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC, foi firmada, por unanimidade, a tese de que “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar qualquer verba de servidores públicos de carreiras distintas sob fundamento de isonomia, tenham elas caráter remuneratório ou indenizatório*”²⁰⁵ – tese essa a ser observada por todos e todas as servidoras públicas – sejam eles e elas municipais, estaduais, distritais e/ou federais – que sejam vinculados e/ou vinculadas ao órgão estatal brasileiro.

Esse entendimento, decerto, não prevaleceu para a classe de juízes e juízas federais albergada pela decisão do ministro Luiz Fux de 15 de setembro de 2014. Além dessa, outras categorias – como as de promotores, procuradores e defensores públicos, por exemplo – conseguiram, alguns em outras ações judiciais, e outros e outras por vias administrativas, executivas e/ou legislativas diversas, e em parte graças à ressaltada decisão unipessoal, a percepção do auxílio-moradia.

Após mais de quatro anos do pagamento dessa parcela – com repercussões bilionárias para os cofres públicos brasileiros – o ministro Luiz Fux, que houvera utilizado a sua decisão de 15 de setembro de 2014 como instrumento de barganha política em favor do aumento dos valores dos subsídios de magistrados e de membros do Ministério Público – o que foi efetivamente conquistado com a promulgação das Leis nº 13.752 e nº 13.753, ambas de 26 de novembro de 2018 – proferiu, em 26 de novembro de 2018, nova decisão monocrática, na qual determinou, basicamente, que cessassem os pagamentos dessas parcelas.

Ainda assim, nessa nova decisão, o ministro fez questão de pontuar que “*a abordagem delineada limitou-se à análise dos aspectos estritamente jurídicos*”²⁰⁶ e, outrossim, “*que toda a narrativa e argumentação se desenvolveram por intermédio de uma lógica técnica que impõe a necessária conclusão de que o auxílio-moradia é devido a magistrados e membros do MP*”.²⁰⁷ De novo, quando se tem à disposição expressões linguísticas como “aspectos estritamente jurídicos” e “uma lógica técnica”, não é preciso mostrar que a argumentação realmente foi explanada nesses moldes – basta afirmá-la como tal.

Essa sua ulterior decisão está recheada de considerações teóricas sobre a possibilidade de a rigidez deontológica das normas jurídicas ser adaptada a prudentes e relevantes ponderações de feitiço utilitarista. Nas entrelinhas, é como se o ministro Luiz Fux sugerisse que os altos escalões das carreiras do serviço público brasileiro estivessem a fazer caridade, já que,

²⁰⁵ *Ibidem.* p. 3.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 de novembro de 2018. p. 23.

²⁰⁷ *Ibidem.* p. 23. Nesse trecho, a sigla “MP” é uma abreviação para “Ministério Público”.

apesar de supostamente terem direito ao auxílio-moradia, esses juízes, promotores, defensores e procuradores iriam, imbuídos por um elevado senso de bondade e compaixão social, fazer uma benevolência com o orçamento público – que, àquela época, passava por sérias dificuldades econômicas e financeiras – crise essa, aliás, a qual se arrasta até os tempos atuais.

A comparação entre essas duas decisões da Ação Originária nº 1.773/DF com o acórdão do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC serve para evidenciar algo que, de certa forma, sempre foi óbvio – em contextos diferentes, as mesmas palavras significam coisas totalmente diversas umas das outras. Na seara de decisões judiciais, os ideais da segurança jurídica e da adequação social do direito são facilmente contornados por construções linguísticas que, sob o pretexto de procederem à concretização acertada e isonômica das normas do ordenamento jurídico brasileiro, escondem uma prática decisória casuística e ardilosa.

Na fase tardia do pensamento filosófico de Wittgenstein, o significado de uma palavra, na maior parte das vezes, é simplesmente o seu uso na linguagem. Assim, princípios jurídicos de importância crucial em ambos esses casos – tais como os da separação de poderes, da isonomia, da legalidade e da moralidade em matéria administrativa – são meras expressas linguísticas que, em cenários diferentes, justificam providências opostas umas às outras.

O pensador italiano Ferruccio Rossi-Landi advertiu que as classes dominantes detêm, além dos meios de produção material, os meios de produção linguística – os quais abarcam os canais interpretativos de decodificação dos fluxos discursivos de uma sociedade. O cotejo entre as decisões judiciais da Ação Originária nº 1.773/DF com a do Recurso Extraordinário nº 710.293/SC pode ser tido como evidência empírica dessa afirmação de índole teórica.

No vocabulário das decisões unipessoais e do voto do ministro Luiz Fux, a extensão do auxílio-moradia a juízes e juízas federais era elemento de moralização da atividade jurisdicional, a fim de remunerá-la à altura de sua magnânima e excelsa envergadura constitucional. Afinal, *“mais de cem candidatos aprovados no árduo concurso público para Juiz Federal preferiram não assumir o cargo e se enfileiraram ao lado de outras centenas de juízes que estão, ano a ano, se exonerando do cargo, em razão de carreiras mais atrativas, porquanto menos estressantes e que muito melhor remuneram”*.²⁰⁸

Já o pagamento indistinto do auxílio-alimentação a diversas carreiras do serviço público parece ser demanda atravessada e mesquinha, dissonante da interpretação mais abalizada e aperfeiçoada do postulado da separação de poderes.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 23.

Por detrás dos malabarismos linguísticos e interpretativos que procuram transmitir mensagens desse jaez, há um recado muito mais simples, que tem algo a dizer não só a respeito do ordenamento jurídico, mas, sobretudo, do Brasil.

Uma linguagem é, na outra face dessa moeda, uma forma de vida. A linguagem jurídica do ministro Luiz Fux – muitas vezes permeada por elogios ao esplendor das maravilhosas realizações atribuíveis à magistratura brasileira – é um dos retratos de um país assolado por gravíssimas contradições, das mais variadas e cruéis estirpes.

Em sua decisão de 15 de abril de 2014, o ministro Luiz Fux asseverou que ofensas à isonomia não seriam toleráveis sob a ótica da ordem jurídica brasileira. Com isso, ressaltou expressamente que seria injustificável haver, naquela situação, “*dois pesos, duas medidas*”.²⁰⁹

Para além das eventuais discrepâncias dos pesos atribuídos às soluções jurídicas dadas à Ação Originária nº 1.773/DF e ao Recurso Extraordinário nº 710.293/SC, cumpre apurar quais outras façanhas que, em outras conjunturas, a linguagem jurídica é capaz de realizar.

3.3.2. O caso do Recurso Especial nº 1.278.009/MG – um quadrado circular.

“Embora seja perfeitamente possível representar espacialmente um estado de coisas que contrarie as leis da física, é impossível fazê-lo com relação a um estado de coisas que contrarie as leis da geometria.”²¹⁰

Na demanda da Ação Originária nº 1.773/DF, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, parece ter assentado a lição de que não há problema algum em julgar um caso, possivelmente, em causa própria. Em suas palavras – “*e nem se diga que o referido benefício revela um exagero ou algo imoral ou incompatível com os padrões de remuneração adotados no Brasil*”,²¹¹ uma vez que “*cada categoria de trabalhador brasileiro possui direitos, deveres e verbas que lhe são próprias*”.²¹² Exemplificativamente, o ministro pontuou que “*os juízes federais não recebem o adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, participação nos lucros, FGTS, bônus por produtividade, auxílio-educação,*

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 15.

²¹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961. Aforismo 3.0321. Esse excerto foi traduzido, do inglês para a língua portuguesa, pelo autor desta dissertação.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 22.

²¹² *Ibidem.* p. 22.

indenização para aprimoramento profissional ou mesmo qualquer tipo de gratificação por desempenho”.²¹³

Ou seja, àquela época, o ministro Luiz Fux disse que a extensão indiscriminada do auxílio-moradia não violaria a moralidade administrativa e essa afirmação, por si só, teve o condão de provar a moralidade ínsita ao pagamento dessa parcela.

Mas essa mesma lógica também é válida para outros poderes do aparato estatal brasileiro? Seria possível – à semelhança do juiz que julga em causa própria – legislar em favor de si mesmo? Uma parlamentar poderia aprovar uma lei de duvidosa moralidade e, pela força das palavras dessa lei, atestar a sua automática sintonia com o texto constitucional brasileiro?

O caso do Recurso Especial nº 1.278.009/MG – que, atualmente, já tramita como os Embargos de Divergência no Recurso Especial de mesma numeração – pode ser tido como um interessante exemplo de articulações linguísticas inusitadas, as quais fornecem proveitosas reflexões sobre o potencial linguístico da atividade decisória brasileira.

Na origem, vereadores e vereadoras de Guaxupé – um município de porte relativamente diminuto e localizado no Estado de Minas Gerais – primeiramente aprovaram a Emenda à Lei Orgânica nº 1, de 8 de março de 1999, para estabelecer a previsão legal alusiva a indenizações voltadas a ressarcir essas vereadoras e esses vereadores em virtude de suas participações em reuniões extraordinárias. Essa espécie de sessões é atinente àquelas ocorridas durante o período de regular exercício das atividades da Câmara Municipal de Guaxupé, porém, fora daquelas datas designadas pelas agendas de suas normativas regimentais.

Em seguida, foi promulgada a Lei Municipal nº 1.437, de 12 de julho de 1999, a qual efetivamente criou essa parcela indenizatória, a ser paga em decorrência da realização dessas reuniões extraordinárias e devida no patamar de quarenta e seis por cento dos subsídios percebidos por esses parlamentares municipais.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação em desfavor de todos os vereadores e vereadoras que recebiam essa verba – até mesmo daqueles que tinham votado contrariamente à aprovação da sobredita Lei Municipal nº 1.437/1999. Nessa ação, lhes imputou a alegada prática de atos de improbidade administrativa, mais precisamente, aquele tipificado na redação original do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa – o qual se refere à perpetração de condutas lesivas aos princípios constitucionais que regem a esfera administrativa.

²¹³ *Ibidem*. p. 22-23. Nesse trecho, a sigla “FGTS” alude ao “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”, um benefício assegurado a trabalhadores submetidos ao regime celetista.

Na primeira e na segunda instâncias, esses parlamentares foram condenados. Muito embora a Lei Municipal nº 1.437/1999 não houvesse sido declarada inconstitucional, o juiz de direito da Primeira Vara da Comarca de Guaxupé compreendeu que a percepção de valores oriundos de reuniões legislativas extraordinárias criadas em dissonância com os comandos do art. 57, §6º e incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – àquela época ainda em suas redações originais, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 50, de 14 de fevereiro de 2006 – configuraria ato de improbidade administrativa, por representar transgressão à moralidade e à imparcialidade que devem nortear a atividade parlamentar. Em termos mais simples, seria escancaradamente imoral a atitude consistente em legislar em causa própria, com o fim de obter benefício que, alegadamente, seria indevido. Apesar de o acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ter reformado uma parte da sentença referente à dosimetria das penas impostas a esses parlamentares, o entendimento precípua da sentença foi mantido por essa decisão colegiada.

Posteriormente a algumas reviravoltas processuais – sucedidas do fato de o então ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Zavascki ter anulado o acórdão inicialmente exarado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e, assim, determinado a realização de um novo julgamento – o processo foi, mais uma vez, remetido ao Superior Tribunal de Justiça – no qual tramitava como o Recurso Especial nº 1.278.009/DF – e, agora, foi distribuído uma nova relatoria, atribuída ao ministro Sérgio Kukina, da sua Primeira Turma.

Em uma linguagem menos técnica, a principal discussão jurídica ali invocada – ou ao menos a mais intrigante – pode ser resumida de acordo com a seguinte pergunta – como pode um ato ter respaldo legal e, ainda assim, ser ilícito?

