

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

"Esclarecemos por meio de processos intelectuais, mas compreendemos pela cooperação de todas as forças sentimentais na apreensão, pelo mergulhar das forças sentimentais no objeto."

Dilthey

Nínive Daniela Guimarães Pignatari¹

RESUMO

A pesquisa bibliográfica trata da politicidade no discurso decisório (sentença) à luz da teoria da Análise do Discurso. Inicialmente discorre sobre a evolução das concepções hermenêuticas, desde a escola da exegese até as teorias atuais que sustentam o modelo da pós-modernidade. Ao avaliar as novas vertentes, que compõem o paradigma hermenêutico emergente, apresenta a intersecção entre elas e as teorias sobre o discurso (AD), disseminada após o giro linguístico. A partir de tal arcabouço, o artigo trata das causas e das consequências da discricionariedade judicial, enfocando os problemas da subjetividade e da ideologia na sentença (*Nova Crítica do Direito*). Afinal, ilustra a questão com a análise do discurso de acórdãos, evidenciando como a formação discursiva, a posição social e a visão política do magistrado intervêm de modo crucial na interpretação da lei, contribuindo tal fato para a heterogeneidade nos julgamentos.

Palavras-chave: Politicidade do Judiciário. Análise do Discurso. Hermenêutica. *Nova Crítica do Direito*.

¹ Docente do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Desde o início do século XX, com a chamada reviravolta linguística (*linguistic turn*), com o advento dos estudos em semiótica, o fenômeno jurídico passou a ser estudado pelo viés textual, já que o direito realiza-se por meio de discursos, a saber: discurso das leis (discurso normativo); discurso dos requerimentos; discurso da doutrina (discurso científico) e discurso das sentenças (discurso decisório).

Para além da análise lógica e gramatical da linguagem, enquanto ciência geral dos signos, a hermenêutica hoje tenta compreender o acontecer da linguagem dentro de um fluxo contextual, ou seja, no conjunto linguístico-temporal de uma tradição social, cultural, econômica e política. Um termo e um texto (e também o termo e o texto legais) só podem ser interpretados dentro de um contexto. A expressão “reforma agrária”, por exemplo, tem um significado (disfórico) para o proprietário e outro (eufórico) para o sem-terra. Para o administrador (governo), que deve lidar com ela, e para o juiz, que deve decidir sobre uma ocupação, ainda, poderá esse termo significar muitas outras coisas. Isso sugere que não existe a “neutralidade” na interpretação, pois jamais poderemos conhecer as coisas diretamente, sem um filtro, sem um olhar contaminado ou condicionado, especialmente nas ciências humanas e sociais.

Sempre haverá a intermediação dos valores, dos condicionamentos linguístico-culturais no momento da interpretação da realidade e também dos textos que nela circulam (e que a refletem). Assim, a *pré-compreensão* antecipa nosso conhecimento da realidade e também nossa relação com os textos, nessa categoria inseridos os textos da lei (discurso normativo), que nada mais são do que uma espécie de discurso humano.

Desse modo, os aportes teóricos da disciplina denominada Análise do Discurso são hoje relevantes para o estudo do direito, pois introduziram novas perspectivas teóricas às investigações hermenêuticas. O jurista, além de conhecer os métodos de exegese tradicionais, deve agora admitir que, na interpretação da lei, a *formação discursiva* do juiz influenciará tanto na

recepção da norma (condicionando a atribuição de sentidos) quanto na produção dos argumentos que fundamentam a sentença.

Tal formação discursiva, como veremos adiante, determina-se por fatores históricos, culturais e sociais e depende do *ambiente discursivo* em que o juiz se formou.

Desse modo, com a denominada viragem linguística, o caráter político-ideológico do texto decisório começou a ser debatido. Desde então, a interpretação da lei é vista como uma *emanação axiológica e argumentativa*, socialmente atuante e contagiada por valores e vivências do juiz, que não julga de modo asséptico e frio, mas está sempre, *ainda que não queira e não perceba*, condicionado a sua *formação discursiva* e por sua visão política.

A proposta da pesquisa é, pois, analisar a *politicidade* no discurso decisório (sentenças) descrevendo e avaliando as causas e os efeitos da discricionariedade na função judicial à luz dos postulados da Análise do Discurso e da hermenêutica jurídica tradicional.

Para tanto, o artigo apresenta uma síntese evolutiva das correntes interpretativas, analisando os métodos hermenêuticos tradicionais, as teses do paradigma hermenêutico emergente e a teoria de Ronald Dworkin, para finalmente concluir pela insuficiência de todas elas à luz da teoria da Análise do Discurso. Para exemplificar, analisará alguns acórdãos em que a formação ideológica se manifesta.

Por meio de pesquisa bibliográfica, o estudo analisará algumas questões centrais da hermenêutica contemporânea: limites criativos da prestação jurisdicional; teto hermenêutico; relações entre poder e discricionariedade no discurso decisório. Ao demonstrar como a *formação discursiva* do juiz é *condicionada* pela posição histórica, social e cultural e também *condicionante* da interpretação, pretende-se determinar que na complexa trama da sentença expressam-se e disseminam os (pre)conceitos, crenças e utopias, não havendo possibilidade de sentença *neutra*.

Partir-se-á da hipótese de que, ao interpretar, a ideologia influencia na atribuição de sentidos que o juiz dará aos termos da lei, não havendo possibilidade de sentença isenta de politicidade ou persuasividade.

Entende-se aqui o termo política não em sua acepção “partidária”, mas em seu sentido primeiro, etimológico, como noção do que é a “cidade ideal”.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

Assim sendo, a politicidade manifesta-se sempre que o magistrado decide levando em conta o que considera adequado para o advento de uma sociedade perfeita, em que prevaleça o bem comum, segundo sua interpretação pessoal.

O problema surge quando se reconhece que o sentimento do justo varia de acordo com o contexto de onde provém o magistrado. Isso cria potencialmente instabilidade jurídica em razão de decisões díspares.

Diante dessas contradições e da lacuna doutrinária quanto ao tema é que se organiza o presente estudo, partindo da premissa de que o hermeneuta, hoje, precisa questionar não só as possíveis *interpretações da lei*, mas, fundamentalmente, a legitimidade das *interpretações políticas da lei*.

Este artigo investigará a sentença não apenas como uma prestação jurisdicional dada à lide, mas como um complexo fenômeno da linguagem humana, um *instrumento ideológico* amplo e transformador, (possivelmente) responsável pelo advento de novas realidades e perspectivas sociais.

Como contribuição, pretende-se alimentar os debates sobre as novas formas hermenêuticas, à luz das teorias da linguagem, especialmente da Análise do Discurso, subsidiando a reflexão interdisciplinar dos exegetas comprometidos com busca do chamado “direito justo”.

1 A EVOLUÇÃO DAS CORRENTES HERMENÊUTICAS

Lutar com palavras parece sem fruto.

Não têm carne e sangue...Entretanto, luto.

Palavra, palavra (digo exasperado),

se me desafia, aceito o combate

(Carlos Drummond de Andrade)

Uma das questões teóricas fundamentais que divide a doutrina jurídica atual refere-se aos limites hermenêuticos na atividade judicial. Em grossa síntese, ao longo do tempo, verifica-se gradativamente a ruptura do paradigma da sentença como resultado da aplicação dedutiva da lei (subsunção).

Inicialmente, a Revolução Francesa, com a Escola da Exegese e sua proposta dogmática positivista, afastou o discurso jurídico de seu componente

histórico, ideológico e valorativo. Até o final do século XIX, a aplicação da lei era vista pela doutrina como um silogismo no qual uma norma (premissa maior) era aplicada a um fato (caso concreto) e se chegava, por subsunção dedutiva, a uma conclusão expressa pela sentença.

Com a consolidação da corrente histórico-evolutiva, o modelo automático dedutivo vai sendo superado e o intérprete passa a considerar também os fins da lei e o impacto social da decisão. Para tanto, deve responder a algumas indagações básicas antes de dar a exegese definitiva a uma norma.

Marques (2006), resumindo os métodos hermenêuticos tradicionais, assim sintetiza as questões que o exegeta deve formular para si mesmo antes de definir o sentido de uma lei: a) neste idioma, segundo as regras desta língua, o que significa esse texto? (argumento gramatical); b) qual interpretação desta norma faz sentido e satisfaz a lógica do razoável? (argumento lógico); c) de acordo com a tradição do direito e do instituto em exame, qual a melhor interpretação para a norma? (argumento histórico – *origo legis*); d) consideradas as condições vigentes ao tempo da confecção da norma, quais são seus possíveis objetivos? (argumento histórico – *occasio legis*); e) há, no ordenamento, outra norma que esclareça o significado desta em estudo? (argumento sistemático); f) qual a interpretação que mantém esta norma em harmonia com o sistema jurídico? (argumento sistemático); g) qual o interesse protegido e o fim da norma? (argumento teleológico). Após essa verificação, satisfazendo a interpretação pretendida (de modo convergente) a todas as indagações, estaria o intérprete diante de um sentido satisfatório para a norma.

1.1 O paradigma hermenêutico emergente

O direito *não é exato*. Suas leis são feitas de palavras e não de símbolos (como a química) ou números (como a matemática). Não lida com fatos, como a biologia, a física e a química, mas com a interpretação dos fatos (feita pelo homem). Diante de um homicídio, o biólogo diria apenas “está morto” (constatando o fato), mas o jurista interpretaria o fato e avaliaria segundo seus valores se a pena deve ser de 6 ou de 20 anos, ou se o réu deve ser absolvido por legítima defesa, por ter repellido uma agressão *injusta*, ou se estava em

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

estado de *necessidade*, por exemplo. O direito lida, pois, com a *vagueza* da linguagem humana (o que é agressão *injusta*? o que é *necessidade*?) e com a flexibilidade e mutabilidade dos valores. Sendo assim, o homem, comunicando-se com outros indivíduos com a *linguagem natural*, sempre julga a realidade, pois toda concepção, e também a jurídica, decorre dos acervos de valores e crenças pessoais.

Por essa razão, diante das diversas possibilidades de interpretação do texto legal surge o problema da discricionariedade judicial. Os defensores dela consideram que os métodos de interpretação tradicionais não devem servir de argumento para bloquear a realização da justiça, criando o chamado teto hermenêutico, mas solucionar os conflitos de modo criativo, ainda que isso arranhe a ideia da permanência da ordem jurídica dominante.

Segundo Viana (1999), o funcionamento das instituições contemporâneas está modificado e Judiciário, nessa nova ordem, não é mais periférico na *praxis* republicana e esse inusitado “protagonismo” político dos juízes tem causado controvérsias entre princípios do direito e valores político-sociais. Argumentam, ainda, que a Constituição Federal de 1988, especialmente com os comandos programáticos dos artigos 3º e 5º, teria fundamentado a tese de que ao intérprete cabe dar à lei uma *exegese construtiva* e possivelmente inovadora, levando em conta os fins sociais e o bem comum. Tais dispositivos endossariam a atuação política do juiz, admitindo interpretações revitalizadoras, desde que fundamentadas por argumentos razoáveis e teleologicamente justificáveis.

Diante de tais ponderações, a cultura jurídica pós-moderna vem se refletindo diretamente na hermenêutica de modo transformador. Ao lado dos métodos tradicionais (gramatical, histórico, lógico, sistemático) e dos modelos sociológico e teleológico, novas tendências consolidam-se nos tribunais de modo bastante heterogêneo e estão agrupadas pela doutrina com a denominação genérica de “paradigma hermenêutico emergente”.

Vale ressaltar que as mudanças justificam-se diante da insuficiência dos métodos tradicionais, incapazes de dar eficácia ao numeroso rol de direitos surgidos no final do século XX.

Segundo as novas concepções teóricas o foco da interpretação não mais recai sobre o *texto* da lei. Com isso, enfraquecem as interpretações objetivistas (centradas na objetividade do texto), propostas por *Betti*, para quem a hermenêutica era uma técnica para *encontrar* a interpretação “correta”, o “sentido exato, “o *verdadeiro* sentido do vocábulo legal”.