O ministro Sérgio Kukina, em 5 de outubro de 2016, proferiu uma decisão unipessoal na qual rechaçou as argumentações concatenadas pelos recorrentes.²¹⁴ De maneira possivelmente atropelada, asseverou que o dolo necessário para caracterizar o ato de improbidade administrativa da então vigente redação do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 seria o dolo genérico – como se essa afirmação, de algum modo, fosse uma resposta apropriada

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2016. Na realidade, devido à existência de uma pluralidade de partes nesse processo, houve três diferentes decisões monocráticas prolatadas pelo ministro Sérgio Kukina nos autos do mesmo Recurso Especial nº 1.278.009/MG, todas datadas de 5 de outubro de 2016, todas publicadas no mesmo Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2016 e todas praticamente idênticas umas às outras. A decisão unipessoal à qual aqui se faz menção é aquela exarada em relação a Roberto Luciano Vieira, um dos recorrentes desse caso.

à principal questão do caso. Conjugado a isso, fez questão de frisar que as instâncias de origem apreciaram a controvérsia à luz, dentre outros, do art. 57, §6º e incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – alguns posteriormente com as suas redações modificadas pela Emenda Constitucional nº 50/2006 – normas essas que, por serem de estatura constitucional, não poderiam ser interpretadas pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo âmbito de atuação jurisdicional está circunscrito à uniformização da interpretação da legislação federal brasileira. O ministro, já ao final dessa sua decisão unipessoal, destacou que *“vale ressaltar que o fato de o recorrente Roberto Luciano Vieira ter votado contra a aprovação do projeto de lei que instituía o pagamento de verba indenizatória, ter participado de abaixo-assinado contrário ao pagamento e de ter recebido os valores pertinentes por apenas seis meses (período após o qual passou a realizar o depósito judicial), não retira o caráter improbo da conduta”*.²¹⁵

Em suma, o imbróglio persistiu. Atitudes que estavam amparadas por lei foram, surpreendentemente, consideradas ilícitas. Esse cenário ensejou a interposição de agravo interno contra essa decisão monocrática, no qual foi repisado o argumento concernente à impossibilidade lógica de um mesmo ato ser, a um só tempo, lícito e ilícito.

Essa linha de raciocínio não foi tida como persuasiva o suficiente pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual, no acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/MG, negou provimento a todos os seus pedidos.²¹⁶ Nessa decisão colegiada, de relatoria do ministro Sérgio Kukina e tomada na sua sessão ocorrida em 23 de maio de 2017, a Primeira Turma realçou que *“a existência de atos normativos locais, supostamente autorizando o pagamento das verbas indenizatórias em questão (Lei Orgânica do Município e Municipal nº 1.437/1999), não possui, na espécie, o condão de afastar o dolo genérico”*²¹⁷ e *“isso porque tais diplomas foram elaborados pelos próprios beneficiários dos pagamentos sob controvérsia”*.²¹⁸ Dessa forma, *“seria até contrário ao senso comum admitir que determinada lei, elaborada por vereadores com o deliberado objetivo de autorizar o recebimento (tido por irregular) de parcelas remuneratórias, pudesse, ao depois, prestar-se a afastar o dolo dos*

²¹⁵ *Ibidem.* p. 8

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 de maio de 2017. Novamente, cabe ressaltar que há, nesse caso, três acórdãos – todos datados de 23 de maio de 2017, publicados no Diário de Justiça Eletrônico de 30 de maio de 2017 e assentados em fundamentos jurídicos quase idênticos. Aqui, a referência, de novo, tem como objeto o acórdão prolatado no caso de Roberto Luciano Vieira.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 16. A passagem ora transcrita consta no voto do ministro Sérgio Kukina – relator do caso – voto esse acompanhado à unanimidade por todos os outros ministros e ministras da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

²¹⁸ *Ibidem.* p. 16. Esse trecho, continuação do excerto anterior, também está no voto do ministro Sérgio Kukina.

próprios edis por ela beneficiados, inclusive daqueles que, mesmo tendo sido contrários à sua aprovação, depois acabaram por receber a vantagem pecuniária nela prevista”.²¹⁹

Em face dessa decisão monocrática, foram opostos embargos de declaração, centrados em quatro relevantes linhas argumentativas. Em primeiro lugar, foi reiterada a alegação de ser logicamente esdrúxulo supor que algum ato jurídico possa ser concomitantemente lícito e ilícito. Somado a isso, foi destacado que vereadores e vereadoras são invioláveis por suas palavras, suas opiniões, seus votos e suas atividades legislativas, nos termos do art. 29, *caput*, inciso VIII – esse renumerado a partir da Emenda Constitucional nº 1, de 31 de março de 1992 – e art. 57, *caput* – esse outro com redação atualizada pela Emenda Constitucional nº 50/2006 – ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. O terceiro argumento foi o de que, por ter votado contra a aprovação da Lei Municipal nº 1.437/1999, seria inexistente o dolo por parte do embargante. Por fim, para reconhecer o ato de improbidade praticado com fundamento na referida Lei Municipal, seria imprescindível, antes, declará-la inconstitucional, o que demanda observância ao rito estabelecido no art. 97, igualmente da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

São todos argumentos que – ao menos em tese – apresentam capacidade de enfraquecer as premissas do acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/DF e, por essa razão, precisariam ser efetivamente enfrentados, a teor do art. 489, §1º, inciso IV, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Não obstante, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em nova decisão colegiada, preferiu simplesmente consignar que “*não podem ser acolhidos embargos declaratórios que, a pretexto de alegadas omissões do acórdão embargado, traduzem, na verdade, o inconformismo da parte com a decisão tomada, pretendendo rediscutir o que já foi decidido*”.²²⁰

Essas decisões judiciais da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, possivelmente, consubstanciaram divergência jurisprudencial com relação a outros julgados desse mesmo tribunal, tais como aqueles nos quais foram externadas as orientações de que “*segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a existência de Lei Municipal autorizativa do ato apontado como improbo afasta a sua configuração, inclusive, o dolo genérico*”²²¹ e de que

²¹⁹ *Ibidem*. p. 16. Da mesma forma, esse outro trecho é a continuação dos dois anteriores e também foi explicitado no voto do ministro Sérgio Kukina, acompanhado por unanimidade.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 de dezembro de 2017. Aqui, mais uma vez, essa decisão colegiada é aquela referente à análise do caso de Roberto Luciano Vieira.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 496.250/MG. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 de dezembro de 2015.

“esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que fica afastada a caracterização do dolo genérico, quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se deu com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação dos servidores, posto que tais leis gozam de presunção de constitucionalidade”.²²²

Nesse aspecto em particular, o art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil – o qual estipula o dever de os tribunais manterem a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente – não parece ter sido uma preocupação significativa por parte dos ministros e ministras que compõem a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Por esse motivo, algumas das partes que contendiam – e que contendem, ainda – no litígio travado no Recurso Especial nº 1.278.009/DF interpuseram²²³ embargos de divergência em face dos acórdãos ali proferidos e, a partir de então, o feito foi autuado como os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.278.008/DF – os quais foram redistribuídos à relatoria do ministro Og Fernandes e que ainda aguardam julgamento definitivo por parte da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

A leitura das decisões judiciais prolatadas nesse caso estimula algumas reflexões possivelmente pitorescas. É possível, por exemplo, comparar o enquadramento jurídico de uma lei municipal que, mesmo sem ser declarada inconstitucional, foi interpretada como ilícita, à seguinte perplexidade intrínseca à linguagem.

Na realidade bruta do mundo fático – se é que é possível imaginar algo dessa espécie sem o auxílio da linguagem – é impossível haver certos objetos. Um hexágono formado por três lados é algo absolutamente impossível sob a ótica da geometria. De tão inconcebível, não é possível sequer imaginar a arquitetura dessa figura. Ainda assim, *na linguagem*, é possível pelo menos *afirmar* que existe, em qualquer lugar que seja, o tal hexágono trilateral.

No direito, expressões como “constitucional”, “legal” e “lícito” – dentre outras – são palavras que só existem na própria linguagem da prática jurídica. A inconstitucionalidade de uma lei não advém de um mágico e sublime acesso a algum tipo de cofre metafísico, o qual conteria todas as informações acerca do irretocável escalonamento hierárquico das validades

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.348.175/MG. Relator: Mauro Campbell Marques. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 de setembro de 2015.

²²³ A despeito de a palavra usualmente utilizada para a apresentação de recursos chamados pela alcunha de “embargos” ser aquela do verbo “opor”, é proveitoso enfatizar que os art. 1.043, §2º, e art. 1.044, §1º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – assinalam explicitamente a expressão “interposição de embargos de divergência” – motivo pelo qual é possível concluir que, no vocabulário atual do processo civil brasileiro, o verbo mais técnico – especificamente no tocante ao ato de protocolo de embargos de divergência – é “interpor”, e não “opor”.

das normas que integram um ordenamento jurídico. Uma lei é inconstitucional na medida em que um órgão judicial, que detém competência e legitimidade para essas funções – ou, em outras circunstâncias excepcionais, algum outro órgão estatal – a declarou como tal.

Certamente, dizer ser ilícita uma lei não declarada inconstitucional é algo que, do ponto de vista lógico, beira o absurdo. Todavia, o fato de algo ser impossível não significa que, *na linguagem*, o impossível não possa ser expresso. Um quadrado circular é uma contradição de seus próprios termos e, nesse sentido, jamais poderá existir. Isso, entretanto, não impede a possibilidade de a palavra “quadrado” ser conjugada à palavra “circular” para, desse modo, ser formada a peculiar expressão “quadrado circular”.

As decisões proferidas nos autos do Recurso Especial nº 1.278.009/DF são, nesse sentido, quadrados circulares – formam enunciados disparatados sob uma perspectiva lógica e, por isso, despertam um certo senso de indignação hermenêutica.

Contudo, a impossibilidade meramente lógica desses raciocínios não deve, de modo algum, ser confundida com uma suposta impossibilidade linguística de explicitação dessas expressões. A tal ilicitude da Lei Municipal nº 1.437/1999 – pretensamente impossível no campo da lógica – tem sim o condão de repercutir consequências bastante reais e tangíveis na concretude do assim chamado mundo dos fatos.

O mero fato de ser possível externar, *na linguagem*, “um ato jurídico ao mesmo tempo lícito e ilícito” é algo que, apesar de parecer estapafúrdio, não deve ser tratado com desdém epistemológico por parte das filosofias e teorias do direito.

Por exemplo, nos arquetipos teóricos de Niklas Luhmann, o sistema jurídico está inteiramente orientado por um código de comunicação guiado pela dicotomia entre o lícito e o ilícito. É evidente que, nesse arcabouço teórico, decisões judiciais tais como aquelas ora examinadas seriam disfunções internas e esporádicas por parte de mecanismos coadjuvantes do sistema jurídico, incapazes de colocar em xeque os aportes conceituais que descrevem as estruturas e os modos de funcionamento desse sistema em seus elementos mais relevantes. Demais disso, a aparente licitude e ilicitude concomitante desse ato seria só uma falsa impressão. No caso do Recurso Especial nº 1.278.009/MG, os atos ali apreciados foram, ao menos por enquanto, considerados ilícitos. No fim das contas, deve haver alguma definição conclusiva quanto à licitude ou ilicitude da conduta analisada.

Ainda assim, é possível insistir no proveito dessas reflexões. As decisões judiciais assentadas no panorama do Recurso Especial nº 1.278.009/MG apenas escancararam algo que, em inúmeras outras controvérsias, é bem mais sutil – a linguagem jurídica mascara uma série de incongruências analíticas que, não obstante sejam impossíveis para uma apreensão

puramente lógica dessas construções linguísticas, acarretam, na prática, efeitos concretos e expressivos, com a aptidão de operar consideráveis transformações na realidade social. Tudo isso ocorre sob a roupagem de uma linguagem pretensamente técnica, coesa e acertada.

Talvez o código binário pautado na distinção entre o lícito e ilícito consiga, sim, englobar todas essas complexas dinâmicas argumentativas e linguísticas – o que não significa, em hipótese alguma, que essas dinâmicas em si devam ser tratadas com base em uma banal trivialidade dicotômica.