A visão dogmática, que subordinava o intérprete ao texto e supunha a existência de uma única interpretação legal, dita “*objetiva*”, cede espaço para a *hermenêutica filosófica* de *Gadamer*, segundo o qual a interpretação é uma *opção valorativa* que depende de *pré-compreensões e pré-juízos* valorativos do juiz. Segundo ele, o intérprete não *encontra*, mas *dá* ou *atribui* um sentido à norma a partir de suas experiências pessoais, culturais e históricas. Por mais que as normas sejam claras, é impossível haver uniformidade, já que o homem pode, segundo sua personalidade e seus valores, adotar posturas conservadoras ou transformadoras (e criativas) da lei.

Paralelamente, correntes como a *Escola da Livre Pesquisa e Livre Formação do Direito* de *Geny* (o denominado *Alternativismo*), admitem decisões judiciais que se estendem não apenas “além” da lei, mas também “contra” a lei. Em termos gerais, segundo Soares (2010), no paradigma pós-positivista, vincula-se a hermenêutica mais fortemente aos *princípios constitucionais* erigidos em valores fundamentais. Desse modo, os *standards* passam a ter prioridade axiológica sobre os demais dispositivos legais, pois são considerados, segundo *Alexy* (na teoria da *Argumentação Procedimental*) mandados de otimização do sistema jurídico. Com isso, aumenta a discricionariedade judicial, pois se uma lei confronta com o conceito (noção pessoal) que o juiz tem de um princípio (comando geralmente aberto e polissêmico), terá esta ampla margem para argumentar.

Em outra vertente teórica, no modelo pós-positivista, passa-se a valorizar a dimensão discursiva-comunicativa, reconhecendo-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Hoje vigora a tese de que a linguagem *funda e constitui* o mundo (e não apenas o *exprime*, como se pensava anteriormente). Desse modo, a interpretação não poderia “encontrar” um sentido “correto, escondido” no texto legal, mas sim “atribuirá” (numa performance criadora) um sentido para a lei, salientando nesse ato as

faculdades psíquicas, os valores e os estados interiores do intérprete por meio da linguagem. Não existe, por exemplo, um sentido “correto” para o termo “isonomia”. O juiz não “encontra” o sentido, mas “atribui” de acordo com sua ideologia (valores, subjetividade, crenças, sentimentos). É por essa razão que um magistrado entende que as cotas raciais na universidade ferem a “isonomia”, enquanto outros entendem que não.

Vê-se, pois, que as ciências da persuasão são cada vez mais valorizadas no âmbito do direito. O processo argumentativo passa a ser visto não mais como algo respaldado em evidências, mas baseado em juízos de valor, consensos, axiologia e argumentação. A interpretação da lei deixa de ser *dedutiva* e passa a ser *dialética*. Com isso a *retórica*, antes meramente atrelada à estilística da linguagem jurídica, ganha *status* de ciência primordial, fundindo-se visceralmente à hermenêutica.

Na cristalização das novas perspectivas também atuaram as teses de *Gadamer* (ao esclarecer que a hermenêutica não é uma pura técnica de interpretação, mas diz respeito à totalidade de nosso acesso sobre o mundo), *Althusser* (com seus estudos sobre o funcionamento dos aparelhos ideológicos do Estado, os AIE), e *Mainueneau* (enfocando pragmaticamente a linguagem, como forma de ação que, *necessariamente, dissemina as ideologias* da instituição de onde provém seu emissor).

Vale ressaltar que, nesse estudo, o termo ideologia, que é plurissignificativo, será entendido como:

[...] um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o *que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer*. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais (CHAUÍ, 2008, p. 108-109). [grifo nosso].

A *Nova Retórica de Perelman* também influenciou sobremaneira nas transformações hermenêuticas. Segundo essa teoria, a sentença não é um

mero comando impositivo que faz lei entre as partes, lançado por um enunciador neutro para réus de postos sociais indefinidos, mas um artefato político penetrante e transformador, com raízes e frutos ideológicos, por meio da qual interagem sujeitos e grupos historicamente condicionados. *Perelman* esclarece que o domínio jurídico é o espaço retórico da dúvida, no qual prevalecem i) não a verdade e a certeza apodíctica, mas a verossimilhança; ii) não a lógica, mas a razoabilidade; iii) não a demonstração dedutiva, mas a capacidade argumentativa, razão pela qual, seria um total descabimento falar-se em neutralidade ou objetividade discursiva. Para o filósofo belga, as premissas no discurso jurídico seriam “escolhas” do emissor (condicionadas aos seus valores e intenções) e não “dados naturais” como em outras ciências. As proposições jurídicas seriam retóricas, pois visariam convencer um auditório (os receptores da mensagem jurídica). No mesmo sentido, segundo os postulados da *Nova Retórica*, pode-se deduzir que discurso da magistratura destina-se a três auditórios específicos (as partes, os juristas e o povo) e deve o juiz empregar as estratégias argumentativas capazes de causar a adesão mental (convencimento) em tais receptores. A opinião pública conhecerá a decisão por meio da imprensa e, por isso, a decisão não pode chocar o senso de equidade, pois deve ser aceita democraticamente e não imposta. Segundo *Perelman* (2004, p. 242) os juízes devem dizer o direito de acordo com a vontade da nação e não com a vontade do legislador que as expressou, nem com sua vontade pessoal. Quando existirem razões para acreditar que o legislador atual não poderia partilhar as opiniões do legislador antigo, dadas as alterações sociais referentes ao assunto tratado, poderá o julgador distanciar-se do texto original. Se uma conclusão jurídica (sentença), decorrente de um silogismo (cuja lei é a premissa maior e os fatos a premissa menor), for inaceitável, a lógica formal deve ser substituída pela lógica jurídica, cujo papel é demonstrar por meio da argumentação a aceitabilidade das premissas.

Em suma, a lógica jurídica depende do modo como os juízes concebem sua missão, e da idéia que tem do direito e de seu funcionamento na sociedade. O direito, então, obedeceria a duas exigências. Uma de ordem sistemática (devendo ser cada decisão coerente com as demais), e outra de ordem pragmática (isso se traduz na busca de soluções aceitáveis pelo meio),

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

porque estaria de acordo com o que parece justo e razoável ao juiz naquelas circunstâncias específicas. Sendo assim, o juiz possuiria um poder criativo e complementar que lhe permitirá adaptar a lei aos casos.

Não se pode negar que as palavras (e também as palavras da lei) ensejam atribuições de significados diversas (*polissemia*). Ao interpretar, cada juiz estabelece determinado vínculo com a realidade. Desse modo, decidir é parafrasear o texto da lei. O juiz, ao aplicar a norma a um caso, pesquisa seu significado, adaptando seu sentido de acordo com seus valores pessoais.

O povo, a quem também a decisão se destina, dada sua obrigatória publicação, relaciona-se com a sentença de intrincadas maneiras. A argumentação judicial remete (sutil ou explicitamente) a outros tantos discursos valorativos circulantes no contexto, e pode impor, repetir, simular ou atacar ideias. Nesse sentido é também um *artefato de poder* (trans)formador. Toda sentença é um ato de governo prestado ao cidadão. Busca não só exterminar a lide, mas *intervir didaticamente* sobre as crenças e ações sociais e prover a paz. Isso se constata claramente pela repercussão estrondosa (na mídia e na sociedade) de algumas decisões, especialmente dos tribunais, como se viu em casos como uso de células-tronco embrionárias para tratamentos, cotas raciais, aborto de anencefálico, ortotanásia e, com mais nitidez, nos crimes de repercussão nacional.

À luz da teoria da argumentação, estaria, pois, o magistrado (cidadão-social), calibrador das tensões de seu tempo, autorizado a julgar conforme suas convicções ideológicas, buscando o discurso que considere razoável (e não apenas racional). Trata-se da ampliação da discricionariedade que ocorre, segundo Engisch (1988, p. 21 apud SOARES, 2010, p. 116) quando a decisão última sobre o que é justo no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é “deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada a decidir em concreto”.

Com a fundamentação, a sentença deve atingir a aceitação social da decisão de modo que os fins da lei sejam alcançados. Vale ressaltar que em nada se confunde tal permissão ou elasticidade com o partidarismo ou a *parcialidade* caso em que o juiz (cidadão-individual) estaria ligado por interesses pessoais às partes em litígio. Assim, o foco da interpretação

deslocar-se-ia da *objetividade do texto para a subjetividade do juiz* e a aceitação da sentença estaria condicionada à capacidade persuasiva do magistrado ao fundamentar a decisão.

Para a *Lógica do Razoável*, do jurista mexicano Sichés, a operação hermenêutica deve compatibilizar-se com o *direito justo*, considerando as especificidades histórico-culturais de *cada caso concreto*, em vista da singularidade que rege a vida humana. Tal vertente teórica, propõe que a sentença é um “sentir” (o juiz primeiro sente qual seria a solução razoável para o caso e, só depois, procura na lei uma justificação que lhe sirva de fundamento), também reforça a politicidade da função judicial.

Ainda dentre as novas teorias, destacam-se a *Tópica de Viehweg*, segundo a qual o centro de gravidade do raciocínio jurídico não é a subsunção, mas a *invenção* baseada em premissas razoáveis. Na doutrina nacional, os estudos construtores do arcabouço alternativista, dentre eles, Andrade e Azevedo, debruçam-se sobre a dimensão política da função judicial e neutralidade da jurisdição e também alimentam o debate doutrinário sobre a politicidade do discurso decisório.

Em decorrência dessas inovações fala-se hoje em *hermenêutica neoconstitucional* (a sentença é uma *intervenção axiológica*, com prioridade prática e *caráter político*). Tais aportes teóricos ampliaram os limites da interpretação ao superarem o paradigma da lógica formal na decisão, dando maior espaço à argumentação razoável (e não mais racional) e ao “sentimento” no ato decisório.

Diante disso, atenuou-se a separação entre os *dizeres jurídico e político* e surgiu um novo problema: diante dos casos mais complexos, o juiz, agora, apoiado na teoria da argumentação, exprime na sentença uma tese que se impõe juridicamente como a opinião *de um homem político*.

Tarufo (apud SILVEIRA) cita ainda outras teorias. A primeira, denominada *evolutive approach* (“abordagem evolutiva”), afirma que os tribunais devem adaptar o conteúdo das leis às evoluções sociais e valores públicos. São expoentes dessa doutrina Alexander Aleinikoff e Guido Calabresi. O juiz deve suprir certos defeitos intrínsecos do processo legislativo: exclusão de minorias, inércia e defasagem da lei. Outra teoria, a *Dynamic approach* (**abordagem dinâmica**) é mais moderada. Seu principal expoente é

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

Eskridge, para quem a lei deve ser interpretada à luz do contexto social, político e legal existente no momento da aplicação (e não no da promulgação). Assim, se a lei é recente, deve o juiz interpretá-la textualmente. No entanto, se essa exegese contraria a intenção do legislador ou acarreta conseqüências irracionais, o juiz deve buscar solucionar o caso concreto com a pesquisa dos debates parlamentares, garantindo os valores públicos. Um terceiro grupo, os *critical legal studies*, entende que a justiça deve ser individualizada e centrada mais nos valores do indivíduo do que na estabilidade e na uniformidade das decisões (porque a lei pode ser preconceituosa). É favorável a uma *situated decisionmaking* (o juiz deve decidir conforme uma opção de *policy* que corresponde à sua posição ideológica). Mas para isso, o juiz deve assumir o ponto de vista das minorias que buscam perante o Judiciário a proteção dos seus direitos. Finalmente os *originalists* propõem uma teoria arqueológica, pois se baseia na reconstrução do *original intent* dos legisladores (principalmente dos *Framers of the Constitution*, aqueles que promulgaram Constituição), utilizando como parâmetro a situação histórica e cultural da época da edição da norma. Diante de todas essas vertentes, o juiz vê-se em sérias dificuldades no momento de julgar os casos complexos, principalmente os de matiz constitucional.

Para complicar o problema, a doutrina, discurso da ciência do direito, não tem atuado como deveria. Dedicar-se, na maioria das vezes, à *descrição da norma*, dando exemplos distantes da realidade social e reverenciando, sem críticas, às decisões jurisprudenciais. Elabora as chamadas proposições científicas, ou seja, descreve a norma em suas nuances, mas não se desencastela, não desce à arena social e não lida com as questões emergentes nem com os casos difíceis, postos para a apreciação do judiciário. O magistrado, sem balizas teóricas seguras, deve, de qualquer modo, dar uma resposta à sociedade. Atuará, então, como político e como legislador, na falta de um socorro científico. Em certos casos, diante da vagueza, ou da ambiguidade da lei e da inoperância doutrinária, criará normas concretas para as partes por meio de atos de vontade expressos na decisão ou repetirá o discurso de outras decisões, criando o cânone jurisprudencial, onde, de fato, deveria haver a discussão científica.

Isso acarreta problemas. Diante da omissão da ciência do direito, em alguns casos, o juiz precisará definir “o que significa” a lei, determinando comportamentos conforme sua valoração pessoal, produzindo um ato vinculante e, em certa medida, de *dominação*.

Portanto, é inegável que os magistrados agem politicamente e isso, a princípio não é certo nem errado. Mas, sem dúvida, este é um fato crucial a ser analisado pela comunidade jurídica, pois ao manipular o discurso legislativo, tanto pode movimentar-se em razão de uma visão de extrema esquerda, de centro ou de extrema direita, conduzindo os destinos pessoais e também coletivos, quando decide ações que envolvem direitos coletivos e difusos, por exemplo.

A sentença, nessa esteira, seria um produto pleno de significâncias, emitido por um homem/juiz ideologicamente orientado e estaria inserida, simultaneamente, nos universos político, linguístico e jurídico.

Desse modo, a ação do magistrado ao sentenciar não é apenas expressão de uma razão científica, mas *um ato de interpretação que cria realidades*, ato de vontade pela qual *faz normas* particularizadas, nesse ponto se identificando com o legislador.

Isso não é novo. Desde Kelsen, está fixado que Estado e Direito são termos sinônimos. A interpretação que a ciência do direito faz da norma (ato descritivo) é diferente da interpretação dada pelo o aplicador (que é um ato de vontade). Portanto o pensamento jurídico (do juiz) é um pensamento de essência e de efeitos políticos, pois é *prescritivo*. Kelsen, nessa perspectiva, nos conduz a uma conclusão que emparelha com a tese dos decisionistas: o juiz não apenas interpreta e aplica, mas cria (e também despreza) as leis no momento exegético, podendo mesmo identificar nelas inconstitucionalidades e incoerências de acordo com sua visão.

[...] na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas [...] ela cria o direito. (KELSEN, 2006, p. 394).

E mais:

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

[...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação da 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 (ibidem).

Assim, ao articular seus valores na fundamentação de uma sentença, por meio da argumentação, poderia o juiz convencer a sociedade de que determinada interpretação da lei deva prevalecer por ser razoável.

Objeto vivo que é, a decisão reflete as diferentes concepções do justo, com a participação da subjetividade do emissor e de sua ideologia. Isso é inevitável em qualquer formação textual. O próprio método teleológico explicita o caráter político da interpretação quando propõe que a exegese seja coerente com os valores, consequências e os fins da norma, pois isso tudo dependerá, em última análise, de algum grau de *subjetividade* do juiz.

Ainda que isso desespere os racionalistas, apegados ao mito positivista da cientificidade do direito, não é possível subtrair o partidarismo de um homem sem esvaziar-lhe a própria racionalidade. O discurso, tal como se concebe hoje, é uma prática social determinada por formação de valores hierarquizada, ligado ao tempo e ao lugar de elaboração e, em consequência disso, é também um *difusor ideológico* transformador da existência social.

O confronto entre classes não se dá apenas na arena econômica, mas também mediante arsenais discursivos. As relações de poder perpassam todos os textos institucionais que circulam na sociedade, e o texto decisório, com seus arazoados supostamente neutros e objetivos também se inclui nessa categoria. Como bem notou Warat (1975), os métodos de interpretação encerrados numa decisão nada mais são do que o álibi retórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito.

Assim sendo, é claro que o direito, ao ser interpretado, *estampa a linhagem política do exegeta*, ou as Cortes não reformariam as decisões umas das outras, tendo em vista interpretarem, todas elas, as mesmas leis. Wolkmer (1994) salienta que a lei, norma geral, é sempre impessoal, enquanto o Direito aplicado será necessariamente pessoal. Quando o juiz indaga a consequência social da decisão, (o que deve fazer sempre, até por recomendação legal e

constitucional) realiza uma reflexão segundo sua experiência. Ao sentenciar, o magistrado *parafraseia* a lei para validar definições ideologicamente comprometidas, tendentes a convencer os receptores de que os juízos valorativos por ele postulados são aceitáveis. Tudo faz mediante o uso retórico da linguagem, por meio da argumentação, ainda que isso seja duramente criticado pelos acusadores da discricionariedade judicial.

Não se pode negar que a sentença é o ponto de articulação de três vivências (e habilidades) inseparáveis de seu emissor: a política, a jurídica e a linguística. Isso dado o próprio caráter subjetivo da linguagem natural, com a qual são tecidas as malhas do texto decisório.

Não obstante essa constatação, a interpretação assim entendida pode chegar a um extremo preocupante, quando a sentença passa a ser um ato descontrolado, arbitrário e de consequências sociais sinistras. Por isso, é importante investigar os graus de desvio e reconfiguração normativa cabíveis ao intérprete; a razoabilidade e a constitucionalidade de seus argumentos e, finalmente, a eficácia e a legitimação jurídica e social que a decisão possa atingir.

Vistas as correntes mais influentes da hermenêutica atual, passaremos às críticas.

Uma das objeções impostas às teses decisionistas é a de que, no Estado tripartido, formalmente, apenas o Governo e o Legislativo exercem *função política*. Justifica-se a exclusão do Judiciário pelo temor de um Estado Totalitário, com a ditadura do judiciário, em que os juízes pudessem criar leis ou recusá-las.

Os que se opõe a esse argumento, entre eles Azevedo (1999), esclarecem que a doutrina revolucionária francesa, tendente a desqualificar a dimensão política da aplicação do direito, exerceu notável influência no Brasil, desde nossa Constituição de 1824, cooperando para cristalização do “argumento separatista”, segundo o qual o poder exercido pelo Judiciário não é democrático por não provir de pleitos eleitorais. Por essa razão, os juízes não poderiam nem pensar, nem fundamentar decisões politicamente. Mas, ainda segundo o autor, uma instituição reputa-se democrática não apenas por sua gênese, mas também por exercer tal função (e funcionamento do Poder Judiciário é democraticamente influente). Portanto os juízes, dadas as

necessárias adaptações históricas, não devem ser mais uma “boca” que pronuncia as palavras da lei, como entendia Montesquieu. Os que defendem o poder discricionário judicial afirmam, ainda, que a Constituição confere poder político ao Judiciário, ao atribuir-lhe expressamente o controle de constitucionalidade das leis e o poder de julgar a legalidade de atos editados pelo Executivo. Daí nasceria a força política do judiciário nas sociedades modernas.

Os argumentos das duas correntes são, em alguma medida, sustentáveis, mas a solução para o impasse ainda está longe de surgir.

O fato irrecusável é que está cada vez mais aparente nos tribunais a permeabilidade (ou vulnerabilidade?) da interpretação legal aos valores humanos, tornando-se o caráter político-ideológico da sentença um objeto de estudo fundamental.

Embora na prática jurídica o modelo tradicional proposto por Betti ainda resista, priorizando a segurança jurídica como valor maior, percebe-se hoje, na realidade, a impossibilidade de tratar os conflitos de uma sociedade pluralista e complexa de modo homogêneo. Em alguns casos faz-se necessária a exegese e a aplicação da norma segundo critérios metajurídicos, com aportes da economia, sociologia, filosofia, biologia entre outros.

Nesse contexto de crise e de transformações da hermenêutica, alinha-se a doutrina para a superação do modelo mecânico reprodutivo. Em resumo, na era pós-moderna, a interpretação torna-se mais relativa (não se concebem mais verdades absolutas ou eternas, mas temporárias, mutáveis e questionáveis). Todavia, essa nova concepção trouxe ao universo jurídico um novo abalo: o da discricionariade judicial e seus inúmeros efeitos negativos.

2 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NOS *HARD CASES* E A TEORIA DA INTEGRIDADE DE DWORKIN.

Ronald Dworkin (2001), discorrendo sobre o problema da discricionariade na integração da norma, defende a aplicação *dos princípios e das fontes do direito* quando a lei for obscura ou omissa.

Estes seriam obrigatórios e vinculariam diretamente a decisão do juiz. Com base nessa tese, Dworkin *crítica a teoria do arbítrio judicial* defendida por Hart, para quem, quando não há uma resposta clara para o caso, diante da indeterminação da linguagem, deveria o juiz tomar a decisão que considerasse mais razoável, *de acordo com suas preferências morais e políticas*, já que o juiz não estaria vinculado aos princípios socialmente adotados.

Dworkin (2001) propõe que nos casos difíceis (os *hard cases*), localizados naquelas hipóteses em que o direito positivo não oferece solução, prevaleça a teoria do “*Direito como Integridade*”.

Assim, sustenta que mesmo nos casos difíceis haveria uma *resposta adequada* (e outras inadequadas) e que a teoria hartiana, da discricionariedade judicial, não poderia ser justificada num Estado democrático, uma vez que o exercício de poderes típicos do legislativo pelos juízes desvirtuaria o princípio democrático da soberania popular (pois esses não foram eleitos, e, portanto não poderiam criar leis ao sentenciar).

Afirma, ainda, que a tese hartiana dos casos difíceis fere o princípio da legalidade, pois, se não há normas claras, nenhuma das partes possui direitos ou deveres. Assim, se o juiz estabelecer uma norma *ex post facto* na sentença, estaria realizando uma aplicação retroativa do direito.

O modelo de decisão judicial baseado no *argumento de princípios* solucionaria a questão, justificando o papel dos juízes no Estado Democrático de Direito, pois as sentenças assim fundamentadas não seriam retroativas nem discricionárias (porque os princípios que as fundamentam já existem previamente no direito). A discricionariedade do juiz estaria, pois, limitada às fontes e aos princípios do direito. Tal modelo busca reduzir a insegurança da decisão judicial, a qual deve estar afinada com a concepção de direito *como integridade*, ou seja, deve valorizar o *ideal político da integridade*. Isso significa que a lei deve ser aplicada como organismo *coerente de princípios* e que os julgamentos devam ser *equitativos*, respeitando o devido processo legal. Isso afasta a discricionariedade ampla concebida por Hart, restringindo o papel da subjetividade e das convicções morais e políticas no julgamento.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

O julgador ideal deveria, em suma, estabelecer interpretações convergentes com as regras, princípios e decisões judiciais existentes na comunidade e não *basear-se em seus princípios de conduta pessoal*.

Todavia a solução de Dworkin, embora pareça coerente, não resolve alguns dos problemas da hermenêutica atual.

Na verdade, todas as inovações apresentadas criaram um novo problema para o direito. A interpretação puramente gramatical, a subsunção automática do caso concreto à letra da lei, bem como o uso convergente dos métodos tradicionais, como o lógico, o histórico, o sistemático tornaram-se insuficientes no momento em que o foco da exegese *deixa de ser a lei* e passa a incidir sobre *os princípios*.

Isso ocorre porque esses são comandos traduzidos em signos mais gerais e abertos do que a lei, portanto, *extremamente permeáveis à subjetividade* e à ideologia do intérprete (dada a vagueza da linguagem humana).

Como exemplo, podemos citar os princípios da isonomia, da não discriminação, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros. Para cada intérprete tais expressões terão um significado. Um julgador^[1], por exemplo, já absolveu um sujeito que praticava o jogo do bicho com base no princípio da isonomia (se as emissoras podem explorar os jogos de azar em programas de auditório, porque o cidadão comum não poderia?). Como pode a lei das contravenções penais ser aplicada para condenar um cidadão, se não é aplicada para o outro? Se o princípio supera a norma, não poderia o juiz entender que a expressão “isonomia” prevista na Constituição abarcaria o caso em análise e o autorizaria a descumprir a lei da contravenção?