Os exemplos de lícitos ilícitos – ou, quiçá, de ilícitos lícitos, os quais poderiam ser eventualmente imaginados na anterior conjuntura do auxílio-moradia pago a juízes e juízas federais – mostram incoerências lógicas que, por serem plenamente exprimíveis na linguagem, têm o potencial de, externamente, corroer toda a consistência operacional do ordenamento jurídico.

No direito, os riscos da linguagem não se restringem somente a isso. Além de comprometer toda a estrutura básica do sistema jurídico por intermédio de simples enunciados espalhafatosos, a linguagem jurídica de decisões judiciais e as suas irracionalidades já estavam, muito antes, impregnadas nos maquinários e canais comunicacionais internos da ordem jurídica. A decisão judicial, através de seus contorcionismos interpretativos, de suas elucubrações pseudotécnicas e de seus usos linguísticos casuísticos, ludibriadores e sorrateiros, consegue realizar proezas que não devem ser subestimadas.

A seguir, convém destrinchar um desses exemplos.

3.3.3. A princípio, a regra prevalece – mas, em regra, esse não é um princípio absoluto – ou vice-versa – o voto do ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus*²²⁴ n° 126.292/SP.

“Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.”²²⁵

No dia 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* n° 126.292/SP,²²⁶ de relatoria do ministro Teori Zavascki. Na oportunidade, foi firmada a jurisprudência de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.²²⁷ Essa compreensão representou uma radical mudança de entendimento a respeito do tema, haja vista que, desde 5 de fevereiro de 2009, esse mesmo tribunal, também em sua composição plenária, houvera consolidado a orientação jurisprudencial de que a execução da sentença penal condenatória antes de seu trânsito em julgado seria inconstitucional.²²⁸

O placar da alteração jurisprudencial foi significativo – a linha de compreensão dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e da ministra Rosa Weber foi vencida pelo voto do ministro Teori Zavascki, relator do processo, acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin e, ainda, pela ministra Cármen Lúcia.

²²⁴ O “*habeas corpus*” é uma medida judicial destinada a assegurar a liberdade de locomoção e, quase sempre, está adstrito ao processo penal, nos cenários em que há ameaças e/ou imposições de prisões ilegais. Essa expressão – proveniente do latim – pode ser traduzida, para o português, para “haver o corpo” ou, ainda, “que tenha o corpo” – o que alude a uma ideia de liberdade.

²²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 140.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*, 17 de maio de 2016.

²²⁷ *Ibidem*. p. 1.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n° 84.078/MG. Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 de fevereiro de 2010.

A norma jurídica primordial para essa discussão era – e é, ainda – a do art. 5º, *caput*, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, a qual, em sua literalidade, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Em especial, o voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso contém algumas considerações que merecem ser objeto de maiores reflexões teóricas e filosóficas em torno da linguagem jurídica.²²⁹

Um dos principais esforços argumentativos desse voto centrou-se na pretensa demonstração de que a norma do mencionado art. 5º, *caput*, inciso LVII, do texto constitucional brasileiro seria um princípio – e não uma regra.

Além das digressões plasmadas explicitamente nas teorizações de Ronald Dworkin a respeito da diferença entre regras e princípios, a única outra premissa a sustentar essa afirmação foi aquela fundamentada no art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – àquela época com a sua redação conferida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 – o qual previa – e que, mesmo com outra redação, ainda prevê, até os tempos atuais – as hipóteses de decretação da prisão preventiva, a qual pode ser imposta anteriormente ao trânsito em julgado de um processo penal – e, por vezes, antes mesmo até da própria instauração de uma ação criminal. Para o ministro Luís Roberto Barroso, essa norma do Código de Processo Penal revelaria que o art. 5º, *caput*, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – por comportar exceções – não poderia ser tido como uma regra. Ou seja, a existência de uma exceção legal à regra da prisão somente depois do trânsito em julgado provaria que, em realidade, essa não seria uma regra. E, se uma norma jurídica não é uma regra, só pode ser a sua outra espécie normativa – um princípio.

A argumentação conjecturada nessa parte do voto é, no mínimo, conceitualmente falaciosa.²³⁰ O art. 496, *caput*, inciso I, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – por exemplo, impõe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição para a sentença “proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*, 17 de maio de 2016. p. 27-54.

²³⁰ No presente trabalho, não se afirma, entretanto, que o dispositivo constitucional do art. 5º, *caput*, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, é, necessariamente, uma regra. Esta dissertação tem como pano de fundo uma concepção não essencialista da linguagem. Antes de serem regras ou princípios, normas jurídicas são só expressões linguísticas. Não existem compartimentos metafísicos que, em alguma dimensão transcendente, dividem as normas jurídicas em regras ou em princípios. Imaginar que uma disposição jurídica qualquer é um princípio – ou que, ao contrário, ela é uma regra – não parece ser algo consentâneo com as exigências do tal pensamento pós-metafísico.

respectivas autarquias e fundações de direito público”. Em seguida, os incisos I, II e III do §3º desse mesmo art. 496 do Código de Processo Civil disciplinam as exceções à regra do seu *caput* – e, nem por isso, será possível concluir que essa norma processual é um princípio jurídico.

Exceções legais a uma regra não evidenciam a sua inexistência. Pelo contrário – são indícios de um sistema jurídico arquitetado pela proeminência de disposições normativas regradas, as quais, de antemão, são positivadas em observância a uma maior variedade de situações possivelmente contempladas pelo ordenamento jurídico. Ou, em palavras mais simples – indícios de uma ordem jurídica orientada primacialmente por regras.

Após supostamente desvelar o art. 5º, *caput*, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, como princípio, o ministro Luís Roberto Barroso passou a ponderá-lo com outros princípios do ordenamento constitucional brasileiro. Conquanto estabeleça uma previsão normativa muito mais detalhada e minuciosa, essa norma foi contrastada com princípios jurídicos sobremodo vagos do texto constitucional – como os da necessidade de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana e à integridade física e psíquica de cidadãos e cidadãs brasileiros, derivados de uma interpretação possível do *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – e, outrossim, com apreensões ligeiramente pitorescas de outras normas constitucionais – como a do art. 144, *caput*, do texto constitucional – que consagra o dever estatal de zelo pela segurança pública. É curioso, porém, que os incisos do referido art. 144, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, atribuíam esse dever aos órgãos policiais, e não a artifícios interpretativos a serem empreendidos pelos tribunais brasileiros.

Ainda nesse seu voto, e inspirado na diferenciação exposta na teoria de Dworkin entre casos fáceis e casos difíceis, o ministro houve por classificar o litígio do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP como um caso difícil. Em seu compreender, “*casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito*”,²³¹ muito embora, desde 5 de outubro de 1988, o direito constitucional brasileiro afirme, categoricamente, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

O ministro não se limitou a reputar o caso como difícil e foi além, ao realçar que “*os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, têm uma inegável dimensão política*”²³² e que isso “*é devido ao fato*

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*, 17 de maio de 2016. p. 49.

²³² *Ibidem*. p. 49.

*de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões”.*²³³ A linguagem dos aportes teóricos de Ronald Dworkin – que é marcada pela distinção entre casos fáceis e casos difíceis – foi cooptada, no voto do ministro Luís Roberto Barroso, para sustentar justamente aquilo que esse modelo critica de uma maneira tão veemente – a atuação excessivamente politizada de tribunais constitucionais, a exaltação de um pragmatismo utilitarista como postura hermenêutica apropriada para o direito e, por fim, a própria discricionariedade judicial.

Depois, esse voto se propôs a analisar aspectos sensíveis do sistema penal brasileiro – como as possíveis seletividades e ineficácias de seus mecanismos. Toda a flexibilização propiciada pela transformação de uma regra em princípio parece abrir uma amplíssima margem para digressões de matiz político. Assim, os acalorados debates democráticos que poderiam ser travados nas instâncias legislativas e/ou executivas responsáveis pela representação política de milhões brasileiros parecem caber no espaço de algumas poucas dezenas de laudas.

Mas não é só. O voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP dá azo a algumas outras preocupações. Pela sua leitura, seria possível interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – cujo texto, além de ser extenso e analítico, é formado, em sua maior parte, por normas com feições regradadas – como um plexo de uma variedade quase interminável de princípios.

O jurista alemão Robert Alexy, ao enaltecer o modelo misto de regras e princípios como alternativa adequada tanto ao modelo puro de regras quanto ao modelo só de princípios, alerta para os perigos advindos de um sistema jurídico no qual haveria apenas princípios:

“As objeções contra um tal modelo puro de princípios são óbvias. A principal delas sustenta que esse modelo não levaria a sério a Constituição escrita. Essa objeção baseia-se sobretudo no fato de que um modelo puro de princípios passaria ao largo da regulação diferenciada que a Constituição alemã contém sobre as restrições a direitos fundamentais. O constituinte rejeitou expressamente uma cláusula geral de restrição e dotou cada garantia de direito fundamental com regras muito distintas acerca de possíveis restrições. O Tribunal Constitucional Federal, que, de um lado, trata as normas de direitos fundamentais como princípios, ressalta, de outro lado, a importância dessas regras quando faz menção a uma ‘cuidadosa regulação das restrições, ajustada à natureza de cada um dos direitos fundamentais’. Na medida em que um modelo puro de princípios não leva a sério essa regulação, é possível criticá-lo por ser contrário ao texto constitucional. Ele substituiria vinculação por sopesamento e, com isso, ignoraria o caráter da Constituição alemã como uma ‘Constituição rígida com pretensão de clareza normativa e univocidade’.”²³⁴

²³³ *Ibidem.* p. 49.

²³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 140. p. 122-123. Nessa passagem, Robert Alexy faz menção não

No modelo misto de regras e princípios – que também parece ser aquele em maior consonância com o ordenamento constitucional brasileiro – as regras possuem, ao menos provisoriamente, prevalência sobre os princípios. Para Alexy, uma regra de aplicabilidade clara somente poderá ser afastada por um princípio que lhe seja porventura colidente caso a incidência dessa regra configure um resultado tão absurdo a ponto de justificar a mitigação da aplicabilidade do princípio da literalidade do texto constitucional – o qual serve justamente de alicerce para a proeminência das regras nesse modelo.²³⁵

Em suma, se o seu voto houvesse sido redigido por Dworkin – e não pelo ministro Luís Roberto Barroso – o caso do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP sequer seria considerado difícil. O voto do jurista estadunidense muito provavelmente seria acompanhado pelo voto de Robert Alexy – o qual destacaria a feição regrada da redação do art. 5º, *caput*, inciso LVII, do texto constitucional brasileiro e, desse modo, a impossibilidade de essa característica ser infirmada por referências a postulados vagos e imprecisos, estipulados em outras normas da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

No entanto, na decisão judicial, não há norma alguma que obrigue a linguagem jurídica a seguir as diretrizes de suas teorias, mormente aquelas engendradas nos contextos de outros países. Esse voto do ministro Luís Roberto Barroso, não obstante as possíveis falhas conceituais e as questionáveis linhas argumentativas ali desenvolvidas, parece revelar algo que, de certa maneira, é evidente.

Antes de serem regras ou princípios, normas jurídicas são apenas expressões linguísticas. Como tais, são ferramentas, ajustáveis às necessidades circunscritas a esses instrumentos da linguagem – e não espelhos de uma ordem deontológica e metafísica que esconder-se-ia por detrás do texto do ordenamento jurídico.

Caso se queira afastar uma regra – ou talvez atenuar parte de sua força normativa – basta afirmar que se trata, em verdade, de um princípio jurídico. A nitidez de sua redação pode ser ressaltada como a ponta de algo maior – designado por alguma nomenclatura jurídica qualquer, recém inventada e inspirada por denominações que, na superfície, parecem ser requintadas e que, em uma profundidade um pouco abaixo, são só espalhafatosas.

somente a entendimentos jurisprudenciais do contexto alemão, como, também – em sua parte derradeira – à descrição do jurista Friedrich Müller, igualmente alemão, acerca do texto constitucional daquela nação. Malgrado essas diferenças situacionais, o trecho também parece ser relevante para o panorama brasileiro, na medida em que a maior parte das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, também apresenta – ou ao menos parece apresentar – clareza e rigidez normativas.