Diante desses problemas, o estudo interdisciplinar do direito e da linguagem, em especial da Análise do Discurso, torna-se ainda mais relevante.

3 PERIGOS E INCONSISTÊNCIAS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: A NOVA CRÍTICA DO DIREITO DE STRECK

Embora a questão do controle da discricionariedade judicial seja ainda insolúvel, a teoria denominada *Nova Crítica do Direito* agrega argumentos importantes ao debate. Dando o contraponto a esse estudo, a discricionariedade descrita como fenômeno natural da linguagem humana tem sido duramente criticada por doutrinadores com argumentos potentes. Streck (2008, p. 316), na teoria acima nomeada, salienta que o fato de o intérprete “atribuir sentido” ao texto não pode significar a possibilidade de ele “dizer qualquer coisa” sobre o enunciado, agindo arbitrariamente, como se o texto legal e a norma aplicada (que decorre da interpretação dele) tivessem existências separadas e autônomas.

A *Nova Crítica* surge da fusão entre a filosofia hermenêutica, a hermenêutica filosófica e a *Teoria Integrativa* de Dworkin vista anteriormente. Defende que existe para o cidadão o direito fundamental a uma resposta (decisão judicial) *correta*, entendida como sentença adequada à Constituição (STRECK, 2010). A justiça não poderia, segundo essa tese, depender da opinião pessoal dos juízes, pois o sentido sobre as leis decorre de uma *intersubjetividade e não do sentimento de um indivíduo isolado*. Desse modo, a interpretação pessoal da lei ou a atribuição de sentido aos termos desta seria indevida.

Essa teoria recente tateia uma solução, embora não a atinja completamente. Sua falha, entendemos, reside na negação da ideologia na decisão, o que vimos nesse artigo ser impossível. Todavia a proposta de Streck tem argumentos válidos que merecem ser examinados.

Decisões baseadas na vontade do intérprete sofrem, segundo Streck (2010, p. 85) de “um letal déficit democrático”. A teoria da argumentação, em moda hoje, não resolve o problema hermenêutico apontado. Segundo essa corrente, aquilo que pode ser justificado por meio de argumentos convincentes será válido no direito! Então, indiretamente, a teoria da argumentação reforça a admissão da discricionariedade judicial, pois se uma sentença apresentar fundamentação convincente, se for retoricamente eficaz, será admissível, ainda que contrarie a lei ou a integridade do sistema!

Ocorre que, segundo Streck, a delegação ao juiz de uma apreciação discricionária afrontaria as conquistas constitucionais democráticas. Mesmo diante das vagezas e ambiguidades dos textos legais e no caso dos

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

chamados *hard cases*, deve haver um limite para a interpretação normativa e esse deve ser dado pela ciência do direito (doutrina) com a obediência aos princípios constitucionais. O relativismo associado à nova hermenêutica é criticado em razão do perigo de que a hermenêutica jurídica seja absorvida pelo decisionismo irracionalista e por inquisitorialidades, segundo o qual a atribuição de sentidos resvalaria para o “vale tudo”.

Os partidários da Nova Crítica não admitem que a decisão seja dada simplesmente “conforme a consciência do juiz”, pois a “elasticidade” da interpretação impulsionada pela ideologia judicial descrita nesse estudo pode ser desastrosa.

Segundo argumentam os críticos da discricionariedade judicial, só são admissíveis no regime democrático as exegeses que recepcionam integralmente os paradigmas constitucionais, vistos como um projeto conjunto e indissociável, cujo fim é reafirmar a função social do direito. Essa ressalva já limitaria significativamente o horizonte hermenêutico daqueles que pretendem, ao julgar, ignorar, ir além ou ficar aquém do programa da Carta Magna.

O chamado protagonismo judicial enfraqueceria a doutrina nacional, já fragilizada por sua própria inoperância. A cultura jurídica hoje, em grande parte, limita-se a produzir resumos e manuais que reproduzem, comentam e justificam as decisões dos tribunais, reverenciando os sentidos produzidos pelo poder judiciário. Na verdade, há uma inversão desastrosa de papéis, pois à doutrina incumbe a crítica vigilante às decisões judiciais e a produção dos conceitos necessários para o esclarecimento da jurisprudência. Desse modo, a teoria do direito contemporânea “asfixia a realidade” (STRECK, 2010) com uma abordagem excessivamente teórica e subserviente.

A *Nova Crítica do Direito*, que parte da Hermenêutica Filosófica, entende que a significação não está nem na lei nem no juiz. Surge na ação prática dos intérpretes, nasce do caso e não da lei. Não há uma significação “em si”, geral, que sobreviva fora das situações concretas, do contexto e da história. A norma nasce “a partir” do texto legal pela mão do intérprete, a partir de uma determinada relação entre sujeitos num tempo, num espaço num marco social, cultural, econômico. É nessa realidade concreta que se *constitui o sentido da lei, extraíndo-se do texto legal a “norma” aplicável (e não na subjetividade do*

julgador, nem tampouco no significado “objetivo *in abstracto*” do discurso, coisa essa que, aliás, não existe).

As amarras da hermenêutica clássica, segundo Streck (2008, p.326) levam o interprete à ideia errônea de que primeiro o juiz conhece a lei, depois a interpreta, e, finalmente, a aplica numa situação real. Na verdade, o magistrado sempre aplica primeiro a norma – pois já se tem uma visão predeterminada – oriunda da inevitável *pré-compreensão* do texto legal. A baixa aplicação da Constituição (teto hermenêutico) decorre de uma série desastrosa de erros, pois a doutrina: a) supõe que interpretar seja desvendar um sentido unívoco (único) que está “escondido” na norma ou descobrir o alcance dela; b) considera que os métodos clássicos (gramatical, histórico, sistemático, lógico e teleológico) são um caminho seguro para “alcançar” os sentidos; c) acha possível descobrir a “vontade” da norma ou (pior); e) tenta encontrar o espírito do legislador!

Para Streck (2008) a hermenêutica deve resguardar a “sintonia” da norma com a materialidade da Constituição, preservando a força de seu texto no confronto com o mundo prático (faticidade). A hermenêutica deve, pois, partir do caso concreto (e não da lei) ao realizar uma “reconstrução” do direito obrigatoriamente *coerente com o projeto da lei maior*.

A exegese eficaz não será, portanto, segundo a Nova Crítica, flexível nem totalmente livre, pois precisa integrar-se ao constitucionalismo principiológico e observar dialeticamente as orientações doutrinárias. Caso contrário surgiria o perigo da ditadura do judiciário.

Todavia, para que essa proposta funcione, a doutrina precisaria ser *crítica e racional* (afinal a ciência do direito é *ciência* e deve, portanto, ser problematizadora, avaliativa e engajada). O intérprete deve orientar-se por uma filiação doutrinária, já que doutrina exprime o discurso da ciência do direito (e não valores pessoais do juiz). Tal doutrina, contudo, precisa se desencastelar e enfrentar os casos difíceis (*hard cases*). Deve estar não apenas “de acordo”, mas em “defesa bélica” do Estado Democrático de Direito. Vê-se, pois, que a interpretação à luz da *Nova Crítica do Direito* não fica ao arbítrio da subjetividade do juiz.

Por outro lado, o hermeneuta deve sim ser livre para interpretar a lei, quando precisar rejeitar aquelas ditadas pelas “maiorias políticas eventuais”

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

(STRECK, 2008), que legislam em circunstância temerárias, afrontando a programaticidade constitucional e subtraindo do povo as conquistas sociais.

Um exemplo de interpretação judicial que “recusa” a lei vigente em proveito de um princípio (nesse caso o da isonomia) é a sentença que isenta de punibilidade o acusado de furto que indeniza a vítima antes do recebimento da denúncia. Embora o Código Penal, em seu artigo 16, determine apenas a redução da pena nesse caso, alguns tribunais têm extinguido a pretensão punitiva. Tal “violação” da lei penal tem ocorrido por força da interpretação constitucionalista principiológica mencionada acima, já que o § 2º do art. 9º da lei 10.684/03 extingue a punibilidade do sonegador que paga o prejuízo causado ao Estado. Em razão da alta lesividade social desta conduta, e à luz do princípio da isonomia, é justa a sentença que admite igual tratamento ao autor de furto, pois este pratica fato semelhante ao cometido pelo sonegador (crime sem violência contra o patrimônio) e bem menos grave!

Todavia para o *establishment*, é mais grave furtar do que sonegar impostos! Nesse caso concreto, pela recusa da lei, há uma aparente flexibilidade interpretativa, mas na verdade, a interpretação foi coerente, sistemática e amarrada à lei maior, e, por isso, não se confunde com a subjetividade ou com a discricionariedade judicial. A analogia visualizada pelo juiz entre os casos de furto e o de sonegação foi coerentemente descrita e fundamentada na decisão. Nesse caso, não se trata de atribuir ao termo legal uma valorização pessoal, mas de respeitar a pauta constitucional, ainda que desprezando a norma menor.

Em suma, a hermenêutica, segundo a *Nova Crítica do Direito*, não abre espaço para a relatividade das múltiplas respostas, para a arbitrariedade e para o decisionismo. Afinal, qual seria o sentido da hermenêutica se qualquer resposta (aplicação) fosse possível? O que seria da exegese se se admitisse que o direito é aquilo que o intérprete autorizado (poder judiciário) diz que é?

A vontade de quem “pode dizer a aplicação” (o juiz), seria, então, o próprio direito? Esse sistema desgovernado geraria recursos infundáveis aos tribunais e decisões injustas. Portanto, toda sentença deve ser racionalmente justificada e fundamentada com respaldo constitucional e apoio dos vetores doutrinários. Isso é bem diferente de admitir a discricionariedade, ou a escolha

de “qualquer resposta”. Esses são os pressupostos. A partir deles se pode avaliar se uma decisão é adequada. Sempre deve ser possível à sociedade distinguir boas e más decisões.

O novo padrão hermenêutico deve, pois, segundo Streck (2010) preservar a autonomia do direito, garantindo sua integridade e coerência (evitando decisões contraditórias); estabelecer o controle da interpretação (limitando a discricionariedade). O cidadão deve, pois, ter critérios claros para avaliar se a decisão judicial recebida foi adequada e constitucional. Tem direito a uma decisão e não a uma escolha. O direito não admite que o juiz “escolha” uma dentre várias soluções possíveis, pois toda escolha é discricionária.

O que deve se manifestar numa decisão não é a subjetividade, mas a pré-compreensão do sentido (que é dada pela comunidade política e pelos princípios e não pela moralidade de cada julgador). As discussões éticas e morais dos problemas jurídicos que afligem a sociedade devem ser realizadas *na esfera pública (e não pessoal)*. Os consensos jurídicos devem ser apresentados à comunidade científica pela doutrina (como síntese das questões debatidas), e devem, pois, ser acatados pela jurisprudência.

Como resultado dessa afirmação fixa-se a ideia de que o texto da lei deveria ser levado mais a sério. O juiz poderia interpretar a lei, mas dentro de limites, não podendo desprezá-la, simplesmente, porque tem visão política de direita ou de esquerda ou porque sua religião não admite isso ou aquilo. A liberdade decisória valeria, segundo essa teoria, apenas dentro de um horizonte de sentido constitucionalmente “possível”. Fora daí, deveria ser combatida. Na dúvida o juiz deveria optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor refletisse a *estrutura das instituições* harmonizando-se com o direito histórico e vigente (DWORKIN, 1999). Desse modo, a decisão deveria estar comprometida com o todo, de modo que o caso julgado fosse colocado dentro *da cadeia de integridade* do direito. Mesmo diante dos princípios ditos abertos, existiria uma pauta, uma solução projetada pela *comunidade política* que se harmonizaria com a *história institucional do direito*.