²³⁵ *Ibidem*. p. 139-141.

Do outro lado, o princípio também pode ser modificado em regra e, assim, tornado quase absoluto. Qualquer princípio pode servir de substrato para uma regra que, disfarçada por uma linguagem jurídica pretensamente sofisticada, se impõe como decorrência inequívoca e inafastável do ordenamento jurídico – ainda que tenha sido mero fruto de descompromissados exercícios interpretativos e linguísticos.

Certamente, esses fenômenos e essas dinâmicas seriam inadmissíveis para as teorias do direito minimamente apegadas à importância de seu cerne deontológico – mesmo para aquelas tidas como mais abertas e flexíveis.

Porém, o voto do Luís Ministro Barroso no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP mostra não só o potencial alterável de normas jurídicas, por mais regradas que possam parecer, como, outrossim, algo um pouco mais profundo – uma teoria do direito também é, em certa medida, somente linguagem e, como tal, é igualmente manipulável por decisões judiciais.

A linguagem do modelo teórico e conceitual da obra de Dworkin foi – ironicamente, mas não surpreendentemente – capturada com o propósito de promover a defesa de argumentações assaz contrárias a essas teorizações. Como a linguagem não consegue controlar – ou pelo menos não consegue controlar totalmente – o âmago imprevisível e caótico de seu desenrolar, essa é uma possibilidade que continuará a atravessar as complexas relações entre linguagem, teorias do direito e decisões judiciais.

A análise desse voto demonstrou que, na linguagem, prevalece o princípio de que não há regras absolutas. Dado o caráter cada vez mais intrincado, caótico e multifacetado do mundo contemporâneo, parece ser oportuno – ou talvez necessário – alterar o jaez regrado de normas jurídicas que, assim, podem conformar-se a novas conjunturas.

Inclusive, cabe apontar que, alguns anos mais tarde, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43/DF,²³⁶ nº 44/DF²³⁷ e nº 54/DF²³⁸ em sua sessão de 7 de novembro de 2019, voltou a rever a sua jurisprudência, dessa vez para prestigiar a linha de inteligência de que “*surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para,*

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória”.

É como se regras e princípios fossem só os dois extremos de um pêndulo linguístico no qual as palavras ora são utilizadas com demasiada literalidade, ora com excessiva inventividade interpretativa. Normas jurídicas, aplicadas com ou sem criatividade linguística, estão sempre inseridas em cenários que têm muito mais a dizer do que as habituais e simplificadas classificações das mais variadas teorias e doutrinas jurídicas.

Isso porque, em algumas contendas judiciais, parece ser mais conveniente simplesmente seguir os aspectos regrados, rígidos e congelados dessas normas. Um sucinto exame de um desses casos talvez possa descortinar alguns dos motivos para que fenômenos dessa estirpe ocorram.

3.3.4. A literalidade ideológica da linguagem jurídica – o acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP.

“Vou limitar-me aqui a lembrar como Marx, por exemplo, numa página juvenil, tenha observado que os fisiocratas, ao considerarem a agricultura como único trabalho produtivo, não entendiam ainda o trabalho em sua generalidade e abstração: ligavam-no ainda ‘a um particular elemento natural como sendo a sua matéria’ e entenderam ainda seu produto ‘como uma riqueza determinada pertinente mais à natureza do que ao próprio trabalho’. Essência da riqueza, gerador do valor é, ao contrário, o trabalho em geral.”²³⁹

Na data de 9 de agosto de 2022, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho apreciou um caso²⁴⁰ que não foi o primeiro e não será o último de uma discussão jurídica relevante da atualidade – a configuração – ou não – e sob a ótica do direito trabalhista brasileiro, de vínculo empregatício havido entre empresas detentoras de aplicativos de transporte urbano e os motoristas que efetivamente realizam as viagens solicitadas por meio desses aplicativos.

Duas normas centrais para a compreensão desse debate são as do art. 2º, *caput*, e do art. 3º, *caput*, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho – as quais dispõem, respectivamente, que “*considera-se empregador a empresa,*

²³⁹ ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985. p. 64. Nesse trecho, o pensador italiano faz menção a algumas obras do filósofo alemão Karl Marx.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP. Relator: Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de agosto de 2022.

individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço” e que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Pela conjugação desses dois dispositivos legais, a doutrina brasileira do direito trabalhista estipula cinco requisitos imprescindíveis para que uma relação jurídica possa ser tida como de jaez trabalhista – o trabalhador ou a trabalhadora deve ser pessoa física e, além disso, deve haver, nessa relação, pessoalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade. De maneira mais detalhada, na relação de emprego, o empregado não pode, a menos que haja a concordância do empregador para tal, simplesmente delegar uma tarefa que é de sua responsabilidade a algum outro empregado – o que caracteriza a condicionante da pessoalidade. Há, ainda, a subordinação – de modo que o empregado fica sujeito às ordens e determinações do empregador. A habitualidade externa a necessidade de que o trabalho seja contínuo e duradouro, e não esporádico. Ou seja, o empregado não pode trabalhar apenas quando quiser – deve ter uma jornada regular, a ser assiduamente cumprida. Por último, a onerosidade se refere ao fato de que o trabalhador será remunerado pelas suas atividades laborais.

No caso do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em resumo, averiguou se estariam presentes esses critérios jurídicos derivados da interpretação doutrinária dada aos art. 2º, *caput*, e art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Um indivíduo que houvera trabalhado, de setembro de 2016 a julho de 2019, como motorista associado ao aplicativo Uber – que, no território brasileiro, é gerenciado pela sociedade empresária de responsabilidade limitada Uber do Brasil Tecnologia Ltda.²⁴¹ – ajuizou, no mês de abril de 2020, uma reclamação trabalhista com o desiderato de que fosse declarado o seu vínculo trabalhista com essa entidade empresarial e, a partir disso, lhe fosse garantido o recebimento de uma série de verbas rescisórias – tais como férias indenizadas, aviso prévio indenizado, os valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e multa rescisória, dentre algumas outras.

A sua demanda foi julgada improcedente em primeira instância por sentença prolatada pela juíza do trabalho da Décima Vara do Trabalho de Campinas, panorama jurídico esse que foi mantido integralmente incólume na segunda instância – por decisão colegiada da Primeira Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região.

Após a interposição de recurso de revista e, depois, de agravo de instrumento, ambos em desfavor desse acórdão de segunda instância, a Quarta Turma do Tribunal Superior do

²⁴¹ A sigla “Ltda.” é uma abreviatura para a palavra “limitada” que, por sua vez, é uma conotação para as sociedades empresárias de responsabilidade limitada.

Trabalho foi instada a verificar se os requisitos dos art. 2º, *caput*, e art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho estariam – ou não – caracterizados no que concerne ao trabalho exercido pelo motorista do aplicativo da Uber.

Esses recursos foram julgados na sessão de 9 de agosto de 2022, ocasião na qual a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento a todos os pedidos ali reivindicados, nos moldes do voto do relator do caso, ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho – voto esse que foi acompanhado por unanimidade.

Foram ressaltadas, logo no início do mencionado voto, algumas das novidades da era contemporânea, marcadas pela emergência das assim chamadas tecnologias digitais, situadas na dimensão de uma sociedade global cujas diversas esferas e partes estão cada vez mais conectadas entre si. Particularmente no que toca ao papel do direito trabalhista nesse novo contexto, a tônica do entendimento jurisprudencial firmado nesse julgamento já fica clara no trecho em que foi destacado que, “*em relação às novas formas de trabalho e à incorporação de tecnologias digitais no trato das relações interpessoais – que estão provocando uma transformação profunda no Direito do Trabalho, mas carentes ainda de regulamentação legislativa específica – deve o Estado-Juiz, atento a essas mudanças, distinguir os novos formatos de trabalho daqueles em que se está diante de uma típica fraude à relação de emprego, de modo a não frear o desenvolvimento socioeconômico do país no afã de aplicar regras protetivas do direito laboral a toda e qualquer forma de trabalho*”.²⁴² Se o significado de uma palavra, comumente, é o seu uso na linguagem, a sistemática regida pela Consolidação das Leis do Trabalho parece, nessa passagem, ter o significado de desestímulo ao crescimento socioeconômico do Brasil.

Depois de citar parte da fala de uma palestra dada por um diretor da própria Uber em uma de suas filiais na América Latina como um dos pretensos fundamentos de seu voto, o ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, apesar de reputar a configuração dos requisitos da pessoa física, da pessoalidade e da onerosidade, passou a questionar a presença da habitualidade e da subordinação nas relações havidas entre motoristas ligados ao aplicativo da Uber e a empresa que o controla.

Assim, ponderou que “*a análise da presença da habitualidade (ou não eventualidade), que se caracteriza pelo prolongamento e permanência no tempo das obrigações contratuais, fica mitigada nesses casos, uma vez que inexistente a obrigação de uma frequência*

²⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP. Relator: Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de agosto de 2022. p. 6.

predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar”.²⁴³ Reforçou essa linha de raciocínio ao asseverar que *“causaria estranheza concluir que a forma de trabalho, elegida exclusivamente pelo motorista, definiria o tipo de relação contratual firmada entre as partes*”.²⁴⁴

Já no que tange à subordinação, o ministro compreendeu que *“é latente a ampla autonomia do motorista em escolher os dias, horários e forma de labor, podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário, sem nenhuma vinculação a metas determinadas pela ‘Uber Brasil Tecnologia Ltda’ ou sanções decorrentes de suas escolhas*”.²⁴⁵ A possibilidade de ocorrer a imposição de sanções, regras e medidas fiscalizatórias por parte da empresa que detém o aplicativo da Uber foi atenuada com uma linguagem de exaltação a ajustes contratuais e procedimentais entre motoristas e essa sociedade empresária, a revelar uma suposta parceria entre todos esses atores. Desse modo, foi afirmado que *“o que se verifica, na realidade, é a necessidade de observância de cláusulas contratuais (por exemplo: valores a serem cobrados, código de conduta, instruções de comportamento, avaliação do motorista pelos clientes), com as correspondentes sanções no caso de descumprimento, para que se preserve a confiabilidade e a manutenção do aplicativo no mercado concorrencial, sem que, para isso, haja ingerência no modo de trabalho prestado pelo motorista*”.²⁴⁶ Ou, *“em outras palavras, o estabelecimento de regras de procedimento na execução dos serviços não se confunde com o poder diretivo do empregador, não tendo o condão de caracterizar a subordinação jurídica*”.²⁴⁷

A mitigação do norte protetivo do direito trabalhista brasileiro também fica nítida no seguinte trecho, permeado por uma linguagem neoliberal, e no qual foi salientado que, *“aliás, o estabelecimento de regras e sanções, ainda que sob a forma de adesão de uma das partes às cláusulas contratuais instituídas pela outra, além de ser inerente às negociações jurídicas – sem que se caracterize, necessariamente, a subordinação –, encontra respaldo nos princípios*

²⁴³ *Ibidem.* p. 7.

²⁴⁴ *Ibidem.* p. 7.

²⁴⁵ *Ibidem.* p. 8.

²⁴⁶ *Ibidem.* p. 8.

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 8.

*constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, IV, c/c art. 170, III, da CF), que garantem o desenvolvimento econômico-produtivo livre”.*²⁴⁸

Em especial, um excerto ligeiramente assustador é aquele no qual foi dito que, “quanto ao fato de os valores serem previamente definidos pela empresa provedora do aplicativo, além de se entender pela completa legalidade dessa previsão contratual, a qual não tem o condão de descaracterizar a autonomia do motorista na prestação dos serviços, anota-se que os percentuais fixados pela ‘Uber Tecnologia Ltda.’ são superiores ao que este Tribunal vem admitindo como suficientes a caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos, como no caso de plataformas semelhantes (ex: 99), não sendo condizentes com o liame empregatício as altas alíquotas recebidas pelos profissionais”.²⁴⁹ Ou seja, o fato de o motorista auferir rendimentos acima de um patamar econômico qualquer é indício da alegada inexistência de relação trabalhista a ser albergada pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Em outra passagem do voto do ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, igualmente estarrecedora, foi advertido que “é impertinente a alegação de que o motorista não assume os riscos do negócio, pois além de arcar com os custos da prestação do serviço (manutenção do carro, combustível, IPVA), cabe a ele a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros, ainda que a empresa provedora da plataforma possa a vir ser responsabilizada solidariamente em alguns casos”.²⁵⁰ Pelo raciocínio desenvolvido nessa parte do voto, o problema – que consiste precisamente nas adversidades impostas ao motorista em razão da ausência de reconhecimento de vínculo empregatício com a empresa que controla o aplicativo da Uber – é tido como a própria resolução jurídica desse dilema. Ou, em termos mais simples – um problema não é necessariamente um problema. Basta chamá-lo de solução.

Contudo, talvez a parte mais significativa do voto seja aquela na qual foi rechaçada a possível pertinência de uma construção linguística inventiva para a discussão. É que o ministro considerou que “também não se há falar em existência de subordinação estrutural”.²⁵¹ Em sua linha de inteligência, “primeiro porque esse conceito, que visa enquadrar como empregado qualquer profissional que se encontre inserido na organização do empreendimento, oferecendo

²⁴⁸ *Ibidem.* p. 8. Nessa passagem, a abreviação “c/c” significa “combinado com”, e geralmente é utilizada por juristas na conjugação de duas ou mais normas jurídicas distintas entre si. Por sua vez, a sigla “CF” se refere à “Constituição Federal” – isto é, à Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

²⁴⁹ *Ibidem.* p. 8-9.

²⁵⁰ *Ibidem.* p. 9. No trecho aqui citado, a sigla “IPVA” se refere ao “Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores”.

²⁵¹ *Ibidem.* p. 9.

labor indispensável aos fins da atividade empresarial, ainda que não esteja sob o seu comando direto, não encontra amparo na legislação trabalhista (arts. 2º e 3º da CLT)”,²⁵² argumento que foi pretensamente robustecido com a suposição de que “não cabe ao Poder Judiciário ampliar conceitos a fim de reconhecer o vínculo empregatício de profissionais que não atuam enquadrados no conceito legal de subordinação, devendo ser respeitada a modernização das formas de trabalho, emergentes da dinâmica do mercado concorrencial atual e, principalmente, de desenvolvimentos tecnológicos, nas situações em que não se constata nenhuma fraude”.²⁵³

Colocado em uma outra linguagem, o voto que prevaleceu nesse caso entendeu que o direito trabalhista brasileiro deve manter-se inerte diante do surgimento de inéditos fenômenos e aportes econômicos, concorrenciais e tecnológicos. É uma confissão quase explícita de um vocabulário que, incapaz de ressignificar seus próprios conceitos, será capturado e colonizado pela lógica fria e calculista da linguagem econômica e empresarial do capitalismo hodierno.

O aspecto mais irônico dessa decisão colegiada, entretanto, é o de que, ao apegar-se demasiadamente a uma interpretação literal e, assim, petrificar os significados da relação empregatícia de acordo com cápsulas conceituais que remontam à década de 1940, essa decisão oblitera aquilo que há de mais literal em toda a conjuntura subjacente ao caso – qual seja, a existência de trabalho – a qual foi, ironicamente, ignorada.

O motorista dessa demanda não pode – de acordo com a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho – ser tutelado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Ocorre que esse mesmo indivíduo – tal como foi reconhecido assumidamente pelo acórdão ora destrinchado – também não possui a proteção de quaisquer outras legislações trabalhistas e, dessa forma, é empurrado para uma espécie de vácuo jurídico. Toda a linguagem jurídica necessária para traduzir a sua atividade laboral em direitos é subtraída e, nesse sentido, o voto do ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, se contrastado com a filosofia marxista da linguagem de Ferruccio Rossi-Landi, será tido como extremamente ideológico.

Para essa decisão colegiada, é irrelevante o fato de essa pessoa ter passado várias das horas de seus dias a realizar viagens de transporte urbano para clientes da Uber do Brasil Tecnologia Ltda. pois, em síntese, não foram comprovados os enforcados e engessados requisitos de uma legislação trabalhista elaborada por uma comunidade que sequer poderia imaginar o advento de tecnologias como a internet e os aplicativos de telefones celulares.

²⁵² *Ibidem.* p. 9. Aqui, a abreviação “CLT” corresponde à “Consolidação das Leis do Trabalho” – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

²⁵³ *Ibidem.* p. 9.

Curiosamente, ao mesmo tempo em que uma interpretação literal é excessivamente prestigiada, os aspectos mais literais das forças produtivas por detrás desse cenário – tão caros ao materialismo histórico-dialético nas teorizações marxistas – são completamente ofuscados por criativas distinções terminológicas. Os meios de produção – nesse caso, os meios de produção dos serviços de transporte urbano – são, evidentemente, possuídos pelo conglomerado empresarial da Uber e, ainda assim, tudo isso parece dissolver-se na afirmação, ressaltada no voto vencedor desse acórdão, de que a Uber do Brasil Tecnologia Ltda. não seria uma empresa de transporte urbano, e sim uma empresa de tecnologia – que seria algo radicalmente diferente.²⁵⁴ Há, aqui, uma nítida linguagem ideológica, a qual obscurece as relações materiais de trabalho por intermédio de conceitos idealizados, os quais não apresentam correspondência com as forças concretas de produção material que norteiam uma sociedade – no caso, as da sociedade brasileira.

Por seu turno, o motorista, que não tem senão a sua própria força de trabalho – e que, por esse motivo, poderia ser designado pela palavra proletário – é apreendido, nesse mesmíssimo voto, como alguém em relação de autonomia e parceria com essa mesma sociedade empresária.²⁵⁵ Ambas essas acepções carregam consigo ideias de independência e horizontalidade – como se o motorista e o bilionário empreendimento da Uber estivessem, do ponto de vista material e socioeconômico, em pé de igualdade um com o outro. Mais uma vez, essas noções de “autonomia” e de “parceria” são palavras que escondem a efetiva configuração da realidade material das relações de trabalho e, nessa perspectiva, são construções acentuadamente ideológicas constantes nessa decisão colegiada da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

A despeito disso, esse acórdão não deve ser assimilado como conclusão definitiva de que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é ideológica – naquele sentido atribuído pela filosofia marxista da linguagem de Rossi-Landi. A sua Terceira Turma, por exemplo, já assentou um precedente com entendimento jurisprudencial diametralmente oposto àquele do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP.²⁵⁶ A polêmica jurisprudencial em torno desse debate ainda há de ser uniformizada pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho que são, sob a ótica jurisdicional, competentes para essas incumbências.

²⁵⁴ *Ibidem.* p. 9-10.

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 9-11.

²⁵⁶ Para fins de registro, é o julgado indicado adiante: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066/RJ. Relator: Maurício Godinho Delgado. *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 de abril de 2022.

As reflexões tecidas nesta parte da dissertação apenas tiveram o escopo de mostrar como, a pretexto de conferir interpretação literal a normas jurídicas, a linguagem jurídica da decisão judicial pode, do seu outro lado, espelhar tentativas de representações da realidade que nada têm de literal. De certa maneira, essa decisão disse que, no direito, o trabalho não existe – e todo esforço laboral envidado pelo trabalhador fica órfão de uma linguagem. Até mesmo o trecho da anterior decisão unipessoal proferida pelo ministro Luiz Fux em 15 de setembro de 2014 nos autos da Ação Ordinária nº 1.773/DF – o qual houvera salientado que “*cada categoria de trabalhador brasileiro possui direitos, deveres e verbas que lhe são próprias*”²⁵⁷ – parece perder a sua significação.

A intensa carga ideológica impregnada no acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP separa a consciência da práxis e o resultado é uma linguagem jurídica que serve, antes, à alienação e à exploração do ser humano pelo ser humano.

A breve análise dessa decisão colegiada é somente um dos inúmeros exemplos possíveis de como a linguagem jurídica – pretensamente emancipadora – pode, por vezes, ser utilizada para a conservação de algumas das mais sérias injustiças sociais e econômicas averiguáveis em países como o Brasil. Em hipóteses como essas, a interpretação jurídica, de tão estreita e sufocada, não permite a mínima abertura para ações sociais libertadoras.

Todavia, por mais que talvez exista uma tendência nessa direção, a linguagem jurídica das decisões judiciais assume, em outras ocasiões, o martírio de causas humanitárias e progressistas. Na última parte deste capítulo, é proveitoso analisar que peculiar feição o vocabulário jurídico assumiu em uma dessas notórias decisões de elevados propósitos moralizantes.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014. p. 22.

3.3.5. A linguagem é apenas linguagem e, ao mesmo tempo, tudo parece ser só uma questão de linguagem – as decisões colegiadas do plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e no Mandado de Injunção nº 4.733/DF.

“Será que a analogia entre linguagem e jogos não fornece alguma luz, aqui, também? Podemos facilmente imaginar pessoas se divertindo em algum gramado ao jogarem com uma bola da seguinte maneira: começam jogando diversos jogos que já existem, mas jogam vários desses jogos sem terminá-los e, nesse meio tempo, arremessam a bola aleatoriamente para o alto, perseguem umas às outras, arremessam a bola umas nas outras apenas por brincadeira, e assim sucessivamente. E agora alguém diz: durante o tempo todo eles estão jogando um jogo de bola e, portanto, seguindo regras bem definidas a cada arremesso.

Mas será que também não há a situação em que nós jogamos e inventamos as regras à medida que jogamos esses jogos? E até mesmo a situação em que nós alteramos essas regras à medida que os jogamos?”²⁵⁸

No primeiro semestre de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou um dos assuntos mais emblemáticos, interessantes e polêmicos abordados recentemente pela jurisprudência brasileira. A criminalização da homofobia – tal como foi concebida²⁵⁹ – provocou um acalorado debate na esfera da sociedade civil e, principalmente, nos espaços de discussões jurídicas.

O julgamento se estendeu por nada menos que seis sessões – realizadas nos dias 13, 14, 20 e 21 de fevereiro, 23 de maio e, finalmente, 13 de junho, todos no ano de 2019 – oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plenária, e ao julgar, em conjunto, o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF²⁶⁰ e o do Mandado de Injunção nº 4.733/DF,²⁶¹ sedimentou o entendimento jurisprudencial de que devem ser aplicados os ditames da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 – na qual estão tipificadas como criminosas algumas condutas consistentes em atos preconceituosos empreendidos em

²⁵⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009. § 83. Aqui, de novo, a tradução do trecho ora citado, da língua inglesa para a portuguesa, foi feita pelo autor do presente trabalho.

²⁵⁹ A homofobia, em realidade, é o sentimento de aversão a homossexuais. Mas o escopo dessas decisões colegiadas da composição plenária do Supremo Tribunal Federal não se restringiu à criminalização de atos agressivos e violentos apenas contra indivíduos e indivíduos homossexuais. Abarcou, também, as pessoas bissexuais, transexuais, travestis e, em suma, todas aquelas não contempladas pela lógica heteronormativa que, até os tempos atuais, rege as noções de gênero e de sexualidade da sociedade contemporânea – ou ao menos da sociedade brasileira hodierna. Para fins de simplificação, o termo “homofobia” utilizado no presente trabalho se refere não só aos homossexuais, como também a todas essas categorias de indivíduos e indivíduos que sofrem com essas atitudes, esses discursos e essas práticas preconceituosas e violentas.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 6 de outubro de 2020.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 4.733/DF. Relator: Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 de setembro de 2020.

razão de raça e/ou cor de pele – às conjunturas de atitudes violentas, agressivas e/ou odiosas praticadas contra pessoas homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e/ou pessoas não binárias sob a ótica de seus gêneros e/ou de suas sexualidades.

Embora essa discussão tenha sido materializada em um acórdão formado por votos sobremaneira extensos, o argumento primordial que delineou a solução do caso foi relativamente simples. A “homofobia” seria apenas uma espécie de um gênero mais amplo – designado pela palavra “racismo”. Assim, não seria necessária qualquer analogia para que atitudes englobadas pelo conceito de homofobia fossem, igualmente, tipificadas como delitos. Ao ser conferida a interpretação das normas jurídicas da mencionada Lei nº 7.716/1989 em conformidade com os postulados constitucionais dos incisos XLI e XLII do *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, seria possível perceber que, em realidade, os atos de homofobia – por serem atos de racismo – *já eram* crimes, motivo pelo qual não haveria qualquer transgressão ao inciso XXXIX do mesmo art. 5º, *caput*, do texto constitucional brasileiro, o qual dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Sob a perspectiva de uma leitura mais garantista e positivista do direito penal brasileiro, esse julgamento é, por uma série de razões, no mínimo problemático. E, mesmo que sejam compreendidos à luz de alguma vertente do pós-positivismo jurídico – ou algo do tipo – esses precedentes estão fundamentados em premissas que parecem ser contraditórias entre si.

Ao final de seu voto – que prevaleceu, por maioria, como o voto vencedor – o ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, salientou que “*o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural, motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito*”.²⁶²

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 6 de outubro de 2020. p. 190. Nessa passagem de seu voto, a sigla “LGBTI+” significa “lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais, outros e/ou outras”,

É relevante apontar que essa linha de intelecção formulada pelo ministro Celso de Mello contrariou jurisprudência anteriormente firmada pelo Supremo Tribunal Federal – mais especificamente, pela sua Primeira Turma. No julgamento do Inquérito nº 3.590/DF, ocorrido em 12 de agosto de 2014, havia sido externada a compreensão de que “*o disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual*”.²⁶³

Demais disso, é interessante perceber a estratégia linguística subjacente a essa parte de seu voto. Tanto pessoas vítimas do racismo quanto aquelas que sofrem com homofobia são indivíduos e indivíduos que experimentam algum tipo de discriminação. Por isso, seria possível equiparar “homofobia” e “racismo” como expressões de um mesmo fenômeno. Mas, em vez de fazer alusão ao termo mais amplo – “discriminação” – o ministro Celso de Mello preferiu asseverar que a noção de racismo albergaria o conceito de homofobia. É como se Wittgenstein, ao falar de jogos solitários de cartas de baralho e de jogos coletivos de caráter esportivo e competitivo como espécies de uma palavra que escapa a qualquer conceituação precisa e unívoca – qual seja, a palavra “jogo” – concluísse que esses primeiros jogos – praticados por uma única pessoa – fossem uma divisão dessa segunda modalidade – a de jogos coletivos – o que, evidentemente, não faz sentido. Racismo e homofobia são formas de discriminação e, malgrado os requintados esforços linguísticos constantes nesse voto, um lacônico exame analítico dos usos dessas palavras – suscitadas na passagem aqui reproduzida – parece revelar as falácias conceituais dessa parte do voto do ministro Celso de Mello.

Os aspectos erráticos desse raciocínio não se limitaram a esse trecho. Se a homofobia já é parte de algo maior – o racismo social – então toda a interpretação calcada no art. 5º, *caput*, inciso XLI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, parece ter sido dispensável, pura e simplesmente. Esse dispositivo constitucional estabelece que “*a lei*

respectivamente. O termo “*gays*” – plural de “*gay*” – por seu turno, é uma palavra do inglês que, em sua acepção originária e literal, significava “feliz” e que, aos poucos, foi sendo usada para referir-se a pessoas homossexuais.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Inquérito nº 3.590/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de setembro de 2014. Fizeram parte desse julgamento, além do ministro Marco Aurélio, relator do caso, os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, além da ministra Rosa Weber. Os ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso e a ministra Rosa Weber explanaram, pois, entendimentos muito distintos de seus próprios posicionamentos jurisprudenciais, primeiramente no Inquérito nº 3.590/DF, em agosto de 2014, e, depois, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, realizado no decorrer do primeiro semestre de 2019. Por outro lado, isso não pode ser dito com relação ao ministro Dias Toffoli e ao ministro Marco Aurélio, uma vez que ambos jamais afirmaram que a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipificou como criminosas algumas condutas englobadas pelo conceito de homofobia.

punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e foi tido como fulcral para o deslinde desses julgamentos.

Por essa razão, o ministro Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, assinalou, em seu voto – que também foi acompanhado pela maioria dos demais ministros e ministras do plenário do Supremo Tribunal Federal – que “*essa proteção é buscada pela concretização de um mandado constitucional de criminalização que abrange toda e qualquer forma de ato discriminatório que se mostre incompatível com o princípio da igualdade e da liberdade*”.²⁶⁴ Apesar de o verbo expresso na redação do inciso XLI do *caput* do art. 5º do texto constitucional brasileiro ser aquele designado pela palavra “punirá”, os julgados da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF interpretaram essa norma jurídica como um verdadeiro “mandado constitucional de criminalização” – o que pode ser questionável a partir de uma apreensão mais garantista e minimalista do direito penal.

Porém, o mais irônico é o seguinte. Se a homofobia é racismo, então essa concepção já está pressuposta pelo inciso XLII do *caput* do art. 5º, também da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, no qual está previsto que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Ou seja, desde 9 de janeiro de 1989 – data de entrada em vigor da Lei nº 7.716/1989, que ocorreu com a sua publicação no Diário Oficial da União desse mesmo dia, nos termos do seu atual art. 21 – renumerado pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990 – a homofobia, por ser racismo, também constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão – o que é definido em detalhes jurídicos mais precisos justamente pelo referido diploma legal – isto é, pela Lei nº 7.716/1989. Mas, se isso fosse correto, então não haveria qualquer sentido em projetar-se temporalmente os efeitos da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal às suas normas para a data de conclusão desses julgamentos – cujos acórdão somente foram publicados no segundo semestre de 2020, décadas depois da promulgação da Lei nº 7.716/1989.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, sob pretexto de não criar, por analogia, qualquer nova tipificação criminal, preferiu afirmar que a sua postura hermenêutica traduziria mera interpretação realizada em conformidade com o texto constitucional brasileiro. No entanto, ao modular os efeitos dessas suas decisões colegiadas, reconheceu, conquanto somente de forma implícita, o caráter inventivo e inovador de sua construção interpretativa – o que, por sua vez, parece contrariar a legalidade estrita em matéria criminal como garantia

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 4.733/DF. Relator: Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 de setembro de 2020. p. 246.

precípua de toda a sistemática penal brasileira. Do ponto de vista linguístico, foi arquitetada uma analogia entre o racismo e a homofobia e, para disfarçar o cerne dessa solução jurídica, bastou chamar essa analogia de “*interpretação conforme à Constituição*”.²⁶⁵

É curioso, outrossim, pensar que a Lei nº 7.716/1989 é instrumento legal apropriado para punir, na seara criminal, as práticas de homofobia e, ao mesmo tempo, imaginar que as instâncias legislativas brasileiras estão em mora por não editarem lei específica para o combate a essas atitudes lesivas a pessoas homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis, dentre outras.²⁶⁶ Especificamente no tocante a esse ponto, o ministro Marco Aurélio – que divergiu integralmente do voto do ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, assim como do voto do ministro Edson Fachin no Mandado de Injunção nº 4.733/DF – enfatizou essa contradição ao enfatizar que, “*de duas, uma: ou se declara eventual ‘mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia’ ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia ‘no conceito ontológico-constitucional de racismo’, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989*”.²⁶⁷

Em uma apreensão analítica da questão apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, é possível detectar falhas linguísticas que têm o potencial de colocar a articulação de suas linhas argumentativas em xeque. A homofobia é racismo e, apesar de estar alegadamente tipificada como tal desde a data de entrada da Lei nº 7.716/1989 em vigor, ocorrida no dia 9 de janeiro de 1989, só passou a ser punível criminalmente mais de três décadas depois, com a publicação dos acórdãos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, já no segundo semestre de 2020. O Congresso Nacional editou a Lei nº 7.716/1989 – a qual, alegadamente, tipifica como criminosas as condutas de homofobia – e, ainda assim, está em mora por não promulgar lei específica para a tipificação criminal de atitudes enquadráveis como homofobia.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 6 de outubro de 2020. p. 10.

²⁶⁶ Quanto a isso, é importante fazer a ressalva de que os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli ficaram parcialmente vencidos, justamente por proferirem votos no sentido de que haveria de ser reconhecida apenas a mora legislativa concernente à não criminalização da homofobia. Ou seja, esses ministros rejeitaram a solução plasmada na aplicabilidade das normas da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, às possíveis situações de homofobia. Já o ministro Marco Aurélio, por não reconhecer sequer essa mora por parte do Congresso Nacional, ficou, em ambos os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, integralmente vencido.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 6 de outubro de 2020. p. 555.

O direito penal, que rechaça a criminalização mediante interpretações inventivas, poderia, de acordo com esses precedentes, admitir que medidas dessa estirpe fossem implementadas – desde que sob a roupagem da “interpretação em conformidade com o texto constitucional”. Nesse aspecto em particular, é oportuno – e talvez necessário – perceber que a “interpretação conforme à Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988”, não é algo como um meio-termo entre a “legalidade estrita em matéria penal” e a “analogia em prejuízo do réu” – mas sim, precisamente, a “analogia em prejuízo do réu” disfarçada de “legalidade estrita em matéria penal”.

Mas não é somente a leitura analítica do debate que desvela algumas incongruências linguísticas. Ainda que lhes sejam dados contornos acentuadamente hermenêuticos, algumas decorrências intrigantes dessas decisões colegiadas são facilmente desnudadas. É que a defesa de uma pauta progressista e garantista – embasada na tolerância à diversidade sexual e à multiplicidade de gêneros e no respeito às mais variadas formas de vida plurais, que marcam alguns dos elementos mais importantes do cerne multifacetado e complexo das sociedades contemporâneas – ocorreu por intermédio de uma providência escancaradamente na contramão de qualquer acepção possível de progressismo e/ou garantismo – a criminalização. É difícil crer que grupos minoritários – os quais costumam saber melhor do que quaisquer outros a respeito das cruéis seletividades, dos injustos casuísmos e das atrocidades estruturais que formam o sistema penal brasileiro – confiem, agora, na criminalização como instrumento com a aptidão de efetivar frutíferas e pacificadoras transformações sociais nesse mesmíssimo contexto.

Não obstante as suas possíveis contradições, os acórdãos exarados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF podem fornecer algumas reflexões profícuas acerca da linguagem jurídica que preenche algumas das decisões judiciais mais relevantes no Brasil da atualidade.

No âmbito de um paradigma jurídico atento ao que foi descoberto pelo tal giro linguístico, o princípio da legalidade estrita em matéria penal há de ser interpretado a partir da constatação de que não há qualquer sentido “literal” da lei que seja eterna e irretocavelmente cristalizado em um significado perfeito e imutável de suas palavras. A literalidade é, na melhor das hipóteses, um consenso linguístico estável e duradouro o suficiente para permitir a realização de jogos de linguagem que não provoquem divergências significativas em torno das palavras e dos enunciados que formam um determinado tipo penal.

Assim, talvez a norma do art. 5º, *caput*, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, possa interpretada como uma exigência nos jogos

de linguagem praticados pelas instâncias legislativas e judiciárias. Cabe aos órgãos parlamentares – e não aos judiciários – definir o conceito relativamente preciso e claro do que vem a ser um delito – conceito esse que, a longo prazo, será sempre provisório e alterável.