4 DA INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS JURÍDICAS PARA LIDAR COM O DISCURSO DECISÓRIO

Como vimos, a *distinção entre o discurso político e o discurso jurídico decisório atenuou-se* e a hermenêutica caminhou para a ampliação do valor e do poder da argumentação. Mas a discricionariedade crescente trouxe novos problemas e surgiram novas teorias pretendendo controlá-la. Todavia, os argumentos até aqui apresentados são insuficientes para enfrentar a questão, já que não encaram a sentença pelo viés da linguagem, como um *discurso humano*.

Streck (2007) denuncia a baixa aplicabilidade/efetividade da Constituição no Brasil. Tal sub-aproveitamento do Texto Maior, sentido com mais rigor pelos destinatários dos direitos coletivos, difusos e pelos segmentos desfavorecidos da população, deriva, segundo ele, dos déficits interpretativos.

Entendemos que parte da crise hermenêutica que vivenciamos deve-se à negligência dos que a estudam em encarar a ideologia como incontornável no discurso decisório.

Incumbe à doutrina elucidar o caráter e a legitimidade das decisões jurídicas políticas, sendo necessário definir melhor o papel dos juízes na interpretação com base na legitimação social, especialmente quando se reconhece que o direito nem sempre coincide com a lei. É consenso na atualidade jurídica que o Princípio da Legalidade foi superado pelo da Constitucionalidade, mas não se sabe ao certo o que é isso, nem como se faz na prática. É verdade que os juristas precisam vigiar e provocar a sociedade sempre que as decisões ofendam os princípios constitucionais e que os juízes devem se pautar por eles. Porém essa afirmação também não esclarece muita coisa. Primeiramente porque a tal “fiscalização da ação judicial” não é simples. Não se pode, evidentemente, constranger a autonomia do judiciário, a qual decorre mesmo da permissão constitucional de decidir de acordo com a *livre convicção* motivada (e isso nos lança para o mundo da retórica)! Ora, toda e qualquer convicção pode ser motivada. Schopenhauer, analisando os poderes sensacionais da retórica, escreveu um livro lapidar, cujo título ilustra magistralmente o problema: *Como vencer um debate sem precisar ter razão!*

Ora, para convencer um auditório, basta ter habilidade em manipular os argumentos. Para motivar uma decisão não é preciso estar certo, apoiado na verdade, nem ter razão. Se a convicção do juiz é livre (bastando ser “motivada”) juízes com habilidades persuasivas poderiam sentenciar como quisessem. Afinal o direito é o reino do verossímil e não do verdadeiro!

Argumentariam os seguidores de Dworkin que não é bem assim, já que a decisão só pode ser dada dentro dos parâmetros constitucionais! Bonito, mas isso também nada esclarece. Qual o alcance, por exemplo, o princípio da redução das desigualdades sociais? Significa que o juiz deve dar ao negro uma possibilidade de inclusão universitária, validando o sistema de cotas, em detrimento de um candidato branco, cuja nota no vestibular foi maior, para impulsionar o equilíbrio social? Ou não? E uma decisão, nesse mesmo caso, que impedisse o acesso ao negro à universidade, considerando que a política de cotas da instituição de ensino fere o princípio da isonomia? Estaria certa? Ou errada? Na prática, hoje existem muitos conflitos que, em alguma medida, são embates políticos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, como: i) os limites da liberdade de imprensa diante do direito individual, da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade; ii) os programas de ação afirmativa que visam equilibrar as relações sociais por meio da distribuição de cotas e o princípio da igualdade; iii) o direito à propriedade em confronto com o argumento da redução das desigualdades sociais, entre outros temas em que a lei conflita com o ideário político entre outros.

Como vimos, o impasse hermenêutico está longe de ser pacificado. Porém o caminho passa necessariamente pelo estudo linguístico que encara a sentença como discurso.

É preciso admitir que a ideologia nos acórdãos e sentenças, embora seja *inconsciente para quem a propaga*, é insuperável e tem definido destinos, dando tratamento desigual a direitos iguais, ferindo a legalidade, a equidade e o devido processo legal (e isso nos lança para o mundo da análise do discurso).

Isso tudo deve ser delicadamente avaliado (eis aí uma tarefa sutil) a fim de que o judiciário não se torne um super (poder) vilão para a democracia e também para que o oposto não ocorra, com a proliferação de juízes formalistas, servos, míopes e sem coração.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

Por essa razão, torna-se crucial a associação entre a hermenêutica jurídica e a Análise do Discurso, disciplina que fundamentará as reflexões aqui propostas.

5 ANÁLISE DO DISCURSO E HERMENÊUTICA JURÍDICA: ENLACES NECESSÁRIOS

“O direito senhorial de atribuir nomes vai tão longe que se deveria conceber a origem da própria linguagem como expressão de poder dos dominadores: eles dizem “isso isso”, eles selam qualquer coisa e acontecimento com um sinal fonético e, por meio disso, tomam posse dele”.

Nietzsche

Segundo o linguista holandês Van Dijk (2010), poucas pessoas têm a liberdade para dizer e escrever o que querem, onde e quando querem e para quem querem. A escola, os livros didáticos, a mídia, os governos, os grupos profissionais, a igreja, entre outros controlam o discurso.

Desse modo, de acordo com os *papéis sociais*, realiza-se uma doutrinação ideológica nos grupos e organizações, condicionando a aprendizagem e a percepção. As tendências podem manifestar-se de modo *difuso e são sempre imperceptíveis* para os envolvidos. No caso da manipulação na educação, por exemplo, dela participam os autores de livros didáticos, os editores, aqueles que definem os parâmetros curriculares, o Ministério da Educação e os professores, que devem estar convencidos de que os livros didáticos indicados são bons.

Esse exemplo pode ser multiplicado para os outros grupos e domínios da sociedade, como política, saúde, empresas, judiciário, entre outras. Além disso, as restrições sociais como normas, etiquetas e mesmo as leis exercem um controle das mentes e regulam o que pode ser dito, compreendido e pensado.

Van Dijk (2010) notou que os membros de diferentes culturas e estruturas sociais estão envolvidos num processo de *reprodução discursiva* compatível com seu próprio conhecimento, causando, por vezes, um uso ilegítimo ou um abuso de poder, informando os cidadãos de acordo com

interesses dos grupos dominantes. Esse abuso do poder é chamado por Van Dijk de *dominação*.

No caso do discurso jurídico, mais especificamente no texto da sentença, compreendemos que o mesmo processo ocorre, pois esse também é um tipo de discurso humano. Soares assinala que a interpretação da lei é valorativa e revela a convicção do hermeneuta sobre o fato e sobre a norma. Portanto, o juiz revela seu conjunto de valores quando explora uma regra ou princípio aplicável ao caso concreto (2010).

Cada norma positiva tem um conjunto de interpretações plausíveis de acordo com o uso linguístico dos termos e expressões que formam a proposição. A aplicação do direito envolverá sempre *a definição de um significado* para um termo da lei, considerando todos os demais, igualmente admissíveis.

A Análise do Discurso, teoria da linguagem em que se baseia esse estudo, considera toda comunicação humana um ato linguístico visceralmente inscrito na totalidade social. Sendo assim, a sentença, como ato discursivo, sofre a influência da ideologia do juiz e reflete a visão de mundo deste (em sua fundamentação). Então, a decisão judicial, tanto no momento em que o juiz interpreta a lei quanto em sua justificação, no momento em que o juiz argumenta, jamais poderia ser considerada “neutra”, pois nenhum discurso humano concretizado mediante palavras (signo verbal) é neutro.

O sujeito (juiz) nunca é uma folha em branco e não fala a partir do nada. A voz de comando contida na sentença, que é um discurso performático (pois cria obrigações, sanções e direitos) expõe, ainda que de modo contraditório em diferentes julgados, a opinião de uma Instituição, o Poder Judiciário e de um sujeito, o juiz, o qual ocupa e representa esse poder. Nesse caso, mais importante se torna compreender o texto decisório à luz das recentes teorias da linguagem, entre elas a AD.

Os estudos da AD iniciaram-se na França, na década de 1960, a partir das reflexões de Michel Pêcheux e foram trazidos para Brasil na década de 1980 pelos trabalhos de Eni Orlandi (UNICAMP).

A AD compreende que toda emissão textual (discurso) envolve um sujeito ativo (quem fala ou escreve) *determinado pelas categorias sociais a que pertence*. É uma disciplina dialética que se estrutura no vão entre a linguística e

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

as ciências das formações sociais, lidando com as lacunas dessas duas disciplinas. Questiona, na linguística, sua alienação, pela negação da historicidade, a qual, segundo a AD, sempre aparece de algum modo inscrita na linguagem. Já nas ciências das formações sociais, a AD se insurge contra a noção de que uma linguagem possa ser transparente (neutra), já que, segundo pensam os analistas do discurso, *a neutralidade discursiva é um mito*.

No âmbito do direito, a AD *pode ser pensada como eixo da reorientação de todo o estudo da hermenêutica, acrescentando-lhe novas reflexões e perspectivas*.

O hermeneuta, tradicionalmente, é o jurista que busca o sentido de uma lei, interpretando seus termos. Já o analista do discurso busca não o sentido, mas o entendimento dos *processos de produção do sentido*. Essa diferença é crucial.

Por meio da AD pode-se concluir que as escolhas de quem “fala” a lei (legislativo) e de quem a “interpreta” (judiciário) não são livres, mas histórica e socialmente determinadas.

Na hermenêutica tradicional (teoria da compreensão e da interpretação da lei) o sentido é visto como um conteúdo (a ser fixado). O objetivo do hermeneuta é estabelecer um sentido inequívoco para o termo, para a frase, para a lei. Já a AD reconhece o equívoco como necessário, inerente e constitutivo da linguagem humana.

Para a AD os sentidos de um texto ou palavra estão ligados a duas condições: a) *Condições de produção*, doravante denominada CP e b) *Formações Discursivas*, as chamadas FD. Portanto nenhum discurso é totalmente inequívoco ou transparente, pois vem carregado dessas marcas.

Condições de Produção (CP) compreendem os sujeitos e a situação (contexto) de um discurso. Em sentido estrito entende-se o contexto imediato como a) quem fala, b) o que fala, c) para quem fala e d) de onde fala. Em sentido amplo o contexto é: a) sócio-histórico; b) ideológico; tais elementos estão ligados *à forma da sociedade e de suas Instituições*.

Uma Formação Discursiva é aquilo que numa dada formação ideológica – ou seja, a partir de uma posição dada em uma conjuntura sócio-histórica concreta – determina o *que pode e deve ser dito pelos sujeitos que dela*

provém. O sentido não existe em si, mas é *determinado por posições ideológicas subconscientes e anteriores à fala*.

Assim sendo, as palavras mudam de sentido segundo as posições daqueles que as empregam (posição de professor, de aluno, de padre). O termo “ocupação” ou “invasão” de terras tem um sentido para o proprietário da terra e outro, muito diferente, para o sem-terra. O termo “igualdade racial” tem um significado para o branco que ocupa uma posição na elite e para o negro que ocupa uma posição na periferia social. O mesmo se diga dos valores como dignidade, propriedade, entre outros. A expressão “vida” significa para o padre algo muito diferente do que significa para o jurista e para o biólogo, pois os discursos religiosos, jurídicos e científicos, em que cada um deles teve sua formação discursiva (FD) engendrada, é totalmente diverso. Desse modo, cada qual atribuirá um sentido diferente ao termo “vida”.

A formação ideológica é, pois, a visão de mundo de uma determinada classe social, entendida como conjunto de representações e ideias que não existem dissociadas da linguagem. O homem *constrói seu discurso com a sua formação ideológica*. Ela nos impõe o que pensar, enquanto a formação discursiva nos impõe o que fazer (dizer). Ambas são relacionadas e inseparáveis para a expressão do pensamento.

No caso do discurso judicial o assunto é bastante polêmico, até mesmo porque, segundo Mussalim (2001, p.110) *o sujeito não tem consciência* de que sua ideologia interfere na sua formação discursiva.