Nesse mesmo jogo de linguagem, também assume especial importância a regra da postura interpretativa sempre favorável ao réu, ou à ré. Eventuais dúvidas provenientes da ressignificação dos elementos linguísticos que compõem alguma tipificação criminal qualquer deverão ser sempre resolvidas em favor da parte acusada – e isso até que os órgãos legislativos, novamente, esclareçam essas dúvidas a partir da edição de novas leis, que, mais uma vez, terão suas definições e seus conceitos paulatinamente obscurecidos no decorrer das mudanças sociais e conjunturais averiguadas após uma longa passagem do tempo, e assim sucessivamente.

A separação de poderes – um dos sustentáculos cruciais do constitucionalismo, ou ao menos do constitucionalismo ocidental em seus aportes hodiernos – é outra regra desse jogo de linguagem que, se for conjugada com a da legalidade estrita em matéria criminal, tornará ainda mais evidente que a elucidação de possíveis entraves linguísticos acarretados por termos potencialmente ambíguos, fluidos e/ou imprecisos – como racismo, por exemplo – deve ficar a cargo da esfera legislativa.

Visualizada sob esses aspectos, a linguagem jurídica explicitada nas decisões colegiadas da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e no Mandado de Injunção nº 4.733/DF parece mostrar não apenas que essas construções linguísticas podem implicar possíveis deturpações e/ou mesclas confusas de conceitos, como, também – e em uma dimensão ainda mais profunda – que as regras desses jogos de linguagem, por serem parte da própria linguagem, são alteráveis por meio de artifícios linguísticos que, de uma maneira relativamente trivial, subvertem consideravelmente a lógica do sistema e os funcionamentos desses jogos de linguagem.

As palavras “racismo” e “homofobia” são equiparadas em uma dinâmica interpretativa que parece desconsiderar as particularidades históricas, sociais e contextuais de cada um desses termos e, em seguida, a tal da “interpretação conforme ao texto constitucional” serve de atalho para que os significados dessas duas palavras cheguem, juntas, ao ponto de encontro plasmado no sinônimo “discriminação”, sem que nenhuma delas tenha de percorrer os caminhos da “legalidade estrita em matéria penal” e os da “separação de poderes”.

Em um paradigma tido como o tal do pós-positivismo jurídico, a decisão judicial parece compreender – talvez da forma mais ardilosa possível – toda a gama de potencialidades propiciadas pelo giro linguístico. A linguagem jurídica fica livre para realizar os mais extravagantes malabarismos interpretativos e, ao mesmo tempo, acentua o seu caráter

pretensamente lógico, coeso e ordenado. Isso pode ser constatado, por exemplo, no excerto do voto proferido pelo ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF em que foi ressaltado que, “*o que eu estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social*”.²⁶⁸ Desse modo, é possível empreender todo um contorcionismo linguístico – o qual, obviamente, é muitíssimo distante de qualquer rigor matemático da lógica formal – para, ao final dessa empreitada, enquadrar o resultado desse processo inventivo nas vestes da palavra “subsunção” e, assim, emprestar-lhe o verniz exato e inequívoco de algo racional e coerente.

Em resumo, a linguagem jurídica, na decisão judicial, é capaz de desempenhar as mais surpreendentes e inimagináveis façanhas. Interpretações complexas são banalizadas e dispositivos legais de teor claro são desnecessariamente problematizados. E mais – construções que seriam impossíveis de serem erigidas na realidade são assimiladas como dotadas de sentido na linguagem e, a partir disso, toda a lógica fundante do ordenamento jurídico parece ser facilmente destrutível – seja por fora, seja por dentro.

As teorias do direito tentam impor limites à linguagem jurídica. Entretanto, a decisão judicial – que também é linguagem – há muito já percebeu que, antes de ser um limite propriamente dito, “limite” é só mais uma outra palavra e, como tal, pode ser continuamente reinterpretada, remodelada e reformulada.

Isso não significa que, necessariamente, não haja limites. O diagnóstico talvez seja ainda mais complicado – o limite é algo fluido e, por isso, talvez seja utilizado apenas quando se releve ser conveniente. E, nesse peculiar sentido, a decisão judicial consegue ser ainda mais desprovida de limites.

A linguagem jurídica da decisão judicial há de ser condenada. O direito, nas suas mais variadas e refinadas teorizações, prometeu correção deontológica, racionalidade e a estabilização congruente de expectativas normativas. Na prática, a decisão judicial entregou uma série de frases indigestas, dúbias, controversas e truncadas.

Qual seria, então, a dosimetria da pena imposta à linguagem pelos delitos cometidos por algumas de suas decisões judiciais?

²⁶⁸ *Ibidem.* p. 130.

NOTAS CONCLUSIVAS E CONSIDERAÇÕES FINAIS: A LINGUAGEM RECORRE?

J: Com certeza. Por isso nós no Japão compreendemos imediatamente a sua palestra ‘O que é Metafísica?’ quando ela ficou disponível para nós em 1930 por meio de uma tradução que um estudante japonês, que à época assistia às suas palestras, se aventurou a fazer. – Nós nos assustamos até hoje por conta de como os europeus puderam cair no lapso de interpretar como nihilista o nada do qual você fala nessa palestra. Para nós, o vazio é o nome mais sublime para o que você quer dizer com a palavra ‘Ser’...

I: ... em uma tentativa de pensamento cujos primeiros passos são inevitáveis até os dias de hoje. Isso se tornou, no entanto, a ocasião para uma confusão muito grande, uma confusão fundada no próprio assunto e ligada ao uso do nome ‘Ser’. Pois esse nome pertence, afinal de contas, ao patrimônio da linguagem da metafísica, enquanto eu coloco essa palavra no título de um ensaio que traz à tona a essência da metafísica, e que só assim traz a metafísica de volta aos seus próprios limites.

J: Quando você fala em superar a metafísica, é isso o que você tem em mente.

I: Somente isto; nem uma destruição, tampouco uma negação da metafísica. Pretender qualquer outra coisa seria uma presunção infantil e um menosprezo à história.

J: Para nós, a uma distância, sempre pareceu incrível que as pessoas nunca cansaram de imputar-lhe uma atitude negativa em direção à história do pensamento anterior, enquanto, na verdade, você apenas almeja por uma apropriação original.

I: Cujo sucesso pode e deve ser disputado.

J: O fato de que essa disputa ainda não chegou no percurso adequado se deve – dentre vários outros motivos – principalmente à confusão que o seu uso ambíguo da palavra ‘Ser’ acarretou.

I: Você tem razão: só que o aspecto insidioso é que essa confusão causada foi posteriormente atribuída à minha própria tentativa de pensamento, uma tentativa que, ao seu próprio modo, sabe claramente a diferença entre o ‘Ser’ como ‘o Ser dos seres’ e o ‘Ser’ como ‘Ser’ com relação ao seu próprio sentido, isto é, com relação à sua verdade (o clareamento).

J: Por que você não entregou a palavra ‘Ser’ imediata e definitivamente ao uso exclusivo da linguagem da metafísica? Por que você não deu desde logo o seu próprio nome para aquilo que você estava procurando, por meio da natureza do Tempo, como o ‘sentido do Ser’?

I: Como alguém pode dar um nome para aquilo que ainda está procurando? Atribuir a palavra nomeadora é, afinal, justamente o que constitui o achado.

J: Então a confusão que surgiu deve ser suportada.”²⁶⁹

A linguagem jurídica das decisões judiciais escapa – com certa facilidade, inclusive – das pretensões racionalistas, normativas e/ou deontológicas assinaladas pelas teorias do direito.

Ao longo do presente trabalho, foram lançadas digressões que parecem sugerir três conclusões principais que, embora não sejam definitivas, parecem desvelar a necessidade de

²⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. *A Dialogue on Language – between a Japanese and a Inquirer*. In: HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971. p. 19-20. A tradução das passagens transcritas acima, do inglês para o português, foi, de novo, realizada pelo autor da presente dissertação. Nesses excertos, “J” é uma abreviação para “japonês” e “I” é outra abreviação, que, por seu turno, se refere à palavra “inquiridor”. No cenário por detrás das referidas passagens, o japonês e o interlocutor estão em um diálogo que tem como tema a própria linguagem. Além disso, vale destacar que o último desses trechos – no qual está externada a frase “então a confusão que surgiu deve ser suportada” – é o resultado da tradução, para a língua portuguesa, do seguinte enunciado, em inglês – “*then the confusion that has arisen must be endured*”. Em especial, convém esclarecer que a palavra “*endured*” – de difícil tradução literal para o português – expressa a ideia de algo que, após passar por sofrimento e provação, conseguiu, por meio da resiliência, resistir à dureza desses desafios e, assim, acabou por sair fortalecido desses acontecimentos.

questionamentos mais acurados em torno de alguns aspectos centrais do direito contemporâneo, ou ao menos no que tange à ordem jurídica brasileira da atualidade.

A primeira reflexão em tom conclusivo a ser ressaltada pode ser destrinchada a partir da constatação de que, mesmo que de forma apenas intuitiva, as decisões judiciais estão mais próximas das filosofias da linguagem desenvolvidas do início do século XX em diante do que das teorias jurídicas que procuram assegurar-lhe parâmetros e critérios de racionalidade e de acertos prescritivos. As teorias do direito – muitas vezes pensadas como pontes de intermediação metodológica entre a carga intensamente abstrata e conceitual da filosofia e as características muitas vezes mundanas e irrefletidas da concretude da prática jurídica – parecem ser, na dimensão jurídica – e isso ao menos no que se refere ao panorama brasileiro – o elemento mais distante nas intrincadas e instigantes relações averiguáveis entre filosofia, teoria e prática.

Na linguagem, praticamente tudo é possível. Além da distorção de enunciados linguísticos para que correspondam ao oposto do que aquilo que, em uma primeira leitura, esses enunciados pareciam significar, a linguagem jurídica – sobretudo na decisão judicial – também é capaz das mais extravagantes construções. O significado de uma norma jurídica de subsunção clara a uma hipótese pode ser facilmente rechaçado mediante adereços do vocabulário jurídico e, ao mesmo tempo, um caso difícil e complexo pode ser trivializado por meio de ornamentos linguísticos que, à superfície, aparentam ser sérios, elegantes e coerentes e, um pouco mais ao fundo, têm pouquíssimas coisas verdadeiramente significativas a dizer.

A análise séria e analiticamente consistente dessas decisões parece ser quase uma armadilha. Um jurista pode dedicar uma considerável quantidade de tempo e esforço no exame minucioso de conceitos jurídicos e da articulação ordenada desses conceitos, atestar a legalidade de uma conduta qualquer e, ao final, ser surpreendido com a perturbadora afirmação de que, na realidade, a mera licitude dessa conduta, por si só, não significa coisa alguma. Isso porque, ao menos no Brasil, leis são por vezes tidas como ilícitas sem que seja necessário, antes, declará-las inconstitucionais. Ainda que a linguagem jurídica não precise chegar ao ponto de afirmar que a lei é ilícita, é sempre possível flexibilizar ou até mesmo afastar uma regra jurídica inconveniente para o caso, ao simplesmente assinalar que, em verdade, trata-se de um princípio. Por outro lado, caso se tenha a intenção de tornar o princípio jurídico absoluto, basta afirmar que essa norma é uma regra – a qual, de preferência, deve ser apontada como de subsunção inequívoca à sua respectiva contenda. Tudo isso é enfeitado com argumentações supostamente coesas e escorreitas, o que dificulta uma assimilação mais amadurecida desses problemas.

Por esses motivos, outra reflexão desta parte do trabalho é a de que, no âmbito do assim chamado pensamento pós-metafísico, talvez seja mais profícuo analisar decisões judiciais

através da apreensão pragmática daquilo que a fluidez de suas linguagens acarreta. Linhas de argumentação jurídica são formadas por palavras e, a não ser que se imagine que elas são espelhos de acepções perfeitas e irreprocháveis – encapsuladas em coisas como caixinhas metafísicas – os seus significados devem ser, na maior parte das vezes, perquiridos pelos seus usos na linguagem. Com essa lente, a leitura dessas decisões consegue, a um só tempo, enxergar os seus caracteres problemáticos que foram falseados como óbvios e, do outro lado, descortinar as acintosas perturbações discursivas que foram mascaradas por eruditos floreios da linguagem.