[...] o sujeito do discurso não poderia ser considerado como aquele que decide sobre os sentidos e as possibilidades enunciativas do próprio discurso, mas como aquele que ocupa um lugar social e que a partir dele enuncia, sempre inserido no processo histórico, que lhe permite determinadas inserções e não outras. [grifo nosso]

O homem é condicionado pelas relações sociais e coerções impostas pela sociedade. O poder de escolha está ligado à *voz aceita em razão da experiência de cada um em seu meio*. Desse modo, somos influenciados pelo *conjunto de vozes que formaram nossa ideologia* e iremos reproduzir isso com nossa própria voz. A sociedade classifica os objetos de conhecimento de certa maneira e em razão da experiência, atribui-lhes valores.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

Calcada no materialismo histórico, a AD concebe o discurso como uma manifestação, uma materialização da ideologia decorrente do modo de organização dos modos de produção social. (MUSSALIM, 2001, p. 110).

E mais:

O contexto histórico-social, então, o contexto de enunciação, constitui parte do sentido de discurso e não apenas um apêndice que pode ou não ser considerado. Em outras palavras, pode-se dizer que, para a AD, os sentidos são historicamente construídos. (MUSSALIM, 2004, p. 123).

Assim, o sujeito *não é livre para dizer o que quer*, o que tem a dizer é *determinado* pelo lugar que ocupa e por sua formação ideológica, constituindo a estrutura de seu caráter, de sua imagem no próprio processo discursivo.

A AD não estuda a língua, nem a gramática, embora a língua e a gramática lhe interessem. Ela estuda o discurso: a palavra em movimento, a *prática* de linguagem e entende esta como a *mediação necessária* entre o homem e a realidade natural e social.

Explora a linguagem a partir de um deslocamento, pois não trabalha com a língua enquanto sistema abstrato, homogêneo, mas com a língua no mundo, compreendendo as maneiras de significar, indagando a produção de sentidos enquanto *parte da vida dos homens em sociedade*. *Desse modo a AD interroga a linguagem pela ótica da historicidade*.

Para o Materialismo Histórico, o homem faz história, mas essa não lhe é clara e transparente. A história é afetada pelo simbólico e se organiza tendo como parâmetro as relações de poder e de sentidos e não a cronologia: não é o tempo cronológico que organiza a história, mas as relações de e com o poder (a política). (ORLANDI, 1990).

A ideologia passa a ser dominante em razão dos chamados aparelhos ideológicos:

A ideologia da classe dominante não se torna dominante por obra da graça divina, nem mesmo pela virtude da simples tomada de poder de Estado. É pela instauração dos AIE, em que esta ideologia é realizada e se realiza, que ela se torne dominante. (ALTHUSSER, 1980, p.118).

Qualquer instituição, desde a menor até a mais influente, contribui para a perpetuação da ideologia e funciona como aparelho ideológico (escola, igreja, administração, judiciário, sindicatos, mídia etc.).

O sujeito, para a AD, não é pensado como o sujeito empírico (de carne e osso), ou biológico (ser natural), ou ainda gramatical; mas como *sujeito psicanalítico*, clivado, dividido. Por clivado entende-se que quem fala sempre exterioriza algo que é produto de seu *inconsciente*, algo que está num patamar inacessível à percepção. As marcas deixadas pela Formação Discursiva (FD) a que pertence o sujeito são invisíveis a sua consciência (quem fala não percebe que está condicionado, mas imagina que é livre para pensar e falar do modo como pensa e fala).

Tais marcas, embora indeléveis, não são notadas pelo sujeito. Desse modo, o proletário fala de acordo com sua Formação Discursiva (FD). Do mesmo modo o proprietário, o padre, o professor, etc.. O *sujeito discursivo funciona pelo inconsciente* e pela ideologia. É afetado pelo real da língua e pelo real da história, sem ter controle sobre o modo como língua e história o afetam. Para Pêcheux, é como se houvesse uma 'máquina discursiva', um dispositivo capaz de determinar, sempre numa relação com a história, as possibilidades discursivas dos sujeitos inseridos em determinadas formações sociais. (MUSSALIM, 2001, p. 106).

O sujeito moderno é ao mesmo tempo livre e submisso, como por exemplo, pode-se citar o sujeito jurídico, que é *sujeito* a deveres e a direitos (subordinação às leis). Usa a língua como *efeito da materialidade histórica*, mas o faz de modo *inconsciente*.

O homem aprende a ver o mundo pelo filtro dos discursos que assimila e, na maior parte das vezes, reproduz esses discursos em sua fala. É na linguagem (e, no caso desse estudo, na linguagem da sentença) que o inconsciente e a ideologia se concretizam e materializam.

A AD não procura atravessar o texto para encontrar um sentido do outro lado. Não pergunta o que o texto significa, mas *como o texto significa*. Não considera o sentido como "conteúdo", não trabalha com o *que* a linguagem quer dizer, mas investiga *como* a linguagem funciona.

Importa para o entendimento da AD um esclarecimento sobre a definição do termo ideologia, dotado de diferentes significados ao longo da história. A

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

palavra “ideologia”, desde 1810, passa a ser entendida como sinônimo da atividade científica que procurava analisar a faculdade de pensar. Napoleão lhe dá um sentido pejorativo, considerando a ideologia uma doutrina sem fundamento objetivo, perigosa para a ordem estabelecida. Marx e Engels criticavam os filósofos alemães pela sua visão “abstrata e ideológica”, por não relacionarem a filosofia à realidade. Para eles, as ideologias colocam os homens e suas relações de cabeça para baixo. Para os marxistas, a ideologia é um instrumento de dominação, porque a classe dominante faz com que suas ideias passem a ser ideias de todos; é ilusão, inversão da realidade, mentiras que parecem verdades a serviço dos que detém o poder. (ORLANDI, 1990).

Para a Análise de Discurso, todavia, a ideologia não é mentira, nem ilusão, nem inversão da realidade. É o *mecanismo que produz evidências*. Não é fruto de ideias, mas de *práticas que se dão por meio da linguagem*. É efeito da relação necessária do sujeito com a língua e com a história. “O indivíduo é interpelado pela ideologia para que produza o dizer”. A evidência do sentido é que faz com que uma palavra designe uma coisa; faz ver como transparente aquilo que se constitui não pela natureza do objeto, mas pela remissão a uma determinada Formação Discursiva. *Uma palavra significa algo em razão do local em que é dito*. Socialismo, por exemplo, pode ter um significado para o socialista e outro, bem diferente para o capitalista.

Nesse sentido, o indivíduo nunca “diz” o que “quer”, mas o que “pode” em razão dessa influência sofrida pela formação discursiva de onde provém. Desse modo o “sujeito do discurso” já foi “sujeito a um discurso” que irá reproduzir inconscientemente.

Pelo exposto, nota-se que o estudo da AD é importante para o Direito, que se constitui de discursos. Especialmente para a hermenêutica, que busca sentidos no texto da lei, o conhecimento dessa disciplina é fundamental, já que propõe mudanças radicais de concepção. As implicações práticas são evidentes, pois ao interpretar a lei, o juiz *atribui sentido às palavras em razão de sua Formação Discursiva e não apenas em razão da aplicação de um conjunto de métodos hermenêuticos como se concebia adequado no passado*.

A utilização convergente dos métodos hermenêuticos (tais como o gramatical, lógico, teleológico, sistemático, histórico, sociológico), embora seja

uma operação mental necessária, é insuficiente para determinar o sentido da lei, como atestam as diferentes decisões emanadas dos tribunais em casos análogos e em contextos iguais.

A operação hermenêutica deve, pois ser entendida à luz das recentes teorias da linguagem para que o direito possa evoluir também com o impulso dado pelas ciências afins.

6 CASOS: AD APLICADA À EXEGESE DOS TERMOS “ISONOMIA” E “RACISMO” NOS DISCURSO DOS TRIBUNAIS

O ditado popular “cada cabeça uma sentença”, como vimos, pode ser parcialmente explicado pela AD. A formação discursiva de nossos magistrados interfere em suas sentenças.

Deve-se considerar nesse ponto a origem dos magistrados, ou seja, o contexto de recrutamento. Sadek (apud OLIVEIRA, 2011, p. 65), apresenta uma de pesquisa de 2005, realizada com 28,9% do total dos magistrados brasileiros. O estudo traça um perfil da magistratura brasileira e verifica que a maioria dos juízes ainda é do sexo masculino (72,9%), embora venha aumentando o número de mulheres. São, na maioria, formados em faculdades de direito públicas, *não são provenientes da elite econômica e social brasileira*. Apenas 38,6% dos juízes têm pai com ensino superior completo. E apenas 23,2% são filhos de mulheres mães com nível universitário. É interessante notar que quase a totalidade (96,5 %) dos magistrados exerceu alguma atividade econômica antes de ingressar na carreira, o que sugere que não pertencem às classes mais altas da sociedade.

A conclusão mais relevante da pesquisa para esse estudo é a de que os magistrados têm perfil e formação plural, *os mais velhos (a maioria tem entre 31 e 50 anos) são mais legalistas e mostraram-se mais descontentes com as ações afirmativas. Os mais jovens (com até 30 anos) são minoria (5,4%). Os que têm menor tempo na magistratura apresentam-se mais sensíveis aos problemas e estão mais preocupados em atuar na transformação social*. A magistratura, conclui a pesquisa, está em movimento. Nesse momento de transformação, o grupo de magistrados é muito heterogêneo, com diferenças

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

principalmente em razão da formação, região do país, sexo, idade e tempo de ingresso na carreira.

Outra conclusão importante (SADEK apud OLIVEIRA, 2011, p. 67) é a de que a formação jurídica *recebida na universidade é violentamente determinante da formação ideológica* levando cada indivíduo a se inserir no contexto do pensamento dominante em sua instituição (*legal thinking*).

Oliveira (2008), como exemplo do que se afirma neste artigo, cita decisões contemporâneas, extraídas de tribunais da Bahia, em matéria referente à inclusão de negros pelo sistema de cotas na universidade, implantado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Candidatos brancos, preteridos pelo sistema inclusivo, ingressaram na justiça, na mesma época, em busca de uma decisão.

Um dos magistrados assevera que:

o simples fato de alguém declarar-se pardo nem o torna pardo, nem muito menos necessitado do privilégio de ingressar pelo sistema de cotas [...] A resolução da UFBA apresenta-se *ofensiva ao princípio da isonomia.*” [grifo nosso].

Oliveira cita ainda:

O fato de alguém nascer negro ou pardo não pode servir como critério de ingresso em instituições de ensino, por que o fator cor nada tem a ver com o ensino público. (p.98)

No mesmo sentido, um recurso do Rio Grande do Sul (Apelação Cível Nº 2008.71.00.004810-3/RS), a relatora Marga Inge Barth Tessler afirma: A presente ação trata da legalidade do Sistema de Ações Afirmativas da UFGRS, estabelecido mediante os termos da Resolução nº [134/2007](#) do Conselho Universitário - CONSUN. Tenho posicionamento contrário ao sistema de cotas da forma como foi implantado. Na oferta e seleção dos candidatos devem ser observados os artigos [5º](#), [37](#) e [206](#) da [Constituição Federal](#) de 1988, com especial ênfase, à legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Universidade não tem autonomia para criar um "direito de raça" para seleção de alunos. As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regedores da espécie, como aqui, a *igualdade de acesso*, sem

distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. É o Parlamento que legitimamente obriga a todos. É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo. [grifo nosso].

Tais discursos revelam nitidamente a formação ideológica de seus emissores: o primeiro admite a diferença racial, mas não a considera significativa e não a enfrenta, o segundo não enxerga o problema do racismo na sociedade (a cor nada tem a ver com ensino público) e o terceiro, embora “defenda” as políticas afirmativas, entende que só o legislativo pode resolver a questão (ênfase na legalidade). Tal decisão é compatível com a formação jurídica que prioriza o normativismo, visão essa ainda predominante no direito. Mostra-se a relatora muito mais preparada para interpretar o direito do que a realidade. Filiam-se os três julgados à formação tradicional hegemônica, enfocando as normas processuais supostamente aviltadas e tornam a questão da desigualdade racial invisível e alheia ao direito.

Os textos decisórios podem ser relacionados com os estudos de Análise Crítica do Discurso, empreendidos por Van Dijk. Analisando a fala racista dos brancos europeus, o linguista faz descobertas interessantes. No discurso sobre o negro e também sobre outras minorias (estrangeiros) no ocidente, o poder dos grupos brancos ainda se manifesta no discurso, porém de modo modificado. Apesar de as fontes históricas documentarem o emprego secular a defesa racial, ela é muitas vezes negada pelo branco. Com a mudança das leis, o racismo verbal diminui formalmente, e o tratamento depreciativo direto diminuiu também, mas mesmo a fala sobre a *negação do racismo* ou de suas consequências pode sinalizar a superioridade do falante e do grupo branco, denunciando ao conflito na comunicação interétnica. É comum que o discurso racista do branco apresente-se velado e com a tentativa de contrabalancear o preconceito com afirmações do tipo “sou tolerante”, “não sou racista”, “não tenho nada contra *eles*” “há alguns *deles* (negros) realmente bons”. Tais contrastes evidenciam a competição entre os grupos (*nós*, os brancos e *eles*, os negros). Um recurso interessante na fala racista é a chamada transferência, uma estratégia semântica que tenta a autoapresentação positiva do emissor, mas insinua sutilmente o racismo “Eu não me importo que *eles* façam tal coisa, mas outras pessoas podem se importar”.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

Ainda em seus estudos, o linguista holandês revela uma estratégia do discurso dominante que notamos sutilmente no julgado acima:

Uma estratégia de tal discurso dominante é definir de forma persuasiva o status quo étnico como “natural”, “desejável”, “inevitável”, ou até mesmo “*democrático*”, por exemplo, através da *negação da discriminação ou racismo*, ou através da desracialização (de-racialising) da desigualdade através de redefinição em termos de classe, diferença cultural ou das consequências especiais (únicas e temporárias) do status de imigrante [negro]. (DIJK, 2010, p. 96).

A seguir veremos acórdãos sobre a mesma questão resultantes de outro tipo de formação discursiva. Tais discursos reconhecem o racismo no Brasil, os problemas dele decorrentes e consideram a questão do ponto de vista histórico e social.

O Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (Julg. 26/08/2008; DEJF 23/07/2009, do TRF 4ª R.; AI 2008.04.00.013342-4; RS; Terceira Turma), entende que:

[...] fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre [...] A *injustiça* aí esta, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por imensa maioria branca [...] ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz. [grifo nosso].

E, no mesmo acórdão, citado por Oliveira (p. 101):

É simplismo alegar que a Constituição *proíbe discrimen* fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de *igualdade* que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder. [...]

E ainda citando Oliveira (p.108), um terceiro magistrado, em outro caso relacionado a cotas universitárias para negros, sentencia:

A medida adotada pela Universidade *não implica a discriminação* de todas as demais etnias [...] Não se trata, pois, de um conjunto de medidas violadoras do princípio da *isonomia*. As medidas, em verdade, demonstram é a preocupação de tratar desigualmente os que se encontram em situação de desigualdade, propiciando - aí sim! - a *isonomia* no que toca ao direito de acesso ao ensino superior gratuito. [grifo nosso].

Como se nota, nestes últimos, a postura dos magistrados reconhece as condicionantes históricas no desequilíbrio racial brasileiro, revela uma visão do direito mais conectada a realidade do que às normas e analisa estruturalmente a questão da desigualdade com maior sensibilidade.

A hermenêutica tradicional não encontraria subsídios para justificar tamanha disparidade na atribuição de sentidos ao termo “isonomia”. Cada julgador, ao decidir de modo diferente, põe em questão a equidade das sentenças e a segurança jurídica.

Apenas à luz da AD e do entendimento das diferentes formações discursivas (que determinaram a atribuição de sentidos dada ao termo por cada um dos juízes) é que se pode lidar com as diferentes interpretações constitucionais, o que reafirma o perigoso traçado retórico-argumentativo do discurso decisório, principalmente considerando a identidade de contextos nos três casos julgados.

Outro exemplo paradigmático pode ser deduzido da decisão proferida em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a polêmica questão do discurso do ódio (*hate speech*) no *Habeas Corpus* 82.424 – [2] o denominado “caso Ellwanger” –, julgado em 17 de setembro de 2003. O STF apreciou o pedido de *writ* decorrente da condenação do réu, escritor e sócio de uma editora por delito de discriminação contra os judeus, consubstanciado em uma publicação hostil de conteúdo anti-semita, distribuída e vendida ao público.

O julgamento confrontou os limites da liberdade de expressão diante da intolerância racial, em vista de seu potencial disseminador do ódio racial. Nesse sentido, o cerne da questão está no fato de conflitarem dois direitos fundamentais potentes: o direito à liberdade de expressão e o direito à não-discriminação.

Na ocasião, submeteu-se à análise do Tribunal uma questão relativa ao alcance do termo “racismo”, empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLII,

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

da Constituição brasileira, o qual prescreve que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. Assim, a relevância da descoberta do sentido semântico da referida expressão estava justamente no exame da imprescritibilidade da punibilidade da conduta anti-semita atribuída ao paciente. A polêmica hermenêutica decorria do fato de que, do ponto de vista estritamente histórico, era admissível por alguns dos Ministros o caráter racista do anti-semitismo, razão pela qual o delito seria imprescritível.

Todavia, para outros Ministros, apegados à formação tradicional, considerando a partir da perspectiva biológica, os judeus não constituem uma raça, estando, portanto, o crime praticado prescrito.

Vejamos as diferentes atribuições de sentido dadas por três deles no caso em apreço:

A interpretação do termo “racismo” à luz do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, considera para os fins da lide que o anti-semitismo se caracteriza como prática de racismo, ou seja, para ele, no contexto da lide, judeu é raça:

[...] racismo, enquanto *fenômeno social e histórico* complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial “raça” [...]

E mais

Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo.

O Ministro Maurício Corrêa, analisando o termo, a ele atribui outra interpretação. Indo além, do entendimento de Gilmar Mendes, entende que a expressão “racismo” é equivocada, pois, segundos estudos mais recentes referentes ao genoma, não existiriam as chamadas “raças” distinguindo os humanos. Segundo o Ministro, a genética banuiu o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social, originado da intolerância dos homens.

Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África, e os de cor amarela à Ásia. [...] Com

efeito, a divisão de seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta [...] fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou seja a “raça humana.

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção *de que há hierarquia entre os grupos humanos [...]* em virtude das conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica [...]. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do art. 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam ideias dessa mesma natureza, são, deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

Em sentido contrário, empregando o método hermenêutico histórico, o relator Ministro Moreira Alves enuncia sua posição entendendo não ser possível a prática de racismo contra o povo judeu:

Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o art. 5º XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então de põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça. E, a esse respeito, *impõe-se a resposta negativa*, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus [...]

[...]

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo distância bastante para a interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

E adiante, prossegue o relator:

Não sendo, *pois*, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo [...]. [grifo nosso].

Pelo exposto, verifica-se que os aportes teóricos da linguística, especialmente na vertente semiótica, com a pragmática e a semântica, são essenciais para a configuração das novas discussões hermenêuticas.

Os Ministros, valendo-se cada um deles de um conjunto de métodos, chegaram a três atribuições de sentido diferentes para termo “racismo”. Cada emissor vislumbrou um valor de sentido, de acordo com sua visão de mundo, conhecimentos, formação discursiva, politicidade e subjetividade. Desse modo, o termo “racismo”, posto à apreciação dos três hermeneutas, não foi *decifrado*, pois na verdade não continha *um* sentido oculto. O termo legal não é, pois, um objeto posto ao desvendamento do sujeito. Pelo contrário, cada intérprete *atribui* e às vezes, inaugura um *sentido peculiar* incidente sobre a letra da lei de modo discricionário (ou arbitrário?).

Constatada a subjetividade judicial, vê-se que a solução proposta por Dworkin, (observância dos princípios no controle da discricionariedade judicial), também não esclarece facilmente o problema da hermenêutica atual, pois, conforme discorreremos no capítulo destinado à AD, para “observar o princípio” o intérprete tem de “dar” a ele um sentido, e, nesse caso, voltamos ao ponto de partida.

Os argumentos de Streck, embora bem elaborados, ainda não tem o poder de afastar o problema da discricionariedade e da ideologia da sentença, pelos motivos jurídicos e linguísticos já apresentados. No momento em que o juiz avalia o caso à luz do *horizonte constitucional* terá de *atribuir sentido* aos termos da lei maior, e, nesse caso, voltamos ao ponto de partida, pois suas ponderações não poderão ser homogêneas. A própria formação jurídica ministrada nas diferentes universidades brasileiras é uma condicionante. Por outro lado, se o juiz ficasse eternamente vinculado à solução projetada *pela comunidade política*, tal restrição comprometeria a necessária evolução do direito. Esse deve avançar, pois os valores sociais, as tecnologias e as ciências mudam e, afinal, alguém precisa ser o arauto da inovação, ser o primeiro a

romper com a tradição, ainda que isso afete a integridade do sistema. A mudança é necessária para transformar as estruturas institucionais, visivelmente imperfeitas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*O teu rosto belo, ó palavra, esplende
na curva da noite que toda me envolve.
Tamanha paixão e nenhum pecúlio.
Cerradas as portas, a luta prossegue
nas ruas do sono.
(Carlos Drummond de Andrade)*

O direito, assim como toda ciência que depende da linguagem natural para realizar-se, está e sempre estará sujeito a algum grau de discricionariedade, pois a linguagem é sempre o produto de uma vivência subjetiva.

O Poder Judiciário, desse modo, por meio de um discurso denominado sentença, manifesta inevitavelmente algum grau de politicidade, pois o juiz não é e não pode ser neutro, porque a neutralidade discursiva não existe e ainda que existisse, tal asseptismo judicial seria uma manifestação de apatia mental indesejada.

Dada essa aporia, reconhecemos que discricionariedade do discurso judicial é inevitável, já que decorre da vagueza própria da linguagem natural. Todavia, não constitui essa constatação nenhum tipo de exaltação ao arbítrio do juiz, pois os problemas e incoerências decorrentes da discricionariedade judicial são evidentes, como visto nesse estudo pelas críticas de Dworkin e Streck.

Enveredando pela área da linguagem, evidenciamos como os postulados da AD perpassam a hermenêutica jurídica e propusemos a desmistificação do discurso sentenciador com a seguinte mensagem: os juízes são homens e seres político-sociais e assim proferem seus discursos. Portanto, tais textos devem ser estudados como *atos de linguagem*. Compreendemos que o controle da discricionariedade judicial dependerá do reconhecimento da feição discursiva e ideológica da sentença.

Dworkin acerta quando diz que os juízes *deveriam* aceitar as restrições a sua subjetividade decorrentes da necessária *coerência do direito*, mas, como foi demonstrado, eles *não podem* fazer isso, pois a ideologia se manifesta de modo *inconsciente e irrefutável* no ato de interpretar e de sentenciar.

As decisões deveriam, sim, convergir com os objetivos políticos gerais (e não pessoais) traçados pelos princípios e esclarecidos pela doutrina, que, segundo Streck, precisaria ser mais engajada. Porém, foi comprovado que, ao identificar os tais *objetivos políticos gerais* o sujeito já está *assujeitado* por sua formação discursiva e fará uma leitura do mundo não *como quer*, mas *como pode*, em razão de seu olhar *condicionado*. Por outro lado, o desejado “engajamento” doutrinário nunca será uniforme, pois depende dos eixos de formação, da orientação recebida nas universidades, do contexto social, ou seja, sempre haverá heterogeneidade na doutrina e aí mesmo reside a riqueza do direito.

O estudo aqui apresentado não propõe, portanto, excluir a ideologia da sentença, já que isso seria impossível. Mas, ao apresentar as tensões decorrentes da discricionariedade judicial e as críticas a ela, pretende-se, na falta de uma solução simples e definitiva, iluminar o vértice interdisciplinar formado entre a Análise do Discurso e a hermenêutica do direito, para que o intérprete reconheça, observe e se torne consciente *da força* dos condicionamentos políticos, psíquicos e ideológicos aqui desvelados, afinal, pelo que vimos, qualquer processo de compreensão envolve primeiramente a *autocompreensão* do intérprete.