O filósofo latino-americano Julio Cabrera, ao falar sobre a ideologia subjacente à linguagem como uma de suas graves deturpações, descreve uma dinâmica que talvez sirva, também, como retrato de considerável parte das decisões judiciais brasileiras:

“Apesar de suas deficiências, apesar de ela estar literalmente carcomida pela alienação, a atividade racional-linguística não se detém, ela continua, apesar de tudo, pensando e gerando discursos. A situação de alienação não suspende o discurso, mas modifica-o, altera-o, introduz-lhe anomalias e perturbações. É fundamental ao fenômeno da ideologia o fato de o discurso humano não parar durante a situação de alienação, de continuar gerando expressões dentro da alienação. Por conseguinte, algum tipo de discurso racional deverá, de fato, ser desenvolvido nela. Mas, precisamente, esse discurso, pelo fato de gerar-se dentro de uma quebra normativa (a alienação do inalienável, algo que não poderia, portanto, ter nenhuma justificativa se autênticas ideias fossem empregadas), terá apenas uma externa aparência de racionalidade e linguisticidade, por meio de rodeios e complicações expressivas, ocultando em lugar de exprimir, atenuando a transgressão em lugar de mostrá-la em toda a sua magnitude. As mesmas estruturas linguísticas do discurso estarão marcadas pela transgressão que as toma veiculadoras de ‘ideologias’ e não de autênticas ideias, ou de ‘fraseologias’ (na expressão literal de Marx e Engels) em lugar de autênticas frases.”²⁷⁰

Nas metacríticas da linguagem abordadas na filosofia de Cabrera, o remédio para as gritantes rupturas do plano da linguagem passa pela necessidade de haver significativas e intensas modificações na ordem social e econômica de uma comunidade, e não por meras terapias linguísticas ou por pontuais reconfigurações discursivas.

Essa é uma afirmação que, a despeito de ser formulada em moldes ligeiramente diferentes, também é acompanhada pela filosofia marxista da linguagem do pensador italiano Ferruccio Rossi-Landi – a qual concebe a linguagem como o veículo precípua da ideologia e, por conseguinte, da alienação humana.

Mesmo que com base em um outro marco teórico e em pressupostos metodológicos bastante distintos, o fenômeno da constitucionalização simbólica explanado pelo jurista brasileiro Marcelo Neves indica uma conjuntura deveras semelhante, na qual a linguagem

²⁷⁰ CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 184-185.

jurídica é utilizada como disfarce para propósitos afetos à economia, à política e a outras searas da sociedade brasileira, em uma lógica desanimadora, que não apenas agrava os problemas do sistema jurídico, como, também, obstrui os possíveis caminhos para a resolução desses dilemas.

Assim, a segunda consideração conclusiva que pode ser realçada na presente dissertação é a de que, no Brasil – e talvez em outros países periféricos da ordem global, ou até mesmo em alguns países centrais, cujos sistemas jurídicos já detenham algumas semelhanças com os das nações periféricas – a autonomia do direito e a significação escorreita de sua linguagem demandam o combate sério e enérgico às assombrosas disparidades sociais, econômicas e políticas que marcam essas sociedades – as quais mantêm amplos segmentos de suas populações à margem das garantias e dos direitos que dão a ênfase possivelmente emancipadora do ordenamento jurídico.

Nessa empreitada – a qual foge ao escopo deste trabalho – será necessário que a linguagem jurídica, de algum modo, se aproxime da linguagem dessas pautas revolucionárias. Afinal, a linguagem é somente a outra face de uma moeda que também pode ser designada como uma forma de vida. Por isso, talvez a linguagem jurídica de sociedades como a brasileira precise ressignificar alguns de seus institutos, de suas definições e de seus aportes, a fim de harmonizá-los a esses ideais – tarefa que, inclusive, parece ser condizente com o atual texto constitucional brasileiro – ou pelo menos com uma de suas possíveis interpretações.

Por último, o contraste entre filosofias da linguagem, teorias do direito e decisões judiciais releva um magnânimo desafio a ser enfrentado na contemporaneidade – e que constitui a terceira conclusão delineada nesta dissertação, igualmente aventada em forma de reflexão filosófica. Na era do pensamento pós-metafísico – notadamente daquele imerso nas preocupações e nas perplexidades trazidas pelo giro linguístico – parece ser complicadíssimo erigir uma ética capaz de garantir uma correição moral e/ou deontológica para as ações de uma humanidade cada vez mais abstrusa, multifacetada e imprevisível.

Por um lado, parece ser fadada ao fracasso a postura filosófica de, desde o ponto de partida, assumir a estirpe sempre aberta, flexível e relativa de padrões prescritivos que, invariavelmente, serão expressos na linguagem. A outra alternativa mais óbvia seria recorrer aos sustentáculos absolutos e infalíveis de prescrições éticas e morais que, aparentemente, só poderiam ser encontradas em algum plano metafísico.

O direito, desde a suposta superação do jusnaturalismo, parece movimentar-se em uma oscilação pendular entre o abandono da moral e a sua reaproximação pela via da metafísica.

O positivismo jurídico, a pretexto de ultrapassar o direito natural e a sua moralidade transcendente, parece ter caído, em parte, no abismo de uma metafísica científica e, na parte

restante, deixado a ordem jurídica vulnerável aos anseios colonizadores de outras linguagens – tais como as da economia e da política, principalmente.

Já o pós-positivismo jurídico – que, em considerável medida, parece ser a designação provisória e ainda dúbia de uma mistura confusa de aparatos teóricos bastante diferentes uns dos outros – também apresenta os seus próprios problemas. Em um dos extremos desse pêndulo, o ordenamento jurídico parece simplesmente voltar às raízes metafísicas do direito natural – só que, agora, sob o manto de nomes mais requintados. No outro, o pós-positivismo jurídico parece ser uma sofisticação do próprio positivismo jurídico sem que, com isso, os dilemas mais acentuados dessas correntes teóricas tenham sido plenamente solucionados – mormente aquele alusivo à significação deontológica, moral e/ou prescritiva do direito.

E, em todos os pontos dessa linha que vai de um dos polos até o outro, há a questão referente ao distanciamento entre o que é descrito e/ou prescrito pelas teorizações do direito e o que, de fato, acontece nas experiências concretas da prática jurídica. Ao que tudo indica, esse afastamento ocorre *na* linguagem e, por essa razão, uma elucidação mais acurada da linguagem jurídica por intermédio dos auxílios propiciados pelas filosofias da linguagem parece ser uma providência não só oportuna – como, também, indispensável.

Para além de tudo isso, talvez a derrubada dos alicerces metafísicos pela virada linguística possa ser compreendida por uma assimilação menos recalcitrante e inerte de suas decorrências.

Enquanto as teorias do direito se digladiam com os entraves oriundos da busca por uma moralidade pós-metafísica, atrocidades das mais variadas espécies são perpetradas – a fome que assola milhões, as condições de trabalho análogas às da escravatura, as guerras, as torturas, as migrações forçadas, as intolerâncias étnicas, raciais e religiosas e, em suma, as infinitas formas de violências físicas, psíquicas e sexuais que, a cada instante, causam sofrimentos, dores e mortes a uma quantidade incalculável de pessoas ao redor do mundo.

A linguagem jurídica, robustecida por uma moralidade pós-metafísica, *deve* ter algo a dizer sobre esses cruéis e dramáticos fenômenos da contemporaneidade. Por mais que ainda não se saiba o vocabulário apropriado para tal, o direito *precisa* dizer algo a respeito de tudo isso. Construir uma ética filosófica no terreno do tal pensamento pós-metafísico é tarefa que, por ser difícilíssima, não deve ser tida como impossível.

Como indício dos primeiros passos dessa árdua caminhada, talvez seja possível inverter a lógica da ode ao silêncio enaltecida ao término da primeira fase da filosofia de Ludwig Wittgenstein.

Sobre aquilo diante do qual não se pode ficar calado, deve-se falar.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. versão *e-book*, 2ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

BAHKTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem – problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. Tradução de Michel Lahud, Yara Frateschi Vieira, Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 12ª edição. São Paulo: Editora HUCITEC, 2006.

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. In: *New York University Law Review*, vol. 79, 2004. p. 1-55.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003. p. 25-65.

CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

CARROLL, Lewis. *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

COHEN, Julie. From Lex Informatica to the Control Revolution. In: *Berkeley Tech Law Journal*, vol. 36, nº 3, 2022 – a ser publicado.

CORRÊA, Pedro Barros Nunes Studart. *De Ontologia e Deontologia – A Regra Principiológica do Direito Contemporâneo*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

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

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *On the Way to Language*. Tradução, para o inglês, de Peter D. Hertz. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers Inc, 1971.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

MURRAY, Andrew D. Nodes and Gravity in Virtual Space. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Hart Pub., v. 5, n. 2, 2001. p. 195-221.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução, do original em alemão, por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

RORTY, Richard. *Wittgenstein, Heidegger and the Reification of Language*. In: RORTY, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

ROSSI-LANDI, Ferruccio. *A Linguagem como Trabalho e como Mercado: uma teoria da produção e da alienação linguísticas*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini. São Paulo: DIFEL – Difusão Editorial S.A., 1985.

RÜSEN, Jörn. Tradition: A Principle of Historical Sense-Generation and its Logic and Effect in Historical Culture. In: *History and Theory*. vol. 51, nº 4, 2012. p. 45-59.

SHAPIRO, Scott Jonathan. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Ann Arbor, Working Paper nº 77, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução, para o inglês, de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Peter Michael Stephan Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução, para o inglês, de David Pears e Brian McGuinness. Nova Iorque: Humanities Press, 1961.

Jurisprudência citada.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.159.136/SP. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de dezembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF. Relatora: Diva Malerbi. *Diário de Justiça Eletrônico*, 8 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 496.250/MG. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.278.009/MG. Relator: Sérgio Kukina. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 de dezembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.993.387/SP. Relator: Francisco Falcão. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de setembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.348.175/MG. Relator: Mauro Campbell Marques. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar na Ação Originária nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Inquérito nº 3.590/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.581/DF. Relator: Edson Fachin. Relator designado para o acórdão: Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.582/DF. Relator: Edson Fachin. Relator designado para o acórdão: Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 6 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 2 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. *Diário de Justiça Eletrônico*, 17 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 4.733/DF. Relator: Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 603.583/RS. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 25 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 710.293/SC. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 de agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10543-26.2020.5.15.0129/SP. Relator: Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066/RJ. Relator: Maurício Godinho Delgado. *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 de abril de 2022.

Músicas citadas.

DEF, Mos. Mathematics. In: DEF, Mos. *Black on Both Sides*. Nova Iorque: Rawkus Records, 1999. faixa 16.

NAPALM, Atentado; BC1, Coruja; SAPIÊNCIA, Rincon; XAMÃ; SANT; RASHID. *The Cypher Respect, Vol. 2*. São Paulo: Lado Sujo da Frequência, 2017.

NUNES, Clara. Canto das Três Raças. In: NUNES, Clara. *Canto das Três Raças*. São Paulo: EMI-Odeon, 1976. faixa 1.

ORIENTE. Oriental Brasileiro. In: ORIENTE. *Desorientado*. Rio de Janeiro: Boca do Oriente, 2011. faixa 2.

PUNK, Daft. Technologic. In: PUNK, Daft. *Human After All*. Paris: Parlophone, 2005. faixa 9.

VELOSO, Caetano. Oração ao Tempo. In: VELOSO, Caetano. *Cinema Transcendental*. Rio de Janeiro: PolyGram Studios, 1979. faixa 2.