Isso lhe instrumentará para sentenciar de modo mais consistente, reconhecendo: a) as consequências problemáticas das decisões discricionárias, diante dos pressupostos do Estado Democrático de Direito e da segurança jurídica; b) (de outro lado) as mazelas do formalismo positivista (que só serve para resolver os casos fáceis) e que vê na decisão um silogismo estreito, no direito uma ciência a-histórica e no juiz uma máquina dedutiva sem e sem coração.

O ponto de convergência e de conciliação das tensões apresentadas está na conscientização dos juristas acerca da existência da ideologia no discurso. O conhecimento mais profundo das astúcias da linguagem, daquilo

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

que ela oculta em suas tramas, poderá dar novos rumos aos debates sobre o tema, possibilitando uma maior vigilância das decisões.

A coerência entre as sentenças (equidade) e a integralidade, como propõe Dworkin, são, sem dúvida, uma justa pretensão, mas, sem o conhecimento da Análise do Discurso, a ideologia sobreviverá na penumbra e as decisões permanecerão como estão. Sendo assim, propõe-se que as teorias do discurso sejam compartilhadas com os juristas nas universidades e nos debates acadêmicos.

A nova hermenêutica acerta quando vê a interpretação como ato de um sujeito que se dá conta das repercussões sociais de seus atos (decisões) e da própria função social dele mesmo (juiz) e da função social do direito e do Estado, mas deve reconhecer que cada sujeito emissor está integrado no devir histórico e é dramaticamente condicionado por sua posição social e pela formação discursiva dela decorrente, e isso inclui os juízes para o bem e para o mal.

Nesse sentido, o magistrado, assim como todo homem, é um ser político e, ao julgar, orienta-se por seus valores primeiros (busca a *polis* que considera ideal) e não há nenhuma medida mágica que possa minar a discricionariedade.

Porém, e isso é crucial, a subjetividade decisória deve ser discutida pela doutrina. O discurso da ciência do direito é também um *potente ambiente de formação* daqueles que cursam, estudam e vivem o direito.

A doutrina é, pois, *um aparelho ideológico*, burila mentes e altera as percepções da classe jurídica, especialmente daqueles que ainda estão em formação.

De outro lado, as faculdades de direito exercem um papel fundamental na formação do bacharel, sendo o ambiente discursivo mais penetrante e nítido no desenho ideológico de seus discentes. Prova disso é a conhecida segmentação doutrinária existente no direito brasileiro, dividido em “escolas” divergentes, como a Paulista e a do Rio Grande do Sul. Isso se deve à formação oferecida nos respectivos estados. Um juiz envolvido pela visão hermenêutica de uma escola (e ambientado nesse contexto), certamente terá problemas para julgar e para engajar-se num espaço distinto, o que explica parcialmente a heterogeneidade de decisões.

Assim, se a doutrina tratar da discricionariedade e de suas mazelas de modo mais ostensivo, dialético e democrático, estará promovendo a transformação de idéias necessária, mas, para tanto, deve aproximar-se da realidade e abrir-se à interdisciplinaridade com as ciências da linguagem e com as ciências políticas e sociais, pois são estas que devem sinalizar (por meio de suas pesquisas) para os significados dos termos inquietantes do direito como, por exemplo, o que é “bem comum”, ou “interesse social”. Isso deve ser definido por meio de debates e consensos da comunidade científica do direito, e não por cada juiz, individual e aleatoriamente.

Por outro lado, os cursos de Direito precisam reavaliar a importância das disciplinas propedêuticas e humanísticas, ampliando a reflexão político-filosófica de modo intensivo nas salas de aula, apresentando conteúdos de feição realístico e interdisciplinar. A hermenêutica ensinada na academia deve ser crítica e seus postulados devem ser convergentes com os mais recentes estudos de linguagem.

É preciso que o jurista se reporte sempre ao estudo da sociologia, que afinal é a ciência que dará a base empírica e fática necessária para decidir com razoabilidade e segurança a partir da observação científica da sociedade, de seus clamores e urgências. É essa segurança que importa. Não se confunde segurança jurídica com imobilidade nas decisões. Por outro lado, é preciso aprofundamento filosófico, pois a sociologia sem a filosofia também é falha, dada a falta de uma reflexão ética sobre os dados encontrados nas pesquisas.

Mais do que tudo isso, é fundamental que a formação do jurista seja orientada não apenas pelo ensino teórico reprodutivo, mas fundamentalmente pelo engajamento do estudante em pesquisas e produção de conhecimento novo (e não apenas em monografias dogmáticas e baseadas no método de compilação, como temos visto), já que universidade sustenta-se no tripé ensino-pesquisa – extensão.

A universidade deve, pois, investir em formação científica e estudos de natureza *zetética*, que *questionem* a lei e tragam propostas novas, que assumam a dianteira na ruptura de certos cânones ultrapassados. Tudo isso, não com base em achismos, subjetividade, ideologia pessoal ou partidarismos políticos, o que nos levaria de volta ao ponto de partida. Os questionamentos à lei devem ser feitos a partir das conclusões de pesquisas científicas empíricas,

HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO

nas quais o direito tenha sido confrontado com a realidade sociológica, antropológica, econômica, criminológica, enfim, com estudos consistentes, interdisciplinares e críticos que definam a (in)viabilidade e a (i)legitimidade social, política e ética das normas. Essa formação mais científica e interdisciplinar projetar-se-á na formação ideológica dos juristas (e dos juízes) e, evidentemente, atenuará as distorções decisórias que temos visto nos tribunais.

As disparidades se explicam, em parte, pois, lamentavelmente, temos ainda no Brasil um déficit enorme de pesquisas na linha crítica, ou seja, quase não temos pesquisas realmente científicas em direito, embora o mercado editorial na área seja gigantesco. Mesmo com a obrigatoriedade da monografia nos cursos de direito, o que ocorre na realidade é o predomínio de trabalhos de exegese normativa que “beiram” e reverenciam o texto legal, questionando apenas as possibilidades de sua aplicação e abrangência.

Desse modo, muitas vezes, a formação sociológica e política dos juristas é limitada pela falta de acesso aos dados interdisciplinares. Por isso as disparidades são maiores nos casos que envolvem direitos difusos, coletivos, problemas raciais, sexualidade, enfim preconceitos em geral e dilemas humanos de natureza sócio-econômica. Tal heterogeneidade ocorre por que as pesquisas jurídicas não mensuram os efeitos e os impactos das leis. É escassa a pesquisa jurídica de natureza empírica quantitativa, que verifica o resultado prático das normas, sua aplicabilidade e seu (in) sucesso.

Os estudos jurídicos estão, pois, ainda muito distantes do que deveriam ser. A pesquisa da lei deve focar principalmente sua arqueologia, investigando o momento e as razões de sua criação, as pressões e conjunturas políticas que aturam em sua gênese. O ideal seria que a pesquisa jurídica, além de questionar se determinada lei pode ou não ser aplicada a determinada situação, perguntasse também: *Por que tal lei foi feita? Atendendo a que interesses? Quais os seus impactos? Quem ganha e quem perde com ela? E principalmente: Se ela deve ou não permanecer no ordenamento.* Essas são as perguntas que faz um cientista da linha zetética, enfocando a lei não como dogma, mas como um objeto de investigação.

Com maior acesso a dados científicos, resultantes desses estudos, os juízes poderiam decidir e fundamentar de modo menos aleatório, evitando a “roleta russa” institucionalizada que alarma a sociedade e desacredita o judiciário. É claro que a subjetividade nunca desaparecerá completamente, (e isso nem seria interessante para a evolução do direito), mas se a universidade é um importante aparelho ideológico (e é nela que a formação do jurista se petrifica), a politicidade cultivada nessa instância deve organizar-se sobre pilares científicos confiáveis, à luz de ensinamentos doutrinários racionais e testados em pesquisas sérias e *desencasteladas*.

As opiniões devem ser formadas *dialeticamente*, mas não *subjetivamente*. É lamentável que, em muitas instituições, as disciplinas que relacionam o direito com a sociedade, com a política, com a economia e com o homem sejam exauridas nos primeiros períodos do curso.

Feitas tais ponderações, pensamos que o juiz ideal depende de uma formação acadêmica mais ampla e engajada à vida real.

Então, interrogará as leis e a si mesmo e será capaz de decifrar seu próprio universo discursivo, identificando (e controlando) em suas sentenças as “vozes” que atuam, ou seja, as ideologias. Só assim reconhecerá que o provimento judicial deve ser a resultante discursiva de um procedimento racional, baseado no diálogo científico interdisciplinar.

É claro que a decisão há de ser coerente com o sistema jurídico e com os sentidos protegidos pelo ordenamento jurídico e não uma “loteria” passional condicionada por seu gosto. Mas essa coerência ou sistematicidade não significa de modo algum imobilidade ou apego insensato a decisões já superadas pelo evoluer social.

Vale lembrar, por fim, que a afinidade entre o direito e a linguística, aqui brevemente anunciada, tende a se perpetuar, pois desde a Grécia antiga se comprova: a democracia só se consolida onde a luta discursiva impera sobre a força. Somente pelo embate franco de ideias e pela abertura ao conhecimento que se agita na arena textual das ideologias é que se realizarão as metas constitucionais e a evolução desta ciência palavreada denominada direito.

**HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À
LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO**

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. 3. ed. Martins Fontes, 1980.

_____. Montesquieu. **A política e a história**. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1972.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política**. São Paulo: EDUC, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. (Orgs). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Primeiros Passos).

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. Título original: *Law's Empire*.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Título original: *Taking Rights Seriously*.

GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da magistratura**: no estado constitucional e democrático do direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JHERING, Rudolf. **L'esprit du droit romain**. Trad. de O. de Meulenaere. 3e. éd. ver. cor. Paris: Lib. A. Maresq, 1888. V.4.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAINGUENEAU, Dominique. **Análise do discurso**. 2. ed. Campinas (SP): Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993.

MARQUES, Alberto. **Roteiro de hermenêutica**: técnicas para interpretar o direito e construir argumentações jurídicas convincentes. Curitiba: Juruá, 2006.

MUSSALIM, Fernanda, BENTES, Anna Christina (orgs.). **Introdução à linguística**: domínios e fronteiras, v.2. São Paulo: Cortez, 2001.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **O discurso do judiciário sobre as ações afirmativas para a população negra da Bahia**. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado, Salvador, 2008.
Endereço eletrônico http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1317. Acesso em 12 de janeiro de 2011.

ORLANDI, Eni .P. **Análise de Discurso – Princípios e procedimentos**. Campinas: Pontes, 2002.

_____. **Discurso e texto**. Formulação e circulação dos sentidos. Campinas: Pontes, 2001.

_____. **Análise de Discurso**. In: Orlandi; Lagazzi-Rofrigues (org) **Introdução às ciências da linguagem – Discurso e textualidade**. Campinas: Pontes, 2006.

PÊCHEUX, M. **Semântica e discurso**. Campinas: Ed. da Unicamp, 1997.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**HERMENÊUTICA E FUNÇÃO JUDICIAL CRIADORA: O DISCURSO DECISÓRIO À
LUZ DA ANÁLISE DO DISCURSO**

_____. **Lógica jurídica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal. Inteiro teor. Acórdão 82422 HC.2003.

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82424&classe=HC>

SICHES, Luiz Recaséns. **Nueva filosofía de La interpretación del derecho**. 3. ed. México. Porrúa, 1980.

SILVEIRA, Maísa Cristina Dante da. **Interpretação judicial da lei: noções gerais e peculiaridades do sistema norte-americano**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: . Acesso em: 6 fev. 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v.1. (Coleção o que é isto).

VAN DJIK, Teun A. **Discurso e poder**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias da interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Poder**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

[1] Acórdão citado por Amilton Bueno de Carvalho (in **Direito alternativo: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003).

[2] in
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA
.+E+82424.NUME.&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+82424.NUME.&base=baseAcordaos)